

La mujer y su reconocimiento jurídico

Valentina DAYER GIMÉNEZ

Lic. en Derecho. Abogada en ejercicio. Cartagena (Murcia)

A mi marido, quien me vé como persona.

Dada la amplitud del tema que me ha sido encomendado, he optado por intentar realizar una breve incursión en algunas áreas de nuestro derecho, a fin de poder apreciar si se ha llegado, y en su caso cómo se ha llegado, a considerar a la mujer como una persona con plena capacidad de obrar igual que el hombre.

I. INTRODUCCIÓN

La diferencia de los seres humanos por razón del sexo, ha tenido gran influencia jurídica.

El sexo ha sido, a lo largo de un gran período de la historia del Derecho, una de las cualidades naturales de la persona sobre la que los ordenamientos han establecido profunda diferencia en el trato jurídico, concretada en una mayor capacidad de obrar del varón, hasta el punto de que han existido épocas en que la mujer era considerada como persona incapaz, incluso en algunos aspectos comparándola con los menores, a quien se sometía siempre a un poder tutivo.

No cabe duda de que las diferencias de sexo han influido en el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona individual, y aún más cuando van aliadas con el matrimonio.

Podemos señalar como hitos principales de la evolución que ha seguido la condición jurídica de la mujer (Castán Tobeñas), los siguientes:

1. Que en los primitivos sistemas sociales la mujer se encontraba sometida a la potestad del hombre, bajo condición servil o bajo tutela. Los vestigios de esta situación llegaron al antiguo Derecho romano y al antiguo Derecho germánico, que conocieron todavía la tutela de las mujeres (en el antiguo Derecho romano la mujer se hallaba siempre sometida a una potestad familiar).

2. Que el cristianismo, con sus postulados espiritualistas y dignificación del matrimonio contribuyó a levantar la posición de la mujer en la familia y en la sociedad.

3. Que en la última fase del Derecho romano cristianizado, y en el llamado Derecho Común, eran ya muy escasas las limitaciones que, dentro del Derecho Privado, afectaban a la mujer, subsistiendo, en cambio, bastante hermético el principio de su incapacidad en el Derecho Público.

4. Que en el siglo XVI, dándose cierto retroceso en el camino de la emancipación jurídica de los sexos, apareció en Francia, en el Derecho Común, el principio de la incapacidad de la mujer casada, que pasó al Código Civil de 1804, en el cual se consagraron las consecuencias del principio de potestad marital, tanto en la esfera personal como en la del patrimonio.

5. Que durante la segunda mitad del siglo pasado y lo que llevamos del actual las codificaciones y las leyes se orientan hacia el mejoramiento de la condición de la mujer, llegándose a admitir la igualdad de los sexos en la esfera del Derecho Privado, quedando algunas desigualdades en contra de la mujer casada que están siendo abolidas.

6. Asimismo en el Derecho Público fue ganando mucho terreno el reconocimiento de la aptitud de la mujer para el electorado y para el ejercicio de profesiones y empleos, consagrándose el principio de no discriminación por razón de sexo como un derecho fundamental, principio que fue recogido como tal en nuestra vigente Constitución de 1978 y que debe informar a toda nuestra legislación.

II. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

En los últimos tiempos se ha mejorado considerablemente en nuestro Derecho la posición de la mujer. En el orden del Derecho Privado, el Código suprimió las antiguas prohibiciones que se imponían a la mujer para adoptar y ser fiadora, pero antes de las reformas operadas por la Ley 14/1975 de 2 de mayo y Ley 30/1981 de 7 de julio, se apreciaban diferencias en la condición jurídica del hombre y de la mujer, que en algunas ocasiones tenían su fundamento natural en la constitución de la mujer y otras respondían a ideas o prejuicios tradicionales.

A) Disposiciones del Código, anteriores a la reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958, en las que se manifiesta una desigualdad en la condición jurídica de los sexos.

Puede hacerse la siguiente clasificación (Castan Tobeñas):

a) Disposiciones fundadas en la diferente constitución física del hombre y de la mujer, siendo de destacar: 1) las relativas a la edad para contraer matrimonio civil, doce años para la mujer y catorce para el varón (art. 83-1º); 2) la que imponía a la viuda la limitación de no poder contraer nuevo matrimonio durante los trescientos un días siguientes a la muerte del marido, o antes del alumbramiento, si hubiere quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo y en los mismos casos y términos a contar de su separación legal (art. 45-2º); 3) las que regulaban las causas de divorcio, en los números 1º, 3º y 4º del art. 105, estableciendo una diferencia en relación al adulterio. Estas disposiciones continuaron en vigor incluso después de la reforma de la Ley de 1958.

b) Disposiciones con carácter de privilegio para la mujer, siendo de citar las relativas a la dote obligatoria a favor de las hijas, salvo que contrajeran matrimonio sin obtener el consentimiento del padre o madre cuando éste fuese necesario.

c) Restricciones basadas en el recelo que inspiraba a la ley el conceder a la mujer plena capacidad en los primeros años de su mayoría de edad. Las hijas de familia, mayores de edad, no podían dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre, en cuya compañía vivían hasta cumplir los veinticinco años, excepto cuando salían para contraer matrimonio o para ingresar en Instituto Religioso, o también cuando el padre o la madre contraían ulteriores nupcias; igualmente estas restricciones continuaron existiendo después de la Ley de 1958.

d) Limitaciones de la mujer ligadas al hecho de contraer segundas nupcias; son de citar: 1) la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, salvo que este hecho hubiese sido previsto por el padre (art. 168); 2) la limitación que sufría en la facultad de nombrar tutor testamentario a sus hijos, necesitando la aprobación del Consejo de Familia.

e) Prohibiciones basadas en el antiguo principio de ser el hombre el único que podía desempeñar funciones públicas, siendo de citar: 1) la mujer no podía ser testigo en los testamentos, salvo en caso del testamento otorgado en tiempo de epidemia; 2) la mujer no podía ejercer los cargos de tutor, protutor o vocal del consejo de familia, con la excepción en el caso de tutela legítima la mujer podía ser llamada en el caso de que fuese abuela.

B) Reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958

Uno de los objetivos de dicha reforma fue la ampliación de la capacidad de la mujer. Se dio un gran paso hacia la equiparación de los sexos, estableciéndose en su Exposición de Motivos que el sexo por sí solo no podía determinar, en el campo del Derecho Civil, una diferencia de trato que se tradujese en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas. Se reconoció capacidad a la mujer para ser testigo en los testamentos así como para desempeñar cargos tutelares y se equiparó el adulterio de cualquiera de los cónyuges.

Dicha reforma afectó a los artículos 168 y 206 del C. Civil, suprimiendo los antiguos supuestos discriminatorios y regulando, sobre la base de un régimen igual para el padre y para la madre, el derecho de la mujer, ante un nuevo matrimonio, a continuar la patria potestad y nombrar tutor testamentario para los hijos. Quedando vigentes algunas excepciones al criterio de igualdad de los sexos, así la tutela legítima del pródigo se atribuía al mayor de los hijos varones (art. 227-3°).

Fuera del Código Civil, subsistía, en la sucesión de los títulos nobiliarios, la limitación que para la mujer suponía la preferencia por razón de masculinidad.

La reforma de 1958 dejó subsistentes la gran mayoría de las restricciones que a la mujer casada le venía imponiendo la legislación anterior.

Igualmente con dicha reforma también se mantuvieron disposiciones que revestían carácter de privilegio para la mujer, considerándose como beneficios especiales al sexo femenino, siendo de citar:

— La facultad de exigir de los padres la dote obligatoria (art. 1.340 y ss.).

— La facultad que se le concedía a la mujer y no al varón para excusarse de la tutela (art. 244-7°).

— El derecho a que abonasen a la viuda, del caudal de la herencia, los vestidos de luto (art. 1.379-párrafo último y 1.427).

— La preferencia que se concedía a la mujer, a la madre para tener en su poder, en caso de separación o nulidad del matrimonio, a los hijos menores de siete años (arts. 67, 70 y 73).

A pesar de dicha reforma continuaron en vigor disposiciones que concedían preferencia al varón, siendo de citar:

— Las relativas al ejercicio de la patria potestad (arts. 150 y 180).

— La concesión de la licencia para el matrimonio del hijo (art. 46).

— Las relativas a la designación de defensor o representante del ausente (art. 184 del C.C. y 2.033 de la LEC).

— Las relativas a nombramiento de tutor y vocal del Consejo de Familia (art. 211, 220, 227 y 230).

— Y para recibir el título único de la finca dividida entre coherederos (art. 1.066).

C) Reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 2 de mayo de 1975

La Ley de 22 de julio de 1972 abolió la tradicional limitación en cuanto al abandono del domicilio paterno, así la mujer mayor de veintiún años podía abandonarlo sin ninguna cortapisa.

El matrimonio constituye un auténtico estado civil y, por tanto, es diversa la condición y capacidad de obrar de la persona casada a la que no lo está. Ello es debido indudablemente a la unidad de vida que impone a los cónyuges, a la formación de una comunidad familiar con fines propios que cumplir y a la función que a cada uno corresponde dentro de la misma.

Hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, el deber de obediencia de la mujer hacia el marido y la atribución de la jefatura familiar a éste suponían una importante restricción de la capacidad de obrar de la mujer casada.

La licencia a que en términos generales estaba sometida la mujer en su actuación jurídica conllevaba un control marital en su ejercicio, así el artículo 60 establecía: «el marido es el representante de su mujer, ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de su Procurador», y el 61 contenía: «tampoco puede la mujer sin licencia o poder de su marido adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley».

La citada Ley de 2 de mayo de 1975 alteró básicamente esta materia, así el reformado art. 62-1º del C. Civil sentó el principio de que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges», lo que hizo que se suprimiera la tradicional licencia que requería el desenvolvimiento y actuación de la capacidad de obrar de la mujer casada, sin duda la más afectada por su estado civil hasta ahora, y en el art. 63 ya se contenía que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente, y en el art. 1.383 que el marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales, si no es como apoderado de su mujer; es clara la ausencia de cualquier representación legal.

Ciertamente que la reforma del C. Civil operada a la luz de aquel principio no ha suprimido la necesidad de que, en determinados casos, un cónyuge no pueda obrar sin el consentimiento del otro o vea simplemente limitada su capacidad de obrar, siendo la razón de ello, fundamentalmente, la organización económica del matrimonio y las exigencias derivadas de la comunidad familiar a que ha dado lugar el matrimonio, debiéndose destacar:

— Ninguno de los cónyuges puede adoptar sin el consentimiento del otro (art. 172).

— Ninguno de los cónyuges puede solicitar del Jefe del Estado el beneficio de la legitimidad para un hijo suyo natural reconocido, sin consentimiento del otro (art. 125).

— Ninguno de los cónyuges puede fijar unilateralmente el lugar de residencia habitual del matrimonio (art. 58).

