

RUTH RUBIO MARÍN

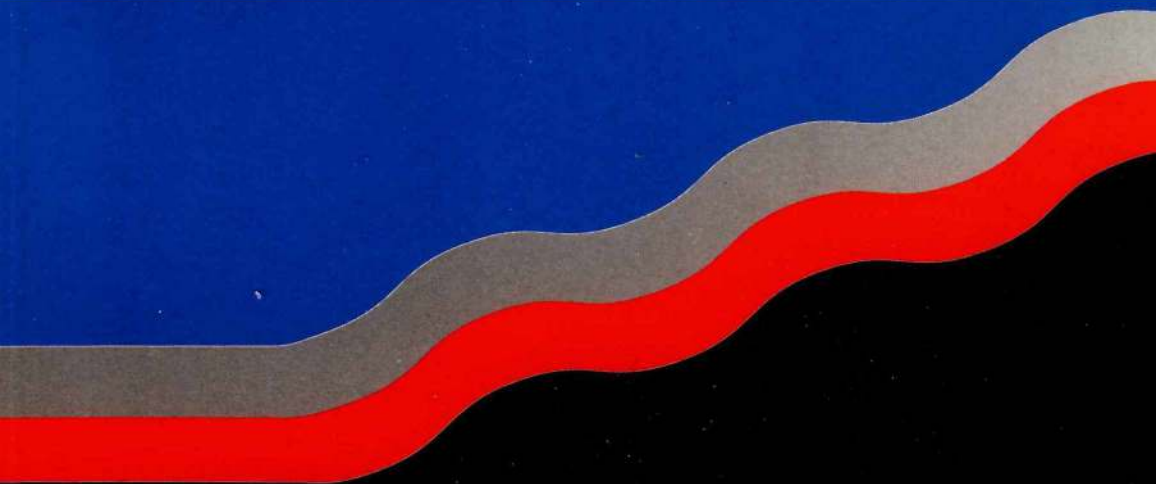
**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**
(Aspectos constitucionales, penales y civiles)

ESTUDIOS

12

TOMO I

**El ordenamiento constitucional;
logros y posibilidades**



**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**

TOMO I

**El ordenamiento
constitucional; logros y
posibilidades**

TOMO II

**Aspectos penales, procesales
y penitenciarios**

TOMO III

**La situación de la mujer en el
derecho civil**

MUJER E IGUALDAD:
LA NORMA Y SU APLICACIÓN

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

MUJER E IGUALDAD: LA NORMA Y SU APLICACIÓN

(ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PENALES Y CIVILES)

LIBRO EN TRES TOMOS

POR

RUTH RUBIO MARÍN

(Coautora y coordinadora)

DOCTORA EN DERECHO

PROF^ª. DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

MYRIAM HERRERA MORENO

DOCTORA EN DERECHO

PROF^ª. DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INMACULADA VIVAS TESÓN

DOCTORA EN DERECHO

PROF^ª. DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Con la colaboración de
Vanessa Casado Caballero
Licenciada en Derecho

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

© y Edición
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
Alfonso XII, 52. 41002 Sevilla.
San Jacinto, 7. 29007 Málaga

Diseño y maquetación interior:
Tiempo Real, S.C.

Imprime:
Egondi Artes Gráficas, S.A.

ISBN: 84-7921-070-2
D.L.: SE-2966-99 (Tomo I)

PRESENTACIÓN

Uno de los avances democráticos más importantes de las dos últimas décadas ha sido la plasmación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el artículo 14 de la Constitución Española. En desarrollo de la Carta Magna se han puesto en marcha numerosas normas jurídicas que inciden en la no discriminación por razones de sexo y en la supresión de obstáculos que dificulten la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres.

En los últimos veinte años, hemos asistido en nuestro país a una importante transformación de la situación social que viven las mujeres, debido sobre todo a las políticas de igualdad que se han puesto en marcha para favorecer el cumplimiento del principio fundamental de igualdad recogido en el Ordenamiento Jurídico.

Pero la desigualdad de las mujeres en la sociedad sigue siendo un hecho que pone en evidencia la diferencia que aún existe entre la realidad y el derecho. Con el objetivo de eliminar distancias entre la igualdad legal y la real, y teniendo en cuenta que la dispersión y falta de difusión de la normativa que desarrolla el principio constitucional de igualdad es uno de los motivos por el que en numerosas ocasiones no llega a aplicarse, el Instituto Andaluz de la Mujer ha encargado la elaboración de la presente publicación a tres doctoras en Derecho Civil y docentes en la Universidad de Sevilla: Ruth Rubio Marín, profesora de Derecho Constitucional; Myriam Herrera Moreno, profesora de Derecho Penal, e Inmaculada Vivas Tesón, profesora de Derecho Civil.

Estas reconocidas expertas han realizado una importante labor de recopilación y análisis de las disposiciones fundamentales que en materia civil y penal afectan especialmente a los derechos de las mujeres. El resultado de este trabajo es el presente libro, que constituye una herramienta eficaz que nos aproxima al conocimiento de los avances legislativos que se han producido en los últimos años en la aplicación del principio constitucional.

Desde el Instituto Andaluz de la Mujer esperamos que esta publicación sea un instrumento de trabajo que contribuya de forma eficaz al pleno desarrollo del principio de igualdad.

CARMEN OLMEDO CHECA
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

PRÓLOGO

Entre uno de sus objetivos centrales el II Plan Andaluz para la Igualdad de las Mujeres tiene el de “difundir la legislación que protege el derecho a la igualdad y vigilar la aplicación del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico”. Tal es el propósito que inspira la siguiente obra.

El libro está hecho con un doble público en mente. Por un lado, las operadoras y los operadores jurídicos que usan el derecho como instrumento de trabajo para defender los intereses de la mujer. Estos encuentran en esta obra una descripción del régimen jurídico y de la evolución normativa y jurisprudencial en los ámbitos que, dentro de los tradicionalmente abarcados por las disciplinas del derecho penal, civil y constitucional, más afectan a la mujer, sin perjuicio de que entendamos que todos los ámbitos, y no sólo los seleccionados, requieren su estudio desde una perspectiva de género. Tan perjudicial para la mujer y tan limitativo de su libertad puede resultar una deficiente tipificación de los atentados contra su indemnidad sexual como una deficiente definición o aplicación de las agravantes o atenuantes genéricas de la conducta delictiva.

En las secciones dedicadas a la materia penal y civil el énfasis está en la evolución normativa y jurisprudencial a lo largo de la década de los años noventa. La parte constitucional está delimitada siguiendo un criterio temático y, para evitar repeticiones con los ámbitos materiales de las otras dos, se centra principalmente en el análisis de los logros y posibilidades del mandato constitucional de la igualdad y de la no discriminación sexual, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde el inicio de su andadura. De especial utilidad para la práctica jurídica esperamos que sean los anexos de legislación, jurisprudencia y bibliografía recogidos al final de la obra, así como las sugerencias que, a lo largo de toda ella, se contienen acerca de cómo optimizar los instrumentos legales con los que contamos para la mejor defensa de los intereses de la mujer.

El otro interlocutor hemos querido que fueran las y los estudiosos del

derecho. Al día de hoy, los planes de estudio de las distintas Facultades de Derecho de nuestro país carecen, por lo general, de asignaturas donde se explique y estudie el derecho desde una perspectiva de género. El derecho se sigue generalmente exponiendo de forma sexualmente neutra, o al menos eso se pretende. Los dogmas de la universalidad y generalidad de la ley, y de la imparcialidad del juez retumban en nuestras aulas casi desde el primer día. La parcelación tradicional del derecho de nuestros planes de estudio tampoco facilita la identificación de los intereses y problemas específicos de la mujer ni el entendimiento de la interconexión entre los mismos. Y sin embargo son éstos presupuestos indispensables para analizar la adecuación de la respuesta que a los mismos da el ordenamiento jurídico, ordenamiento que, como sabemos, opera a su vez sobre la realidad como factor determinante de la superación o consolidación del estatus quo.

La presente obra parte del presupuesto de que ni la norma ni su aplicación son sexualmente neutras. Lo impiden los saltos lógicos que forzosamente se tienen que dar entre la realidad social o natural y su recepción necesariamente selectiva por parte de la norma para convertirlos en hechos jurídicos, por un lado; y entre la norma, como categoría jurídica, y su aplicación concreta a hechos sociales o naturales, proceso éste que también requiere una apreciación selectiva de la realidad. Pensemos en la aplicación de la ley.

Abundan, como sabemos, conceptos jurídicos indeterminados que reclaman la discrecionalidad del juez. Cuando éste tiene que decidir qué constituye un trato degradante y vejatorio, cuál es el mejor interés de un menor, o qué circunstancias justifican una atenuante de obcecación no puede hacerlo sin valerse de un grado de discrecionalidad. Pero incluso cuando no se trata de este tipo de conceptos siempre que se aplica la ley a un caso concreto hay que decidir qué hechos son los jurídicamente relevantes y cuáles no. Esta selección presupone necesariamente juicios de valor. Y cada juicio de valor se asienta a su vez en otros. Cada decisión judicial acaba siendo el resultado de una combinación de elementos conscientes e inconscientes. Los jueces y las juezas, en tanto que seres humanos en sociedad, no pueden prescindir por completo de sus valores y estereotipos. Estos valores y estereotipos influyen necesaria-

mente en su toma de decisión y reflejan sus experiencias concretas de educación y socialización.

Entre los estereotipos más comunes están aquéllos que parten de presupuestos no verificables o verificados para clasificar los intereses, capacidades, objetivos y roles con base a las diferencias sexuales. Se acaba así por crear mitos sobre la verdadera naturaleza del hombre y de la mujer y códigos de comportamiento que no están en realidad relacionados con sus diferencias biológicas. Una vez internalizados, los estereotipos en torno a los roles sexuales se traducen en diferencias en la autopercepción, expectativas, responsabilidades y privilegios del hombre y de la mujer. La historia y la experiencia nos enseñan además que la asunción de estos roles de género acaba mermando las oportunidades y la libertad de la mujer con respecto al hombre.

Conscientes de esto hemos acometido una empresa interdisciplinar como diálogo que sirva para acercar la norma y su aplicación a la vida de la mujer identificando vicios metodológicos y sustantivos que acaban coartando su posibilidad de disfrutar plenamente de los derechos y libertades que teóricamente le son reconocidos. Hemos criticado la norma donde nos parecía criticable y alertado sobre su posible desvirtuación por la interferencia de prejuicios sexistas en su aplicación. Nuestro público inconfesado son todas las ciudadanas. Nuestro deseo, que éstas aprendan a apropiarse del derecho y de los mecanismos que pone a su disposición superando las limitaciones inherentes a la reclamación de un trato igual al del hombre que requiere, como presupuesto para detectar la discriminación algo que, casi por definición, no se da: que la mujer esté situada en las mismas condiciones que el hombre. Se trata pues de que puedan las ciudadanas reclamar la igualdad desde su experiencia y no pretendiendo la aplicación igual de normas y principios hechos a imagen y semejanza del hombre. Se trata, en definitiva, de que logren identificar la discriminación en la ley y en su aplicación para, desde ahí, reclamar cambios que sólo de forma lenta el ordenamiento va a incorporar. A fin de cuentas, el derecho se conquista.

Sevilla, a 15 de noviembre de 1999

RUTH RUBIO MARÍN

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

| | | | |
|--------------|--|-----------|--|
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional | MF | Ministerio Fiscal |
| ACp | Anterior Código Penal | OJ | Ordenamiento Jurídico |
| AP | Audiencia Provincial | pág./pp. | página/s |
| AA.VV. | Autores Varios | pfo. | Párrafo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado | PJ | Poder Judicial |
| C.c. | Código civil | RAP | Revista de Administración Pública |
| C. de c. | Código de comercio | RCG | Revista de las Cortes Generales |
| Cdo. | Considerando | RD | Real Decreto |
| cit. | citado/a | RED | Revista Española de Derecho Administrativo |
| CCJC | Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil | REDC | Revista Española de Derecho Constitucional |
| CE | Constitución Española | REDI | Revista Española de Derecho Internacional |
| Cp | Código penal | REP | Revista de Estudios Políticos |
| Disp. Adic. | Disposición Adicional | RFDUCM | Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid |
| Disp. Derog. | Disposición Derogatoria | RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia |
| Disp. Trans. | Disposición Transitoria | RH | Reglamento Hipotecario |
| ed. | edición | RJC | Revista Jurídica de Cataluña |
| ET | Estatuto de los Trabajadores | RP | Reglamento Penitenciario |
| Exp. Mot. | Exposición de Motivos de una Ley | RRC | Reglamento del Registro Civil |
| FJ | Fundamento Jurídico | Ss. | Sentencias |
| LAAVD | Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual | SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| LAR | Ley de Arrendamientos Rústicos | Secc. | Sección |
| LAU | Ley de Arrendamientos Urbanos | STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil | SOVI | Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal | STS/SSTS. | Sentencia/s del Tribunal Supremo |
| LH | Ley Hipotecaria | TC | Tribunal Constitucional |
| LO | Ley Orgánica | TS | Tribunal Supremo |
| LOGP | Ley Orgánica General Penitenciaria | V./vid. | véase |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial | vgr. | verbigracia |
| LRA | Ley de Reproducción Asistida | | |
| LRC | Ley del Registro Civil | | |

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| PRESENTACIÓN | V |
| PRÓLOGO | VII |
| ÍNDICE DE ABREVIATURAS | X |
| <hr/> | |
| TOMO I | 1 |
| MUJER E IGUALDAD: EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL; LOGROS Y POSIBILIDADES | |
| 1. Planteamiento | 3 |
| 2. La mujer y el principio de igualdad en la Constitución Española | 4 |
| 3. La interdicción de discriminación sexual y la concreción de los límites constitucionales | 7 |
| 4. La doctrina de la discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su formulación | 9 |
| 5. La doctrina de la discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su aplicación | 18 |
| 5.1-La contextualización y la dimensión colectiva del fenómeno discriminatorio en la apreciación de la discriminación | 18 |
| 5.2-“Y dijo la Constitución: ¡hágase la igualdad! y la igualdad se hizo”: el precio de la transición | 27 |
| 5.3-La biología de la mujer y su trato diferencial | 37 |
| 5.4-La escisión entre la esfera pública y la privada | 49 |
| 5.5-La ocultación de la discriminación de la mujer por los intereses o por la discriminación del hombre | 53 |
| 6. Agenda feminista del principio de igualdad del ART. 14 CE | 57 |
| 6.1-El aborto desde la perspectiva de la igualdad de género | 63 |
| 6.2-El acoso sexual desde la perspectiva de la igualdad de género | 68 |
| 6.3-Las agresiones sexuales desde la perspectiva de la igualdad de género | 71 |
| 6.4-La distribución de cargas domésticas desde la perspectiva de la igualdad de género | 74 |
| 6.5 La pornografía desde la perspectiva de la igualdad de género | 78 |
| ANEXOS | |
| Anexo de jurisprudencia constitucional | 89 |
| <hr/> | |
| BIBLIOGRAFÍA GENERAL | i |

| | |
|---|-----|
| TOMO II | 93 |
| MUJER E IGUALDAD: ASPECTOS PENALES, PROCESALES Y PENITENCIARIOS | |
| 1. Introducción | 95 |
| 2. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales | 98 |
| 2.1 Agresiones y abusos sexuales | 98 |
| 2.2 Acoso sexual | 144 |
| 2.3 Exhibicionismo y provocación sexual | 151 |
| 2.4 Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores | 157 |
| 2.5 Disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual | 171 |
| 2.6 Otras reformas victimológicas con relevancia en el ámbito de los delitos sexuales .. | 173 |
| 3. Conductas delictivas en torno a la vida prenatal y la libertad de reproducción | 177 |
| 3.1 Aborto | 177 |
| 3.2 Lesiones al feto | 190 |
| 3.3 Reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer. | 192 |
| 4. Malos tratos intrafamiliares | 194 |
| 4.1 El delito de maltrato doméstico (art. 153 Cp.) | 198 |
| 4.2 Faltas contra las personas en el marco de la violencia intrafamiliar (arts. 617 y 620 Cp.) | 212 |
| 4.3 Otras reformas victimológicas con relevancia en el ámbito de la violencia intrafamiliar | 214 |
| 5. Delitos contra los derechos y deberes familiares | 217 |
| 5.1 Abandono de familia | 219 |
| 5.2 Impago de prestaciones (art. 227 Cp.) | 224 |
| 6. Trato discriminatorio por motivos sexistas | 299 |
| 7. La mujer victimizada ante el sistema penal; aspectos de victimización secundaria | 243 |
| 7.1 Deberes de la víctima | 244 |
| 7.2 Derechos de la víctima | 245 |
| 8. La mujer en el sistema penitenciario | 274 |
| ANEXOS | |
| Anexo de legislación penal | 283 |
| Anexo de jurisprudencia penal | 285 |

| | |
|--|-----|
| TOMO III | 297 |
| MUJER E IGUALDAD: LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO CIVIL | |
| 1. Introducción | 299 |
| 2. La mujer casada | 304 |
| 2.1 El impedimento de edad para contraer matrimonio: en especial, el caso de la menor embarazada | 305 |
| 2.2 La influencia del matrimonio sobre la capacidad de la mujer casada | 306 |
| 2.3 La situación de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial | 328 |
| 2.4 La mujer en la pareja de hecho | 364 |
| 3. La madre y los hijos e hijas: la regulación de la filiación | 367 |
| 4. La mujer ante una actuación médica negligente | 375 |
| 4.1 Operaciones de cirugía estética | 377 |
| 4.2 El valor del cuerpo de la mujer | 378 |
| 4.3 Los llamados casos de <i>wrongful life</i> o hijos nacidos con deficiencias o minusvalías y <i>wrongful birth</i> o hijos sanos no deseados | 379 |
| 5. Los derechos sucesorios de la mujer | 384 |
| 5.1 Los derechos sucesorios de la viuda: su legítima | 384 |
| 5.2 La sucesión de los títulos nobiliarios: un persistente desvío discriminatorio | 386 |
| ANEXOS | |
| Anexo de legislación civil | 391 |
| Anexo de jurisprudencia civil | 393 |
| Anexo de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 398 |

TOMO I

**MUJER E IGUALDAD:
EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL;
LOGROS Y POSIBILIDADES**

POR

RUTH RUBIO MARÍN

1. PLANTEAMIENTO

Desde la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978 no ha habido ninguna reforma ni movimiento de reforma constitucional abanderando la causa de modificar el texto constitucional para ampliar los mecanismos constitucionales de lucha contra la discriminación de las mujeres. Seguimos pues, tras poco más de 20 años, contando con el mismo texto que redactaron y aprobaron en su día “los padres de la Constitución”. Padres, decimos, porque sumando diputadas y senadoras, el porcentaje de mujeres en las Cortes constituyentes fue del 8%. No habiéndose producido alteraciones del texto constitucional, el análisis de los avances y logros en la materia ha de centrarse en la jurisprudencia desarrollada por el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional (TC), órgano éste que inició su andadura en 1981 contando con una magistrada, la magistrada Begué Cantón, y que sólo desde su renovación más reciente en 1998 cuenta, entre sus doce miembros, con una segunda mujer, la magistrada Casas Baamonte. Que conste, pues, como punto de partida, que estamos hasta la fecha ante un texto constitucional negociado y elaborado, fundamentalmente, por hombres e interpretado y aplicado, fundamentalmente, por hombres.

Cómo y en qué medida se han ido produciendo avances en la remoción de la discriminación de la mujer desde el principio de la igualdad y el mandato de la no discriminación sancionados en este texto constitucional, concretamente, en su art. 14, y qué otras vías menos exploradas ofrece dicho precepto para seguir caminando en esta dirección constituye el objeto de este estudio. Es evidente que la superación de la discriminación jurídica y social de la mujer no cuenta sólo con el derecho a la igualdad del art. 14 CE como medio de combate en el plano constitucional. Antes bien, hay que reclamar una lectura de todos los derechos fundamentales que incorpore una visión de género de modo que los intereses de la mujer sean tenidos en cuenta en la concreción de su contenido necesario y de sus límites. Pero empecemos con aquéllo de lo que ya hay más para aprender de los errores y saber valorar y aprovechar las conquistas.

2. LA MUJER Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Partamos de una visión global del texto constitucional. En realidad, las menciones expresas a la mujer en la CE son escasas, aunque no lo son tanto las menciones al principio y a la noción de igualdad. El art. 1 CE, contenido en el Título Preliminar de la misma, proclama la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. El art. 9.2 CE, dentro del mismo Título Preliminar, reconoce el deber que tienen los deberes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y de 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”. El art. 14 CE, contenido en el Capítulo Segundo del Título Primero establece que los españoles son iguales ante la ley. Finalmente está lo que podíamos llamar un mandato genérico de igualdad que deriva del hecho de que, en su formulación, los derechos fundamentales no hacen distinciones contra la mujer. En principio, pues, la mujer, según la Constitución, tiene igual derecho que el hombre a bienes como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, la libertad ideológica, la libertad personal o la tutela judicial efectiva de sus derechos. En la medida en que las mujeres no disfruten de todos los derechos constitucionalmente consagrados hay que entender, por tanto, que la igualdad proclamada no se ha logrado aún y que, también por mandato constitucional, los poderes públicos siguen obligados a tomar las acciones pertinentes al respecto.

La CE contiene, además, alguna mención expresa a la discriminación por razón de sexo. Y, de nuevo, en una sociedad que discrimina, fundamentalmente, a las mujeres y no a los hombres por su sexo, dichas menciones deben interpretarse, esencialmente, como mecanismos de protección específicos de la mujer. Nos referimos al art. 14 CE que, junto al genérico principio de igualdad, contiene el mandato específico de no discriminación por razón de sexo. Este principio aparece, además, configurado como un auténtico derecho subjetivo, poniendo la CE a disposición de su garantía el cauce de la protección por vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios de justicia y del recurso

de amparo ante el Tribunal Constitucional, de forma que puedan las ciudadanas reaccionar ante lesiones concretas de su derecho a no ser discriminadas (art. 53.2 CE).

Con manifiesta sensibilidad hacia algunos de los ámbitos en los que la mujer ha sufrido y sufre graves discriminaciones, el laboral y el familiar, la Constitución contiene menciones específicas de no discriminación sexual en los arts. 32 y 35.1 CE. El primero contiene, además, la primera mención expresa a la palabra “mujer” cuando, sancionando el matrimonio heterosexual, dice que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. El segundo reconoce que todos tienen el deber y el derecho al trabajo, “a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia sin que, en ningún caso, pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Entre los principios orientadores de la política social y económica se encuentra la segunda mención a la mujer, aunque, esta vez, indirecta y funcional. Declara el art. 39. 2 CE que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualesquiera que sea su estado civil.

A pesar de esta riqueza de articulado, se echa en falta si quiera una sola mención al hecho de que, bajo la neutra terminología de “discriminación sexual”, en realidad, el problema social de la discriminación sexual es un problema y una injusticia que atañe, fundamentalmente, a la mujer. Y es de lamentar que, ni siquiera entre los principios orientadores de la política social y económica aparezca recogido de forma expresa el compromiso de superar la histórica situación de discriminación de la mujer en tanto que grupo oprimido. El agravio comparativo resulta algo hiriente cuando comprobamos que el constituyente no olvida mencionar la protección que merecen otros grupos vulnerables y socialmente desfavorecidos como son los menores, la juventud o los disminuidos físicos y psíquicos (arts. 39, 48, 49, 50 y 51 CE). Tal vez pensara el constituyente que la discriminación de la mujer iba a ser algo coyuntural y transitorio de forma que cualquier mención expresa a la debida protección estaba condenada a quedar pronto obsoleta. Pero la verdad es que la CE también brinda una mención especial a los emigrantes (art. 42 CE), sin que la posibilidad de que el precepto quedara obsoleto,

como de hecho está aconteciendo, fuera óbice para identificar a dicho grupo como merecedor de protección reforzada.

Si la Constitución Española acoge el principio de la no discriminación sexual también sienta ella misma algunos de sus límites. En patente contradicción con su compromiso axiológico con la igualdad, la CE acoge a un rey, y no a una reina, como símbolo de la unidad y permanencia del Estado español (art. 56.1 CE), usando, además, por segunda vez, la palabra “mujer” para decir que, en la misma línea y grado, sucede el varón a la mujer en la Corona española (art. 57.1 CE).

3. LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN SEXUAL Y LA CONCRECIÓN DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES

La prohibición de la discriminación sexual del art. 14 CE vincula a todos los poderes públicos y sociales. El deber del art. 9.2 CE de adoptar las medidas oportunas para que la mujer disfrute de forma plena de todos los derechos y libertades que la Constitución le reconoce vincula también de forma genérica a los poderes públicos. Las grandes reformas legislativas en el ámbito civil y penal que se exponen en este trabajo lo son, pues, en cumplimiento de un deber de base constitucional que no puede cesar hasta que se logre la igualdad en el disfrute de derechos y libertades por parte de la mujer. Al centrarnos en lo que sigue en el análisis de la jurisprudencia constitucional no se trata de explorar el abanico de posibilidades con que cuentan los poderes públicos en su lucha contra la discriminación sexual, sino de analizar los límites a la acción de los poderes públicos y, en su caso, de los ciudadanos que, en su interpretación del art. 14 CE el Tribunal Constitucional ha ido concretando siempre que, a instacia de parte, ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Hasta cierto punto, por lo tanto, la concreción de lo constitucionalmente exigible viene a resultar de lo constitucionalmente exigido.

En este sentido, lo primero que hay que destacar es que las ciudadanas españolas todavía no se han adueñado del principio constitucional de la igualdad para reaccionar ante las muchas limitaciones que experimentan, por el mero hecho de ser mujeres, en el disfrute de una amplia gama de derechos y libertades. Como veremos, gran parte de la doctrina que el TC ha desarrollado en la materia, por paradójico que resulte, ha traído causa en pretensiones residenciadas ante los tribunales de justicia por hombres, no por mujeres. Por otro lado, pese a la discriminación que la mujer sufre en casi todas las esferas vitales la práctica totalidad de sus pretensiones en el plano constitucional se centra en la esfera laboral. El otro ámbito prolijo en jurisprudencia sobre discriminación sexual es el social. Y aquí constatamos que, curiosamente, las pretensiones son casi exclusivamente de una doble índole. Por un lado, las pretensiones de hombres que se sienten discriminados por los beneficios y prestaciones reconocidos a mujeres en el marco del régimen preconstitucional, y por otro, las pretensiones de mujeres que intentan no ser despojadas de los mismos.

Así pues, pocas pretensiones formuladas por las mujeres, casi todas en el ámbito laboral y muchas, paradójicamente, para que se les respeten beneficios y ventajas que les reconocía el ordenamiento preconstitucional. Sin embargo, como pronto se tendrá ocasión de ver, la doctrina jurisprudencial en torno al art.14 CE daría y debe dar para mucho más que para eso. No obstante, hace falta que previamente las mujeres se apropien de ella. Como se verá, a la hora de aplicarlo, el TC no siempre ha maximizado la protección que el principio de igualdad del art. 14 CE debe ofrecer a la mujer. Pero el gran cambio, a nuestro entender, está aún por venir y no depende tanto de la mejora en la concreción y aplicación del principio de no discriminación sexual cuanto de la expansión del ámbito material del principio de igualdad de sexos a todas las esferas en las que la mujer se encuentra discriminada. Y eso, una vez más, depende, fundamentalmente, de las exigencias que la mujer vaya planteando.

4. LA DOCTRINA DE LA DISCRIMINACIÓN SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SU FORMULACIÓN

Desde un punto de vista teórico, contamos ya con una rica y avanzada formulación de los principios que articulan la doctrina de la discriminación sexual. Hagamos, de momento, abstracción de los asuntos concretos en los que estos principios se han ido consolidando. Obliga a ello el deseo de apuntar, desde ya, su potencial emancipador en otras áreas que no sean únicamente la laboral y la social.

En el corazón de dicha doctrina se encuentra la afirmación de que el sexo, en sí mismo considerado, no puede ser justificación razonable de diferenciaciones jurídicas. Es la propia Constitución la que excluye su razonabilidad al entender que, en principio, las diferenciaciones basadas únicamente en el sexo de la persona atentan contra su dignidad. Esto se extiende no sólo al sexo en sentido biológico, sino a la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca como sucede con el embarazo o, incluso, y superando una visión más restrictiva anteriormente avalada por el TC (STC 94/1984), con la mera posibilidad de embarazo (SSTC 173/1994 y 136/1996).

Esta doctrina del TC, sentada para proteger a la mujer embarazada frente a la merma de sus expectativas laborales, puede resultar en el futuro mucho más fecunda. La discriminación contra la mujer embarazada no afecta a todas las mujeres, sólo a las embarazadas o a las que puedan llegar a estarlo. Sin embargo afecta exclusivamente a la mujer, y no al hombre. Ser mujer es, pues, una condición necesaria, aunque no suficiente. De igual forma, se ha exigido que el empresario demuestre no sólo que el trato de desfavor dispensado a la trabajadora no se debe, principalmente, a su sexo, sino que no está en absoluto relacionado con el mismo (STC 136/1996). Por lo tanto, una vez más, no es necesario que el hecho de ser mujer sea el único factor determinante del trato perjudicial, sino que es suficiente que sea uno de los factores. Teóricamente, en consecuencia, no es necesario que una discriminación sexual, para ser concebida como tal, la sufra todo el grupo de mujeres. Basta que el hecho de ser mujer sea determinante de la desventaja o perjuicio sufrido.

Esta interpretación más amplia de la noción de sexo, que no se limita a su concepción meramente biológica, plantea la posibilidad de que la doctrina de la discriminación sexual pueda dar cabida en el futuro a otras discriminaciones que sufre la mujer, en tanto que mujer, si no de forma absolutamente exclusiva, sí de forma claramente predominante, por lo que se puede decir que constituyen circunstancias que tienen con el sexo una conexión directa e inequívoca. Quedarían así incluidas todas las limitaciones en el disfrute de derechos en las que el sexo de la persona, y, en concreto, el hecho de ser mujer, sea un elemento claramente determinante. Tales serían, por citar algunos ejemplos, las limitaciones de derechos asociadas con el maltrato doméstico, los abusos y las agresiones sexuales, o el acoso sexual.

De acuerdo con el TC, la inclusión del sexo entre los factores específicos de discriminación constitucionalmente proscrita obedece a la finalidad de poner fin a la tradicional postergación de la mujer borrando aquellas “diferencias que históricamente, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, la han colocado en situación de inferioridad en la vida jurídica y social” (STC 241/1988) y en “posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE” (SSTC 166/1988 y 19/1989). Por lo tanto, no obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, ha dicho el Alto Tribunal, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios (STC 229/1992). Si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos contrarios a la discriminación de la mujer, no debe ignorarse la histórica situación de inferioridad social y jurídica de la mujer que la interdicción de discriminación del art. 14 CE trata de remediar (SSTC 128/1987 y 5/1992).

Esta interpretación ha de valorarse en términos muy positivos y servir como aclaración sobre a quién y cómo debe servir de protección reforzada el mandato de la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE. A pesar de la formulación neutra de la Constitución que se refiere al sexo, como categoría igualmente aplicable al hombre y a la mujer, la inclusión del mandato de no discriminación no obedece tanto a un genérico deseo por parte del constituyente de asegurarse de que nadie sea discriminado por rasgos biológicos que no elige, dentro de los cuales

está, por supuesto, el sexo, pero también muchos otros, sino, en concreto, a la necesidad de superar la discriminación histórica de un determinado colectivo, el de las mujeres. Biológicamente se distinguen también personas con distinto color de ojos o con los lóbulos de la orejas más o menos desprendidos de la cara. Sin embargo, pese a ser éstas diferencias biológicas no elegidas por la persona, no las ha incluido el constituyente dentro de los factores de discriminación específicos, y ello porque, a diferencia de lo que ocurre con el sexo, y más específicamente con la condición de mujer, no han sido históricamente factores de discriminación, es decir, pretextos para tratar a una parte de la población como ciudadanos de segunda. Es, pues, a la mujer, en tanto que ser históricamente oprimido, y no el sexo, en tanto que factor biológico ajeno a la voluntad individual, lo que debe proteger el mandato de la no discriminación sexual.

Fiel a la finalidad emancipadora de la mujer contenida en el art. 14 CE, ha entendido el TC que cabe adoptar medidas que sean favorables a la mujer aunque impliquen un trato diferencial. Por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas de acción positiva que, si quiera de forma transitoria (STC 28/1992), tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (SSTC 128/1987; 19/1989; 229/1992 y 109/1993). “No puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (STC 216/1991). Una vez más, pues, hay que estar a la finalidad y, como veremos a renglón seguido, a los efectos de las medidas. Lo verdaderamente determinante no es que se use el sexo como criterio de diferenciación. Lo realmente determinante es si la diferenciación contribuye a que la mujer supere su condición oprimida.

Siguiendo este tenor, entiende el TC que es necesario distinguir entre lo que verdaderamente constituye una acción positiva y lo que no lo es. De hecho, a la concreción de esta distinción ha dedicado el Alto

Tribunal mucha tinta, sobre todo porque, como hemos apuntado, gran parte de los asuntos que ha tenido que resolver plantean la cuestión de si los “privilegios” proteccionistas y compensatorios de la mujer contenidos en normas preconstitucionales podían seguir vigentes una vez proclamada la Constitución. En este sentido, ha entendido el TC que las medidas tutelares de la mujer deben ser sometidas a un análisis estricto de forma que únicamente cabe valorar la legitimidad de la medida después de realizar una doble constatación. En primer lugar, hay que asegurarse de que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato en el sentido de que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de la mujer, de manera que, en realidad, la medida limite más que expanda las posibilidades y opciones de ésta (SSTC 28/1992; 3/1993; 109/1993 y 317/1994). En segundo lugar, es necesario que la medida no haya perdido su razón de ser en el sentido de que, en el momento en que se aplica, tienda en realidad a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados que contribuyen a consolidar la situación discriminatoria contra la que se reacciona (STC 317/1994). Entre este tipo de patrones o estereotipos se encuentran, por ejemplo, aquéllos que parten de “una mayor vocación (u obligación) de la mujer hacia las tareas familiares” (SSTC 81/1982; 7/1983 y 128/1987). Las medidas que se incardinan en estos parámetros son discriminatorias, sin perjuicio de que la propia mujer pueda estar de acuerdo o sentirse beneficiada por ellas. “El consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado” (STC 317/1994) y ello porque “la discriminación es un fenómeno social y como tal fenómeno social debe ser valorado” (STC 317/1994).

Uno de los avances más destacables en la materia tiene que ver con los tipos de discriminaciones que el TC ha considerado constitucionalmente proscritas. De acuerdo con su doctrina, la Constitución prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta. Se trata de ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación para “incluir no sólo la noción de discriminación directa donde el sexo es objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan consecuencias perjudiciales para la mujer por las diferencias

fácticas que hay entre el hombre y la mujer” (SSTC 145/1991 y 147/1995). Hay que tener en cuenta, por lo tanto, las perjudiciales consecuencias desiguales que pueden resultar por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre hombres y mujeres. Y ello aunque la intención originaria del hecho o trato del que resultan consecuencias perjudiciales para la mujer fuera precisamente la de protegerla (STC 229/1992). Entiende pues el TC que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en el sexo y tal invocación provenga de una mujer el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE (STC 145/1991).

Dentro de las discriminaciones directas o intencionales que implican un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, distingue el TC entre la discriminación abierta y la encubierta. En las discriminaciones encubiertas el sexo, pese a no ser la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el móvil que realmente guió la actuación o el comportamiento discriminatorio y ello aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta (STC 198/1996).

Una vez más la potencialidad de esta doctrina todavía está por explorar. Al centrarse en los efectos y no en la intencionalidad (que puede ser incluso protectora) para determinar si existe discriminación, el TC se aleja de la práctica de otros tribunales de su rango que han exigido que medie intención de discriminación y no sólo efectos discriminatorios para poder apreciar discriminación sexual. Permite, por el contrario, la doctrina del TC analizar las acciones y normas de los poderes públicos en todos los ámbitos, aunque estén formuladas de forma neutra y no hagan mención expresa al sexo, desde la perspectiva de los efectos concretos que tienen sobre la mujer y dadas las específicas necesidades de ésta, ya sea por su condición biológica o social.

Por lo que respecta a la posibilidad con que cuentan las ciudadanas para reaccionar no ante acciones sino ante omisiones con efectos discriminatorios, el TC ha entendido que la modulación del principio de igualdad a la luz de la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos sea real y efectiva “exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección” (STC 216/1991). Sin embargo, no cabe, por lo general, medir *ex constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección más que cuando la desigualdad de hecho se traduce en una desigualdad jurídica, de forma que la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantienen (STC 216/1991).

Entiende también el Tribunal Constitucional que el art. 14 CE reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (SSTC 86/1985; 52/1987; 136/1987; 19/1988; 48/1989, 308/1994 y 114/1995). Ahora bien, ello no puede interpretarse como que lo único que el principio de no discriminación pueda granjearle a la mujer sea un trato idéntico al que se da al hombre, sino que, a veces, tal principio puede requerir la sustitución y no sólo la extensión del régimen aplicable al hombre por otro que no tenga efectos discriminatorios para la mujer. Ello puede hacer necesarias distinciones si las especiales circunstancias o condiciones de la mujer así lo exigen. A nada menos obliga el imperativo de atender a los efectos y no sólo a la intencionalidad a la hora de detectar los tratos discriminatorios. Y ello porque, como veremos, y como en cierta medida ha reconocido el TC, a menudo la discriminación está en que las normas aparentemente neutrales (por configurar criterios que no mencionan el sexo y han de aplicarse igualmente al hombre y a la mujer) se configuran a imagen y semejanza del varón, siendo por ello intrínsecamente discriminatorias, con lo que resulta innecesaria cualquier ulterior distinción expresa entre el hombre y la mujer. Cuando los parámetros se configuran a imagen y semejanza del varón, no hace ya falta distinguir entre el hombre y la mujer para discriminar, la discriminación está ya contenida

en la definición de los parámetros. Todo dependerá, pues, en última instancia, de lo formalista que quiera ser el TC a la hora de interpretar el derecho de la mujer a un trato igual al del hombre (igual en la acepción de “idéntico” o igual en la acepción de “equitativo”).

La siempre peliaguda cuestión de la prueba en materia de discriminación también ha sido resuelta en sentido favorable a la mujer. Entiende el TC que “cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el art. 14 CE, corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de fines y valores constitucionalmente dignos y, en su caso, propuestos por el legislador” (STC 104/1983). Así, en el marco de las relaciones laborales se ha exigido que cuando la mujer alegue discriminación por razón de sexo por parte del empresario recaiga sobre éste la carga de la prueba aunque, previamente, tenga la trabajadora que acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato. Mediando la prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales (STC 136/1996).

Como se verá en la exposición detallada de las secciones de este trabajo dedicadas a la materia civil y penal, uno de los mayores obstáculos para la consecución de la igualdad en la aplicación de normas jurídicas formalmente correctas se debe a las valoraciones que los tribunales de justicia ordinarios hacen de los hechos probados. También en este sentido encontramos doctrina constitucional interesante. Así, afirma el TC en su Sentencia 147/1995 que “la complejidad de la determinación de lo que ha de entenderse por hechos -frente a lo que haya de estimarse como valoraciones jurídicas- no precisa ser subrayada, pues no hay hechos sociales brutos y cualquier hecho social ha de establecerse mediante el recurso a valoraciones... Que un hecho probado haga referencia a una valoración no impide, por sí mismo, la conceptualización de esa valoración como un hecho... Sin embargo, su aceptación por el juz-

gador no lo es, sino que respresenta una aplicación de las normas jurídicas”, aplicación que ha de verse sujeta al imperativo del art. 14 CE. Entiende el Alto Tribunal que “la valoración de un hecho puede realizarse conforme a muchos criterios -objetivos o subjetivos- y la aplicación de unos u otros es un hecho, pero la aceptación o rechazo de esos criterios desde la perspectiva de su carácter conforme o contrario a la prohibición jurídica de discriminación constituye aplicación de los criterios constitucionales y legales que fijan cuándo son y cuándo no son discriminatorios” (STC 147/1995).

Cabe destacar, por último, que el imperativo de no discriminación sexual se ha entendido como vinculante no sólo a los poderes públicos sino también entre particulares. De hecho, como hemos señalado, gran parte de la doctrina mencionada ha traído causa en asuntos laborales planteados en el marco de relaciones entre empresario y mujer trabajadora. Así, aunque en la aplicación del principio constitucional de la igualdad en las relaciones entre particulares la jurisprudencia constitucional haya sido errática (véanse SSTC 241/1988; 129/1989; 126/1990 y 184/1991) el TC no ha tenido problemas a la hora de reconocer que la autonomía de los sujetos privados está limitada por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional como las discriminaciones típicas que se recogen expresamente en el art. 14 CE, entre las cuales está la discriminación por razón de sexo (ATC 1069/1987; SSTC 103/1987; 127/1987; 166/1988; 108/1989 y 28/1992). Y para que esto sea así, ha aclarado el TC, no es ni siquiera necesario que exista una relación jurídica entre particulares y que la limitación de derechos se produzca en el contexto de la misma, sino que basta con que haya expectativas en juego, expectativas que se vean frustradas por las aludidas discriminaciones típicas, pues “de no ser así quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional” (STC 173/1994). Inconstitucionales, dice el Alto Tribunal, no sólo son “las conductas individuales que sean lesivas del derecho a la no discriminación sino también los pactos que hayan podido decidir partes contratantes en aparente situación de libertad... si son en realidad discriminatorios... Una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, (no) resulta válida por el solo hecho de

haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad” (STC 241/1988).

Es necesario subrayar la importancia de esta jurisprudencia que, una vez más, no ha sido prácticamente explotada en favor de la mujer. Como viene reconociendo la doctrina, en el caso de las discriminaciones típicas del art. 14 CE, como la discriminación por razón de sexo, estamos ante prácticas sistemáticas y generalizadas que, muchas veces, no vienen impuestas por normas jurídicas, sino que son más bien el resultado de pautas de conducta social y de arraigados estereotipos. Entre estos estereotipos está el de la inferioridad de la mujer con respecto al hombre. De ahí que no baste con depurar el ordenamiento estatal de normas discriminatorias. Hay que combatir la discriminación “social”, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social y resulten, por ello, intolerables.

Aunque, de momento, los únicos “particulares” que han visto limitada su autonomía han sido los empresarios, es el momento de que, a la luz de la doctrina constitucional, se animen las mujeres a reclamar ante otros agentes discriminadores, como asociaciones o fundaciones, sobre todo, si éstas operan en ámbitos de gran relevancia pública condicionando las posibilidades de la mujer en el acceso al empleo, la educación o al prestigio social. Como veremos, también puede que sea el momento de plantearse más seriamente los límites al poder de los medios de comunicación en aras de la igualdad de la mujer. Mucho más peliaguda se plantea la cuestión de la virtualidad de esta doctrina para limitar el poder del hombre dentro de la esfera familiar por la tradicional inclusión de la organización de las relaciones familiares en el ámbito de intimidad personal y familiar que también protege la CE en su art. 18. Pero nada obsta, en principio, para que las mujeres exijan que también en este sentido se delimite la esfera de protección y los límites de éste y otros derechos cuando esté en juego la igualdad de la mujer. Por lo demás, como sabemos, no hay derechos absolutos, y la mayor parte de los juicios constitucionales en materia de derechos fundamentales se resuelven a través de un adecuado juicio de ponderación de derechos.

5. LA DOCTRINA DE LA DISCRIMINACIÓN SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SU APLICACIÓN

Pese a los avances y logros en la formulación y evolución de la doctrina de la discriminación sexual, su aplicación, hasta la fecha, se ha visto limitada tanto por lo reducido del ámbito material en el que se ha desarrollado, como por la forma que, a veces, ha tenido el Tribunal Constitucional de llevarla a la práctica. Es el momento de centrarnos en analizar algunas de las razones que han impedido que, en ocasiones, la doctrina anteriormente expuesta se pusiera al servicio de la tutela más efectiva de los derechos de la mujer. Más que analizar una a una las sentencias, o hacerlo por materias, labor que desbordaría el objeto de este estudio, sobre todo, teniendo en cuenta que, por sus ámbitos materiales, habrá referencia a dicha jurisprudencia en otras partes del presente trabajo, se trata aquí de analizar, sin pretensiones de exhaustividad, algunas pautas de razonamiento que condicionan la aplicación práctica de la doctrina de la discriminación sexual. A menudo estas pautas están relacionadas entre sí, de forma que las sentencias que elegimos para ilustrarlas bien pudieran encuadrarse bajo más de uno de los tipos distinguidos. Sirva esto para facilitar pistas a los operadores jurídicos de forma que puedan anticiparse al formular sus defensas a algunos de los obstáculos que han impedido la aplicación práctica más eficaz del principio de igualdad.

5.1 LA CONTEXTUALIZACIÓN Y LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL FENÓMENO DISCRIMINATORIO EN LA APRECIACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Con alguna frecuencia, los casos de discriminación aparecen tratados de forma descontextualizada y como si de circunstancias y problemas meramente individuales se tratara. Se oculta así la dimensión social del fenómeno discriminatorio y, partiendo de un falso equilibrio teórico entre la situación del hombre y la de la mujer, se aplica la prohibición de discriminación sexual del art. 14 CE como prohibición de cualquier diferenciación de trato con base en el sexo. Permite esto ocultar la realidad de que tales diferenciaciones pueden tener sentido si se entiende que no es necesariamente el sexo de la mujer biológica-

mente considerado, sino su condición oprimida lo que reclama un trato diferente.

Este es, a nuestro entender, el error que late en los razonamientos de los que se ha valido el TC a la hora de resolver muchas de las pretensiones planteadas por hombres que han acudido ante dicho Tribunal para reclamar la extensión de los beneficios que se reconocían a las mujeres en el régimen preconstitucional. Se trata, en su mayor parte, de beneficios que, obviamente, no fueron concebidos como medidas de acción positiva para lograr objetivos como los que se propone el art. 9.2 CE: la remoción de obstáculos reales para que la igualdad formal en favor de la mujer no quede vacía de contenido. Y, sin embargo, han sido tratados y analizados por el TC en muchas ocasiones como si de tales se tratara. En realidad, eran beneficios o “privilegios” que más bien respondían a una finalidad compensatoria y protectora de la mujer, más o menos arraigada en prejuicios sexistas en torno a la naturaleza o función de ésta. A menudo dichos beneficios no eran más que respuestas del ordenamiento ante la situación de dependencia e indefensión en que se colocaba a la mujer, situaciones todas ellas asociadas a la reclusión de la mujer en el ámbito doméstico en detrimento de su independencia económica y proyección individual en el mercado laboral. Entre estas medidas destacan pensiones de orfandad y de viudedad únicamente reconocidas a mujeres, o reconocidas a estas últimas en condiciones más ventajosas que a los varones y la posibilidad de jubilación anticipada o en mejores condiciones que las del hombre.

Este tipo de litigio lo plantea, pues, el hombre al grito de que su exclusión de este tipo de beneficios implica una discriminación sexual. Dentro de las respuestas del TC se distinguen dos líneas. Una de ellas entiende que es necesario enmarcar este tipo de privilegios de la mujer dentro del contexto normativo preconstitucional más amplio en el que se dieron y no en abstracto comparando a hombre y mujer como si de realidades meramente biológicas se tratara. Este enfoque impide catalogar este tipo de “ventajas” de la mujer de discriminaciones contra el varón que reclaman la extensión de los beneficios al mismo, sin perjuicio de que se entienda o no que han de ser consideradas como discriminaciones contra la mujer, bien por los presupuestos de los que parten o

los efectos que pueden tener. La otra línea que aquí criticamos hace abstracción del contexto y se centra en la diferenciación que entiende hace el ordenamiento con base únicamente en el sexo. Como consecuencia lógica, y salvo que entienda que, en realidad, la medida es en sí misma odiosa y no beneficiosa, considera que procede la extensión del beneficio al hombre. Veámoslo con algunos ejemplos.

La STC 315/1994 va en la primera línea. En ella el TC deniega el amparo a un hombre que solicita la pensión que preveía el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Diputación Foral de 10 de marzo de 1931 entendiendo que, a falta de viuda, correspondía la pensión a los hijos menores de edad del empleado, derecho éste que cesaba, tratándose de varones, en todo caso a los 25 años y para las hijas, fuera cual fuese su edad, hasta que contrajeran matrimonio o ingresaran en orden religiosa. Ya cuando entró el TC a entender del asunto, la norma había sido derogada y sustituida por otra que, aunque sin efectos retroactivos, concedía la pensión de orfandad sin distinción y únicamente a hijos e hijas menores de edad. Entiende el TC en su Sentencia 315/1994 que no cabe acceder a la pretensión del recurrente porque la norma era, en realidad, discriminatoria contra la mujer, puesto que partía de una concepción peyorativa de la mujer que implicaba una infravaloración y un cierto talante despectivo de la misma, como ser humano de segunda clase. No obstante, señala el TC, la consecuencia no le resulta dañina sino beneficiosa como grupo y responde a una función tuitiva simétrica de su desvalimiento, socialmente real entonces. Lo que no cabe, entiende la sentencia, es generalizar el régimen más favorable, haciendo extensivo el privilegio, salvo que la desigualdad resulte arbitraria por reflejar una concepción peyorativa del mismo, lo que no ocurre en este caso.

En sentido análogo se había pronunciado ya la STC 19/1989. En ella se denegó el amparo que solicitó un hombre pretendiendo la extensión del beneficio que disfrutaban las mujeres de acuerdo con los Estatutos de la Mutualidad del sector textil consistente en la aplicación de un coeficiente menor de reducción de la base para calcular la cuantía de la pensión de jubilación anticipada. El trato diferente entre hombre y mujer había sido ya derogado, aunque no con efectos retroactivos, cuando el TC se

pronunció sobre el asunto quedando integrado el sector textil dentro del Régimen de la Seguridad Social de 1966 que ya no establecía diferencias según el sexo del trabajador.

En aquella ocasión entendió el Alto Tribunal que, detrás de la norma, podían encontrarse diversas justificaciones, entre ellas, el intento de fomentar la jubilación anticipada de la mujer, la pretensión de compensar de modo diferido sus inferiores condiciones salariales o una combinación de todos y cada uno de estos factores. Como quiera que fuese no dejaba de resultar paradójico tildar ahora estas normas de discriminatorias para el varón extrayéndolas del contexto normativo en el que se dictaron, un contexto normativo que claramente discriminaba a la mujer colocándola en una situación de inferioridad en el mercado de trabajo. No se trataba, pues, con la norma de colocar al varón en peores condiciones en el momento de su jubilación, sino más bien de compensar a la mujer por la situación de inferioridad a la que quedaba relegada. Aunque en el momento en que se dirime el asunto pudiera criticarse el uso de este tipo de medidas, no podía declararse la inconstitucionalidad de una medida que “lejos de crear discriminación alguna, se limita a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado”. Conclusión ésta que, además, quedaba reforzada cuando se trataba, como en el caso en cuestión, de reglas meramente transitorias que, más que nada, aspiraban a preservar las expectativas que la situación normativa anterior había generado entre las mujeres afiliadas.

Desgraciadamente no siempre ha sentado el TC las normas en su contexto histórico a la hora de determinar si estamos ante una discriminación o no, y, en caso afirmativo, de quién a quién. Detengámonos, por ejemplo, en la STC 3/1993. En ella se dirime una cuestión de inconstitucionalidad que trae causa en una pretensión residenciada por un hombre ante los tribunales ordinarios de justicia y que da pie a que el TC declare inconstitucional, por discriminar contra el varón, el art. 162.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto de 1974. Dicha norma reconocía en exclusiva a hijas o hermanas el derecho al percibo de las llamadas prestaciones a favor de familiares destinadas a subvenir la situación de necesidad económica origina-

da por el fallecimiento del causante en las hijas y hermanas que hubiesen convivido con él y a sus expensas. De nuevo, en el momento de dirimir la cuestión ya había actuado el legislador modificando, aunque sin efectos retroactivos, la norma cuestionada en el sentido de reconocer la pretensión tanto a varones como a mujeres siempre que concurrieran los restantes requisitos de convivencia y dedicación al cuidado del causante, así como la de ser mayores de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos.

Entiende el TC que la norma en cuestión es una norma protectora que descansa en “la secular discriminación familiar de la mujer a la que tradicionalmente se vienen confiando funciones domésticas como si gozase de una natural vocación o predisposición hacia ellas... y que participa de la tendencia imperante en la época de mantener a la mujer apartada del taller y de la fábrica”. Entiende también el TC que esta situación no es constitucionalmente admisible. Y hasta ahí estamos de acuerdo. Lo que, sin embargo, no pondera el Alto Tribunal es que ésa era efectivamente la realidad de la mujer en el momento en que se dio la norma y que, por lo tanto, lejos de carecer de sentido, se trataba de una medida compensatoria justificable. La medida era, además, inocua, en el sentido de que, al haberse ya procedido a la modificación de la misma por el legislador no cabía si quiera plantearse la posibilidad de que contribuyera, de forma indirecta, a sancionar y fomentar las mismas situaciones de indefensión que trataba de paliar y los cánones culturales sexistas en los que se asentaba. En cambio, el TC opta por hacer abstracción de esta dimensión colectiva de la cuestión y, planteándose la hipótesis abstracta de un hombre y una mujer ante el mismo supuesto de necesidad y con la misma experiencia de dedicación familiar, entiende que la exclusión del varón es discriminatoria porque la norma sólo excluye al varón por su sexo, sin apreciar que la norma excluía al varón, no por su sexo, sino por su distinta condición social.

Esta sentencia enlaza con el razonamiento, igualmente criticable, de las seguidas en el tema de las pensiones de viudedad del hombre en fecha mucho más temprana. Con respecto a las pensiones de viudedad, muchas normas preconstitucionales preveían requisitos especiales de devengo para el hombre frente a la mujer. Las Sentencias del TC que

abrieron el debate fueron la 103/1983 y la 104/1983. En ambas lo que se cuestionaba era la constitucionalidad del art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social según el cual la condición del derecho de pensión de las viudas era únicamente la convivencia habitual con el cónyuge causante o la separación legal con sentencia firme que la hubiera declarado inocente. En cambio, la pensión del viudo quedaba condicionada a que además de todo ello, éste fuera persona que, al tiempo de fallecer su esposa, estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo de la fallecida. Entendió el Tribunal Constitucional, a nuestro juicio sin razón, que la norma discriminaba contra el varón y optó por hacer extensivo a éste el régimen más favorable aplicable hasta entonces a la mujer.

El razonamiento de la mayoría aparece claramente expuesto en la STC 104/1983, que se refiere al mismo supuesto de hecho y resuelve la misma cuestión de inconstitucionalidad formulada por distintos jueces frente al mismo precepto legal de la Ley General de la Seguridad Social. Ilustra el voto de la mayoría lo inadecuado de interpretar la doctrina de la discriminación sexual al margen del contexto social en el que se dan las normas, haciendo abstracción de la situación real de los distintos colectivos y acogiendo, además, una noción de sexo como factor estrictamente biológico y relegando a un segundo plano la dimensión del sexo como condición social de género, dimensión que es, a nuestro entender y al que se expresa en el voto particular de la STC 103/1983, el que, en realidad, debe primar. En su razonamiento, la mayoría parte erróneamente de que la situación de partida del varón y de la mujer como colectivos es la misma, y entiende, por lo tanto, que el uso del sexo como único factor diferencial es injustificado y se traduce en la discriminación del varón. Ambos se encuentran ante la misma situación: el fallecimiento del cónyuge afiliado al régimen de la Seguridad Social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones. En el mismo sentido añade la STC 253/1988 que el vacío económico que produce el fallecimiento de la mujer ha de considerarse idéntico al que en iguales casos causa el marido. Ante esta identidad de circunstancia el legislador no puede anudar consecuencias jurídicas distintas. Si la situación o estado de necesidad de las viudas no es tomada en cuenta no se justifica que lo sea la de los viudos. Si el verdadero fundamento es la situación de necesidad ésta debe ser apreciada para todos por igual. No cabe, entiende la

mayoría, partir de la presunción de la mayor necesidad de la mujer basándose en la realidad histórica de la norma y en datos sociológicos, pues la simplificación de los trámites y la economía procesal no constituyen interés suficiente al que deba sacrificarse un valor de rango constitucional superior como el de la igualdad.