— Ninguno de los cónyuges puede llevar una conducta respecto de la gestión de su patrimonio que merezca el calificativo de prodigalidad, pues el otro podría pedir su incapacidad (arts. 221 y 222).

— Ninguno de los cónyuges puede disponer por donación en cuantía que perjudique la legítima del otro cónyuge (arts. 654 y 655).

— Ninguno de los cónyuges pueden abandonar el hogar familiar, considerándose como causa de separación en el matrimonio, ello aparte del aspecto penal (art. 105-2°).

En cuanto a la organización económica del matrimonio existían algunas limitaciones, véase por ejemplo que el art. 59 atribuía la administración de la sociedad conyugal al marido.

No obstante se admitía una estipulación en contrario, lo que posibilitaba, bien un régimen de administración conjunta, bien que la administración recayese en la mujer.

Sin mediar aquella estipulación en contrario, la mujer casada únicamente tenía la administración de los bienes comunes en los casos enumerados en art. 1.441 del C. Civil, en los que se le transfería por ministerio de la Ley o por decisión de los Tribunales, poseyendo idénticas facultades, limitaciones y responsabilidades que un marido administrador de esos bienes (arts. 1.442 y 1.443).

Los poderes del marido respecto de los bienes comunes no le concedían libertad absoluta para su uso, debiendo encaminarse al cumplimiento de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad conyugal, es decir, el sostenimiento de la familia en general. El marido no podía disponer de los inmuebles o establecimientos mercantiles, gananciales, sin el consentimiento de su mujer o, en su defecto, autorización judicial. Quedando la mujer facultada, cuando el marido viniese efectuando actos dispositivos sobre los bienes comunes que entrañaran grave riesgo para la sociedad de gananciales, para solicitar de la autoridad judicial la adopción de medidas de aseguramiento. Al marido quedaba prohibido la disposición a título gratuito de cualquier bien ganancial o el obligarlos por el mismo título, salvo lo dispuesto en el art. 1.415.

El artículo 66 autorizaba a cualquiera de los cónyuges para realizar actos indiscriminados relativos a cosas y servicios a fin de atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma.

El artículo 65 estableció el sistema de nulidad relativa para los actos en que un cónyuge debiendo actuar legalmente con el consentimiento del otro, los llevaba a cabo prescindiendo del mismo.

La Ley de 2 de mayo de 1975, reformadora de numerosos preceptos del C. Civil en virtud de la igualdad jurídica del hombre y la mujer, también afectó al tema de la nacionalidad, conteniéndose en el art. 21-1° que el matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera de ellos con independencia del otro. Es patente que el principio tradicional de que todos los componentes de la familia tuviesen la misma nacionalidad, es alterado totalmente. Una manifestación de ello es que el cónyuge español (hombre o mujer) sólo perderá su nacionalidad por razón de matrimonio con persona extranjera si adquiere voluntariamente la de ésta.

D) Régimen actual en virtud de las reformas operadas en el C. Civil

La ley de 2 de mayo de 1975, no obstante la importancia de los pasos dados, no consiguió la plena igualdad jurídica entre hombre y mujer. Con posterioridad, dos hitos muy notables han concluido la evolución que llega hasta nuestros días. El primero de ellos es el artículo 32-1º de la Constitución, de acuerdo con el cual «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». El segundo está formado por la Leyes de Reforma 11/1981 de 13 de mayo, 30/1981 de 7 de julio.

En el Derecho vigente la igualdad jurídica de los cónyuges es una exigencia constitucional, así cualquier organización jurídica del matrimonio debe respetar ese principio y son inconstitucionales las leyes que se opongan a ello, siendo la igualdad un límite del poder legislativo. Pero la igualdad también es un derecho de los interesados en cada situación concreta, una pauta de comportamiento y un límite puesto a los actos de la autonomía privada.

La igualdad jurídica, que es una aplicación concreta de la disposición más amplia, contenida en el art. 14 de la Constitución, determina ante todo una interdicción de las discriminaciones, supone igualdad de derechos tanto en las relaciones interconyugales como en las relaciones con los hijos; así el art. 66 del C. Civil, tras la Reforma de 1981, consagra esta regla al contener: «el marido y la mujer son iguales en derechos y obligaciones».

Entre las consecuencias de dicho principio de igualdad son de destacar:

— Con la Reforma de 1981 se suprime por innecesaria la regla de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges. En ocasiones podrá imponerse la necesidad de una actuación conjunta de los cónyuges, pero ello nunca en razón de limitarles la capacidad, sino en atención a la legitimación para el acto concreto dada la titularidad de los bienes que pueden estar en juego.

— La regla de que el matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación por cualquiera de ellos con independencia del otro.

— Inexistencia de representación legal; así el art. 71 establece: «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida».

— El domicilio conyugal lo fijarán los cónyuges de común acuerdo (art. 70). Este acuerdo puede ser expreso o tácito, si falta el acuerdo de los cónyuges hay que acudir al juez para que resuelva. Ningún cónyuge puede imponer a su consorte un cambio abusivo de domicilio.

— Ya en la reforma de 2 de mayo de 1975 desapareció la regla de la inmodificabilidad del régimen económico conyugal y se abrió el cauce a los contratos entre cónyuges. En la Reforma de 1981, dicha idea se consagró, conteniéndose en el art. 1.323 que «el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

Otras manifestaciones de ese principio de igualdad, que tiende a la equiparación de los sexos, es la supresión de las incapacidades especiales que por razón de sexo alcanzaban a la mujer, soltera o viuda, siendo de mención:

— En el sistema vigente, la patria potestad es ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro.