Mucho más adecuado nos parece el enfoque que adopta el voto particular del magistrado Rubio Llorente en la STC 103/1983 por cuanto evita abstracciones y pondera la realidad social y las dimensiones de la cuestión para el colectivo de las mujeres sentando la norma en su contexto histórico. Defiende dicho voto que el legislador social ha de tener en cuenta la diferente condición o circunstancia personal o social de los posibles beneficiarios de las prestaciones para dar cumplimiento al mandato de promover la efectiva libertad e igualdad del individuo. La extensión del derecho a la pensión de viudedad a los varones acabará traducándose en una limitación de la prestación de las viudas, bien porque conduzca a un reducción de la cuantía para atender a un mayor número de beneficiarios, bien porque se endurezca la regulación en general obligándose a las viudas a demostrar su incapacitación para el trabajo. Ahora bien, entiende el voto disidente, los grupos sociales a los que la norma daba distinto tratamiento eran grupos con una condición muy distinta. Pues la división doméstica arrojaba sobre la mujer la parte más importante del trabajo del hogar, dificultando su incorporación al mundo de la producción y del trabajo y mermando también sus posibilidades de formación profesional. Es el legislador quien tiene que adoptar medidas para superar esta situación que, desde luego, no se suprime por ignorarla simplemente y que se agrava mediante la anulación de normas cuya finalidad es la de compensarla. Y ello sin perjuicio de que en último extremo esta medida de compensación pudiera ayudar a perpetuar la discriminación social y, en consecuencia, debiera ser eliminada en su momento cuando el legislador lo estimara oportuno teniendo en cuenta que, en todo caso, la incidencia sobre las pautas sociales de comportamiento sólo tendría efectos de cara al futuro y no al pasado. En el pasado la mujer se veía compelida a vivir a cargo del marido, mientras era excepcional la situación contraria, de ahí lo razonable de que se condicionara la percepción de la pensión de viudedad por parte del varón a su incapacidad para trabajar, algo que hubiera sido absolutamente irra-

zonalmente exigir a la mujer. La diferencia social entre el varón y la mujer hasta la fecha impedía considerar irrazonable la diferencia que el art. 160 de la Ley de Seguridad Social establecía.

A nuestro entender, sólo esta doctrina, y no la avalada por la mayoría, tiene en cuenta la necesidad de poner la norma cuestionada en el contexto de la realidad social que refleja, una realidad en la que es la mujer, y no el varón, quien sufre discriminaciones por su sexo. No se trata de negar los efectos perjudiciales que dicha norma pudiera tener para la mujer, pero se deja que sea el legislador el que tenga que ponderar, de acuerdo con la evolución social, la importancia de la finalidad compensatoria frente a los efectos desincentivadores del empleo femenino, sobre todo cuando la corrección de la norma sólo podía evitar tales perjuicios pro futuro y nada podía hacer para ayudar a las generaciones pasadas de mujeres a las que la norma trataba de compensar. Obviamente una doctrina que parte del sexo como categoría neutra, aplicable tanto al hombre como a la mujer, y que no tiene en cuenta las diferencias de partida no resulta permeable a todas estas consideraciones que, sin embargo, son fundamentales para lograr la paridad de oportunidades de hombres y mujeres.

En su jurisprudencia posterior, el TC tuvo ocasión de confirmar su doctrina haciéndola extensible a las pensiones de viudedad previstas en normas como las del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) que la Ley de Seguridad Social había dejado vigentes y que excluían al varón de las pensiones de viudedad (véanse SSTC 253/1988; 144/1989; 176/1989; 142/1990; 158/1990; 58/1991 y 102/1992) o las de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local que exigían al varón el requisito de carecer de ingresos suficientes, además del de ser sexagenario o hallarse imposibilitado para el trabajo para devengar la pensión (STC 42/1984). Tal vez interese destacar que, a lo largo de la última década, ha establecido el TC una salvedad para el caso de las pensiones de viudedad con el carácter de complementarias. Según el TC, en estos supuestos no resultan discriminatorias las exigencias adicionales al varón para el devengo de la pensión ya que las prestaciones complementarias, al ser asumidas voluntariamente, están regidas por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas lo que justifica

que no sea exigible la igualdad de trato, salvo en lo que se corresponda con la pensión devengada en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, pero no en el exceso (véanse las SSTC 49/1990 y 5/1994).

Sólo se acerca el TC de forma más directa al razonamiento del voto particular expresado en la STC 103/1983 y aquí avalado en la STC 5/1992. Se trata en esta ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad. Su objeto era determinar la constitucionalidad de la Ley 30/1984 sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública que establecía el reconocimiento de efectos económicos a los derechos pasivos causados por la mujer funcionaria pero únicamente desde el 1 de enero de 1984. Entiende aquí el Alto Tribunal que la limitación temporal de los efectos económicos del ejercicio del derecho no puede considerarse discriminatoria. Si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos contrarios a la discriminación de la mujer no debe ignorarse la histórica situación de inferioridad de la mujer. Poniendo la norma en contexto, razona la mayoría que aunque el trato desigual pudiera entenderse formalmente en perjuicio del varón, materialmente presupone una valoración peyorativa de la condición laboral de la mujer. De hecho, el mantenimiento de la diferencia legal de trato en materia de pensiones fomenta la exclusión de la mujer incentivándola a que no trabaje fuera del hogar. Sin embargo, observa el TC, lo cierto es que la marginación laboral de la mujer sólo puede ser corregida para el futuro. Por ello el mejor trato de las viudas de funcionarios en materia de pensiones sirve para compensar la previa situación existente de discriminación. Aunque la igualdad de trato en materia de pensiones es necesaria para evitar la perpetuación de la situación social de marginación de la mujer ello no impide considerar constitucionalmente justificadas diferencias de trato en relación al pasado. De ahí que pueda entenderse conforme a la Constitución la norma transitoria que supone diferencias de efectos económicos en relación con el momento del ejercicio del derecho entre el colectivo de las viudas de los funcionarios. Estas últimas contaban claramente con la expectativa del derecho a obtener una pensión causada por sus maridos y en función de ello pudieron optar por no trabajar y causar directamente su derecho a una pensión de carácter contributivo. Por el contrario, el colectivo de los viudos de las funcionarias, al no contar originariamente con

esa expectativa, pudieron adaptar su vida desde un primer momento a esa expectativa de no generación de pensión por parte de su esposa. Para salvar posibles contradicciones con su anterior doctrina se ve obligado el TC a realizar una matización entendiendo que han de otorgarse las pensiones de los viudos funcionarios que hubiesen generado y solicitado la pensión tras la entrada en vigor de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1984 invocando su derecho a no ser discriminados.

Es, en definitiva, triste que el TC se haya prestado a hacer abstracción del contexto histórico y social en el que las normas preconstitucionales se dictaron y del sentido que en el mismo tenían determinadas normas que otorgaban “ventajas” a las mujeres con base a prejuicios sexistas en torno al rol de la mujer o que reflejaban la auténtica necesidad de compensarla por su situación de desamparo. Valiéndose de esta abstracción se ha logrado extender algunos de estos “beneficios” en favor del hombre, con lo que éste, como colectivo, sale doblemente beneficiado: primero por una legislación preconstitucional que merma las facultades de la mujer en beneficio de los intereses del hombre y luego por una reparación postconstitucional que le extiende las migajas que dicha legislación concedía a la mujer.

5.2 “Y DIJO LA CONSTITUCIÓN: ¡HÁGASE LA IGUALDAD! Y LA IGUALDAD SE HIZO”: EL PRECIO DE LA TRANSICIÓN

Una de las ficciones que menos ha facilitado una interpretación del principio de la igualdad que maximice la protección constitucional de la mujer ha sido la ficción de que el derecho hace la realidad. Se trata de entender que, desde el momento en que se afirma constitucionalmente la igualdad de la mujer, ésta se da de forma real, de forma que la afirmación constitucional del deber ser es tomada como prueba empírica de lo que ya es. Tal vez la consecuencia más triste de dicha ficción desde la perspectiva de la mujer es que le haya impedido al TC sentar de forma clara y coherente una doctrina *ad hoc* que sirviera para crear una jurisprudencia emancipatoria de la mujer respetando, sin embargo, al mismo tiempo la situación de las mujeres que, a la entrada en vigor de la CE, tenían ya, para bien o para mal, unas expectativas de

derecho fundadas en normas preconstitucionales. Un régimen transitorio adecuado y coherente hubiera permitido depurar pro futuro el ordenamiento afectando lo menos posible tales expectativas de las mujeres y evitando, por lo tanto, que precisamente el colectivo más discriminado, el de las mujeres que tuvieron que soportar las limitaciones del régimen preconstitucional, tuviera que correr a cargo de los costes de la transición en aras de la emancipación de las futuras generaciones de mujeres.

De forma concreta, incurren en esta ficción algunas de las sentencias que traen causa en pretensiones de mujeres que acuden al Tribunal para que se les respeten sus expectativas de derechos nacidas al amparo de normas preconstitucionales de la naturaleza de las anteriormente analizadas reclamando que, en todo caso, y como mecanismo de reparación de la posible discriminación, se extienda el beneficio disputado al varón. Y ello, sin perjuicio de que, hoy en día, no nos pueda parecer adecuado tildar los “beneficios” de tales cuando se constata su verdadera fundamentación y se comprueban los efectos perjudiciales que, de mantenerse, podrían derivarse para la propia mujer. En realidad, estamos ante la pretensión por parte de la mujer de no ser doblemente castigada. Primero, por un régimen preconstitucional que la discrimina de forma clara y directa limitando sus posibilidades de desarrollo en todas las esferas de acción y luego, por el régimen postconstitucional que, en aras del principio de la igualdad, y por lo tanto, teóricamente en su propio bien, o, en todo caso, en el del colectivo de las mujeres, la despoja de los escasos mecanismos compensatorios que el régimen anterior preveía sin poder, como es lógico, restituirla a la situación de disfrute pleno de todos sus derechos, desde la que desarrollar su vida con plenitud de opciones.

De nuevo nos encontramos con dos vertientes jurisprudenciales. Una de ellas parte de la ficción que se denuncia. El presupuesto tácito es que con la llegada de la Constitución Española, la mujer logra la igualdad, al menos formal, de manera que, a partir de ahí, hay que contemplar cualquier medida de “favorecimiento de la mujer” como si de una acción positiva se tratara. Ello requiere someterla a una doble criba que consiste en, primero, asegurarse de que la medida en cuestión no sea contraria

al principio de igualdad de trato en el sentido de que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de la mujer limitando, más que expandiendo, las posibilidades y opciones de ésta. Y segundo, en cerciorarse de que la medida no ha perdido su razón de ser en el sentido de que tienda en realidad a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, contribuyendo a consolidar la situación discriminatoria contra la que se reacciona.

La segunda vertiente jurisprudencial pone de nuevo “los beneficios” de la mujer en su contexto histórico y entiende que, estando justificados en la realidad en la que se concibieron, no cabe ahora despojar a la mujer de los mismos, sin perjuicio de que el legislador opte, cuando estime que dicha realidad se ha superado, por una normativa que así lo refleje. Se trata aquí, fundamentalmente, de dejar vigente de forma transitoria una normativa para que no queden defraudadas las razonables expectativas del colectivo que ya sufrió las más graves desventajas en el régimen preconstitucional. Veamos de nuevo algunos ejemplos.

En la STC 68/1991 se sigue en cierta medida esta segunda línea de razonamiento. En ella otorga el TC amparo a una mujer que cree vulnerado su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando el Ayuntamiento de Pamplona decide no concederle la pensión de orfandad solicitada por no reunir los requisitos de insuficiencia económica o incapacidad laboral siendo así que, hasta la fecha, y de acuerdo con el Reglamento de la Sociedad de Socorro Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona de 1943, se reconocía una pensión de orfandad a favor de hijos e hijas del socio fallecido que cesaba, en el caso de los varones al cumplir los 25 años o antes, en el caso de contraer matrimonio u obtener destino en dependencia pública o particular o terminar alguna carrera, profesión u oficio, mientras que se entendía que las hijas percibían la pensión cualquiera que fuera su edad, y salvo que contrajeran matrimonio. Entiende el Alto Tribunal que, sin perjuicio de que en su formulación el precepto fuera incompatible con las exigencias que derivan de la Constitución y de que el legislador o el titular del poder normativo pueda modificar dicho precepto para acomodarlo a las exigencias de la igualdad endureciendo las condiciones que se requieren para acceder al goce del derecho por parte de

las mujeres que hoy se ven beneficiadas por la norma, mientras ésta exista el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga.

Un ejemplo del primer tipo de razonamiento se encuentra en la STC 16/1995 en la que el TC deniega el amparo a una taquillera del Metropolitano de Barcelona quien, acogiéndose a una norma de 1946, solicitó jubilación voluntaria anticipada, habiendo cumplido los cincuenta y cinco años y llevando más de veinticinco años de servicio, prerrogativa que la norma sólo concedía a la mujer, siéndole denegada su pretensión y confirmada tal denegación por los tribunales de justicia por entenderse que la norma en cuestión había perdido validez desde la entrada en vigor de la Constitución. Confirma el TC la denegación, rechazando el amparo de la mujer que solicita que, de ser discriminatoria, se proceda a la reparación a través de la concesión de igual prerrogativa al varón. Al margen de cuál pudiera ser la justificación de la prerrogativa concedida en exclusiva a la mujer, algo que el TC no se detiene a indagar, y sin ningún miramiento por las expectativas de derecho consolidadas a lo largo del tiempo por parte de la recurrente, entiende dicho Tribunal que la medida es discriminatoria porque ha perdido su razón de ser y puede afectar negativamente a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo del propio colectivo femenino discriminado.

Vemos, pues, cómo, de repente, el Alto Tribunal, a quien veíamos preocupado por los demandantes individuales varones, saca a relucir la dimensión de grupo y no tiene escrúpulos en sacrificar los intereses de mujeres particulares en aras del bien colectivo de la mujer, precisamente, además los intereses de las mujeres más castigadas por la discriminación y aquellas a las que, desgraciadamente, de menos podía servir ya el mensaje emancipador de la Constitución Española. Por supuesto que hay que ser cautelosos en el uso de métodos de protección de la mujer que puedan ser perjudiciales para la misma, bien porque fomenten el apartamiento de ésta del mundo laboral o porque dificulten la obtención de igualdad de opciones dentro del mismo o agraven prejuicios sociales y estereotipos sexistas. Ahora bien, se echa de menos una doctrina *ad hoc*, que entienda los “beneficios” preconstitucionales como lo que realmente son y que evite que normas más

bien inocuas, por cuanto destinadas a fallecer cuando no lo han hecho ya, dejen de aplicarse a mujeres que tienen basadas sus legítimas expectativas en ellas.

Otro de los ámbitos en los que se detecta la ficción de que la proclamación constitucional de la igualdad equivale a la consecución de la misma se refiere a los supuestos de excedencias por razón de matrimonio. En juego están, por regla general, las pretensiones de mujeres que habían sido sometidas a un régimen de excedencia forzosa o voluntaria con ocasión del matrimonio y que desean recuperar su empleo. Entienden las recurrentes que, desde la entrada en vigor de la Constitución, decae la validez de dichas excedencias y deja de tener sentido el requisito de que la mujer obtenga la condición de cabeza de familia antes de poder solicitar su reingreso, condición que en aquellos tiempos quería decir que por defunción del marido o por existir imposibilidad física o psíquica de éste, se viera obligada la mujer a atender a las necesidades de la familia (STC 241/1988). Muchas de estas pretensiones fueron atendidas favorablemente por el TC. Sin embargo, sentó el Alto Tribunal desde el principio una doctrina de prescripción de la acción que limitó mucho temporalmente el plazo con que las mujeres contaron para solicitar su reingreso. Como es lógico, encontramos también algún supuesto de mujer que lo que pretende es, precisamente, que se sigan respetando sus condiciones laborales originales de forma que no se le aplique el plazo de prescripción de la acción de reingreso y que se le permita solicitar el mismo a partir del momento en que adquiere la condición de cabeza de familia, tal y como preveía la normativa preconstitucional. De nuevo aquí, se echa de menos en la doctrina del TC un adecuado régimen de transición que maximice el interés de la mujer. Pero no adelantemos acontecimientos.

Ya en la primera sentencia que resuelve las pretensiones de reingreso de un grupo de mujeres que habían sido sujetas al régimen de excedencia forzosa por matrimonio, la STC 7/1983, sienta el TC su doctrina de la prescripción de la acción por lesión del derecho de igualdad. Entiende el Alto Tribunal que normas preconstitucionales como el Reglamento Nacional de Trabajo en la Banca Privada de 1950 o la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España que

prevían supuestos de excedencia voluntaria o forzosa por matrimonio vulneran el principio de igualdad del art. 14 CE. Aunque en algunas ocasiones, tratándose, sobre todo, del supuesto de excedencia voluntaria, el TC atribuye en parte la inconstitucionalidad a que únicamente se le atribuye esa posibilidad a la mujer (así en la STC 70/1993), en la mayor parte de los supuestos el peso del argumento recae, como debe de ser, no en la mera diferencia de trato entre varón y mujer, sino en la discriminación de la mujer que implica tal normativa. La magistrada Begué Cantón, en voz del TC, es, tal vez, quien mejor contextualiza la normativa desde el punto de vista de la discriminación de la mujer cuando en la STC 241/1988 expone que la condición de convertirse en “cabeza de familia” como requisito previo a la reincorporación de la mujer al trabajo respondía al contexto social y normativo del tiempo en el que “tal cualidad se atribuía expresamente al padre, y sólo en defecto del mismo podía ser transferida a la madre porque de acuerdo con el papel asignado a cada uno de los cónyuges el marido o padre era el administrador de la sociedad conyugal y de gananciales y el titular en primer término de la patria potestad sobre los hijos y la actividad laboral de la mujer, lejos de verse como un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana, se reducía arbitrariamente al ámbito de dicha actividad y se proclamaba como objetivo del Estado liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica”.

Nada que objetar a que dicha normativa sea tachada de inconstitucional por discriminatoria. Ahora bien, a partir de ahí el TC desarrolla una teoría sobre la prescripción de la acción para reclamar el reingreso al trabajo de acuerdo con la cual el plazo para reivindicar el ejercicio de un derecho obstaculizado por una norma discriminatoria nace en el mismo momento de aprobación de la Constitución empezando, pues, desde ese momento a correr el plazo de prescripción de la acción, plazo que había de ser de tres años según lo dispuesto por la normativa laboral vigente en 1978 (art. 83 de la Ley de Contrato de Trabajo) como plazo de prescripción fijado para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tuvieran señalado período especial (SSTC 7/1983; 8/1983; 86/1983 y 58/1984). La idea subyacente es la de que los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles pero ello no es incompatible con que, para reaccionar frente a cada lesión concreta que cada ciudadano

entienda haber recibido contra ese o cualquier otro derecho fundamental, el ordenamiento limite temporalmente la vida de la correspondiente acción (STC 7/1983).

Hay que decir, en honor a la verdad, que cuando el TC sienta por vez primera la doctrina en su STC 7/1983, lo hace para acceder a la reincorporación al trabajo de unas mujeres que habían visto denegadas sus pretensiones al efecto por el entonces vigente Tribunal Central del Trabajo, al aplicar éste un plazo de prescripción aún más corto, el de un año, de acuerdo con la Ley del Estatuto de los Trabajadores que entró en vigor el 10 de marzo de 1980 sentando el plazo de un año y derogando el régimen de los tres años hasta entonces en vigor de acuerdo con la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Sin embargo, no se harían esperar supuestos en los que las recurrentes van a ver desestimadas sus pretensiones por presentarlas fuera del plazo de tres años desde la entrada en vigor de la CE (STC 58/1984) aunque sólo entonces se hubieran convertido en cabeza de familia como exigía la normativa preconstitucional (SSTC 59/1993; 70/1993). Evidentemente tampoco sabemos cuántas pretensiones más se habrían podido otorgar de haberse concedido un plazo más generoso o, cuanto menos, más realista.

No se alcanza a entender por qué el plazo de prescripción de la acción tenga que depender de lo que determina la ley laboral, cuando lo que está en juego es una lesión de un derecho constitucional que no cesa por mucho que se consolide en el tiempo (véase el voto particular del magistrado Díez-Picazo en la STC 7/1983 y de los magistrados González Campos y Gabaldón López en la STC 59/1993). Tampoco se alcanza a entender por qué dicho plazo ha de computarse a partir de la entrada en vigor de la CE cuando la concreción del mismo dependía de una labor interpretativa que el TC sólo realizaría por primera vez en su Sentencia de 1983. No se trata, desde luego, de una doctrina sentada con la finalidad de maximizar la efectividad del derecho a la igualdad de la mujer. Deseable a tales efectos hubiera sido una doctrina que hubiera reconocido que, efectivamente, las mujeres no tenían que esperar a convertirse en “cabeza de familia”, según la noción tradicional, para poder plantear sus pretensiones ya que la entrada en vigor de la CE, entre otras cosas, deja obsoleta, por discriminatoria, la antigua noción de padre de familia

que pasan a tener *ipso facto* tanto el marido como la mujer (STC 241/1988), pero que, a su vez, hubiera respetado las expectativas de las mujeres que se rigieran por las normas preconstitucionales, permitiendo que el plazo de prescripción para ejercitar la acción de reingreso (de tres años o más) se computara, según lo que resultara más favorable para la mujer en cada caso, a partir de dos momentos: 1) el momento en que se cumple el hecho que la normativa preconstitucional entendía desencadenante del derecho de reingreso (la mujer se convierte en cabeza de familia) para no defraudar las expectativas y castigar doblemente a la mujer que se acoge al régimen tradicional, 2) el momento en el que el TC determina cuál es el plazo para ejercer la acción, por lo tanto, en nuestro caso, a partir de cuando dicta la Sentencia 7/1983.

Lejos de esto, tenemos que cuando, en 1983, sienta el TC por vez primera la doctrina del límite temporal del ejercicio de la acción, ha transcurrido ya el plazo de 3 años que el Tribunal declara hábil para interponer la acción de reingreso, con lo que dicha doctrina ni siquiera sirve al colectivo de mujeres afectadas de advertencia pro futuro. Y, para colmo, el TC exceptúa de este régimen a las mujeres que no reaccionaron dentro de los tres años posteriores a convertirse en cabezas de familia cuando este plazo se cumplió antes del de los tres años a partir de la entrada en vigor de la CE (STC 38/1984). Con lo que tenemos que el TC, en realidad, sienta un doble criterio, pero en sentido restrictivo y contrario al aquí propuesto: tres años desde la entrada en vigor de la CE, salvo que el hecho determinante de la posibilidad de solicitar el reingreso según la normativa preconstitucional se hubiera producido sin que la mujer hubiera ejercitado la acción en el plazo de 3 años a contar desde entonces.

Si bien es la norma preconstitucional la que discrimina a la mujer, las consecuencias de la discriminación y su posible reparación las determina el TC en su doctrina. Es, en realidad, esa doctrina constitucional, y no la ley, la que fija el plazo de prescripción para interponer acciones por vulneraciones de derechos fundamentales. Y de ahí que, desde una perspectiva teleológica, dicha doctrina defraude. El mandato constitucional de la no discriminación de la mujer debe servir para facilitar la superación de los obstáculos de la incorporación de la mujer al mercar-

do laboral, en ningún caso para agravarlos. El TC alega razones de seguridad jurídica y se refiere a la protección de los derechos ajenos (STC 13/1983). Pero si hay seguridad jurídica lesionada es la de aquellas mujeres que de un régimen preconstitucional que las discriminaba pasan a una situación postconstitucional en la que, en aras de su igualdad, se ven todavía más perjudicadas al perder incluso las opciones que la legislación preconstitucional les otorgaba. Y si hay derechos lesionados son los de la mujer, que no dejan de serlo por mucho que se prolongue la discriminación en el tiempo.

Desde la experiencia de la mujer, resulta poco realista pensar que justo el día en el que entra en vigor la Constitución las mujeres que durante todas sus vidas han sido inductadas para vivir de acuerdo con proyectos vitales definidos por roles de género salgan a la calle a reclamar un trabajo que abandonaron en su día para dedicarse a lo que realmente tenía que dedicarse la mujer que se preciara de ser tal: el hogar, el marido y los hijos. Es normal que para muchas mujeres la necesidad no se planteara, de forma real, hasta que desapareciera la figura del marido. Construir una doctrina de la prescripción de la acción por discriminaciones que perduran después de la entrada en vigor de la Constitución cuyo plazo empieza a vencer desde la entrada en vigor de la misma significa construirla de espaldas a la experiencia de discriminación de la mujer. Supone hacer tabla rasa en aras de la emancipación de la mujer, pero haciendo pagar los costes de la transición, precisamente, a las mujeres y, dentro de éstas, a las que han sido las más perjudicadas.

Desgraciadamente, y a pesar de las voces críticas de varios votos particulares (véanse en SSTC 7/1983; 59/1993 y 70/1993), esta doctrina no sólo no se ha modificado en la década de los noventa, sino que se ha ampliado para abarcar dentro de la misma también los supuestos de excedencia voluntaria (STC 70/1993). Y ello a pesar de que algunas sentencias justamente anteriores fundaban la esperanza de lo contrario. En este sentido tenemos la STC 241/1988. En ella se accedió favorablemente a la pretensión de una mujer que en su día se acogió al régimen de excedencia voluntaria y, habiendo transcurrido el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la CE, reclama su incorporación ante los tribunales ordinarios que rechazan su pretensión por entender

que aún no se ha convertido en cabeza de familia como exigía la normativa preconstitucional. Entiende el TC por boca de la magistrada Begué Cantón que la condición debe considerarse cumplida desde la entrada en vigor de la CE, momento a partir del cual es necesario entender que la condición de cabeza de familia la ostentan los dos cónyuges por igual. No se suscita en aquel momento si la doctrina de la prescripción sentada hasta entonces para supuestos de excedencia forzosa debe aplicarse a los supuestos de excedencia voluntaria. La STC 235/1992 va aún más allá cuando niega la pretensión de Telefónica que acude en amparo ante el TC para que se confirme el rechazo de la pretensión de una mujer de reincorporarse al trabajo tras su separación legal en 1988 cuando en su día se había acogido a una situación de excedencia voluntaria. Entiende el Alto Tribunal que no se da la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley alegada por Telefónica por no entender los tribunales inferiores que fuera aplicable al caso la doctrina de la prescripción de los tres años de los supuestos de excedencia forzosa.

Con tal evolución favorable guiada por el loable deseo de superar formalismos que traicionen la interpretación más favorable de los derechos fundamentales da al traste la STC 70/1993. En ella el Tribunal, por boca del entonces presidente, D. Alvaro Rodríguez Bereijo desestima el recurso de amparo formulado por una trabajadora que pretende el ingreso en el Banco Español de Crédito en abril de 1987, habiendo fallecido su marido en enero de 1987, después de estar en situación de excedencia voluntaria desde septiembre de 1951. Entiende el TC que ha prescrito su acción al haber transcurrido tres años desde la entrada en vigor de la CE, siendo así que el régimen de excedencia voluntaria es igualmente discriminatorio porque “bajo una apariencia de ofrecer una ventaja a la mujer de hecho busca y consigue excluir a aquélla del mercado de trabajo durante el tiempo que dura su matrimonio”, por lo que decae su validez desde la entrada en vigor de la CE y se le aplica la misma doctrina de la prescripción de los supuestos de excedencia forzosa de la jurisprudencia anterior. El grado de formalismo se pone de manifiesto cuando se observa que la sentencia viene a reconocer que la mujer estaba más discriminada de lo que hasta ahora se había reconocido (en el sentido de que la excedencia voluntaria era tan discriminatoria

como la forzosa, aunque más sutil), para luego concluir que el plazo de reparación de la discriminación es menor que el que han venido aplicando los tribunales inferiores de justicia que, sin embargo, no habían entendido que la normativa discriminara contra la mujer.

Tal vez guiara este retroceso jurisprudencial el ver incoherente, como puede que seguramente lo sea, que las mujeres menos gravemente discriminadas, las que se acogieron a la excedencia voluntaria pudieran disfrutar de un régimen de reparación más generoso que las mujeres que sufrieron la discriminación en su forma más ruda: la excedencia forzosa. Desafortunadamente pierde aquí la ocasión el TC de reestablecer la coherencia pero en sentido contrario: apartándose de su doctrina en materia de excedencia forzosa para aplicar a ésta el régimen más generoso que concedieron para los supuestos de excedencia voluntaria las SSTC 241/1988 y 235/1992. Se zanja, así, previsiblemente la vía de la reparación constitucional de las excedencias forzosas y voluntarias por matrimonio.

5.3 LA BIOLOGÍA DE LA MUJER Y SU TRATO DIFERENCIAL

La biología de la mujer ha sido tradicionalmente un pretexto de discriminación. Claramente, no es tanto la biología en sí cuanto su construcción social lo que, a menudo, permite resaltar o, por el contrario, descontar diferencias entre hombres y mujeres, diferencias a las que luego se asocian determinadas consecuencias jurídicas. Sin embargo, con demasiada frecuencia el debate se dirime en términos de la aceptación o no de las diferencias biológicas más que del estudio de las consecuencias que del reconocimiento o no de las mismas han de derivar. La biología se presenta así como causa autoexplicativa de la discriminación de la mujer. Es lo que aquí llamamos biologicismo.

En la jurisprudencia del TC encontramos una rica casuística que, con mayor o menor acierto, trae a colación las diferencias biológicas entre hombre y mujer para dirimir cuestiones tan variopintas como el acceso de la mujer a determinadas profesiones tradicionalmente reservadas a hombres, la valoración del trabajo realizado por la mujer, y la adecuación o no de las condiciones laborales a las exigencias de la mujer en tanto que mujer o madre real o potencial. Detengámonos en cada una.

Por lo que hace al acceso de las mujeres a determinadas profesiones tradicionalmente consideradas propias del hombre, como el ejército, o peligrosas para las mujeres, como las minas, el TC ha entendido, con acierto, que la exclusión de las mujeres carece de justificación (SSTC 216/1991 y 229/1992, respectivamente). Donde la mujer demuestra que tiene las mismas aptitudes que el varón, no vale alegar diferencias genéricas entre la biología del hombre y la de la mujer para privar a ésta de oportunidades laborales. Se trata, además, de los supuestos de discriminación que la doctrina desarrollada por el TC en la materia permite detectar de forma más fácil. Las mujeres demuestran que tienen las mismas aptitudes que los hombres y reclaman, consiguientemente, un trato igual al de éstos.

En este sentido tenemos la STC 229/1992 que resuelve la pretensión de acceso de una mujer al trabajo de ayudante minero. Esta decisión resulta especialmente interesante por cuanto marca una línea clara entre lo que es la biología de la mujer y su construcción social, que nace, entre otras cosas, de las consecuencias jurídicas que a la misma se asocian. Entiende la sentencia que “aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos e intereses de la mujer”. Entiende el TC que aunque la prohibición de trabajar en el interior de las minas responde históricamente a una finalidad protectora dada la sobreexplotación de la mano de obra femenina, en la actualidad, dada la mejora de las condiciones de salubridad y seguridad del trabajo, la medida ha perdido su razón de ser y viene a operar como un obstáculo para el acceso de la mujer al mercado de trabajo y, en concreto, a determinados empleos.

No agota el Alto Tribunal el argumento hasta sus últimas consecuencias. Lo cierto es que aún suponiendo que el trabajo en las minas verdaderamente fuera hoy en día más dificultoso o perjudicial para la mayoría de las mujeres que para la mayoría de los hombres, no dejaría de ser el

ordenamiento el que otorga consecuencias jurídicas a esta diferencia. La prohibición de ejercer el trabajo no ayudaría a ninguna mujer, salvo que supongamos que éstas no son capaces de decidir por sí mismas qué es lo mejor para su salud y realización profesional, e impediría a las que por sus peculiares condiciones o circunstancias pudieran desempeñar el trabajo hacerlo si libremente lo desean con la consiguiente reducción de opciones laborales.

De forma positiva hay que valorar en general también la cautela del TC ante el uso de la biología como pretexto para valorar a efectos salariales, de forma no equitativa, el trabajo desempeñado por las mujeres y por los hombres. La doctrina en la materia, heredada, en cierta medida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se resume de la siguiente forma. El principio de no discriminación comporta en materia salarial que a un mismo trabajo, o, más precisamente, “a un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe corresponder igual retribución, lo que excluye que pueda tomarse en consideración, sea directa o indirectamente, el sexo como factor determinante de los criterios retributivos” (SSTC 286/1994 y 147/1995).

Además, las exigencias de igualdad del art. 14 CE imponen valorar si los criterios empleados para la asignación de categorías son o no discriminatorios. “Al empresario incumbe en estos supuestos la carga de probar que su práctica salarial no perjudica sistemáticamente a la categoría salarialmente infravalorada, poniendo de manifiesto los criterios que determinan una mayor retribución al sector privilegiado; lo que exige, a la postre, hacer que su sistema retributivo sea transparente” (STC 147/1991). Para ello, y esto es lo que aquí nos interesa resaltar, le corresponde acreditar que se ha recurrido a criterios de valoración neutros, que garantizan la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos (STC 58/1994). Y “no pueden ser considerados neutros aquellos factores o cualidades predominantemente poseídos por el género masculino, salvo que por la naturaleza del trabajo se requieran dichos factores y dicho trabajo tenga un valor específico diferenciado. En principio, por tanto, no cabe adoptar, como criterio dominante de valoración, a efectos de anudar una superior retribución, el esfuerzo físico, que se corresponde con los rasgos medios del trabajo del varón,

desconociendo otras características más comunes en cuanto al impacto de los dos sexos” (STC 147/1991). “Hay que evitar que el criterio dominante de valoración se corresponda únicamente y exclusivamente con un estándar del trabajo del varón, que de este modo se transforma en patrón de medida de las modalidades de prestación de servicios más apreciados” (STC 145/1991). “Se impone por lo tanto el uso de criterios neutros basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros, sin cuya utilización real y efectiva la evaluación de tareas sería ilegítima por obstaculizar el logro de la igualdad de trato en materia salarial” (STC 58/1994).

Esta doctrina es valiosa en cuanto detecta la falsa neutralidad de los criterios hechos a imagen y semejanza del varón y alerta sobre el peligro de tomar diferencias biológicas más o menos reales para disfrazar discriminaciones salariales. En su aplicación concreta, la evolución que se observa en esta materia es favorable, aunque algo errática. Así, en sentido muy positivo, se valora la STC 145/1991. En ella otorga el TC el amparo solicitado por unas mujeres que prestan sus servicios en un hospital con la categoría profesional de limpiadoras (definidas como personal que se ocupa del aseo, limpieza de habitaciones, pasillos, cafeterías y oficinas) percibiendo un salario inferior al de los varones que realizan exactamente las mismas funciones en la sección de peones. Entiende el Tribunal que no basta la justificación asumida por el órgano judicial *a quo* según la cual la diferencia salarial se justifica por la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza la categoría de peón (definida como trabajadores que, sin poseer concimientos concretos de cualquier especialidad, limitan sus funciones a la aportación de esfuerzo físico y a la ejecución de trabajos no especializados), ya que ello implica partir de una premisa no demostrada (la mayor penosidad y esfuerzo físico del trabajo de los peones) y dar más valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos. Antes bien, es necesario comprobar si, como parece ser el caso, la diversificación, incluso formalmente correcta, enmascara la infravaloración de trabajos de valor igual pero predominantemente desempeñados por mujeres, asociados a infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino.

El indicio de discriminación en la STC 145/1991 era bastante claro porque hombres y mujeres realizaban exactamente las mismas funciones aunque ocuparan categorías distintas (limpiadoras y peones). Ante tal evidencia, el TC se muestra escéptico a la hora de asumir el criterio justificativo del mayor esfuerzo físico y penosidad sin más, por entender que no sólo no se ha probado en el caso concreto sino que se trata además de un criterio hecho a medida el varón. Pero la STC 147/1995 da todavía un paso más. El amparo lo formula, en esta ocasión, un sindicato que recurre en nombre y representación de 25 trabajadoras de la empresa Gomaytex. Las trabajadoras estaban destinadas a las categorías de oficial de primera y oficial de segunda ocupadas exclusivamente por personal femenino y dedicadas al envasado y control estadístico y percibían peor remuneración que las categorías de oficial de primera, segunda o tercera de profesionales de la industria, categorías éstas ocupadas casi exclusivamente por hombres destinados a la labor de mezclas, moldeado y satinado. Entiende el TC que no se ha probado convenientemente que los criterios usados para justificar la diferencia salarial fuesen neutrales, por aplicar al caso concreto los conceptos de esfuerzo físico y penosidad. Y no tanto porque el esfuerzo o la penosidad requieran fuerza física que sólo tiene el varón medio y, por lo tanto, porque estemos ante categorías masculinizadas (en las que sólo se valoran las cualidades más propias del varón), sino más bien porque en la valoración efectuada por el empresario y confirmada por el juez *a quo* no se han ponderado estos factores con los demás concurrentes en los respectivos puestos de trabajo, con lo que la valoración no logra desvanecer la aperiencia discriminatoria. Aunque en este caso el acceso de las mujeres a los puestos de trabajo que ocupaban los hombres estaba abierto y en los supuestos en que la clasificación del puesto de trabajo era igual también lo era la remuneración, siguen las diferencias salariales coincidiendo de hecho con la división de trabajos por sexos, lo que suscita una sospecha de discriminación que sólo puede superar el empresario si demuestra que ha ponderado todos los factores que, junto con el esfuerzo y la penosidad, concurren en el desempeño de las distintas tareas laborales.

Esta sentencia merece un juicio bien favorable. La STC 145/1991 partía del presupuesto de la mayor fuerza física del varón como dato biológico y alertaba, a partir de ahí, contra el uso del criterio de la “fuerza físi-

ca" como criterio no neutro de valoración del trabajo por adecuarse mejor a la biología del hombre. La STC 147/1995 va aún más allá. Desmiente que, en sentido estricto, se pueda decir que el mayor esfuerzo físico sea algo para lo que sólo el hombre está generalmente cualificado, distinguiendo entre el esfuerzo físico y la categoría más estrecha de "resistencia muscular", única más predicable del hombre medio que de la mujer media y, no obstante, aprecia la discriminación. Queda, así, claramente de manifiesto que lo fundamental no es la exactitud de la apreciación biológica, sino el uso más o menos discriminatorio que se haga de la misma.

En cierta medida también supera la STC 145/1995 el formalismo del que pecó la STC 286/1994. En esta última el TC otorga sólo parcialmente el amparo promovido por la Unión Provincial de Comisiones Obreras de Palencia en representación de un grupo de trabajadoras de la empresa Galletas Fontaneda S.A. por considerar discriminatoria la práctica de la empresa de acuerdo con la cual el personal femenino que prestaba servicios en el departamento de envasado, empaquetado y acabado con categorías de oficial primero, segundo y ayudante percibía una remuneración menor que el colectivo que, dentro de las mismas categorías, prestaba sus servicios en el departamento de producción, siendo así que el primero estaba constituido prácticamente por mujeres y el segundo por hombres. Se daba además el caso de cuatro mujeres que, pese a realizar trabajos de producción, eran remuneradas como el personal adscrito al sector del empaquetado y de que había hombres que, realizando tareas de empaquetado, percibían retribuciones propias del personal de producción.

El TC aprecia únicamente la discriminación para las mujeres que, realizando trabajos de producción, percibían una remuneración inferior a la de los hombres que realizaban exactamente las mismas tareas. No aprecia, por el contrario, discriminación por la distinta remuneración de uno y otro tipo de trabajo aceptando, como válida, la justificación basada en el factor de la mayor concentración y responsabilidad que implicaba el trabajo de producción como criterio de diferenciación alegado por el empresario. Entiende la sentencia que no forma objeto del recurso la indiscutible división sexista de las tareas, sino únicamente la discrimi-

minación salarial. Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional no tiene problemas en aceptar que, al no haber en principio ningún factor que impida a las mujeres realizar las labores de producción, dada la naturaleza técnica y mecanizada tanto de la tarea de producción como de la de envasado, empaquetado y acabado, la división de las labores por sexo era una división sexista que seguramente obedeciera en su origen a la idea preconcebida de la debilidad física de la mujer en relación con el varón, idea que el Tribunal califica de anacrónica, en la medida en que responde más a un estereotipo que a diferencias reales, naturales o biológicas. Es criticable que, a pesar de esta constatación y de la constatación todavía más evidente del ánimo discriminador del empresario que retribuye “el salario de las mujeres” a las que realizan “los trabajos de hombres”, el TC se conforme con entender que “no es irrazonable pensar que es más acusada la exigencia de destreza o la concentración en el sector de producción que en el de empaquetado “y que en todo caso no hay una sobrevaloración de los citados criterios en la categoría predominantemente masculina”. Hay que preguntarse, sin embargo, si, dada la práctica de segregación laboral sexista constatada, no estamos ante una minusvaloración de las destrezas requeridas para las labores que realizan las mujeres. Según entiende el propio TC, éstas requieren mayor destreza manual, siendo, precisamente, la mejor predisposición y aptitud de la mujer para este tipo de destrezas lo que justifica la segregación sexista. ¿Dónde queda la advertencia de la STC 145/1991 de prestar atención a que no se infravaloren los trabajos tradicionalmente realizados por la mujer?.

Lo que aquí nos interesa resaltar de forma especial es el argumento de refuerzo que aparece en el razonamiento de la sentencia en virtud del cual hay que valorar de forma positiva el hecho de que no haya sido el esfuerzo físico el criterio alegado para justificar la diferencia salarial, habiéndose tenido en cuenta, por el contrario, elementos como la destreza, la responsabilidad o la concentración que son neutros en tanto que poseídos igualmente por el hombre y la mujer. En este sentido, es necesario alertar del riesgo de construir falacias en torno al criterio del esfuerzo físico. Dado que tradicionalmente se asocia con el varón, la fuerza física resulta un indicio de discriminación cuando éste es el único criterio que se tiene en cuenta a la hora de determinar el valor y la remuneración de

un trabajo y así lo ha entendido el TC en repetidas ocasiones (SSTC 145/1991 y 58/1994). Ahora bien, de ahí no cabe concluir, *a sensu contrario*, que con tal de que el empresario describa como diferentes las funciones y alegue cualquier justificación salvo el sospechoso criterio del esfuerzo físico cumpla con la prueba de no discriminación. Así, a pesar de que tal criterio no se alegara en la STC 286/1994, como hemos visto, los indicios eran más que suficientes. De no ser así bastaría con ofrecerles a las mujeres sólo determinados trabajos y justificar la mejor retribución de los trabajos de los que quedan sistemáticamente excluidas aludiendo a cualquiera de los factores que el ejercicio de dicho trabajo requiere, siempre que la justificación no sea el esfuerzo físico o cualquier otra que pueda entenderse condicionada por la biología de la mujer.

Centrémonos ahora en la cuestión de la adaptación de las condiciones laborales a las necesidades de la mujer en tanto que mujer o madre. Lo primero que cabe destacar es que, de nuevo, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia constitucional en esta materia no ha venido de la mano de mujeres dispuestas a cuestionar el impacto diferencial de reglas formalmente neutras y a denunciar los efectos perjudiciales de las mismas en sus posibilidades laborales, sino de hombres que han reaccionado ante adaptaciones de las condiciones de trabajo en favor de la mujer, adaptaciones asociadas, de forma más o menos directa, a su biología. Como veremos, hasta la fecha, la labor fundamental del TC no ha consistido en ayudar a detectar las discriminaciones que se esconden en un ordenamiento formulado en términos neutros, pero hecho, a menudo, a imagen y semejanza de las necesidades del varón y en detrimento de las de la mujer. Más bien la tarea del Alto Tribunal ha consistido en ayudar a depurar el ordenamiento de aquellas ventajas para la mujer que, a su entender, hayan dejado de tener fundamento o que, aunque formalmente se presenten como tales ventajas, puedan tener efectos perjudiciales para la mujer como grupo, traducándose en obstáculos para su empleo y/o reproduciendo prejuicios y patrones en torno a la condición física de la mujer y su mayor vocación u obligación frente a las necesidades domésticas.

Tal vez uno de los ejemplos más claros de cómo el argumento de las diferencias biológicas entre varón y mujer y las consecuencias jurídicas

que se asignan a tales diferencias tiene que ver, sobre todo, con la construcción social del sexo lo encontramos en la STC 198/1996, conocida como *Sentencia de las basculeras*. Pone de manifiesto dicha sentencia cómo ignorar las diferencias biológicas puede resultar igual de discriminatorio que tenerlas en cuenta. Una vez más, lo importante son las consecuencias jurídicas que se asignen a las diferencias biológicas, no las diferencias en sí. Muy resumidamente, estamos ante la denegación de un recurso de amparo formulado por una mujer que pasa las pruebas selectivas para 25 plazas de auxiliar administrativo logrando el segundo destino por ella elegido, la Consejería de Transportes, donde se le asigna la función de basculera. Esta categoría había sido equiparada a la de auxiliar administrativo después de la celebración del concurso y antes de la designación de destinos. Se resuelve el contrato de trabajo de la recurrente durante el período de prueba alegándose que la recurrente carecía de aptitud física y de disposición para llevar a cabo las funciones propias de la categoría profesional. Entiende la actora que se la ha discriminado indirectamente por su sexo al no haberse especificado en la convocatoria que además de las funciones definidas en el Convenio como propias de los auxiliares administrativos había que realizar las relativas a las operaciones de pesaje de camiones en las básculas, operaciones que requieren un esfuerzo físico notable.

La sentencia se apoya en una jurisprudencia anterior en virtud de la cual el “Tribunal ha reaccionado enérgicamente contra el estereotipo de la mayor debilidad o inferioridad física de la mujer respecto del varón, pues se trata de una percepción defectuosa, errónea, anacrónica, que responde más a un prejuicio infundado que a diferencias reales naturales o biológicas y conlleva una división sexista del trabajo” (citando las SSTC 216/1991, 229/1992 y 286/1994). Como acabamos de ver, esta jurisprudencia la había desarrollado el TC para invalidar la exclusión de la mujer de determinadas profesiones que tradicionalmente se consideraban propias de hombres y para cuestionar la validez de asignar diferencias salariales entre hombres y mujeres fundadas en el hecho de que el trabajo de aquéllos implicaba un mayor esfuerzo físico. Así pues, de lo que se trataba era de desmitificar el argumento de la superioridad física del hombre y de la debilidad de la mujer para permitir que las mujeres que tuvieran las condiciones físicas requeridas para desempeñar deter-

minadas profesiones (ya fueran estas condiciones representativas o no de la media de las mujeres) pudieran acceder a las mismas. Se trataba igualmente de detectar discriminaciones laborales que resultaba demasiado fácil esconder aludiendo simplemente al mayor esfuerzo físico sin cotejar el tipo de esfuerzo físico realmente requerido, la veracidad del presupuesto de que la mujer media estuviera menos cualificada para desempeñarlo, y la existencia o no de otros factores o condiciones requeridos para el desempeño del trabajo para los que la mujer, en principio, estuviera mejor o igualmente dotada y que debieran ser igualmente valorados a la hora de fijar los salarios. Ahora bien, nada de esto implica negar que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres pueden existir, sino únicamente ver con qué finalidad y efectos se aprecian a fin de evitar discriminaciones encubiertas.

En el caso de las basculeras, lo que se discute es una cuestión bien distinta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de trabajos que requieren determinados esfuerzos con un nivel alto de concentración muscular y que, por lo tanto, se centran en la potencia y no en la resistencia, el hombre medio puede estar mejor cualificado que la mujer media. De ahí no cabe deducir prohibiciones de acceso a la profesión por parte de la mujer pero sí, tal vez, y esto es lo que se discute en la sentencia, la necesidad de que para que la mujer pueda ejercer la opción libremente sepa, a la hora de elegir el trabajo, que éste le va a requerir esfuerzos físicos adicionales, y tal vez también el tener que depender más de lo usual de la colaboración de otros compañeros presumiblemente varones. La conclusión, tal vez, hubiera sido distinta de aceptarse que, en realidad, el trabajo de basculera no requería un esfuerzo superior al que la media de las mujeres pueden realizar. Aunque el Tribunal deja entrever que es ésa su convicción profunda y que, por lo tanto, sospecha que la recurrente, más que no poder, no quiere realizar tales tareas, construye la sentencia al margen de este dato fáctico, respetando la apreciación que los tribunales ordinarios hacen del mismo. Y, sin embargo, la apreciación de este dato fáctico es determinante, a nuestro entender, de que haya o no discriminación.

Partamos, como hace el TC, del presupuesto de que, efectivamente, el trabajo de basculera requiere una fortaleza física superior a la que tiene

la media de las mujeres. Entiende el TC, en la opinión de la mayoría, que la discriminación no se da porque el puesto de trabajo se ha definido conforme a criterios neutros y está abierto a trabajadores de ambos sexos. Pero ignora el Tribunal que cuando una de las tareas del trabajo es la realización de esfuerzos físicos que requieren fuerza superior a la que detenta media de las mujeres los criterios no son neutros porque tienen un impacto diferente sobre hombres y mujeres, impacto diferencial que, como hemos visto, en otras ocasiones sí que valora el TC. El que esté abierto tanto a hombres como a mujeres lo que indica es que no se da discriminación directa en el acceso al empleo. No subsana, sin embargo, cualquier otro tipo de discriminación que pueda apreciarse. Se alega seguidamente que la trabajadora optó libremente por el puesto que le fue finalmente adjudicado. Pero, evidentemente, esto es una ficción. La trabajadora optó por un trabajo, el de auxiliar administrativa y un destino, la Consejería de Transportes, pero no por el trabajo de basculera que fue posteriormente asimilado al de auxiliar administrativa y que le fue finalmente asignado. Desde luego que lo mismo le hubiera sucedido a un varón como apunta el TC, pero las consecuencias para ambos, si es cierta la premisa de la que se parte, no es la misma. El varón medio también hubiera podido preferir otras funciones pero al menos no hubiera encontrado la dificultad o incapacidad específica de la mujer media en el desempeño del trabajo asignado y, por lo tanto, el plus de riesgo de perder el empleo por inadecuación al mismo. Apunta el TC que no puede haber discriminación cuando consta que trabajadores de ambos sexos ejecutaban satisfactoriamente las tareas del puesto de trabajo y realizaban las más dificultosas con el concurso de otros compañeros. Pero, como observa el voto particular, el problema no reside en si alguna mujer puede desempeñar el trabajo sino en si la mayoría de las mujeres pueden o no hacerlo. Por otro lado, dice el TC, el que las funciones de basculero requieran una fuerza física superior a la media no es discriminatorio toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo sobre todo cuando esa mayor fuerza física no se hipervalora a efectos salariales o de atribución de una superior categoría profesional respecto a trabajos de igual valor. Pero las discriminaciones indirectas, como observa el voto particular, no son reconducibles exclusivamente a los efectos del contrato de trabajo, sino que también son extensibles al trabajo mismo. Si se oferta un puesto de trabajo y luego se

constríne a una mujer a realizar otro para el que tiene por el hecho de ser mujer especiales dificultades se la está discriminando aunque la dificultad sea inherente al trabajo y no sea determinante de una remuneración distinta. Desde luego, como señala el voto de la mayoría, no se justifica que, por las diferencias físicas, se prohíba a la mujer el acceso a esta profesión, pero no es eso lo que está en juego.

Cierra la mayoría su argumentación de fondo aludiendo a la posibilidad de otras medidas de protección neutras desde un punto de vista del sexo y que, por lo tanto, sirvan para proteger a todas las personas más débiles, incluyendo también a los varones. Tiene, por lo tanto, en mente el agravio comparativo que se puede producir entre una mujer y un varón si, careciendo de las aptitudes requeridas para la realización del trabajo, se viera éste avocado al mismo destino que la mujer y en las mismas condiciones que aquélla. En definitiva, apunta el voto de la mayoría a que el grupo perjudicado estaría compuesto por todas las personas que no reúnen las condiciones físicas para el desempeño del trabajo sin perjuicio de su sexo. Pero el que pueda salir también perjudicado algún varón no elimina la discriminación específica de la mujer. Aunque el grupo discriminado se definiera de una forma neutra, incluyendo a todos los que no reúnen los requisitos para desempeñar el trabajo de basculero, si es cierto que el hombre medio, a diferencia de la mujer media, tiene las facultades para desempeñar el trabajo, tendríamos que el grupo de personas especialmente perjudicadas acabaría por definición compuesto mayoritariamente por mujeres y minoritariamente por hombres. La falta de medidas para acomodar los intereses de este grupo (en este caso, como mínimo, el anuncio y la descripción de destinos del trabajo de basculero en la convocatoria), acabaría teniendo un impacto más perjudicial para el grupo de las mujeres que para el de los varones, y eso es, precisamente, lo que está en juego. Si es verdaderamente cierto que el trabajo requiere condiciones físicas superiores a las que reúnen la mayoría de las mujeres, posibilidad que acepta a regañadientes el voto de la mayoría, estamos ante un supuesto en el que la no discriminación requiere medidas específicas de adecuación a la especial biología de ésta.

5.4 LA ESCISIÓN ENTRE LA ESFERA PÚBLICA Y LA PRIVADA

Uno de los campos de batalla clásicos contra el biologicismo lo constituye la maternidad y la lactancia y su relación biológica con la mujer. De hecho, otro ejemplo de las diferentes respuestas que cabe dar ante este hecho biológico se pone de manifiesto en las SSTC 109/1993 y 187/1993, a la que la primera se remite íntegramente. Sin embargo, si las traemos a colación aquí es para ilustrar, además, otro punto de interés: el debilitamiento de la protección de la mujer cuando, consciente o inconscientemente, se opera la escisión entre el ámbito público y el privado.

El problema que afrontan las SSTC 109/1993 y 187/1993 es el de las dificultades que encuentra la mujer para conservar el empleo al nacer un hijo y tener que atender a la lactancia del mismo. En la primera se produce la desestimación de una cuestión de inconstitucionalidad y, en la segunda, de un recurso de amparo que traen causa en la misma norma: el art. 37.4 del ET que, antes de ser modificado por el art. 1.5 de la Ley 3/1989 de 3 de marzo, establecía en favor de las trabajadoras (pero no de los trabajadores) la posibilidad de ajustar la jornada laboral para atender a la lactancia del hijo recién nacido, fuera ésta natural o artificial. En ambos casos, el recurso trae causa en la reclamación de varones que se sienten discriminados por la legislación. En ambos casos, el TC desestima los recursos, fundamentalmente, porque entiende que la norma fue adoptada para compensar la desfavorable situación de la mujer respecto de la relación de trabajo lo cual parece justificado por las estadísticas que demuestran la dificultad que la mujer, a diferencia del hombre, tiene a la hora de conservar el empleo por la maternidad y la lactancia. El recurso de amparo 187/1993 se remite íntegramente a la cuestión resuelta previamente en la STC 109/1993.