— Se establece la misma edad para contraer matrimonio tanto al varón como a la mujer (art. 46-1º).

— Se mantienen determinadas medidas para el caso de que la viuda haya quedado encinta (art. 959).

— Se regulan las causas de separación sin criterios discriminatorios por razón de sexo (art. 82), eliminándose la referencia al adulterio.

— La mujer puede ser nombrada tutor, vocal del Consejo de Familia (art. 241).

También se suprimen ciertas disposiciones que revestían carácter de privilegio para la mujer, tales como la facultad de exigir a los padres la dote, y excusarse de la tutela, y el derecho de que se abonen a la viuda, del caudal de la herencia, los vestidos de luto (art. 1.379).

En defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponden conjuntamente a los cónyuges.

E) Breve referencia a la organización patrimonial del matrimonio

El matrimonio requiere, para el cumplimiento de sus fines, un soporte económico, unos medios, una estructura y una organización. Al conjunto de normas que regulan la economía de la pareja se le denomina usualmente en forma abreviada régimen económico conyugal.

El Código Civil fue objeto de una importante reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981, que derogó el antiguo sistema de la dote e introdujo el régimen de cuentas en participación.

La Ley de 2 de mayo de 1975 introdujo la regla de la variabilidad del régimen económico conyugal, permitiendo que los cónyuges puedan pactar en cualquier momento un régimen económico distinto, con tal de que no queden perjudicados los derechos de los terceros, así el art. 1.315 establece: «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales»

1. Régimen matrimonial primario. Con dicho nombre algunos autores se refieren a las disposiciones generales que se contienen en el Código Civil sobre los regímenes económicos conyugales, que son de aplicación a todo matrimonio, cualquiera que sea el sistema legal o convencional por el que rija su economía. Son de destacar:

— Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.318), entendiéndose por cargas del matrimonio los gastos que comportan el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y la de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia (art. 1.362). Dichas responsabilidades se repartirán de forma proporcional, de forma que aporte más el que más tenga.

— Asimismo dichos bienes están sujetos, cuando un cónyuge carezca de bienes propios, a sufragar las *litis expensas*, gastos necesarios causados en litigios que un cónyuge sostenga contra el otro sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia (1.318-3º).

— En principio los gastos familiares deben decidirse de común acuerdo entre los cónyuges, pero el Código permite a cualquiera realizar los actos encaminados a atender las necesidades de todos los días —necesidades ordinarias—; es lo que se llama la potestad doméstica (art. 1.319). De las deudas contraídas en el ejercicio de tal potestad, responden solidariamente los bienes comunes y los propios del cónyuge que las contraiga, y si no fueran bastantes éstos, responderán los bienes del otro cónyuge.

— Para disponer del derecho sobre la vivienda conyugal, es decir, para cederla, alquilarla, venderla es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, ello incluso en el caso de que la

vivienda sea propiedad de uno de los esposos (art. 1.320), lo expuesto es también aplicable a los muebles de uso ordinario. En caso de discrepancia puede acudirse al juez.

— Se establece la nulidad de los actos de administración o disposición de uno de los cónyuges efectuados sin el consentimiento del otro, cuando dicho consentimiento fuere necesario.

— Para probar que un determinado bien es de uno de los cónyuges basta la confesión del otro, pero ello no será suficiente para perjudicar los derechos de los herederos forzosos del confesante ni los de los acreedores de uno o de los dos esposos.

2. Dentro de los sistemas del régimen económico matrimonial son de mencionar: sociedad legal de gananciales, que se aplica cuando se contrae matrimonio sin estipular régimen alguno, a excepción de los derechos forales; separación de bienes y cuentas en participación. El iter de este trabajo nos impide entrar a analizar cada uno de dichos regímenes económicos.

En España el Código Civil no es el único cuerpo legislativo vigente, sino que, en determinadas regiones, se aplica el Derecho Foral o especial. En estas regiones, el Código Civil tiene carácter supletorio, es decir se aplica sólo cuando las leyes especiales de estos territorios no regulan una institución jurídica concreta. En el Derecho Foral el régimen económico matrimonial tiene un tratamiento diferente al del Derecho Civil común.

Es aplicable en general a cualquier Derecho Foral o Especial el llamado Régimen Primario del Matrimonio, regulado en el Código Civil.

La existencia de regímenes especiales no impide a los vecinos de estos territorios someterse a las disposiciones del Derecho Civil común, si así lo hacen constar en capitulaciones matrimoniales.

Además, todas las compilaciones forales reconocen a los esposos la libertad para pactar su propio régimen matrimonial; si no lo pactan, rige el supletorio que cada compilación establezca: Separación de Bienes en Cataluña y Baleares; Sociedad Legal en Aragón; Comunicación Foral en Vizcaya; y Sociedad de Conquistas en Navarra. Estas tres últimas son asimilables en lo fundamental, a la sociedad legal de gananciales, con ciertas variantes.

III. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CANÓNICO

Se sigue conservando alguna discriminación por razón de sexo, así en el can. 1.083-1º se dispone: «no pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos». No obstante en el can. 1.135 se afirma que ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal, lo que viene a ratificar el principio de que el matrimonio no restringe la capacidad de los cónyuges.

En el Derecho Canónico al referirse al adulterio lo hace sin discriminación por razón de sexo.