El hecho biológico irrefutable es que es la mujer quien se queda embarazada y da a luz y ella también la única que, de los dos progenitores, puede hacerse cargo de la lactancia del recién nacido cuando de lactancia natural se trata. En una sociedad en la que con demasiada frecuencia, se asume que el destino natural y principal de la mujer es el de ser madre y su ocupación fundamental el hogar, es evidente que la falta de una regulación laboral que atienda a las necesidades de la lactancia del menor implicaría y ha implicado que las madres dejan de trabajar para

dedicarse a la crianza del hijo. No tanto porque la biología lo diga. A fin de cuentas, siempre cabe la opción de la lactancia artificial. Lo que pueden son los cánones de género. Para atender a la necesidad de no discriminación de la mujer en el mercado laboral sin que, por otro lado, se desincentive innecesariamente la lactancia natural es necesario que las normas laborales recojan las atenciones que requieren los hijos como mínimos exigibles por cualquier persona, hombre o mujer, que se encuentre ante la necesidad de criarlos.

Según reconoce la mayoría del TC por boca del magistrado Gabaldón López, quien es ponente de la sentencia, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona se adoptó, precisamente, con el objeto de facilitar a la madre la compatibilización del trabajo y la atención del hijo recién nacido, tratando de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre. Estima el voto de la mayoría que, en este sentido, la medida ha de verse como una medida de acción afirmativa que ayude a la mujer a superar los obstáculos que encuentra para el efectivo disfrute de sus derechos. Lo que nos llama la atención es que el TC, que generalmente se muestra cauteloso a la hora de sancionar medidas de acción positiva que puedan tener efectos perversos para la mujer, no pondere esta circunstancia en este supuesto concreto.

Por un lado, está la cuestión de la discriminación del hombre, no necesariamente como trabajador, si nos acogemos al razonamiento de la mayoría, pero sí, tal vez, como padre, en la medida en que, debido a estereotipos sexistas, se ve impedido de ejercer su paternidad de forma igualmente plena a la de la mujer, participando de la lactancia del hijo cuando esto sea posible. Pero, además, la medida puede tener efectos discriminatorios de cara a la mujer en el sentido de que, como observa el voto particular que suscriben cuatro magistrados, la norma se vuelve contra ella. Por un lado, porque no la protege frente al mundo poco escrupuloso de la empresa que bien puede preferir contratar hombres para evitar el incremento de costes asociados a la maternidad. Pero sobre todo, y esto es lo que aquí nos interesa resaltar, porque la medida tiene el claro efecto de perpetuar una serie de patrones de conducta en la asunción de responsabilidades familiares en el ámbito de la crianza de

los hijos. A la mayoría no se le escapa lo segundo, pero lo desecha, aludiendo a que el precepto cuestionado es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organización de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre. Minimiza, así, el voto mayoritario el impacto que dicho reparto tiene, en realidad, sobre las posibilidades de la mujer, tanto en el acceso como en la progresión en el trabajo, mostrándose completamente insensible ante la disyuntiva entre familia y profesión que se le plantea a la mujer con mucho mayor frecuencia que al hombre.

Estamos ante la clásica escisión de esferas entre lo público -el ámbito político y de la empresa- y lo privado -la familia-, que ignora los efectos que las responsabilidades y expectativas que la mujer encuentra en esta última esfera tienen sobre su desarrollo personal, político y profesional. La igualdad de la mujer en el ámbito laboral no requiere sólo la adopción de normas que hagan compatible su función de madre con su trabajo sino de normas que partan del presupuesto de un reparto equitativo de las tareas domésticas y de la necesidad de definir las normas y expectativas laborales de todos los trabajadores, hombres y mujeres, de cara y no de espaldas a las exigencias que conlleva la crianza de los hijos. Sólo desde ahí se protegerá a la mujer, no sólo frente al empresario, sino también frente al cónyuge sin escrúpulos. Una norma que permite a la mujer, pero sólo a ésta, compatibilizar su función de madre lactante y de trabajadora hace que de cara al empresario y de cara a la pareja, lo más racional siga siendo que sea ésta quien se haga cargo de la lactancia del menor en detrimento de sus posibilidades laborales. Y si bien es ésta una opción digna y valiosa que, por lo mismo, no hay que escatimar al hombre que como tal la desee, se convierte en discriminación cuando deja de ser una opción libre y pasa a ser una obligación. Llama la atención que el TC que, generalmente, se muestra sensible ante los efectos discriminatorios que las medidas de protección de la mujer pueden conllevar en cuanto a su oportunidad de acceso al empleo, preste tan poca atención a los mismos efectos cuando su origen no está en las exigencias del mercado sino en las del hogar.

Esta sentencia entronca, en cierta medida, con la STC 128/1987 aunque hay también diferencias destacables. En esta última lo que se cues-

tionaba era la constitucionalidad de un plus salarial de guardería concedido únicamente a mujeres y a viudos con hijos/as menores de 6 años a su cargo. La finalidad de la medida era, evidentemente, la de proteger a la mujer que, como reconoce la sentencia en voz del ponente D. Luis López Guerra, citando datos estadísticos, es quien se ve más negativamente afectada en sus posibilidades de acceso y progresión en el trabajo en cuanto tal, pero sobre todo, después de contraer matrimonio o en el momento en el que llega la prole.

De nuevo se le escapa al Tribunal analizar todos los efectos que una norma así puede tener sobre el colectivo de mujeres, sin perjuicio de que, al final, y tras la requerida ponderación, llegara, como lo hace, a la conclusión de que la medida es constitucional. No recae la sentencia en que, en la medida en que supone un aumento del coste empresarial ligado principalmente al personal femenino, la medida podría acabar desincentivando la contratación de dicho personal. Por otro lado, aunque la sentencia niegue que de lo que en realidad se trata es de compensar económicamente a aquellas personas que no tienen una pareja que se haga cargo de la crianza de los hijos/as, es innegable que lanza un mensaje simbólico que sigue vinculando los costes de la crianza de los mismos a la mujer. Ciertamente, mientras no cambie la realidad social, como acertadamente observa la sentencia, ignorarla tampoco le hace ningún bien a la mujer. Tal vez cabría pensar, que, como en el caso de la lactancia, lo único verdaderamente no discriminatorio para la mujer hubiera sido incluir al varón en la protección, de forma que el coste de tener descendencia y la necesidad de compatibilizar las exigencias domésticas y profesionales puedan ser percibidos como un coste social y no de la mujer. Por mucho que la sentencia denuncie que presumir la falta de colaboración del varón en el cuidado de los hijos/as sea contrario a las previsiones igualitarias que contiene la Constitución, ésta es, a menudo, la realidad y parte fundamental de los obstáculos que la mujer tiene para acceder o mantenerse en el mercado laboral. Cualquier medida que refuerce estos patrones culturales y obstaculice la contratación de la mujer por resultar "más costosa" ha de verse con especial escepticismo. Como la sentencia reconoce con acierto, los poderes públicos no pueden ignorar la situación de la mujer cuyas desventajas en el ámbito laboral están relacionadas con tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y dif-

cilmente eliminables por mucho que éstos no tengan su origen en normas jurídicas.

5.5 LA OCULTACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER POR LOS INTERESES O POR LA DISCRIMINACIÓN DEL HOMBRE

Se tratan aquí dos cuestiones relacionadas, aunque no idénticas, igualmente criticables. Por un lado, la exigencia de que un problema afecte o pueda afectar en exclusividad a la mujer para que pueda considerarse la protección específica de la mujer ante el mismo como respuesta conforme con el principio de igualdad. Y por otro, la ocultación de la discriminación de la mujer por la apreciación de cualquier tipo de discriminación que afecte al hombre. Vayamos por partes.

Precisamente porque la dimensión colectiva de la discriminación sexual a veces pasa a un segundo plano y porque el sexo se entiende en un sentido biológico en vez de realzarse su dimensión social de género, encontramos en alguna que otra ocasión el argumento de que, para que algo pueda ser considerado como discriminación sexual, tiene que afectar o poder afectar únicamente a la mujer, y nunca al varón. Uno de los supuestos en los que el TC adopta este razonamiento, como vimos, es el de la citada *Sentencia de las basculeras* (STC 198/1996) donde, si recordamos, uno de los factores determinantes para que el TC entendiera que no había discriminación de la mujer fue el hecho de que el problema no le atañía de forma exclusiva.

Otra Sentencia que cabe destacar en este sentido es la STC 28/1992. Entiende aquí el TC que determinadas medidas de adaptación de las necesidades de la mujer a las condiciones laborales no están justificadas en cuanto que tales necesidades son extensibles a algunos varones. Estamos ante un recurso de amparo que deniega el TC a un hombre que recurre contra una normativa del Convenio Colectivo de la CTNE vigente entre 1979 y 1984, en virtud de la cual todo el personal femenino cuyo turno de trabajo se iniciara o finalizara entre las veintitrés horas y las cinco horas del día siguiente disfrutaba de un plus por entrada o salida de turnos nocturnos dirigido a facilitar a las empleadas el desplazamiento desde el centro de trabajo a sus domicilios, plus que en 1985

se extendió a todos los trabajadores. El TC desestima el recurso de amparo y no porque entienda que la diferenciación entre el varón y la mujer sea válida, sino porque entiende que la extensión del beneficio a los varones no subsanaría todas las discriminaciones en juego ya que los trabajadores de turnos diurnos quedarían excluidos sin perjuicio del grado de peligrosidad que pudiera ocasionar su desplazamiento en los medios ordinarios de transporte.

Según relata la sentencia, el plus por entrada o salida de turnos nocturnos estaba destinado a facilitarle el desplazamiento a la mujer desde el centro de trabajo a su domicilio en atención a la especial peligrosidad y conciencia de inseguridad ante posibles ataques por circular por la ciudad a altas horas de la noche. Entiende el Tribunal que tal plus no se justifica como una medida tendente a compensar una desigualdad de partida para lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón. Más bien se trata de una medida protectora no justificada, porque parte de una noción diferenciadora de la mujer como trabajadora en tanto que la supone sujeta a unos riesgos que “nunca amenazan al varón”. Se echa de menos en el razonamiento la cita de estadísticas sobre percances ocurridos a altas horas de la noche a hombres y mujeres, los niveles de tránsito por la ciudad a altas horas de la noche de hombres y mujeres, los porcentajes de agresiones sexuales que sufren las mujeres y los hombres. Seguramente estas cifras hubieran puesto de manifiesto que adoptar medidas de protección específicas para la mujer no supone sancionar una “condición desigual de la mujer como trabajadora”, sino atender a unas necesidades reales y específicas de la mujer como mujer y como trabajadora. Tal vez ante estadísticas de esta índole se hubiera podido justificar la medida en el plus de peligrosidad de las mujeres y su fundada sensación de inseguridad, así como en los naturales efectos desincentivadores del ejercicio de profesiones con turnos nocturnos que tal plus de peligrosidad tiene. El error en el que incurre el Tribunal es el de entender que porque los hombres también puedan verse sometidos a peligros en sus desplazamientos nocturnos (y diurnos) la protección específica de la mujer carece de justificación. Desconoce, así, la sentencia el factor del impacto diferencial que la falta de dicha protección tendría sobre el colectivo de las mujeres.

Por todo ello, para que una circunstancia se detecte como discriminatoria frente a la mujer, no debiera ser necesario que afectara a todas las mujeres o únicamente a las mujeres. Debiera bastar con que afectara al colectivo de las mujeres de forma mucho más grave y generalizada que al de los hombres. Es ciertamente deseable que también los varones que se enfrentan a determinados riesgos y peligros encuentren reparación, pero eso no convierte una medida que trata de compensar a la mujer por el plus de peligrosidad y riesgo que esta tiene por el mero hecho de ser mujer pueda considerarse como discriminatoria frente al varón. En último término el Tribunal desestima el amparo, no porque entienda que no hay discriminación del varón trabajador nocturno frente a la mujer trabajadora nocturna, sino porque considera que también se discrimina al varón trabajador diurno frente al nocturno, con lo que otorgar el amparo simplemente extendiendo el beneficio al trabajador nocturno varón hubiera resultado insuficiente.

Esto último enlaza con la segunda de las manifestaciones del fenómeno denunciado en este epígrafe. Se trata de que cuando en el caso debatido pueda haber en juego una discriminación que pueda afectar al varón, ya sea por razón de sexo o por cualquier otra razón, ésta se convierte en el centro del debate hasta el punto de que, a veces, acaba anulando o neutralizando la posible discriminación sexual de la mujer.

El caso ejemplar de lo denunciado, tal vez, lo encontremos en la llamada *Sentencia de los nobles* (STC 126/1997). Altera con ella en sentido restrictivo el TC la anterior doctrina del Tribunal Supremo al entender que no es inconstitucional, por contraria a la prohibición constitucional de discriminación sexual, la norma histórica en virtud de la cual, en igualdad de línea y grado haya que dar preferencia al varón sobre la mujer para determinar el orden de sucesión de títulos nobiliarios. La sentencia, como es lógico, ha sido criticada desde muy diversos flancos. En definitiva, el voto de la mayoría se basa en el valor meramente simbólico y no material que detentan hoy en día estos títulos y en su escasa proyección al afectar únicamente a un grupo muy restringido de personas.

Este razonamiento ha sido objeto de fuertes críticas. Ahora bien, lo que interesa resaltar aquí es que, en realidad, casi la totalidad de la sentencia

se centra en debatir si los títulos nobiliarios atentan de por sí contra el principio de igualdad y si el criterio de la primogenitura para su sucesión es o no discriminatorio. Una vez determinado que tal discriminación no se da, concluye la sentencia, sin más, que tampoco cabe apreciar discriminación por razón de sexo, negando así la especificidad de este factor de discriminación. De sus muchas páginas dedica la sentencia únicamente unas palabras a la discriminación por razón de sexo para afirmar que el principio de masculinidad sólo es una proyección en esta materia de las ideas sobre la condición de la mujer imperantes en la Edad Media. Contrasta pues que, frente a la detallada ilustración de la historia de los títulos nobiliarios y de su régimen general de adquisición por vía sucesoria, se omita cualquier referencia a la historia de la discriminación de la mujer. Sólo los votos particulares hacen alguna referencia a dicha historia cuando observan que “la idea que motivó la preferencia del varón era la de la incapacidad de la mujer para transmitir el linaje en condiciones de igualdad con el hombre y, en definitiva, la inferioridad de la mujer en todos los órdenes, incluido el social” (voto particular de los magistrados Viver Pi-Sunyer y Vives Antón). Preocupado el Alto Tribunal por detectar si hay alguna discriminación en juego que pueda afectar no sólo a la mujer sino también al varón (al varón no noble o al varón no primogénito), como bien observa el voto particular del magistrado Cruz Villalón, se les escapa al voto de la mayoría que no todas las desigualdades son iguales de odiosas.

6. AGENDA FEMINISTA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL ART. 14 CE

Como hemos podido observar a través de la casuística analizada, la jurisprudencia constitucional sobre la discriminación sexual se ha desarrollado, fundamentalmente, en el ámbito laboral. Es indiscutible que la problemática que encuentra la mujer, por el hecho de serlo, en el ámbito del trabajo es de muy diversa índole y son manifiestas las repercusiones de la desigualdad laboral sobre otro tipo de desigualdades, como la igualdad en el disfrute de bienestar económico, de consideración y de prestigio social, de libertad afectiva y, en general, en el libre desarrollo de su personalidad. Entre los obstáculos más comunes que afronta la mujer en el ámbito laboral están, como hemos visto, la discriminación en la remuneración por el mismo trabajo o trabajo de igual valor; la discriminación en el acceso a determinados tipos de profesiones; la no consideración social de trabajo del trabajo tradicionalmente desempeñado por las mujeres en el seno familiar; la no adecuación de las normas laborales a las exigencias de la mujer en tanto que mujer y/o madre y el acoso sexual. A veces los obstáculos los ha sufrido y sufre la mujer en tanto que tal y otras veces en su calidad de madre o potencial madre o esposa, siendo, como hemos visto, ejemplos típicos de esto último el despido o no renovación del contrato laboral por embarazo o la excedencia forzosa por matrimonio. En torno a esta problemática han planteado las mujeres hasta la fecha sus pretensiones emancipatorias al amparo del principio de la no discriminación sexual y, como hemos podido observar, los avances logrados no son pocos.

Como también hemos tenido ocasión de ver, la otra gran causa de reclamaciones abanderadas por la mujer al amparo del art. 14 CE ha sido la defensa de la constitucionalidad de los beneficios, o “privilegios” reconocidos a la mujer en normas preconstitucionales con carácter generalmente compensatorio y que tenían su razón de ser en la situación de desamparo de la mujer recluída en el hogar y destinada al trabajo doméstico y al cuidado de familiares como trabajos no remunerados. Se trata, como hemos visto, de mujeres que acuden al TC para que se respeten sus expectativas fundadas en este tipo de normas cuando el aplicador de la misma deja de hacerlo por entender que dicha norma discrimina al

varón. Como, de acuerdo con la doctrina del TC, el modo de restablecer la igualdad cuando ha sido infringida no es un elemento externo al derecho, sino que forma parte de su contenido en cada concreta manifestación (STC 98/1983), las mujeres han podido acudir, vía art. 14 CE, en amparo, reclamando que, en caso de discriminación contra el varón, el mecanismo de reparación fuera el hacer las ventajas extensibles a éste.

Curiosamente, casi la mitad de todos los recursos y cuestiones en materia de discriminación sexual hasta la fecha traen causa en pretensiones planteadas por hombres que acuden al TC reclamando, como hemos visto, que se hagan extensibles a ellos normas generalmente preconstitucionales que consideran privilegian a la mujer y que van, desde incentivos para que la mujer abandone el trabajo basados generalmente en estereotipos sexistas (vgr. jubilación anticipada de azafatas), pasando por beneficios previstos por el ordenamiento para compatibilizar la supuesta función de madre con la de trabajadora (vgr. horarios que facilitan la lactancia o plus económico en concepto de guardería) o para proteger con mayor o menor fundamento a la mujer trabajadora (vgr. plus de transporte nocturno o normas sobre descanso de la mujer que redundan en diferencias salariales). Así pues, aunque pueda resultar paradójico, sobre todo en el contexto social del que se partía, observamos que del mandato de la no discriminación sexual se han servido casi en igual medida, hasta la fecha, hombres y mujeres.

Y es que la doctrina constitucional en la materia contiene un cierto mensaje contradictorio. Por un lado, se nos dice que distinguir con base al sexo es contrario a la dignidad humana y es discriminar, de forma que se exige de los poderes públicos que actúen sin tener en cuenta el sexo de la persona o, en la terminología anglosajona acuñada al efecto, que actúen *gender-blind*. Por otro, sin embargo, se reconoce que el cometido fundamental del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación sexual es el de velar por que se supere la histórica situación de discriminación de la mujer algo que, teniendo en cuenta la realidad social de partida, no es que permita, sino que exige tener en cuenta el sexo.

La tensión se agrava porque, además, los dos mensajes, que son en cierta medida contradictorios, no están en un mismo plano conceptual. Lo

primero, el derecho a que no se hagan distinciones jurídicas basadas en el sexo es un derecho fundamental que la ciudadana y el ciudadano pueden exigir. Lo segundo, el que se tomen medidas para superar la histórica situación de discriminación de la mujer, aparece más bien como un deber para los poderes públicos, vía art. 9.2 CE, sin que quepa, en principio, reaccionar ante la mera omisión de éstos. La regla, tal y como está, crea la ficción de que con cumplir con el mandato de no diferenciar con base al sexo la igualdad básica del art. 14 CE se preserva. Tomar acciones de remoción de obstáculos forma parte del deber promocional del art. 9.2 CE. Es, por lo tanto, un mecanismo de perfeccionamiento que sólo tiene sentido hasta que se logre la efectiva equiparación de poder entre los dos géneros. Se oculta pues la realidad de que no hay solución jurídicamente neutra ante una realidad social que no lo es: si la realidad social oprime a la mujer el derecho simplemente no tiene la posibilidad de una salida que consista en “no tener en cuenta el sexo de la persona” como salida neutra. O corrige la desigualdad o la refuerza y perpetúa. Si la efectiva equiparación entre el hombre y la mujer se lograra, el sexo, como criterio de discriminación específicamente proscrito, simplemente dejaría de tener razón de ser.

No es de extrañar, por lo tanto, que ante esta formulación del principio, también los hombres se sientan incitados a reaccionar cada vez que el ordenamiento jurídico usa el sexo para diferenciar, sea en un sentido o en otro, en vez de reflexionar acerca de la verdadera justificación de la inclusión constitucional de la prohibición de discriminación sexual. Tampoco es de extrañar que sean los hombres los que, en defensa de sus intereses, hagan comparativamente mayor uso de todos los recursos que el ordenamiento pone a su disposición, incluyendo el art. 14 CE.

La mujer, por el contrario, no ha hecho más que iniciar su andadura. Si dejamos de lado la compleja cuestión en torno a las expectativas fundadas en normas preconstitucionales, tenemos que el único campo en el que la mujer moderna se va abriendo paso y va adaptando a su medida y necesidades la doctrina del art. 14 CE es el laboral. Cabe preguntarse por qué, dada la amplitud de situaciones en las que la mujer, por el hecho de serlo, no disfruta en igualdad de condiciones de derechos

constitucionales tan varios como la intimidad, la integridad física y psíquica, la vida, el honor o el libre desarrollo de su personalidad.

Hay varias justificaciones posibles. En primer lugar, cabe destacar que, ciertamente, la exclusión de la mujer del mercado laboral o su desigual trato dentro del mismo era, antes de la entrada en vigor de la Constitución, una práctica no sólo social sino legalmente implantada que requería remedio urgente. Cabe pensar también en un efecto multiplicador. Cuantos más casos se planteaban y resolvían con éxito y mejor doctrina se sentaba, más se facilitaba que otras mujeres pudieran identificar sus experiencias de discriminación y formular pretensiones análogas. Otro de los factores que han influido es que en este ámbito, a diferencia de otros, el Tribunal Constitucional ha contado con una doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuya recepción, sin duda, le ha facilitado la labor. Por último no hay que olvidar que el ámbito laboral es, por excelencia y junto al ámbito informativo, aquel en el que más se ha asentado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, la vigencia de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la no discriminación, como límites a la autonomía individual y al poder de las fuerzas sociales, en este caso, empresariales. Y es que gran parte del problema de la discriminación sexual radica en prejuicios y prácticas sociales. Dada la falta de mecanismos jurisdiccionales para exigir la adopción de medidas de remoción de los obstáculos sociales y culturales por parte de los poderes públicos, el reconocimiento de la limitación del poder empresarial por el necesario respeto del principio de no discriminación sexual, ha abierto una vía para que la mujer, al menos en cuanto trabajadora, pueda reaccionar frente a la merma de sus opciones.

Si dejamos de lado las cuestiones de orden laboral y social, tenemos que la mujer sólo se está animando, muy recientemente, a expandir el abanico de pretensiones al amparo de la prohibición de discriminación sexual del art. 14 CE. Así, en los últimos años, encontramos a la mujer reaccionando, como hemos visto, ante su situación de discriminación en la sucesión de títulos nobiliarios (STC 126/1997). La vemos alegando su pretensión de no ser discriminada para conservar la vivienda cuyo uso le fue asignado en la sentencia de divorcio cuando, en juicio de deshaucio,

no se cita más que a su antiguo marido quien había suscrito el contrato de arrendamiento mediando la sociedad conyugal (STC 289/1993). Y también vemos a la mujer reaccionando, en materia fiscal, contra la determinación de la cuota del IRPF y la imposición de sanción sin trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, por entenderse que había representación tácita por su marido de acuerdo con la legislación vigente en el momento de presentar la declaración (STC 117/1997).

En lo que sigue pretendo plantear una agenda ejemplar, más que exhaustiva, de cómo las mujeres podrían adueñarse del principio de la igualdad y del mandato de la no discriminación que a su disposición pone la Constitución a través del art. 14 para reaccionar frente a muchas de las injusticias que viven en tanto que mujeres. Se trata, en definitiva, de reconducir muchos de los problemas que acucian especialmente a la mujer por la óptica de la igualdad. Una doctrina como la que, de forma destilada, hemos expuesto que proscribe la discriminación directa e indirecta, abierta y encubierta, ya provenga ésta de los poderes públicos o de prácticas entre particulares, puede dar mucho más juego del que ha dado hasta la fecha si las mujeres reaccionan.

En el terreno laboral, los hombres, en cierta manera, han ido marcando el camino, facilitando que pudieran las mujeres reclamar su igual condición de trabajadoras para pedir justicia. En este ámbito, y salvo por lo que atañe al embarazo, han encontrado un trabajador compañero que recibía un trato de privilegio ofreciendo un término de comparación cercano. “Si somos como ellos y hacemos lo mismo que hacen ellos ¿por qué se nos trata peor que a ellos?”. Pero este razonamiento es limitado porque no permite que la mujer identifique como discriminatorias las situaciones en las que, precisamente, falta un hombre con quien medirse, puesto que se trata de cuestiones y problemas que afectan de forma específica a la mujer. Así, por ejemplo, no tiene sentido plantear las pretensiones de la mujer en materia de aborto, maltrato doméstico, pornografía o agresiones sexuales, que son algunas de las cuestiones relacionadas con la subordinación de la mujer que el principio constitucional de la igualdad debiera cancelar al grito de “queremos ser tratadas en estos temas igual que lo son los hombres”. Aquí lo que se reclama es un trato específico para conseguir la igualdad, entendida,

no como un trato igual sino equitativo, o, lo que es lo mismo, un trato que le permita a la mujer el mismo nivel de disfrute de derechos y libertades que a los hombres. En la mayor parte de los casos se trata de pedir un trato no equivalente al del hombre, sino específico frente al hombre. Queda, pues, pendiente la asignatura más difícil: que la mujer se rebele, por voz de la igualdad, frente al conjunto de discriminaciones sistemáticas que, en tanto que mujer, encuentra como obstáculo limitador del pleno disfrute de sus derechos constitucionales consagrados. Estamos hablando de pretender la igualdad desde la experiencia de la mujer y no desde la del hombre.

En 1985, el Fondo de Educación y Acción de Mujeres (*Legal Education and Action Fund, LEAF*) se constituyó en Canadá como asociación dedicada al avance de la igualdad de la mujer incluyendo, entre sus objetivos, el de personarse en los asuntos más relevantes desde la perspectiva de la mujer con el ánimo de ofrecer a los jueces el bagaje socio cultural necesario para entender la conexión entre las cuestiones planteadas y el objetivo constitucionalmente sancionado de lograr la igualdad de la mujer. En Canadá este objetivo se articula, constitucionalmente, de forma parecida a España, siendo así que el art. 15.1 de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* proscribire, entre otras, las discriminaciones basadas en el sexo. Aunque, evidentemente, en la mayor parte de los casos estaban en juego más de un derecho fundamental, la finalidad de la asociación LEAF ha sido, principalmente, la de destacar el elemento de la igualdad para lograr, entre otras cosas, que la doctrina de la igualdad que en torno al art. 15.1 de la Carta Canadiense fuera fraguando la Corte Suprema se hiciera de cara a la experiencia de la mujer. Nos inspiramos aquí en la argumentación aportada por LEAF en su personación ante la Corte Suprema Canadiense con ocasión de la resolución de algunas de las cuestiones más relevantes para la mujer⁽¹⁾, argumentación destinada fundamentalmente a ampliar el ámbito material de protección del principio de no discriminación sexual.

1. La referencia a los casos concretos, las respuestas de la Corte Suprema a los mismos y el texto completo en inglés de los alegatos presentados por LEAF se encuentran recogidos en *Equality and the Charter: Ten Years of Feminist Advocacy Before the Supreme Court of Canada*. Women's Legal Education and Action Fund, Edmond Montgomery Publications Limited 1996.