IV. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO MERCANTIL

A) Ideas previas. En nuestro Código de Comercio y para el ejercicio del comercio, la mujer no soportaba incapacidad ni restricción por razón de sexo, dado que las solteras o viudas mayores de edad podían ejercer libremente el comercio por sí mismas, pero la mujer casada, al

estar sometida a su marido, cuya licencia o autorización necesitaba para múltiples relaciones, no podía ejercer el comercio sin la autorización marital (arts. 6 a 11) o en su defecto sin la autorización del juez.

Dicha situación procedía de Roma, se conservó en Derecho castellano histórico, y pasó al Código de Comercio y naturalmente al Código Civil, que se mostraba al respecto aún mas retrógrado que su homónimo mercantil (Broseta Pont).

Esta desigual situación de la mujer casada empezó a resquebrajarse, en favor de una más clara igualdad de derechos entre los cónyuges, con la promulgación de la Ley de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer de 22 de julio de 1961; no obstante ello, la mujer casada necesitaba la autorización del marido, por el contrario el varón casado no necesitaba autorización de la esposa para iniciar el ejercicio del comercio.

B) Influencias. La fuerza de los movimientos feministas, los cambios sociales, la presión de nuevas concepciones, los cambios en otros países, indujeron al legislador español a eliminar la autorización marital, estableciendo la plena capacidad de la mujer casada, e incluso estableciendo un limitado principio de igualdad entre los cónyuges ante el ejercicio del comercio; así se promulgó la Ley de 2 de mayo de 1975, que aunque incompleta e insuficiente supuso un gran avance.

C) La Ley de 2 de mayo de 1975. Dicha Ley modificó los artículos 6 a 11 del Código de Comercio. De la nueva redacción dada al art. 62 del Código Civil y al art. 4 del Código de Comercio surgieron una serie de efectos jurídicos en cuanto al ejercicio del comercio por la mujer casada, entre los que destacan:

— El marido y la mujer son iguales y libres ante la Ley para adoptar la decisión de iniciar el ejercicio del comercio y para proseguir su actividad, sin necesitar la autorización del otro.

— Desaparece la autorización marital necesaria hasta ese momento para la mujer casada.

— Ni el marido ni la mujer pueden impedir a posteriori, mediante prohibición ni revocación, que el otro cónyuge continúe ejerciendo el comercio.

— Para determinar los efectos patrimoniales que el ejercicio del comercio puede generar sobre los bienes del matrimonio o sobre los del otro cónyuge no comerciante, se consagra el principio de libertad de pactos entre marido y mujer.

— El consentimiento del cónyuge del comerciante no es necesario para que éste comercie, pero, sin embargo, determina el conjunto de los bienes que quedan afectos a las responsabilidades frente a terceros del ejercicio del comercio.

D) Régimen de responsabilidad patrimonial y el consentimiento de los cónyuges. La regla general es que del comercio de un cónyuge sólo responden todos sus bienes privados y los que haya adquirido de esa actividad (sean privativos o gananciales, art. 6 del C.c.).

Si el otro cónyuge presta su consentimiento la responsabilidad del comercio puede extenderse sobre los siguientes bienes: a) sobre los demás bienes comunes del matrimonio; b) sobre los bienes privativos del cónyuge del comerciante; c) sobre cualquiera otros bienes previstos en capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro mercantil (art. 12 C.c.). El consentimiento puede ser presunto, extiende la responsabilidad a los demás bienes comunes (art. 7), y expreso o formal, para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante (art. 9). El consentimiento puede revocarse, debiendo constar en escritura pública y ser inscrita en el Registro Mercantil.

V. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Se puede afirmar que bajo la neutralidad con la que se formulan los conceptos jurídicos en Derecho Penal, late una interpretación masculina (Elena Larrauri, *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*). En las normas del Derecho Penal las mujeres han ocupado una posición subordinada por razón de sexo, habiendo existido figuras delictivas donde se apreciaba la discriminación por razón de sexo.

Las estadísticas muestran que la mujer presenta menor actividad delictiva en proporción con el varón, siendo ello debido, entre otras causas, a: el control social es más intenso en el caso de la mujer; la responsabilidad de la mujer por el cuidado de la casa, del marido, de los hijos, dificultan sus movimientos, su capacidad de actuación y por ende sus oportunidades para realizar actividades delictivas; el control doméstico, manifestado sobre todo en las horas de entrada y salida de las jóvenes; la privación en muchas mujeres de independencia económica también limita en parte sus movimientos, sus salidas; el control público, ya que la mujer tiene normalmente más dificultades en acceder al ámbito público; la reputación restringe el acceso de la mujer a determinados sitios, definiéndolos como buenos o malos, controlando dicha reputación los hombres, y la reputación se determina fundamentalmente según el comportamiento sexual de la mujeres, así Sue Lees mantiene que el poder de definir reputaciones es una forma de controlar los comportamientos.

Que la reputación produce efectos reales se apreciaba en el antiguo Código Penal, del que se desprendía que para ser víctima apropiada de una violación había que llevar una vida licenciosa, para ser autora del delito de infanticidio debía de tenerse honor, para tener derecho de custodia de los hijos debía tenerse buena reputación etc., hablar de la reputación de una mujer supone invocar su comportamiento sexual (Elena Larrauri).

Como ya se ha dicho, el ordenamiento jurídico a lo largo de la historia ha contribuido a reforzar la idea de que el marido era el cuidador, el responsable, el representante de su mujer, así en Derecho Penal hasta 1963 existió la figura del uxoricidio, esta regulación «permitía» al marido que sorprendiese a su mujer en relaciones adúlteras matar a ambos (Elena Larrauri); se dice permitía porque al ser la pena de destierro drásticamente inferior a la que correspondía a un caso de homicidio o parricidio, parece evidente que dicho artículo no suponía ninguna inhibición a eliminar a dos seres humanos (Gimbernat 1971: 79), se trata como decía Quintano (1955) de una cesión punitiva del Estado en manos del marido.