El objeto no es desde luego sugerir que las cuestiones a las que nos referiremos constituyen los únicos obstáculos para alcanzar la igualdad de la mujer, ni tampoco que toda la lucha por superar la situación de discriminación de ésta en un plano constitucional deba librarse a través del principio de la igualdad del art. 14 CE. Reclamamos, más bien, la urgencia de una lectura de género mucho más global que incluya la perspectiva de la mujer en todos y cada uno de los derechos fundamentales. De hecho, muchos de los argumentos que se aportan servirían para avanzar en dicho menester. Tampoco se trata de insinuar que, una vez ampliado el ámbito del derecho a la igualdad en favor de la mujer, éste deba primar siempre y necesariamente en la resolución de un conflicto de intereses. Como sabemos, en nuestra Constitución no hay derechos absolutos, de forma que casi siempre es tarea obligada de los jueces constitucionales la de ponderar los distintos derechos e intereses en juego. De lo que sí se trata, sin embargo, es de ampliar los términos del debate para enriquecer el ámbito material del art. 14 CE, de forma que, a diferencia de lo ocurrido hasta la fecha, puedan incorporarse a través del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación sexual toda una serie de consideraciones que son relevantes a la hora de entender la dificultad que tiene la mujer, por el mero hecho de serlo, de lograr el disfrute de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos con igual efectividad que el hombre.

6.1 EL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

La STC 53/1985 sigue conteniendo, hasta la fecha, la expresión más elaborada de la doctrina del TC en materia de aborto. En ella el Alto Tribunal analizó la constitucionalidad del art. 417 bis del “Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal” dedicado, como sabemos, no a legalizar el aborto, sino, simplemente, a declararlo no punible en los tres supuestos de aborto ético, eugenésico y terapéutico. La doctrina que en el 1985 sentó el TC y que, de momento, no ha sido desautorizada se cifra, básicamente, en los siguientes términos. La vida humana, valor superior del ordenamiento jurídico, merece la protección del Estado, sin perjuicio de que el *nasciturus* no se considere persona, y pueda, por lo tanto, ser titular, en sentido estricto, del derecho a

la vida. Como bien jurídico constitucional, entendió el TC que había que proteger la vida desde la gestación como *tertium* existencialmente distinto a la madre, incluyendo la protección penal, aunque sin olvidar, por otra parte, la necesidad de proteger otros bienes y derechos constitucionalmente recogidos.

Lo que nos interesa destacar aquí es que ni los defensores de la ley con ocasión de la cuestión de constitucionalidad del art. 417 bis, ni las voces disidentes que, desde dentro del TC, han entendido que la regulación del aborto es excesivamente restrictiva con respecto a los derechos de la mujer, ni, por último, las pocas personas que han recurrido en materia de aborto pretendiendo de una forma u otra una ampliación de los supuestos de aborto legal (véase STC 38/1994, con respecto al aborto a resultas de embarazo por delito continuado de estupro) han introducido hasta la fecha el principio de igualdad en el debate. La referencia es siempre a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, a la intimidad personal y familiar e incluso al derecho a la propia imagen de la mujer. Sin embargo, nunca aparece enfocada la cuestión desde el principio de la igualdad. Sin perjuicio de la ponderación de bienes y valores que, en último término, se realice en el tema del aborto y de que, evidentemente, el derecho a la no discriminación sexual no puede más que sumarse al conjunto de derechos que, desde la perspectiva de la mujer, han de tenerse en cuenta, creemos que es éste un elemento que no ha sido suficientemente valorado y que debiera sumarse al debate.

El presupuesto de partida para introducir el debate del aborto desde la perspectiva de la igualdad es el hecho de que las mujeres constituyen un grupo socialmente desfavorecido que ha sido tradicionalmente sujeto a un estatus social y legal de segunda categoría. Sólo eso explica su menor capacidad económica, su mayor dificultad de acceso a la educación y a la formación, su mayor exposición a agresiones físicas y sexuales, su experiencia de objetivización y su falta de control reproductivo.

Desde esta perspectiva, requerir que se den supuestos de hecho análogos antes de que el tratamiento legal del hombre y la mujer pueda ser sujeto al mandato de la igualdad implica permitir que las desigualdades de

género más graves, urgentes y permanentes no encuentren reparación constitucional. En el caso del aborto, el argumento cobra mayor peso aún porque no cabe imaginar ninguna situación equiparable para el hombre cuando es únicamente la mujer la que se queda embarazada y vive las consecuencias psicológicas, sociales y económicas que resultan del embarazo. Sólo las mujeres viven los meses de embarazo y los meses de lactancia cada vez que nace un ser humano.

Históricamente, el papel reproductivo de la mujer ha servido de pretexto para perjudicar a la mujer social y legalmente. Entre los ejemplos relevantes al respecto hay que citar el de prácticas ginecológicas crueles; restricciones laborales a mujeres embarazadas teóricamente en aras del bien del feto; declaración de supuesta incapacidad de la mujer embarazada; exclusión de la mujer del dominio público por considerarse impropio o de mal gusto; penalización de los métodos anticonceptivos y de la información sobre los mismos y rechazo a reconocer que la discriminación por razón del embarazo constituye una discriminación por razón de sexo.

La biología específica de la mujer no justifica un trato de desfavor y, por lo tanto, discriminatorio por parte de la ley. Las leyes no pueden alterar la capacidad reproductiva de los hombres o de las mujeres, pero pueden determinar las consecuencias legales de las mismas y, de hecho, lo hacen. La biología puede dictar que sólo las mujeres puedan quedarse embarazadas pero es el legislador y son los tribunales de justicia los que deciden cómo tratar a las mujeres embarazadas. No cabe, por lo tanto, atribuir a la biología los obstáculos y dificultades que resultan de la ley humana.

Aunque el embarazo pueda ser un estado voluntario en el caso individual, para las mujeres, en cuanto grupo, no lo es. Para las mujeres tener hijos constituye un imperativo social. En un contexto social de desigualdad de sexos se ha privado a la mujer del control sobre el uso reproductivo de su cuerpo. Entre los factores que han obstaculizado socialmente el ejercicio libre de la sexualidad por parte de la mujer se encuentran el aprendizaje social, la falta de información y de mecanismos anticonceptivos apropiados o poco seguros, la presión social, la costumbre, la esca-

sez de recursos económicos, la dependencia económica, la coacción sexual, y la insuficiente respuesta del ordenamiento jurídico en materia de agresiones y abusos sexuales. De ahí que, a menudo, las mujeres no controlen las circunstancias en las que se quedan embarazadas. Análogamente, en un contexto social de desigualdad de sexos, la mujer ha sido la principal responsable de la crianza y del contacto directo con los hijos e hijas. La costumbre, la presión social, y las circunstancias económicas, impiden que las mujeres puedan controlar las circunstancias en las que crían a los mismos y, por lo tanto, los efectos de la maternidad en sus propias opciones vitales.

Los hombres, en tanto que colectivo, no se ven igualmente perjudicados por su capacidad reproductiva y no sienten una presión social equiparable que les obligue a centrar sus vidas en la crianza de la prole en perjuicio de otros objetivos vitales. Por todas estas circunstancias la capacidad reproductiva de la mujer constituye un factor integral en el problema de la igualdad de la mujer. Tengan o no hijos todas las mujeres se ven perjudicadas por las normas sociales que limitan sus opciones en el ámbito público debido a la maternidad, como pone de manifiesto el ejemplo de la no contratación de mujeres en edades propias para la procreación. Las mujeres que, en concreto, son madres tienen, además, que soportar ulteriores limitaciones de su rol fuera de la familia debido al peso de la tradición y al hecho de que los recursos públicos no son distribuidos en beneficio de las mujeres con hijos a su cargo. Tales circunstancias incluso afectan a aquellas mujeres cuya maternidad es el resultado de una libre opción individual.

Estas desigualdades resultan decisivas a la hora de interpretar los derechos constitucionales. Para aquellas mujeres en edad de reproducción el mandato de la igualdad requiere una interpretación que sirva para reducir o minimizar las interferencias estatales que puedan tener implicaciones sobre su pleno desarrollo en tanto que ser humano, y desde un punto de vista social, económico y político. Para la mujer que está embarazada y decide seguir adelante con el embarazo, la igualdad sexual debiera implicar la prohibición de interferencias estatales con respecto a su cuerpo y el reconocimiento de su capacidad de tomar decisiones con respecto a las atenciones prenatales. El principio de igualdad debiera

también implicar la no coerción estatal en la decisión sobre la maternidad, precisamente el tipo de coerción que supone la prohibición de abortar.

La maternidad forzosa hay que entenderla como un problema de igualdad de género. La posibilidad de abortar puede ser conceptualizada como un instrumento necesario para que la mujer sobreviva en sus desiguales circunstancias. Por muy difícil que pueda resultar la decisión de abortar para una mujer individual, puede tratarse de la única posibilidad de alivio en un contexto sin opciones. Es la posibilidad de abortar el único mecanismo que garantiza que el hombre y la mujer puedan tener más o menos el mismo control sobre sus capacidades reproductivas, a la vez que garantiza mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a la hora de planear sus trayectorias vitales y de participar plenamente en la sociedad. En la medida en que la maternidad sin opción es una cuestión que atañe a la igualdad de sexos, el aborto legal debiera verse también relacionado con la igualdad de sexos.

Las razones por las que las mujeres deciden abortar son múltiples, personales y profundas. Mientras que haya medios anticonceptivos que fallen, sean peligrosos o pocos accesibles, habrá muchas mujeres que, en el curso de sus vidas, tengan que afrontar la inesperada e inmediata realidad de un embarazo no deseado cuando en realidad albergaban otro tipo de proyectos. Entre ellas, adolescentes que lo que quieren es acabar de crecer; mujeres solteras que no pueden soportar la carga emocional, económica y social de ser madres solteras; mujeres casadas que se quedan embarazadas, bien demasiado pronto o demasiado tarde o con demasiada frecuencia; mujeres de familias con un número suficiente de hijos o con enormes problemas. El mandato constitucional de la igualdad implica que en todas estas circunstancias las mujeres que se encuentren con embarazos no deseados puedan disfrutar del derecho de controlar el número de hijos y la distancia temporal entre un hijo y otro. Sin posibilidad de abortar la capacidad de autodeterminación de la mujer y su autonomía quedarían cercenadas en mucho mayor medida que la de los hombres. Lo que hay que evitar es crear un lapso de tiempo en el que la mujer, debido a su peculiar y no elegida capacidad biológica, quede fuera del amparo del principio de igualdad.

6.2 EL ACOSO SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE GENERO

Si partimos de que la prohibición constitucional de discriminación sexual trata de garantizar la igualdad de la mujer en tanto que colectivo históricamente discriminado, hay que entender que el acoso sexual es una forma de discriminación por razón de sexo por cuanto contribuye a la desigualdad de la mujer en el ámbito laboral. El acoso sexual consiste en el requerimiento de favores sexuales en el ámbito laboral y es una práctica que refleja y refuerza el desequilibrio de poderes entre hombres y mujeres en el mundo laboral. Teóricamente las víctimas y los perpetradores de acoso sexual pueden ser personas tanto de sexo femenino como masculino. Sin embargo, la realidad dice que en el actual mercado de trabajo estratificado sexualmente aquellos que detentan el poder suficiente para poder acosar sexualmente a sus subordinadas van a ser, fundamentalmente, hombres y las que van a verse mayormente sometidas a este riesgo, mujeres. Dado que las mujeres todavía no han alcanzado el mismo estatus económico que los hombres, los contratos, los despidos y los ascensos laborales de las mujeres en el mercado de trabajo dependen generalmente de decisiones de hombres que, consiguientemente, ocupan una posición de supremacía económica frente a las mujeres.

Por otro lado, en una sociedad inegalitaria, la socialización del varón hace que sea éste quien, en general, inicie las relaciones sexuales con la mujer, a veces, de forma agresiva y sin verdadero respeto hacia las apetencias sexuales de ésta. De ahí la realidad social de dominación sexual en la que el hombre se encuentra con respecto a la mujer. El acoso sexual es una forma de valerse de una posición de supremacía económica para coaccionar sexualmente y de una posición de supremacía sexual para coaccionar económicamente. Cuando el acoso sexual se tolera, las tendencias sexuales de determinados hombres se convierten en condiciones laborales para muchas trabajadoras de sexo femenino.

Las actitudes, creencias y las prácticas tradicionales tienen tanta influencia sobre el comportamiento de uno y otro género como lo tiene la propia biología. Las construcciones no biológicas del sexo, como los patrones de identificación sexual y los roles sexuales de comportamiento,

constituyen auténticas barreras para la consecución de la igualdad de las mujeres. El principio de no discriminación por razón de sexo debe, por lo tanto, servir para romper con estas barreras. Nuestra sociedad ha asignado tradicionalmente a los hombres la prerrogativa de iniciar las relaciones íntimas y ha erotizado la sumisión e indefensión femeninas. Se trata de un aspecto de la identificación sexual y del rol del comportamiento sexual que es producto de la construcción social. Como pone de manifiesto el acoso sexual, esta construcción social supone un obstáculo importante para la igualdad de la mujer.

Lo importante es destacar que es su sexo lo que hace que las mujeres sean víctimas de acoso sexual. Lo que las hace vulnerables frente al acoso sexual es su sexo y la elección de la forma de acoso a la que se ven sometidas depende de su sexo. En situaciones de acoso sexual las mujeres se ven obligadas a ceder ante requerimientos sexuales para mantener su empleo. Los hombres, por lo general, no encuentran este problema en el trabajo. De ahí que en un mismo trabajo acabemos con un doble estándar: uno para la mujer que tiene que soportar el acoso sexual y otro para el hombre a quien por lo general no suele afectarle. El acoso sexual conduce a la pérdida del empleo. Muchas víctimas sufren despidos y otras acaban abandonando sus trabajos cuando se ven atrapadas en “ambientes laborales infectados” generadores de ansiedad y debilitamiento psicológico. De ahí que el acoso sexual no sólo atente contra la igualdad de oportunidades laborales sino que también atente contra la igualdad en el disfrute de salud física y psicológica.

No cabe alegar frente a esto que las víctimas de acoso sexual no lo son únicamente por su sexo, sino también por algún factor adicional, como pone de manifiesto el hecho de que no todas las mujeres sean víctimas de acoso sexual. Como decíamos, no basta con asumir una definición de sexo que se limite a los aspectos biológicos del mismo. En nuestra sociedad y en muchas otras, ser “mujer” implica también ocupar un lugar económica y sexualmente subordinado. Si se añaden estos elementos sociales a la definición de mujer es posible comprender cómo, cuando la mujer se ve acosada sexualmente en el trabajo, en realidad es todo el colectivo de mujeres el que se ve afectado por la incertidumbre de no saber si, cuándo y cómo van a ser víctimas de acoso sexual.

Hay que resaltar que, para que se aprecie la discriminación sexual, no es necesario que exista una intención específica de discriminación contra la mujer en tanto que tal (y, por lo tanto, como miembro del colectivo de mujeres). La mayor parte de las discriminaciones van dirigidas contra mujeres individuales y no contra todo el grupo. Sin embargo, todas las mujeres están en el grupo que requiere protección. Como hemos visto, la discriminación por embarazo ha sido calificada de discriminación por razón de sexo (aunque no todas las mujeres estén embarazadas o tengan que pasar por un embarazo). Lo determinante es que sólo las mujeres pueden estar embarazadas. De forma análoga lo determinante aquí es que son las mujeres las que en el caso del acoso sexual constituyen de forma casi exclusiva el grupo afectado. No hace falta para que haya discriminación sexual que el género sea el único ingrediente en la acción discriminatoria. No hace falta por consiguiente que todos los miembros del género afectado sufran la discriminación. Es suficiente con que la adscripción de una característica del grupo al individuo sea un factor determinante del trato perjudicial de dicho individuo. De no ser así, la protección contra la discriminación sería más bien escasa, pues en casi cada supuesto de discriminación es posible identificar varios ingredientes, por lo que a algunos de los miembros del grupo no les va a afectar la discriminación, al menos de forma directa. Tampoco vale decir que no cabe apreciar discriminación contra la mujer, a no ser que se puedan identificar hombres que, en circunstancias análogas, sean tratados de forma distinta, pues ello impediría proteger a las mujeres cuando éstas son objeto de discriminación por circunstancias biológicas (embarazo) o sociales (acoso sexual) que les afectan de forma exclusiva o casi exclusiva.

El fenómeno del acoso sexual pone de manifiesto las deficiencias de un enfoque de la discriminación sexual que se limite a contemplar el sexo como mero factor biológico. Tal enfoque determina que las mujeres sólo sean protegidas por el principio de la no discriminación cuando el trato desigual afecte a todo el grupo de "mujeres" según una definición biológica de su sexo pero no por circunstancias que sean propias de su género. Tampoco hace falta que las circunstancias propias de un género sean inmutables. Este tipo de razonamiento es el que subyace cuando nos encontramos con el argumento contrario de que también los hom-

bres pueden, en principio, ser objeto de acoso sexual. Es éste un tipo de razonamiento que sirve para oscurecer el hecho de que, en la realidad, y no en la teoría, son en su mayor parte las mujeres las que se ven acosadas sexualmente.

6.3 LAS AGRESIONES SEXUALES Y LOS MALOS TRATOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE GENERO

En el pasado las mujeres víctimas de violaciones carecían de personalidad jurídica. La violación se trataba más como una ofensa contra la propiedad que contra la persona: una ofensa contra la propiedad que cometería un hombre contra la propiedad de otro. Las mujeres también carecían del derecho de sufragio. Por lo tanto las leyes relativas a las agresiones y abusos sexuales las desarrollaban, promulgaban y administraban los hombres, el grupo perpetrador, sin tener en cuenta la experiencia y la perspectiva de la mujer, el grupo victimizado, y sin tener en cuenta consideraciones de igualdad de género.

Las víctimas de agresiones sexuales son, en su inmensa mayoría, mujeres y menores y los perpetradores, generalmente, hombres. Las violaciones de mujeres son tanto un síntoma como una práctica de desigualdad sexual, que refleja y agrava el estatus deprimido de las mujeres con relación al de los hombres. Las agresiones sexuales que no son cometidas contra mujeres lo son, generalmente, contra niños y niñas y, normalmente, por otros hombres. De ahí que la práctica social de la agresión sexual merezca el calificativo de discriminación social basada en la edad y en el género. Cada mujer y cada niño y niña en una sociedad desigual es una víctima potencial de agresión sexual y, por lo tanto, sufre desventajas por razón de su sexo y de su edad.

En sociedades desiguales tanto a hombres como a mujeres se les enseña a aceptar la agresión sexual como fenómeno en cierta medida normal. Parte de la subordinación de la mujer consiste en que se la define como blanco de sexo no consentido. La explotación sexual de la mujer se alimenta con los roles tradicionales de género según los cuales la sexualidad masculina representa el rol del agresor y la femenina el rol de la víctima, y la existencia de un grado de fuerza o forcejeo se percibe como

algo romántico, excitante y tolerable. De ahí que, en contra de los mitos sobre la violación, las agresiones sexuales sucedan con mucha mayor frecuencia en acontecimientos sociales normales y que, generalmente, la víctima conozca previamente al agresor.

Las mujeres se ven perjudicadas en cuanto colectivo por ser las principales víctimas de agresiones sexuales. Dentro del colectivo de mujeres son las más vulnerables y dependientes las que están más expuestas a la explotación sexual (mujeres con escasos recursos económicos, de edades avanzadas, con discapacidades, de razas o etnias discriminadas, jóvenes, niñas, inmigrantes, etc.). La violación y el miedo a la violación funcionan en todas las culturas como mecanismos de control social de la mujer que permiten al hombre ejercer su dominación sobre la mujer y mantener el actual sistema de estratificación sexual. En este sentido, la violación opera como símbolo y como realidad de la situación de subordinación social de la mujer al hombre.

Sólo una pequeña fracción de las violaciones se denuncian. Sólo una pequeña fracción de las violaciones denunciadas acaban en un juicio penal. Sólo una pequeña fracción de los juicios por violación acaban en una condena. A menudo las condenas por violación son cortas. De todo ello se colige que la mayor parte de los violadores siguen viviendo libremente en sociedad sin que se detecte su existencia, se castigue su crimen o se les someta a rehabilitación. Por todo lo anterior, las víctimas de los delitos sexuales, en su mayor parte, mujeres, están en una situación de desventaja comparativa frente a los perpetradores de dichos crímenes, en su mayor parte, hombres.

Las medidas que se adopten para facilitar la denuncia, el castigo y la garantía de rehabilitación de los condenados por este tipo de conducta delictivas sirven para lograr la igualdad entre hombres, por un lado, y mujeres y niñas y niños, por otro, y se traducen en una mayor igualdad de éstos últimos en el acceso a la justicia y en el disfrute de libertades tan básicas como la libertad de movimiento y la seguridad, o la integridad física y psicológica, y el honor en el sentido de respetabilidad social. Esto último porque la agresión sexual, socialmente, se considera, a menudo, como una revelación acerca del carácter, la moralidad y los

deseos de la víctima que queda socialmente estigmatizada por la experiencia. Las mujeres, con frecuencia, evitan ciertos lugares y situaciones como forma de precaución frente a la amenaza de la agresión sexual. De hecho, la amenaza de agresión sexual, con sus efectos limitadores de libertades básicas, es una amenaza constante que vive, fundamentalmente, la mujer por el mero hecho de ser mujer. Los hombres, que por lo general no sienten dicha amenaza, disfrutan de una mayor seguridad personal, sentimiento de tranquilidad y libertad de movimiento. Por todo lo anterior, cualquier obstáculo que dificulte la denuncia o persecución de la agresión sexual (como la revelación de la identidad de la supuesta víctima en los procesos penales de abusos y agresiones sexuales sin que medie su voluntad o las reglas probatorias en este tipo de procesos) o, en general, implique la desprotección de la mujer frente a este tipo de agravios (como puede ser la defectuosa definición o apreciación del consentimiento de la mujer como elemento del tipo delictivo) tiene un impacto diferencial sobre mujeres y niños y se traduce en una discriminación por razón del sexo o de la edad. En general, pues, los preceptos legales en materia de agresiones y abusos sexuales y su aplicación están relacionados con el disfrute de la igualdad por parte de mujeres y menores, los grupos desfavorecidos con respecto al fenómeno de la agresión sexual. Los delitos que tipifican este tipo de conductas no pueden considerarse como “delitos neutros”, es decir, delitos en los que el género es irrelevante. Es necesario que la ley penal que los regule y la doctrina penal que los aplique cumplan con las exigencias del principio constitucional de la igualdad.

En este sentido, y aunque dentro del ámbito del maltrato doméstico merece la pena destacar, dentro del contexto español, el ATC 691/1984. Estamos ante el supuesto de un matrimonio en el que el hombre y la mujer son condenados por faltas de lesiones. Ella por agredir a su marido dentro del clima de tensión y desarmonía reinante en el matrimonio, siendo así que se le aplica de oficio el beneficio de la condena condicional (a cinco días de arresto menor). El la agrede meses después ya pendiente el proceso de separación matrimonial y es condenado a quince días de arresto menor por falta de lesiones. El condenado instó el beneficio de la remisión condicional que le fue denegado. Acude en amparo ante el TC alegando, entre otras cosas, vulneración

del art. 14CE en cuanto que siente que se le discriminó por razón de sexo respecto a su mujer. Destacando la dimensión colectiva de la discriminación sexual y su relación con los males sociales que, de forma sistemática, afectan específicamente a la mujer y que sirven para acuñar la expresión de “delitos de género”, entiende el TC que no se ha producido discriminación por razón de sexo. Razona su decisión de la siguiente forma:

“Es notorio, en efecto, que como afirma el auto impugnado constituye hoy un fenómeno social merecedor de especial repulsa, el hecho de que, dentro de la pareja, se produzca con lamentable frecuencia malos tratos a la mujer por parte del hombre, mientras que, por el contrario, no existe como fenómeno social el hecho contrario, es decir, los malos tratos al hombre por parte de la mujer. Está en consecuencia justificado que para reprimir aquel fenómeno social se acentúe el rigor de la ley para los que contribuyen al mismo. No se da, por tanto, frente a lo que dice el recurrente una discriminación en la aplicación de la ley por razón de sexo, pues el hombre no es tratado más severamente por su condición de varón sino por contribuir con su conducta a la existencia del fenómeno social de las mujeres maltratadas, contra el cual pueden y deben reaccionar los Tribunales de Justicia con los medios que el Derecho les permite.”

6.4 LA DISTRIBUCIÓN DE CARGAS DOMÉSTICAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

A pesar de las reformas habidas en el Derecho de familia tendentes a garantizar la igualdad de sexos, sigue siendo un dato fáctico que la separación y el divorcio están directamente relacionados con la situación de desventaja económica de la mujer. Las carencias económicas de mujeres separadas y divorciadas y de los hijos en su custodia siguen siendo comparativamente, mucho más altas que las de hombres separados. Un factor fundamental a la hora de entender la subordinación económica de la mujer en el pasado y en el presente lo constituye el hecho de que, típicamente, es la mujer quien renuncia a una proyección profesional fuera del matrimonio y se encarga de la crianza de los hijos y de la atención del hogar mientras que el hombre sigue siendo el principal responsable del sustento económico de la familia.

No obstante la creciente incorporación al mercado laboral de la mujer, la paulatina superación de patrones matrimoniales tradicionales y el cambio de expectativas y presupuestos con los que hoy en día, hombres y mujeres contraen matrimonio, la mujer sigue siendo la principal responsable del trabajo doméstico no remunerado y de la crianza de los hijos e hijas. Ello supone una limitación en su proyección profesional fuera del hogar. Incluso aquellas mujeres que trabajan a tiempo completo y en ámbitos no tradicionalmente “femeninos” no dejan por ello de ser las principales responsables de la crianza de los hijos y de las necesidades del hogar. Suelen ser las mujeres las que toman tiempo de su trabajo para hacer frente a necesidades o crisis familiares (tales como citas con médicos o atención de enfermedades). Las mujeres siguen siendo también las principales responsables de la crianza de la prole en los supuestos de separación. Los hombres rara vez interrumpen su trayectoria profesional para dedicarse a la familia. Es mucho más común que sean las mujeres quienes lo hagan.

Aunque el cuidado de las criaturas suele ser la causa principal de las desventajas económicas que el matrimonio implica para la mujer, no son las únicas. Entre otras cabe destacar el hecho de que muchas mujeres sacrifican sus aspiraciones profesionales para colaborar con las de sus maridos. Cabe destacar también la frecuencia con la que las mujeres se adecuan a los destinos geográficos que la profesión de los maridos determina, a menudo en detrimento de su propio interés profesional. La interrupción o postergación de la propia profesión implica que la mujer pierde posibilidades de generar recursos económicos por sí misma. Las pérdidas engloban la merma de beneficios sociales de carácter contributivo, de pensiones de jubilación, de posibilidades de perfeccionamiento, ascenso, reeducación, de estabilidad profesional, etc. Cuanto mayor sea el tiempo de ausencia de la mujer del mercado laboral más difícil resulta su reincorporación al mismo. La dificultad aumenta con la edad. Cuanto más alienada del mercado laboral, menores sus posibilidades de afrontar dificultades ya sean éstas externas (como el aumento de la tasa de desempleo) o personales (vejez, incapacidad, minusvalía, enfermedad).

Desde el punto de vista de la organización social, esta división sexista del trabajo privado, no remunerado y minusvalorado, por un lado, y

público, remunerado y reconocido, por otro, ha exacerbado la posición de subordinación de la mujer en el mercado laboral contribuyendo a la creación y perpetuación de una desigualdad sistemática que se manifiesta en la diferencia de posibilidades de acceso a determinados sectores laborales y en las diferencias de remuneración. El patrón se refuerza porque, dada la discriminación que la mujer sufre en el mercado laboral y que limita sus posibilidades de acceso a una remuneración digna, sigue resultando económicamente más “razonable” que, en aras del interés de la familia, sea la mujer quien renuncie a su proyección profesional para hacerse cargo de las necesidades familiares.