El uxoricidio fue eliminado pero la idea de que el marido tenía derecho de corregir a su mujer persistió a través de otros medios, tales como el acudir al art. 8.11 del antiguo Código Penal que permitía eximir de pena a quien realizara algún tipo penal en el ejercicio de un derecho, entendiéndose hasta el año 1975 y en base al Código Civil, que la mujer debía obedecer al marido, lo que se traducía en que ésta podía ser corregida por el marido; en el fondo subyacía la vieja idea de equiparar a la mujer y al niño, así el Derecho Penal no era divisado para castigar la violencia sobre la mujer sino para limitarla.

Lo expuesto nos lleva a la afirmación de que en la casa la representación del Estado la ejercía el marido, lo que unido a la tradicional inhibición de la policía para entrar en temas familiares, nos lleva igualmente a afirmar que la violencia privada no era considerada tan grave como la pública.

El Derecho Penal tampoco se liberó de esa marcada tradición de no considerar a la mujer con iguales derechos que el hombre.

Tradicionalmente desde el punto de vista del trato dado a la mujer se le han hecho diversos reproches, entre otros:

- deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima.
- la insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer.
- y la irregular aplicación por los Tribunales de determinados delitos contra la mujer.

Dichas críticas se han intentado paliar con diversas reformas del Código Penal, entre otras por el Decreto 3096/1973, por la L.O. 3/1989 de 21 de junio, y por el vigente Código Penal aprobado por la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, que entró en vigor en mayo de 1996, lográndose ciertos cambios, entre otros:

A) Delitos contra la libertad sexual. Hasta el año 1989 dichos delitos se encuadraban bajo el epígrafe de Delitos contra la honestidad (Título IX), lo que reflejaba la influencia de la reputación —moralidad sexual— de la mujer. Así algunos autores los entendieron como delitos contra las buenas costumbres. Dentro de dicho Título se comprendían, entre otros, capítulos destinados a la violación y los abusos deshonestos, delitos de escándalo público, estupro y corrupción de menores, rapto, etc.

El denominador común de los delitos contra la moral sexual era la referencia concreta a la moral sexual social, entendiéndose por ésta aquella parte del orden moral social que encauzaba dentro de unos límites el instinto sexual de las personas. El contenido moral sexual ha estado históricamente condicionado, en la Edad Media, por influencia del Derecho Canónico; es clásica la confusión entre delito y pecado y la consideración delictiva de conductas homosexuales, bestialidad y relaciones heterosexuales fuera del matrimonio en general. La progresiva secularización de esta materia ha llevado a una restricción en la persecución penal de estas conductas y a una liberalización de las manifestaciones del instinto sexual más acordes con los tiempos actuales.

Por la reforma de la L.O. 3/1989 de 21 de junio, se encuadran como Delitos contra la libertad sexual, entre otros, los delitos de violación, de agresiones sexuales, rapto, delitos relativos a la prostitución, etc.

Asimismo en el vigente Código Penal se consideran Delitos contra la libertad sexual: de las agresiones sexuales, de los abusos sexuales, del acoso sexual, de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, delitos relativos a la prostitución, etc.

En dichos delitos el bien jurídico protegido pasa de ser la honestidad, la honra y las buenas costumbres a ser la libertad sexual del ser humano, aunque en la doctrina existen matizaciones.

Los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto son delitos tradicionalmente privados y sólo previa denuncia del ofendido, cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador y M. Fiscal, podían ser perseguidos y el perdón de los legitimados para la persecución penal extinguía la responsabilidad criminal.

Ello fue objeto de críticas de sectores feministas que mantenían que eso suponía que un delito contra la mujer no era, a diferencia del resto de los delitos públicos, un delito contra la sociedad o carecía de la suficiente gravedad para interesar al Estado y que fuese perseguible de oficio. Con la reforma de la L.O. 3/1989 se estableció que en dichos delitos el perdón del ofendido o de su representante o su guardador de hecho, no extinguía la acción penal ni la responsabilidad de esa clase, ello motivado por la llamada venta de perdones e intimidaciones

que en la práctica se daban, y además en dicha Ley se limitó las personas que podían denunciar por dichos delitos: agraviada, ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o por el M. Fiscal cuando se tratara de menores o incapaces.

En el vigente C. Penal, en su art. 191, igualmente se contiene que para proceder por los delitos de agresiones sexuales, acoso o abusos sexuales será precisa denuncia de la persona agraviada, su representante legal o querrela del M. Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor bastará la denuncia del M. Fiscal. El perdón del ofendido o su representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase.

Se aprecia que dichos delitos continúan con una naturaleza semiprivada. Introduciendo el vigente Código Penal un principio de oportunidad, una decisión dudosamente compatible con el principio de legalidad que ha de seguir su actuación conforme al art. 124 de la C.E., pues dicho precepto permite que el M. Fiscal no interponga la querrela siempre que tenga conocimiento de la comisión de algunos de estos delitos, sino sólo cuando lo estime oportuno tras ponderar los legítimos intereses en presencia.

De la evolución de la tipificación de los diferentes delitos se puede apreciar cómo se ha ido equiparando el concepto mujer y persona, mujer y hombre, cómo se ha dejado en parte de lado el lenguaje sexista del Derecho por un lenguaje más neutro.

Delito de Violación. Este delito como acto de barbarie, considerado como un atentado contra la honra de la mujer y contra la libertad de la misma, en todos los tiempos y en todas las legislaciones se ha castigado con particular severidad. En el Derecho romano se castigaba por la «Lex Julia de vi publica», con la pena de muerte. El Derecho Canónico también dedicó gran atención al *stuprum violentum*, y nuestras antiguas leyes penales penaron con gran rigor este delito.

El Fuero Juzgo ya castigaba al hombre que *ficiere por fuerza y fornicio o adulterio contra la muller libre*, y las Partidas y el Fuero Real aplicaban también la pena capital. A partir de nuestro Código Penal de 1822 se inicia el abandono de esta severidad, castigándose con penas privativas de libertad, y desde el Código de 1848 se disciplinó la violación de manera parecida, ello hasta la L.O. 3/1989 y el vigente Código Penal.

Hasta la reforma del año 1989 (art. 429) se entendía por violación el acceso carnal con una mujer contra o sin su voluntad. Se verificaba contra la voluntad cuando se usaba fuerza o intimidación, y sin la voluntad, cuando aquella estaba privada de razón o de sentido por cualquier causa; entendiéndose, además, que estaba ausente la voluntad de la mujer cuando ésta era menor de doce años. Dicho delito se castigaba con la pena de reclusión menor.

Es evidente que el sujeto pasivo tenía que ser una mujer, planteándose dos cuestiones: 1) ¿Se podría violar a la mujer propia? Atendiendo a la letra de la Ley se podía responder de forma afirmativa, pero un gran sector de la doctrina lo negaba. 2) ¿Se podría violar a una prostituta? Es evidente que sí, se considera como un delito contra la libertad sexual y la respuesta sería negativa si se considerase que el bien jurídico protegido era la honestidad. En las Partidas en este caso se imponía una pena atenuada.

Con la L.O. 3/1989 se tipifica el delito de violación como el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos que se especifican en dicho artículo, estableciéndose la pena de reclusión menor. Con dicha regulación la mujer pasa de ser únicamente sujeto pasivo a poder ser sujeto activo. Es necesaria la penetración de un

órgano masculino ya que la introducción de objetos diferentes daría lugar al delito de agresiones sexuales del art. 430.

En el vigente Código Penal, en su art. 178, se viene a establecer que el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de 1 a 4 años.

Se penaliza cualquier tipo de acción cuya finalidad sea invadir la libre disposición de favores sexuales de otra persona. En los sujetos activos y pasivos de este delito no tiene acepción alguna el sexo, basta que sea un ser humano. En su art. 179 se establece un tipo cualificado de agresión sexual, cuando consista en un acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de 6 años a 12 años.

Es de apreciar cómo ha desaparecido la alusión a la vía vaginal, lo que no debe interpretarse como despenalizada en este tipo, ya que puede integrarse en la expresión acceso carnal como lo hacia la jurisprudencia hasta la reforma del año 1989. Se admite sin reservas la existencia de la violación de la propia esposa, ya que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido; igualmente se admite la violación de una prostituta (STS de 29.3.94), ello dimana también de la óptica de la igualdad entre el hombre y mujer, la no discriminación por razones profesionales de la actividad social desempeñada y el valor constitucional de la dignidad humana (art. 10-1º C.E.).

Del Delito de Estupro. En el derogado Código Penal (art. 434 y ss.) se regulaba dicho delito, en el que inicialmente el sujeto pasivo era únicamente la mujer, mayor de doce años y menor de veintitrés y de acreditada honestidad, lo que no se consideraba cuando la mujer tenía relaciones sexuales con otros hombres distintos del sujeto activo en corto espacio de tiempo (STS 24.6.74), debiendo interpretarse el término honestidad como moralidad sexual socialmente admisible y debía de referirse al momento del yacimiento concreto, no siendo necesario que la mujer fuese doncella o virgen. La Ley 46/1978 de 7 de octubre, sustituyó el termino mujer por el de persona y rebajó la edad de la víctima, estableciéndose que la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de delito de estupro, con la pena de prisión menor, con agravación de la pena en caso de que el delito se cometiere por ascendiente o hermano de la víctima; cometiendo igualmente delito de estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis. En el vigente Código Penal el equivalente al delito de estupro viene regulado en los arts. 181 a 183, inclusive.

Delito de Acoso Sexual. En el vigente Código Penal, en su art. 184, se tipifica dicho delito, sin precedentes en Código Penal derogado, conteniéndose: «el que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que puede tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses». Este tipo no supone la obtención del favor sexual sino simplemente la solicitud de éste.

Delito de Rapto. Otra manifestación más del principio de no discriminación, es la derogación como tal del antiguo delito de rapto. Hasta la reforma de la Ley 46/1978 de 7 de octubre (arts. 440 y 441) el sujeto pasivo del delito de rapto era la mujer, siendo requisito necesario que

se efectuara con «miras deshonestas», y fue a partir de dicha reforma cuando el sujeto pasivo pasó a ser cualquier persona, conteniéndose en dicha reforma que el rapto de una persona, ejecutado contra su voluntad y con la finalidad de atentar contra su libertad sexual, será castigado con la pena de prisión menor. Si la persona raptada tuviese menos de doce años se impondrá la misma pena, aunque el rapto fuese con su anuencia.

En el vigente Código Penal no se especifica el citado delito individualmente, que se podría interpretar como integrado en las detenciones ilegales o secuestros.