En este contexto se ha de apreciar, por ejemplo, el papel que juegan las pensiones compensatorias como mecanismo de valoración del trabajo doméstico y no remunerado realizado por la mujer y de ayuda a la mujer ante su situación de desventaja económica a resultas del matrimonio y de la ruptura matrimonial. Las pensiones compensatorias han supuesto un avance en la igualdad de la mujer en la medida en que han significado una forma de reconocimiento del impacto que la asunción de la responsabilidad de la crianza de los hijos e hijas y del trabajo doméstico ha tenido sobre el estatus económico de éstas. No obstante, y a pesar de la existencia de este tipo de compensaciones, las mujeres siguen siendo quienes más sufren económicamente tras la separación o el divorcio. De hecho, aunque la regla de la pensión compensatoria se exprese en términos sexualmente neutros, la evidencia indica que siguen siendo las mujeres las principales beneficiarias de tales pensiones.

Dentro del contexto español encontramos avances jurisprudenciales importantes en la última década. Cabe citar así la STC 7/1994 en torno a la prueba biológica de la paternidad y la valoración de la negativa del presunto padre a someterse a dicha prueba. En esta ocasión anula el TC una sentencia del Tribunal Supremo que había desestimado la pretensión de una mujer de reconocimiento de paternidad del demandado por entender que la obstinada resistencia del varón a someterse a tal prueba no podía considerarse como una *ficta confessio* de forma que, salvo que existieran otras pruebas absolutamente determinantes, no cabía deducir de dicha negativa el reconocimiento de la paternidad.

Entiende el TC con buen criterio que la prueba de paternidad es precisamente determinante en aquellos supuestos en los que este otro tipo de evidencia falta. Lejos de suponer una vulneración del derecho a la integridad e intimidad, como alega el demandado, dicha prueba se encuentra al servicio de fines constitucionales entre los que destaca la protección de los hijos cuyos derechos de alimentos y sucesorios están en juego y a cuyo servicio pone la CE el art. 39.2 CE según el cual “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” y “los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación” (precepto éste que conecta directamente con el art. 14 CE en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento), así como el deber de los padres “de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” reconocido en el art. 39.3 CE. Acaba por lo tanto apoyando el TC la tesis del valor indiciario de la obstinada negativa del hombre a someterse a tal prueba y reconociendo que éste únicamente se puede negar cuando no existan indicios serios de la conducta que se le atribuye o si pudiese existir un quebranto gravísimo para su salud.

Cabe igualmente destacar las SSTC 67/1998 y 84/1998. Reaccionan en estos supuestos madres solteras ante la falta de protección penal del art. 487 bis del antiguo Código Penal, derogado en la materia por la reforma de 1995, que no incluía dentro de los supuestos del delito por impago de prestaciones económicas el impago de prestaciones a favor de los hijos extramatrimoniales. Otorga el Tribunal en sentencias técnicamente controvertidas las prestensiones de las madres recurrentes por entender que dicha omisión implica un trato discriminatorio del hijo por razón de su nacimiento contraria al art. 14 CE.

Interesa resaltar aquí, sin embargo, lo extraño de que, ni en un supuesto ni en otro salieran a relucir los intereses de las madres en tanto que mujeres. En ambos casos entiende el TC que es el interés del menor lo que está en juego. ¿Pero y el derecho a no ser discriminadas de las madres? ¿Acaso no hay discriminación cuando se castiga a la mujer por su biología obligándola a que sea ésta la única que afronte el esfuerzo psicológico y material de la atención de los hijos extramatrimoniales y permitiendo que el hombre se desentienda plenamente del asunto?

Pondera el TC con cautela las salvaguardias que hay que tener en cuenta para que la extracción de una gota de sangre no suponga una vulneración de la intimidad e integridad del presunto padre. ¿Pero dónde están en el debate los intereses de la madre? ¿Dónde se reconocen las limitaciones al libre desarrollo de su personalidad, la posibilidad de desamparo económico y la consiguiente merma de opciones vitales cuando se la obliga a afrontar la crianza de los hijos en solitario? Llama pues la atención que ni en un supuesto ni en otro las mujeres mismas se presenten como titulares de derechos sino únicamente como representantes de los derechos de sus hijos e hijas. A esto nos referimos cuando hablamos de la necesidad de que la mujer se adueñe del art.14 CE para rebelarse ante las desventajas que, en tanto que tal, sufre. Obviamente aquí tiene poco sentido pretender el mismo trato que el varón. La biología lo imposibilita y el derecho, que niega la diferencia, acaba asumiendo un orden natural que castiga a la mujer por su capacidad reproductiva.

6.5 LA PORNOGRAFIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE GENERO

La pornografía constituye una discriminación sexual que recae sobre las mujeres individualmente consideradas y como grupo. Históricamente la regulación de la pornografía se basaba en la necesidad de proteger la moral pública. Este tipo de regulación ha sido objeto de mucha crítica y ha acabado ocultando el efecto discriminatorio que determinado tipo de pornografía tiene sobre las mujeres. La regulación de la misma es constitucionalmente exigible y se justifica en base a los daños que genera sobre un sector específico de la población: las mujeres y los menores. Determinado tipo de pornografía no debiera encontrar amparo en la libertad de expresión, bien porque constituye una forma violenta de expresión, bien porque constituye una legítima limitación de dicha libertad en aras del necesario respeto de otros derechos constitucionales y, entre ellos, del derecho a no ser discriminado sexualmente.

En el pasado, la regulación de la pornografía se planteaba como lucha contra la corrupción moral asociada a la exhibición de materiales con escenas explícitas de sexo. Otro de los objetivos era evitar que, a través de ella, se pudiera herir no sólo la moralidad de los consumidores sino

también el pudor y la sensibilidad de otras personas. Se partía del presupuesto de que los cuerpos de mujeres y hombres desnudos son indecentes, la exhibición sexual contraria a la castidad e impúdica, la homosexualidad repulsiva y el sexo fuera del matrimonio tradicional o en otras configuraciones no tradicionales un pecado.

Esta aproximación tradicional ha conseguido ocultar los verdaderos perjuicios que determinado tipo de pornografía causa a la mujer. Para luchar contra tales perjuicios se requiere una regulación que no incurra en los riesgos siempre apuntados de vaguedad, subjetividad, prejuicio sexual, pretexto para la censura, dificultades probatorias y mecanismos de sanción ineficaces. La regulación de la pornografía tiene que tener presente cómo ésta puede contribuir a la explotación de la mujer y legitimar su opresión y trazarse, como objetivo fundamental, el avance en la igualdad de género. No se trata de identificar materiales considerados repugnantes, indecentes, o inmorales. Hay que poner la mira en materiales que sean deshumanizadores, degradantes y que se traduzcan en la subordinación y el peligro de la mujer.

El verdadero daño asociado a determinada pornografía es su potencial de reforzamiento de estereotipos sexuales. El material pornográfico al que nos referimos presenta la degradación, humillación, victimización y violencia en las relaciones humanas como algo normal, aceptable e, incluso, erótico. Los materiales pornográficos incluyen mujeres mutiladas, mujeres penetradas por todas partes y con todo tipo de objetos, mujeres con animales, mujeres violadas, torturadas e insultadas. Y, en este sentido, la pornografía tiende a crear indiferencia ante la violencia que afecta a la mujer y a transmitir y exaltar el mensaje de que, de alguna forma perversa, la subordinación de la mujer es algo socialmente aceptado. De ahí que si se quiere lograr la equiparación social de los dos sexos no se pueda ignorar la amenaza a la igualdad que supone que un público, fundamentalmente, masculino se exponga a materiales pornográficos violentos y degradantes que tienden a hacer al hombre más tolerante ante la violencia que sufren las mujeres y que crean un clima social que incita a dicha violencia y a la discriminación contra la mujer. La pornografía es una práctica de explotación o de subordinación sistemática que se basa en el sexo y que afecta, fundamentalmente, a la mujer.

Entre los daños asociados a la pornografía están la deshumanización, la humillación, la explotación sexual, la coacción sexual, la coacción a la prostitución, los daños físicos, el abuso sexual de menores y el acoso sexual. La pornografía también afecta a la reputación de las mujeres en cuanto grupo, reduciendo su credibilidad y autoestima social. Frente a ello no cabe alegar que la regulación de la pornografía constituye una violación de la libertad de expresión. Y ello por dos motivos. Primero, porque, en gran parte, la pornografía, de serlo, sería una forma violenta de expresión de las que no están constitucionalmente amparadas. Segundo, porque, aunque se considere una forma de expresión que goza de tutela constitucional, su limitación se justifica por la necesidad de salvaguardar el disfrute de los demás derechos constitucionalmente sancionados por parte de la mujer.

Por lo que respecta a la primera afirmación, hay que tener en cuenta que, a menudo, el material pornográfico, sobre todo, el de pornografía visual, se obtiene sometiendo a mujeres a auténtica violencia física. Algunas mujeres son coaccionadas y sexualmente agredidas a fin de conseguir el material pornográfico. De ahí que quepa decir que cuando la pornografía consiste en daño físico, no sólo queda fuera del amparo de la libertad de expresión el daño en el momento de ser cometido, sino también el material pornográfico que del mismo resulta.

Si algo puede vulnerar la libertad e integridad física más que la agresión sexual es su comercialización de masas. El mercado pornográfico convierte el daño físico a las mujeres en una actividad lucrativa y constituye una forma de ahondar y agravar el estigma social ligado a las agresiones sexuales. La pornografía que resulta de tales agresiones y que agrava la ofensa de las mismas no merece más protección como forma de expresión que las agresiones mismas.

Sin perjuicio de que la pornografía se considere o no amparada *prima facie* por la libertad de expresión, lo cierto es que su regulación constituye un límite legítimo a la misma en la medida en que resulta necesaria para salvaguardar la igualdad en el disfrute de derechos y libertades constitucionalmente sancionados. Hay que ponderar el potencial conflicto entre la libertad de expresión y el principio de igualdad. En la

medida en que se considere que el mandato de igualdad tiene un alcance sustantivo y, por lo tanto, aspira a eliminar las desventajas sufridas por los grupos históricamente subordinados, es necesario poner fin a las prácticas discriminatorias que han llevado a la mujer a una posición de inferioridad y subordinación con respecto al hombre. Cuando sexo y violencia explícitas contra la mujer se combinan, sobre todo, cuando la violación aparece como algo placentero para la víctima, el riesgo de violencia contra la mujer crece como resultado de la exposición a dichos materiales. Hay estudios que demuestran que dicha exposición se traduce en un incremento de la agresividad frente a la mujer, dado que al hombre se le transmite el mensaje de que la violencia contra la mujer es algo tolerable y se le desensibiliza frente al trauma que supone la violación y las agresiones sexuales.

Hay otras formas de pornografía que no son en sí violentas en su forma, pero que degradan y deshumanizan a la mujer. La exposición a este tipo de materiales reduce en el hombre el nivel de inhibición de agresión a la mujer, aumenta la tolerancia hacia la sumisión sexual de la mujer, aumenta la propensión a la violación y refuerza la creencia de la dominación sexual masculina en el ámbito de las relaciones íntimas. En consumidores asiduos aumenta también la propensión a la conducta sexualmente agresiva. Es frecuente encontrar entre las mujeres víctimas de malos tratos declaraciones según las cuales muchas de ellas habían sido obligadas por sus parejas a realizar actividades que sus compañeros habían visto en materiales pornográficos. Es también frecuente que prostitutas violadas declaren que sus violadores mencionaron durante el acto de la violación fuentes concretas de pornografía.

En alguna ocasión son los hombres los que se ven perjudicados por la pornografía, aunque esto sucede rara vez, por lo que no suele quedar afectado el estatus y la consideración social del colectivo de hombres. Mucha de la pornografía de hombres para hombres, además de abusar a hombres de la forma en la que en realidad es mucho más común que sean los hombres los que abusen de mujeres, posiblemente contribuye a fomentar la homofobia y el abuso, ya que normaliza la agresividad sexual del varón en general.

De todo esto cabe concluir que el tipo de pornografía al que nos hemos referido no promueve ninguno de los intereses que, tradicionalmente, se asocian con la libertad de expresión y constituye en realidad una forma de discurso de odio en contra de la mujer. Este tipo de material pornográfico no sirve para la búsqueda de ninguna verdad o la expresión de ideas y críticas. En realidad, miente acerca de las mujeres y de su sexualidad. Las mujeres ni disfrutaban de ser violadas y dañadas, ni se realizan en cuanto tales a través del abuso. La pornografía silencia a las mujeres, inhibe la búsqueda de la verdad y va en detrimento de la consideración social de la mujer. El estatus social de la mujer se ve afectado en general, incluso, el de las mujeres que no se ven sujetas a abusos directamente relacionados con la pornografía. Cuando éstas se ven reducidas a sus partes sexuales y se las describe en términos de cómo pueden ser usadas sexualmente, se las obliga a vivir en un clima social de falta de respeto y denigración. Sus oportunidades de autonomía y autodeterminación se ven, así, seriamente mermadas.

En el contexto español, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de pornografía en la STC 62/1982, al inicio de su andadura, denegando el amparo solicitado por el propietario de una editorial que, de acuerdo con la legislación preconstitucional, había sido condenado por delito contra la moral pública por la venta al público en librerías de un libro y su exposición en la Feria del Libro de Madrid de 1979. Entendió el Alto Tribunal que la condena no suponía una interferencia ilegítima en la libertad de expresión. Según afirma la sentencia, la advocación de la moral pública como límite debe rodearse de garantías para evitar limitaciones injustificadas por ser esencial en una sociedad democrática que se dé vía libre no sólo a informaciones inofensivas o indiferentes que sean favorablemente acogidas sino también a aquéllas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población dado el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura como elementos esenciales de una sociedad democrática. En este sentido, razona el TC, la pornografía no constituye siempre y en todo caso un ataque a la moral pública. Hay que ponderar diversas circunstancias como la forma de publicidad y de distribución, los destinatarios -si son menores o no- e, incluso, si las fotografías son o no de menores, puesto que la protección de la juventud y de la infancia constituye un límite constitucionalmente sancionado.

En el caso mencionado parece que fue absolutamente relevante a efectos de entender la legitimidad de la restricción de la libertad de expresión que los materiales fueran dirigidos a menores, contuvieran fotos de menores y que el texto se refiriera a actuaciones de menores. No está claro que este precedente pueda servir para articular la defensa de la tesis de la necesidad de regular determinado tipo de pornografía en aras de la protección de los derechos y libertades de la mujer. En la sentencia comentada, aunque se hace alusión al interés de los menores, lejos de tratar de concretar qué tipo de perjuicios para éstos están en juego, se presenta, más bien, la moral pública como bien protegido, como ponen de manifiesto los términos de la legislación penal aplicada y de la que trae causa la condena recurrida con lo que da la impresión de que estamos ante el tipo de censura en aras de la moralidad pública aquí criticada. Además, no se sabe hasta qué punto el énfasis en la protección de la infancia y de la juventud como imperativo constitucional a la luz del art. 20.4 CE supone, *a contrario sensu*, la exclusión de limitaciones cuando lo que estén en juego sean mujeres adultas.

En general, no encontramos casos claros de limitación de la libertad de expresión reconducidos por vía del principio de igualdad en aras de la protección de la mujer. Y sin embargo, teóricamente no es implantable. De hecho se ha planteado la cuestión con respecto a otros factores de los incluidos en la lista de discriminaciones específicas del art. 14 CE. Así, en la STC 214/1991, el Tribunal Constitucional se planteó la cuestión de si excedían los límites de la libertad de expresión determinadas afirmaciones contenidas en una revista de venta al público que básicamente cuestionaban la realidad histórica del holocausto y de las cámaras de gas acusando al pueblo judío de un victimismo injustificado. Entiende el TC que, efectivamente, la libertad de expresión no cubría la publicación de estas afirmaciones por vulnerarse, no ya el derecho al honor, sino la dignidad y el principio de igualdad con respecto a la demandante, Violeta Friedman, ciudadana del pueblo judío y descendiente directa de familiares exterminados en un campo de concentración.

La libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones del art. 20.1 CE, razona el TC, sólo debe tener una protección superreforzada

en un sistema democrático cuando trata de proteger la posibilidad de formación de una opinión pública, libre y plural y, por lo tanto, no alcanza expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. Reconoce el TC, en el fundamento octavo de la sentencia, que “de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni el de la libertad de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”. Evidentemente, a nuestros efectos, bastaría con añadir las mujeres al grupo de colectivos discriminados, como, por lo demás, hace la propia Constitución, para entender que no está constitucionalmente amparada aquella pornografía que se entienda conlleva el menosprecio de la mujer y pueda generar sentimientos generalizados de hostilidad contra ella.

Conviene traer aquí a colación otras sentencias que, si bien no tratan de pornografía en el sentido aquí descrito, están relacionadas con la posible vulneración de derechos fundamentales de la mujer a través de los medios de comunicación aunque ninguna de ellas haya sido enfocada a través del principio de la igualdad. Así, una sentencia significativa al respecto es la STC 170/1994 por cuanto sanciona una limitación de la libertad de expresión en aras de la protección de la consideración social de la demandante en tanto que mujer. Se trata de una mujer que, estando junto a su novio, es víctima del desprendimiento de una losa de un edificio en Málaga. El Diario de la Costa del Sol, con ironía, transmitía la noticia así:

“los ciudadanos, casi todos obreros, no entienden lo maravilloso del fenómeno, y se quejan, con manifiesta ignorancia, de que a una titi le cortara la pierna la otra noche una losa desprendida de un edificio. La criatura no comprende que, a partir de esa mutilación, su vida tendrá nuevo sentido. Su novio, que estaba a punto de dejarla por otra, ya no se separará nunca de ella y podrá abusar de él durante toda su vida, obligándole a que la traiga

esos maravillosos pastelillos de La Canasta que le harán parecer como una foca, coja, pero como una foca (...)”.

Reconoce el TC las implicaciones sexistas del comentario cuando dice que el texto analizado “deja traslucir un concepto despreciativo respecto de la mujer como género de la especie humana, no sólo de esa mujer individualizada, con una clara actitud machista”. No llega a dar, sin embargo, el paso ulterior de relacionar el asunto, expresamente, con el principio de igualdad y lo acaba resolviendo por la vía del honor y de la dignidad humana, entendiendo el TC que éstos han sido los derechos vulnerados.

En relación con la comercialización del cuerpo de la mujer, tenemos la STC 117/1994 que nos parece bastante criticable. En juego estaba la publicación de unas fotos en la revista *Play Boy España*. La recurrente había prestado en su día consentimiento mediante contrato privado a la publicación gratuita de las fotos con fines periodísticos, y, de hecho, algunas de éstas habían aparecido ya en la revista *Interview*. Previo pago del importe, cede la persona inicialmente autorizada sus derechos a la editorial del *Play Boy* que las publica acompañadas de textos que la recurrente considera vejatorios. Veinte días antes de la tirada del ejemplar la recurrente había expresamente revocado su consentimiento al efecto. Alega la recurrente vulneración del art. 18 de la CE al entender lesionados su derecho a la propia imagen por la publicación de las fotografías sin mediar su consentimiento y su derecho al honor por la naturaleza vejatoria del texto que acompaña a las fotografías y que fue publicado sin consentimiento de la misma.

Deniega el Tribunal el amparo solicitado. Llega a tal conclusión después de ponderar todo un conjunto de circunstancias que se dan en el caso y que tienen el efecto de diluir la rotundidad con la que abre el Tribunal su sentencia al referirse al derecho a la imagen, derecho que relaciona con la necesaria protección de la intimidad de las personas y del que dice que es irrenunciable en su núcleo esencial en el sentido de que la autorización de la captación de la imagen o de su divulgación ha de ser siempre revocable. Aunque mediante la autorización del titular la imagen pueda convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial

sometido al tráfico negocial, como pone de manifiesto la práctica de los artistas profesionales del espectáculo que consienten con frecuencia a la captación y reproducción de imágenes, incluso, con afección a su intimidad, entiende el Tribunal que incluso en estos casos el consentimiento podrá ser revocado porque el derecho de la personalidad prevalece sobre los otros que la cesión contractual haya creado.

Según el TC, cuando se produce revocación en los supuestos de cesión voluntaria previa de la imagen, corresponde a los tribunales ordinarios de justicia ponderar los derechos en conflicto y, al propio TC, en su caso, revisar la ponderación. Tras proceder a dicha revisión entiende el Tribunal que no ha habido aquí vulneración del art. 18 CE. Aunque reconoce la sentencia que la Ley Orgánica 1/1982 deja bien claro que la revocación puede producirse en cualquier momento, entiende el Tribunal que hay factores en juego que obligan a desestimar la pretensión de la vulneración del derecho a la propia imagen entre los que destaca que la autorización para el uso de las fotografías tuviera un origen contractual y generase una serie de derechos económicos; el derecho del editor a no sufrir un perjuicio patrimonial derivado de la suspensión de la publicación sin que hubiera mediado por parte de la recurrente un ofrecimiento de resarcimiento económico; el hecho de que, siendo la publicación un proceso integrado por una pluralidad de fases, algunas de las más importantes se habían ya producido con anterioridad a la revocación; y el hecho de que no se derivara de la publicación una intromisión diferente de la que ya se derivaba de su primitiva autorización.

Confunde, así, a nuestro entender, el bien jurídico constitucionalmente protegido. Parece que lo que late en la sentencia es la percepción de que quien comercia con su cuerpo lo objetiviza convirtiéndolo en bien *intra commercium*, bien que, por lo mismo, deja de ser merecedor de celosa protección. Es como si lo que estuviera en juego fuese realmente la pérdida de la reputación asociada con la comercialización de la propia imagen, sobre todo de determinadas partes del cuerpo, de forma que, una vez perdida ésta, ya no puede tener verdadero sentido la revocación del consentimiento a su ulterior explotación, sobre todo si la revocación puede además traducirse en el perjuicio económico de la otra parte con-

tratante. Se estaría lesionando los intereses económicos a cambio de nada porque ya no hay nada que proteger verdaderamente. Y, sin embargo, lo que reclama la recurrente es el derecho a su propia imagen, derecho irrenunciable por la conexión con su personalidad, como, por lo demás, entiende la ley que lo regula respetando lo que el propio TC identifica como su núcleo esencial: la revocabilidad en todo momento. Por “todo momento” debiera el Tribunal haber entendido “siempre”, siempre que no fuera materialmente imposible. La cuestión de los perjuicios económicos que de tal revocación se puedan derivar es cosa distinta que también contempla la citada Ley 1/1982. A nuestro entender, para su estimación sí que hubiera tenido sentido ponderar lo avanzado de la preparación de la publicación. No se entiende, sin embargo, que el temor por el futuro de que la recurrente no hubiera cumplido con sus obligaciones indemnizatorias justifique, como parece hacerlo, la limitación del derecho fundamental hasta afectar a su núcleo esencial.

Por lo que hace al texto que acompaña a las fotografías entiende el TC que no puede haber vulneración del derecho al honor porque hubo consentimiento tácito por parte de la recurrente. Ya que “si la demandante consintió en su momento para que las fotografías se publicaran, había de suponer dada su naturaleza que -sin ningún género de dudas- su publicación sólo podía realizarse en revistas como la encausada y seguramente acompañada de comentarios como los que ahora denuncia”. Cabe, sin embargo, plantearse por qué tiene el Tribunal que adivinar el pensamiento de la recurrente y apelar a la noción de consentimiento tácito cuando ésta se encarga de denegarlo de forma expresa. Si la recurrente entendió que las fotos podían publicarse con fines periodísticos en otro tipo de revistas o acompañadas de otro tipo de texto estaba en su perfecto derecho de revocar el consentimiento cuando constató que, a su entender, y al menos en esta publicación, los fines pudieran ser otros. Concluye el Tribunal que “no constituye una difusión en sí misma difamatoria y además, pese a su evidente tosquedad y falta de elegancia, aquellos comentarios, si bien groseros, no se muestran ofensivos para la recurrente sino que, al fin, dentro de su estilo, pretenden más bien constituir una burda alabanza a las cualidades físicas reveladas por las fotografías”. Ignora el Tribunal, con tan hiriente comentario, que la reducción de la mujer a la calidad de objeto sexual no deja de constituir un

trato vejatorio de la misma por mucho que pueda alabarse la calidad del “objeto”. No es la cualidad de sus atributos sexuales sino la reducción de la mujer a los mismos lo que resulta vejatorio. Son los parámetros de calificación y no la calificación misma.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1993-1998)

LA MUJER EN LA FAMILIA NO MATRIMONIAL

Uniones de hecho y subrogación en arrendamientos

STC 155/ 1998, de 15 de julio
STC 47/1993, de 8 de febrero

LA MUJER Y SUS DERECHOS EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Notificación edictal en procedimiento de separación

STC 143/1998, de 30 de junio

Citación de la mujer en el juicio de desahucio de vivienda asignada a la mujer tras divorcio y arrendada por el marido mediando sociedad conyugal

STC 289/1993, de 4 de octubre

Requerimiento de abono de pensión complementaria según reconocido en convenio regulador

STC 10/1993, de 18 de enero

Eficacia civil de sentencias canónicas

STC 328/1993, de 8 de noviembre

LA MUJER Y EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Delito de impago de prestaciones económicas familiares a favor de hijos no matrimoniales

STC 84/1998, de 20 de abril
STC 67/1998, de 18 de marzo

Requerimiento de abono de gastos para hijos comunes según reconocido en convenio regulador

ATC 363/1997, de 10 de noviembre
STC 213/1993, de 28 de junio
STC 10/1993, de 18 de enero

Delito de abandono de familia y condena en concepto de responsabilidad civil
ATC 154/1997, de 19 de mayo

Reconocimiento de Paternidad
STC 7/1994, de 15 de enero

LA MUJER Y SU DERECHO A LA INDEMNIDAD Y LIBERTAD SEXUAL

Delito de agresiones sexuales:cambio en la calificación jurídica de la acusación inicial a la condena final

STC 225/1997, de 15 de diciembre

La calificación de la conducta sexual de la mujer

STC 151/1997, de 29 de septiembre

Esterilización de incapaces con graves deficiencia psíquica

STC 215/1994, de 14 de julio

EL DERECHO AL HONOR, A LA PROPIA IMAGEN Y A LA CONSIDERACION SOCIAL

El orden sucesorio en los títulos nobiliarios
STC 126/1997, de 3 de julio
STC 114/1995, de 6 de julio

El derecho al honor de la mujer: el sexismo en los medios de comunicación

STC 170/1994, de 7 de junio
STC 117/1994, de 25 de abril

El derecho a la propia imagen
STC 117/1994, de 25 de abril

EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR DE LA MUJER

STC 151/1997, de 29 de septiembre

LA MUJER Y LA HACIENDA PÚBLICA

Omisión de trámite de audiencia en la determinación de la cuota y sanción en IRPF

STC 117/1997, de 23 de junio

LA MUJER EN EL TRABAJO

La adecuación de las condiciones de trabajo a las necesidades de la mujer

STC 198/1996, de 3 de diciembre

STC 187/1993, de 14 de junio

STC 109/1993, de 25 de marzo

La compatibilización entre la crianza de los hijos y el trabajo fuera del hogar

STC 187/1993, de 14 de junio

STC 109/1993, de 25 de marzo

La igualdad en el trabajo de la mujer embarazada

STC 136/1996, de 23 de julio

STC 3/1995, de 10 de enero

STC 173/1994, de 7 de junio

La desigual retribución por trabajo igual o del mismo valor

STC 147/1995, de 16 de octubre

STC 286/1994, de 27 de octubre

STC 58/1994, de 28 de febrero

Jubilación anticipada en favor de la mujer

STC 16/1995, de 24 de enero

Indemnización por rescisión del contrato de trabajo con ocasión del matrimonio

STC 317/1994, de 28 de noviembre

Reingreso de la mujer en el trabajo tras excedencia por matrimonio

STC 53/1993, de 15 de febrero

STC 70/1993, de 1 de marzo

STC 66/1993, de 1 de marzo

El reparto de cargas domésticas entre el hombre y la mujer

STC 187/1993, de 14 de junio

STC 109/1993, de 25 de marzo

STC 3/1993, de 14 de enero

LA MUJER Y SU LIBERTAD REPRODUCTIVA

Delito de aborto: derecho de ser informado de la acusación

STC 36/1996, de 11 de marzo

Delito de aborto: extensión del supuesto de aborto ético al embarazo resultante de delito de estupro continuado

STC 38/1994, de 15 de febrero

Esterilización de incapaces con graves deficiencia psíquica

STC 215/1994, de 14 de julio

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MUJER

Pensión de orfandad

STC 315/1994, de 28 de noviembre

Prestación a favor de familiares

STC 3/1993, de 14 de enero

Pensión de viudedad

STC 5/1994, de 17 de enero

OTRA JURISPRUDENCIA CITADA

STC 62/1982, de 17 de noviembre

STC 13/1983, de 23 de febrero

STC 15/1983, de 4 de marzo

STC 7/1983, de 14 de febrero

STC 8/1983, de 18 de febrero

STC 86/1983, de 26 de octubre

STC 98/1983, de 15 de noviembre

STC 38/1984, de 15 de marzo

STC 42/1984, de 23 de marzo

STC 58/1984, de 9 de mayo

STC 94/1984, de 16 de octubre

ATC 691/1984, de 14 de noviembre

STC 53/1985, de 11 de abril

STC 33/1986, de 21 de marzo

STC 128/1987, de 16 de julio

STC 166/1988, de 26 de septiembre

STC 241/1988, de 19 de diciembre

STC 253/1988, de 20 de diciembre

STC 19/1989, de 31 de enero

STC 176/1989, de 30 de octubre

STC 144/1989, de 18 de septiembre

STC 49/1990, de 26 de marzo

STC 142/1990, de 20 de septiembre

STC 158/1990, de 18 de octubre

STC 58/1991, de 14 de marzo

STC 68/1991, de 8 de abril

STC 145/1991, de 1 de julio

STC 216/1991, de 14 de noviembre

STC 214/1991, de 11 de noviembre

STC 5/1992, de 16 de enero

STC 102/1992, de 25 de junio

STC 145/1992, de 13 de octubre

STC 229/1992, de 14 de diciembre

STC 235/1992, de 14 de diciembre

STC 28/1992, de 9 de marzo

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AUGER, C.:

- "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", PJ, XII, 1990.

AAVV.:

- *Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. II. Tecnos, Madrid, 1977.
- *La Reforma del Derecho de Familia: matrimonio, separación, divorcio y régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad*. Universidad Hispalense, Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla, 1982.
- *Mujer y sociedad en España: 1700-1975*. Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 2ª ed. 1986.
- *Nueva pensión de viudedad: doctrina general, comentario a la Ley de 7 de julio de 1981*, jurisprudencia. Colex, Madrid, 1986.
- *La mujer ante la Administración de Justicia: el caso de parricidio*. Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988.
- *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio: bases conceptuales y criterios judiciales*. Eunsa, Pamplona, 2ª ed. 1989.
- *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Dto. de la Mujer del Excmo. Ayto. de Jerez de la Frontera, Cádiz, 1996.
- "Parejas de hecho". Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería. Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 1996.
- *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Comares, Granada, 1998.
- *Psicología jurídica de la familia* (coord. Juan Luis Marrero). Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1998.

ALONSO GARCÍA, E.:

- "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española", RAP, núms. 100-102, 1983.

ALONSO PÉREZ, M.:

- “Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español”, en *Libro Homenaje a Beltrán de Heredia*. Salamanca, 1984.

ALTÉS MARTÍ, M.A.:

- “Solicitud sexual del funcionario público y de prisiones”, en *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ALVARGONZÁLEZ SAN MARTÍN, F.:

- *La regulación de la nacionalidad tras la Ley 18/1990*. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

ARAGONESES MARTÍN, S.:

- “Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección (I)”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm 2, Edersa, Madrid, 1995.
- “Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (II): Derechos, acción penal, ayudas públicas y asistencia”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm 1, Edersa, Madrid, 1998.

ARROYO ZAPATERO, L., RUIZ ANTÓN, L. F.:

- “Comentarios a los arts 434 al 439 Cp”, en *Código Penal Comentado*. Akal, Madrid, 1990.

ASUA BATARRITA, A.:

- “Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal, imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

AZKÁRATE ASKASUA ALBÉNIZ, A.C.:

- *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Vitoria, 1998.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L.:

- *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992.

BAÑO LEÓN, J.M.:

- "La igualdad como derecho público subjetivo", *RAP*, núm. 114, 1987.

BARRERE UNZUETA, M.A.:

- *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, 1997.

BERNAL DEL CASTILLO, J.:

- *El delito de impago de pensiones*. Bosch, Barcelona, 1997.

BAYOD LÓPEZ, M^a.C.:

- *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1997.

BERISTAIN IPIÑA, A., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.:

- *Cárcel y mujeres*, Editorial Mensajero, Bilbao, 1989.

BERNAL DEL CASTILLO, J.:

- *La discriminación en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.

BLANCO LOZANO, C.:

- "Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y de corrupción de menores", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.

BOIX REIG, J.:

- "De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual", en *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BONET CORREA, J.:

- "Las bases de la actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el convenio regulador de separación matrimonial y divorcio", en *ADC*, 1983, pp. 1181-1189.

BONET RAMÓN, F.:

- *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*. Colegios Notariales de España, Madrid, 1962.

BORONAT, M.:

- "Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo", en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BUENO ARÚS, A.:

- "El mundo prisional", en *Mujer Derecho y Sociedad*, Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

CABRERA HERNÁNDEZ, J. M.:

- "Algunas notas sobre los nuevos artículos 1315 a 1324 del Código civil", en *RGLJ*, 1982, pp.133-149.

CAMARA ÁLVAREZ, de la M.:

- "Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada", en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*. Pamplona, 1969.

CAMPILLO, N., y BARBERÁ, E.:

- *Reflexión multidisciplinar sobre la discriminación sexual*, Editorial Nau libres, Valencia, 1993.

CAMPUZANO TOME, H.:

- *La pensión por desequilibrio en los casos de separación y divorcio: especial consideración económica de sus presupuestos de otorgamiento*. Bosch, Barcelona, 3ª ed. 1994.

CANTERAS MURILLO, A.:

- *Delincuencia femenina en España*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

CARBONELL MATEU, J.C.:

- "Delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código Penal de 1994", en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CARMONA SALGAO, C.:

- Delitos contra la libertad sexual en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español*, Parte Especial, dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons, Madrid, 1996.

CARRASCO BENGOA, M^a C.:

-*El trabajo doméstico y la reproducción social*. Instituto Andaluz de la Mujer, Madrid, 1991

-*El trabajo doméstico: un análisis económico*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991

CASTÁN TOBEÑAS, J.:

-*Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Reus, Madrid, 1954.

-*La condición social y jurídica de la mujer*. Reus, Madrid, 1955.

- "Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer española", en *Libro Homenaje al doctor Serrano y Serrano*, vol. I. Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1965.

CASTELLS, P.:

-*Separación y divorcio: efectos psicológicos en los hijos*. Planeta, Barcelona, 1993.

CASTRO Y BRAVO, de F.:

-*Derecho Civil de España*. Cívitas, Madrid, 1984.

CERES MONTES, J. F.:

-*La protección jurídico penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código penal*. Colex, Madrid, 1996.

CONDESA DE CAMPO ALANGE:

-*La mujer en España (cien años de su historia)*. Aguilar, Madrid, 1963.

CONGRESO ESTATAL DE MUJERES ABOGADAS:

-*El Derecho, ¿Instrumento para erradicar la violencia contra las mujeres?*, Sevilla, Septiembre de 1998.

CORDUENTE JIMÉNEZ, A.:

- "Situación psicosocial de la mujer prostituida", en *La mujer marginada, cuestión de sexo, no de género*, Cobarrubias, Madrid, 1996.

CORTEZO, J.:

-*Situación jurídica de la mujer casada*. Montecorvo, Madrid, 1975.

COSSIO Y CORRAL, de A.:

- "La potestad marital", en *ADC*, 1948-I, pp. 15-45.

CRUZ VILLALÓN, P:

- "El principio de igualdad y otros conceptos afines", en *Los Derechos Individuales en la Constitución Española: Doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, 1993.

CUESTA AGUADO, de la P.:

- *Reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

CUGAT, M.:

- "La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación", en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 20, 3/1993.

CURSO "MUJER, DERECHO Y SOCIEDAD" (1995-1996, SEVILLA):

- *Mujer, Derecho y Sociedad: Sevilla, del 7 de octubre al 27 de enero de 1996*. Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

DAVIS, N.y FAITH, K.:

- Las Mujeres y el Estado: Modelos de control social en transformación, en LARRAURI E. (comp.) *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., Madrid, 1994.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.I:

- "Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 1979, Caso Airey", en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*. Publicaciones de las Cortes Generales, pp. 564-578.

DEL ROSAL, B.:

- "Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar", en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

DE VEGA RUIZ, J.A.:

-*La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1994.

DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, C.:

-*El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Aranzadi, Pamplona, 1996.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- "El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad", en *ADC*, 1983, pp. 691-701.

y GULLON, Antonio:

-*Sistema de Derecho Civil*, vol. I. Tecnos, Madrid, 7ª edición 1989.

-*Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Tecnos, Madrid, 6ª edición, 2ª reimpr. 1996.

DIÉZ RIPOLLÉS, J. L.:

-*Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocativas*, Bosh, Madrid, 1982.

EÁSTEAL, P.:

- "El síndrome de la mujer maltratada. Una definición de "razonable" en la Defensa Propia", en *Cuadernos de Criminología*, nº 5, Instituto de Criminología, Chile, 1995.

EGEA IBÁÑEZ, R.:

- "La administración por la mujer casada de los bienes parafernales", en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*. Pamplona, 1969.

ELORRIAGA DE BONIS, F.:

-*Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Aranzadi, Pamplona, 1995.

FALCON O'NEILL, L.:

-*Los derechos civiles de la mujer*. Colección Nereo, Barcelona, 1963.

-*Mujer y sociedad: análisis de un fenómeno reaccionario*. Vindicación feminista, Madrid, 1996.

FAVOREU, L.:

- "Principio de igualdad y representación política de las mujeres", *REDC*, núm. 50, 1997.

FÉLIX BALLESTA, M^a. A.:

- "Asignación de la vivienda familiar y en supuestos de nulidad, separación y divorcio", en *STS.C*, 1985, pp. 187-197.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B.:

- *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Dykinson, Madrid, 1998.

FERREIRA G. B.:

- *Hombres violentos, mujeres maltratadas*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1992.

FLORS MATÍES, J.:

- *El delito de impago de prestaciones económicas en los supuestos legales de separación, divorcio y nulidad matrimonial*. Plan provincial del CGPJ, Madrid, 1993.

FRAGA IRIBARNE, M.:

- "La familia española ante la segunda mitad del siglo XX", en *Cuadernos de Investigación*, Madrid, 1959.

- "La nueva situación de la mujer en la sociedad" en *Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles*. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1974, T. II, pp. 326 y ss.

GALLART CERRILLOS, A., CARRACEDO BULLIDO, R., MARTÍNEZ NOVO, S., CABALLERO JURADO, C.:

- *Otra frontera rota. Aspectos jurídicos de la violencia doméstica*, Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres. Entinema, Madrid, 1998.

GARCÍA ARÁN, M.:

- "Las líneas de una posible reforma de la legislación del aborto", en *Mujer Derecho y Sociedad*, Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

GARCÍA GONZÁLEZ, J.A.:

- "Constitución, vida y aborto. Su formulación progresiva en el Estado social y democrático de derecho", *REP*, núm. 38, 1984.

GARCÍA GOYENA, F.:

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. I y II. Edit. Base, Madrid, 1852, Barcelona, 1973.

GARCÍA HERRERA, M.A.:

- *La objección de conciencia en materia de aborto*, Barcelona, 1991.

GARCÍA PASTOR, M.:

- "El derecho de visita en circunstancias excepcionales", en *AC*, 1995-4, pp. 753-766.

GARCÍA TORRES, J.:

- "‘Sint ut fuerunt’. La sucesión nobiliaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997", *REDC*, núm. 52, 1998.

GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE P., Y REDONDO ILLESCAS, S.:

- *Delitos y delinquentes sexuales, en Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARRIDO GUZMÁN, L.:

- *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1982.

GAYA SICILIA, R.:

- "Crónica breve e incompleta a propósito de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo", en *ADC*, 1991, pp. 251-267.

GERMÁN MANCERO, I.:

- "La víctima en el proceso penal. La protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 55, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, E.:

- "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria", en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

- "La violación, presente y futuro de la regulación legal", en *Estudios de Derecho*

penal, Tecnos, Madrid, 1990.

- "La mujer y el Código penal español", en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMÉNEZ DE SALINAS y COLOMER, E.:

- "¿Condena o privilegio?", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

GISBERT, M. S., y VERDÚ PASCUAL, F.:

- "La obtención de pruebas médica o biológicas", en *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GÓMEZ LAPLAZA, C.:

- *De los bienes parafernales*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1976.

- "Supresión de la licencia marital", en *ADC*, 1977, pp. 337-395.

GÓMEZ MORÁN, L.:

- *La mujer en la Historia y en la Legislación*. Ed. Reus, Madrid, 1957.

GONZÁLEZ SALINAS, P.:

- "La protección jurisdiccional del principio de igualdad", *REDA*, núm. 36, 1983.

GONZÁLEZ RUS, J. J.:

- "El bien jurídico protegido en el delito de violación", en *Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.

- "El aborto. Lesiones al feto", en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español*, Parte Especial, dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons, Madrid, 1996.

GOULDS, S.:

- *La discriminación de la mujer*. Molino, Barcelona, 1986.

HAZA DÍAZ, de la P.:

- "Transmisión mortis causa de la pensión de separación y divorcio", en *Act. Civ.*, 1988, pp. 1949- 1966.

-*La pensión de separación y divorcio*. La Ley, Madrid, 1989.

HERRERA MORENO, M.:

- "Mujeres y prisión", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 49, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1993.

-*La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1996.

- "Recientes posiciones jurisprudenciales sobre los delitos sexuales", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 52, Madrid, 1994.

- "Itinerario ideológico de la victimización de la mujer", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 60, Madrid, 1996.

HERRERO TEJEDOR, F.:

- *Honor, intimidación y propia imagen*, Madrid, 1990.

HINOJOSA, de E.:

- "La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno". *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1907.

HORLEY, S.:

- "La violencia doméstica: ¿por qué los hombres realizan actos violentos?", *Jornadas sobre violencia de género en la sociedad actual*, Valencia, 1997.

IBÁÑEZ y GARCÍA de VELASCO, J.L.:

-*La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, 1992.

INSTITUTO CANARIO DE LA MUJER:

-*Violencia contra las mujeres. Propuestas de acción positiva para erradicarla*, 1998.

IZQUIERDO BENITO; M^a J.:

- "Sistema sexo/género y valores: perspectiva materialista", en *Jornada: Género y valores*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1995.

JABARDO QUESADA, M.:

- "La mujer y sus hijos en prisión", en *Eguzkilore* nº 7, San Sebastian, 1993.

JIMÉNEZ CAMPO, J.:

- "La igualdad como límite frente al legislador", en *REDC*, núm. 9, 1983.

JIMÉNEZ CASADO, C.:

- *Malos tratos conyugales en el área de Sevilla*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1995.

JORDANO BAREA, J. B.:

- "Matrimonio y unión libre", en *Act. Civ.* núm. 6, 8 al 14 de febrero de 1999, pp. 181-198.

JORGE BARREIRO, A.:

- "El aborto en la reforma penal española", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, Madrid, 1994.

KVITKO, L. A.:

- *Peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito*, Trillas, México D.F., 1988.

LACRUZ BERDEJO, J.L.:

- *La potestad doméstica de la mujer casada*. Ed. Nauta, Barcelona, 1963.
- *El nuevo Derecho Civil de la mujer casada*. Cívitas, Madrid, 1975.
- *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, vol. 1º. Bosch, Barcelona, 3ª ed. reimpr. 1990.

LAMO DE ESPINOSA, Emilio,

- *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*. Alianza Editorial, Madrid, 1993.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo:

- *La moderna Victimología*. Tirant lo Banc, Valencia, 1998.
- *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, en *Derecho y Proceso*, Estudios Jurídicos en honor del Profesor A. Martínez Bernal, Universidad de Murcia, 1980.

LARRAURI, Elena:

- La mujer ante el Derecho penal*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2, 1992.
- Control informal: Las penas de las mujeres. Control formal: y el Derecho Penal de las mujeres*, en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., Madrid, 1994.
- Una crítica feminista al Derecho penal*, en *Mujer Derecho y Sociedad*. Fundación El Monte, Sevilla, 1996.
- Feminismo y multiculturalismo*, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

LARRAURI, Elena, y VARONA, Daniel:

- *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*, EUB, Barcelona, 1995.

LATORRE LATORRE, Virgilio:

- Lesiones al feto*, en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

y RAMÓN GOMIS, Luisa:

- Exhibicionismo y provocación sexual*, en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

LAURENZO COPELLO, Patricia:

- La discriminación en el Código penal de 1995*, en *Estudios penales y Criminológicos*, núm XIX, Santiago de Compostela, 1996.
- La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

LLEBARIA SAMPER, Sergio:

- Hacia la familia no matrimonial*. Cedecs, Barcelona, 1997.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel:

- La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía práctica y jurisprudencia*. Colex, 5ª ed. Madrid, 1997.
- Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia: guía práctica y jurisprudencia*. Colex, Madrid, 3ª ed. 1999.

LÓPEZ VIVES, Manuel:

- Los derechos de la mujer en el Código civil* (Tesis doctoral). Imp. Vicente Ferrandis, Valencia, 1914.

LORENTE ACOSTA, Miguel y LORENTE ACOSTA, José:

-*Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*. Comares, Granada, 1998.

LOZANO SERRALTA, Manuel:

- "La pérdida de la nacionalidad", en *REDI*, 1951, pp. 521-555, especialmente, pp. 548-549.

- "La nacionalidad de la mujer casada", en *Información Jurídica*, T. VI, 1953, pp. 567-593.

MACKINNON, Catherine y POSNER, Richard.:

-*Derecho y pornografía*, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1996.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa:

-*La reforma de los delitos sexuales, valoración crítica de sus criterios rectores*, en *El nuevo Código penal y la Ley del Jurado*, Universidad de Sevilla, 1998.

-*Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida*, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a Teresa:

-*Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*. Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

MARÍN LÓPEZ, Antonio:

- "La nacionalidad de la mujer casada en Derecho Español", en *REDI*, vol. XXIX, 1976, núms. 2- 3, pp. 397- 417.

MARSA VANCELLS, Plutarco:

-*La mujer en el Derecho Civil*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1970.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis:

-*La discriminación de la filiación extramatrimonial*. Montecorvo, Madrid, 1977.

-*El machismo en el Derecho. Sociología jurídica de la igualdad*. Comares, Granada, 1996.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ:

- "El derecho de visita en la reciente praxis judicial", en *Aranz. Civil*, 1994-1, pp. CXLV-CLXIX.

MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel:

- "La inconstitucionalidad de la preferencia masculina en la sucesión de los títulos nobiliarios", en *Act. Civ.*, núms. 41 y 42, 1991, pp. 545-589.
- *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada, Comares, 1997.

MARTÍNEZ SARRION, Angel:

- "La mujer casada y la disposición de sus bienes", en *RCDI*, 1966- II, pp. 985-990.

MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo:

- *Mujer, trabajo y domicilio: los orígenes de la discriminación*. Icaria, Barcelona, 1995.

MASCARELL NAVARRO, M^a José:

- *Nulidad, separación y divorcio*. Montecorvo, Madrid, 1985.

MIRABET HOMBRADOS, Miguel:

- *Vista pública. Posibles colisiones entre los derechos fundamentales de publicidad e intimidad*, en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón:

- *Comentarios a los delitos contra la libertad sexual*, en QUINTERO / MORALES / VALLE / PRATS TAMARIT / GARCÍA, *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996.

MORENO MOCHOLI, Miguel:

- "El concubinato", en *ADC*, 1951, pp. 54-72.

MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS,

- *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo:

-*Delitos relativos a la manipulación genética*, en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons, Madrid 1996.

-*El delito de estupro-incesto*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXIX, II, mayo-agosto 1976.

MOYA ESCUDERO, Mercedes:

-*Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*. Comares, Granada, 1998.

MOYNA MÉNGUEZ, José, GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio, LUZÓN CUESTA, José María, ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo:

-*Código penal con comentarios y jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco:

-*Derecho penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

NAROTZKY, Susana:

-*Mujer, mujeres, género: una aproximación crítica al estudio de las mujeres en las Ciencias Sociales*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:

- "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", en *Act. Civ.*, 1986, pp. 1329-1339.

OLAVARRÍA MUÑOZ, Emilio:

-*Violencia y malos tratos en el ámbito familiar*, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

ORTS BERENGUER, Enrique:

-*Delitos contra la libertad sexual*. Valencia, 1995.

PÉREZ MANZANO, Mercedes:

-*El impago de prestaciones económicas a favor de cónyuge y/o hijas e hijos en Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

PÉREZ MOLINA, Isabel:

-*Las mujeres ante la Ley en la Cataluña Moderna*. Universidad de Granada. Instituto de Estudios de la Mujer, Granada, 1997.

PÉREZ VERA, Elisa:

-*El derecho a no ser discriminado en razón de sexo en el Derecho Internacional en Mujer Derecho y Sociedad*. Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

POLAINO NAVARRETE, Miguel:

-*Maltrato a cónyuge o hijos menores*, en *Estudios penales*. Universidad Complutense, Sección Delegada de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988.

-*El abandono de familia en el Derecho penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.

-*Delitos contra las relaciones familiares. Delitos contra derechos y deberes familiares* en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons, Madrid, 1996.

-*Introducción a los delitos contra la honestidad*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.

-*Delitos contra la Administración Pública*, en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosa. Marcial Pons, Madrid, 1996.

PONS GONZÁLEZ, Manuel/ DEL ARCO TORRES, Miguel Angel:

-*Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (Teoría. Praxis Judicial y Formularios)*. Comares, Granada, 3ª de. 1992.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo:

-*Delitos contra las relaciones familiares. Delitos contra derechos y deberes familiares* en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, POLAINO NAVARRETE, PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons, Madrid, 1996.

PRATS CANUT, José Miguel:

-*Delitos contra las relaciones familiares*, en QUINTERO / MORALES / VALLE / PRATS TAMARIT / GARCÍA, *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares. Aranzadi, Pamplona, 1996.

PUENTE SEGURA:

-*Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997.

PULEO, Alicia H.:

-*La mujer, un ser marginado*, en *La mujer marginada, cuestión de sexo, no de género*. Cobarrubias, Madrid, 1996.

QUESADA GONZÁLEZ, M^a Corona:

-*La vivienda familiar arrendada*. Cedecs, Barcelona, 1998.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe:

-*¿A qué obliga el matrimonio?*. Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, Cáceres, 1998.

RAMS ALBESA, Joaquín:

-*Uso, habitación y vivienda familiar*. Tecnos, Madrid, 1987.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco:

-*Los conflictos de paternidad en Derecho comparado y Derecho español*. Ariel, Barcelona, 1971.

-*El derecho de visita*. Bosch, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, GÓMEZ PAVÓN, Pilar:

-*La justicia ante la libertad sexual de las mujeres*, Ministerio de Justicia. Instituto de la Mujer, Madrid, 1988.

ROMERO COLOMA, Aurelia M^a:

-*Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimonial*. Serlipost, Barcelona, 1994.

-*Las causas de separación matrimonial del apartado 4 del art. 82 del Código civil*.

alcance y valoración (alcoholismo, toxicomanía y perturbaciones psíquicas). Akal, Madrid, 1997.

-*La víctima frente al sistema jurídico penal*, Serlipost Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1994.

ROSMANINHO, Teresa:

-*La mujer como víctima de los delitos contra la libertad sexual: la victimización secundaria de la mujer en la instrucción y enjuiciamiento de los hechos*, en *Delitos contra la igualdad*, Instituto de la Mujer. Ministerio de Justicia, Madrid 1998.

RUBIO CASTRO, Ana:

-*Feminismo y ciudadanía*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1997.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe:

-*Comentarios a los arts 429 al 433 Cp*, en *Código Penal Comentado*. Akal, Madrid, 1990.

RUIZ VADILLO, Enrique:

-*Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989 desde los aspectos sustantivo y procesal conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de lo penal del Tribunal Supremo*, en *Actualidad Penal*, núms 38 y 39, Octubre 1990.

SAINZ JACKSON, Rosario:

-*Los derechos de la mujer*. Publicaciones Españolas, Madrid, 1968.

SANCHEZ GOMEZ, Amelia:

- "Comentario a la S. de 30 de mayo de 1997", en *CCJC*, sept/dic. 1997, pp. 1059-1078.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:

-*Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, vol. 2º (LACRUZ BERDEJO). Bosch, Barcelona, 3ª ed. 1989.

SANTAMARÍA, Ana, BALTI MARTÍNEZ-TOLEDANO, ESPINOSA, María:

-*La prostitución de las mujeres*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Justicia, Madrid 1988.

SCHNEIDER, Hans Joachim:

-*Violencia en familia*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 3, Madrid, 1993.

SERVICIO VASCO DE SALUD:

-*La objeción de conciencia en materia de aborto*. Vitoria 1991.

SILLERO CROVETTO, Blanca/LAURENZO COPELLO, Patricia:

-*El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1996.

SORIA VERDE, Miguel Angel:

-*La víctima: entre la Justicia y la delincuencia, aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*. PPU, Barcelona, 1993.

SUÁREZ RODRIGUEZ, Carlos:

-*El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Aranzadi, Pamplona, 1995.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia:

-*Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 16 de enero de 1991. El "caso del alfiler"), *La Ley* núm. 2964, Madrid 1992.

SUBIRATS, Marina:

-*Con diferencia: las mujeres frente al reto de la autonomía*. Icaria, Barcelona, 1998.

TAMARIT SUMALLA, José María:

-*Delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*, en QUINTERO / MORALES / VALLE / PRATS TAMARIT / GARCÍA, *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares. Aranzadi, Pamplona, 1996.

TUBAU MARTÍNEZ, Olga:

-*Abandono de familia*, en *Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena:

- "Comentario a la Sentencia de 6 de junio de 1997", en *CCJC*, sept/dic. 97, pp. 1105-1116.

VARELA PORTELA, M^a José:

- *Impago de pensiones: la desigual aplicación del art. 487 bis: estudio comparativo de la jurisprudencia en Mujer y Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VALTERRA FERNÁNDEZ, Luis:

- *Derecho Nobiliario Español*. Comares, Granada, 1995.

VENDRELL FERRER, Eudald:

- "La vivienda familiar y su protección (comentario a la S. del TC. de 31 de octubre de 1986)", en *RJC*, 1987, pp. 985-1009.

VERGARA GUERRA, Natalia, RODRÍGUEZ ALIQUÉ, M^a Ángeles, CARRETERO GONZÁLEZ, M^a José, MARTÍNEZ NOVO, Susana:

- *Otra frontera rota. Aspectos procesales de la Violencia Doméstica, Comisión para la Investigación de Malos Tratos a las Mujeres*. Entimena, Madrid, 1998.

VIRTO LARRUSCAIN, María José:

- *La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto*, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

WEEWAUTERS, Marijke, PÉREZ CARO, Carmen, BRAGA DA CRUZ, María:

- *El tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual*, en *Delitos contra la igualdad*. Instituto Andaluz de la Mujer, Madrid, 1998.

YUSTE, Pilar:

- *Violencia doméstica. Pobreza y marginación de la mujer en la familia en La mujer marginada, cuestión de sexo, no de género*. Cobarrubias, Madrid 1996.

ZABALO ESCUDERO, M^a Elena:

- *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*. Aranzadi, Pamplona, 1993.



JUNTA DE ANDALUCIA

Instituto Andaluz de la Mujer