Delitos relativos a la prostitución. La prostitución en sí misma no es delito. Nuestra legislación desde el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 es abolicionista. En dicho D. Ley se declaraba «tráfico ilícito» la prostitución y se prohibían y clausuraban en todo el territorio nacional las amancebías y casas de tolerancia, pero desde el punto de vista jurídico penal no se elevaba a categoría de delito la prostitución en sí misma. De todos modos la ilicitud declarada en el mencionado D. Ley dio lugar a la adopción de medidas de seguridad de hasta tres años de privación de libertad, con todo lo que conllevaba de arbitrariedad o inseguridad con las personas prostituidas.

Los Delitos relativos a la prostitución se regulaban en los artículos 452 bis a) y b) del antiguo Código Penal, reformado por la L.O. 3/1989, y en el art. 187 y siguientes del vigente Código.

Se pretende proteger a la persona prostituida de cualquier genero de explotación o aprovechamiento por terceros del producto de su tráfico sexual venal (STS 21.6.93).

Se ha de destacar la hipocresía social de no criminalizar y defender al propio tiempo la no legalización lo que produce que la mujer deba enfrentarse con la falta de protección de la Ley y convivir con la estigmatización.

B) Delitos contra la familia. En el vigente Código Penal se les encuadra como delitos contra las relaciones familiares.

Delito de adulterio. Otra manifestación de la equiparación entre el hombre y la mujer fue la derogación del antiguo delito de adulterio. Dentro del Capítulo VI del Título IX del derogado Código Penal, hasta la reforma por la Ley 22/1978 de 26 de mayo, existió dicho delito, tipificado en dos modalidades distintas con diferencias esenciales: el adulterio de la mujer y el amancebamiento del hombre.

Adulterio. Se consideraba como un delito contra los deberes de la familia, una infracción del deber de fidelidad en lo sexual de la mujer casada con respecto al marido, y desde el punto de vista del marido era un atentado contra su derecho a la exclusividad en el ámbito sexual que se veía lesionado por la intervención de un tercero ajeno a la relación matrimonial (Groizard) y en tal sentido la STS de 18.3.77, conteniéndose en el antiguo art. 449: comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Amancebamiento. Según el antiguo art. 452, comete dicho delito el marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella. Se contemplaba la infidelidad del marido distinta a la de la mujer, no se castigaba la simple infidelidad del marido, lo que suponía una discriminación por razón de sexo que no estaba justificada ni jurídica ni socialmente; así en la STS de 20 de febrero de 1979, se declaró que «el amancebamiento protege el derecho de exclusividad que corresponde a la mujer en relación al esposo en virtud del art. 56 del C. Civil, pero no de forma absoluta sino en unas situaciones extremas y concretas...».

Eran delitos perseguibles a instancia de parte y se admitía el perdón del ofendido.

Delito de abandono de familia. En el antiguo Código Penal estaba regulado en el art. 570, y en el vigente Código se haya contemplado en el art. 226. En dicho delito puede llegar a imponerse la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del Derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

La actual regulación da mayor amplitud a la protección penal de la familia. Se engloban todos los deberes. Los sujetos activos pueden ser tanto la madre como el padre, y los sujetos pasivos son los hijos, descendiente y pupilos.

Es un delito semi-público, perseguible mediante denuncia de la persona agraviada, o en su caso del M. Fiscal cuando el agraviado es un menor, incapaz o desvalido. Se omite la posibilidad de que el perdón del ofendido extinga la responsabilidad penal.

Delito de impago de pensiones. Constituye una respuesta a las pretensiones de la mujer. En el antiguo C. Penal se regulaba en el art. 487 bis, en el vigente en el art. 227.

Se pretende proteger a los miembros más débiles de la unidad familiar, no es exigible una voluntad definitiva de no pagar, basta el retraso injustificado o malicioso. Con la nueva legislación se reduce a dos meses consecutivos o cuatro alternos la demora en el pago. Su persecución está condicionada por la denuncia de la persona agraviada.

Igualmente otro avance a las exigencias de la mujer es el Delito de violencia doméstica. Este delito fue introducido en el antiguo Código Penal por la L.O. 3/1989 de 21 de junio, concretamente en el art. 425. En el vigente Código se regula en el art. 153, en él se castiga no solamente al que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable, sino también sobre los hijos, propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro. Se ha de destacar que sigue perviviendo el reduccionismo a la violencia física excluyendo la psíquica.

VI. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO LABORAL

Desde comienzos de la Revolución Industrial, las distintas legislaciones sociales se fijaron en la mujer como uno de los grupos de trabajadores necesitados de una regulación específica. En un principio, estas leyes tendían a suavizar el rigor de las duras condiciones del trabajo en fábricas, se establecían una serie de tareas vedadas a las mujeres, y a normalizar las horas del trabajo permitido. Con el paso del tiempo, las normas que se refieren al trabajo femenino han evolucionado, pasando a ser de normas destinadas a individuos que, por su naturaleza más débil, necesitaban una protección supletoria y que entrañaban, en realidad, una disminución, a las leyes que regulan simplemente aspectos biológicos para los que la mujer está dotada, como son la maternidad o la lactancia. La razón de estas disposiciones hay que buscarla no en el sexo o en la condición femenina, sino en la condición física de la madre, con lo que se abandonan las tesis paternalistas en favor de la igualdad entre sexos.

Esta tendencia se recoge ya en la Constitución de 1978; en su art. 14 establece el principio general de no discriminación por razón de sexo; en su art. 9-2º encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo sea real y efectiva; y en su art. 35 reconoce el Derecho al trabajo, a su libre elección y a su remuneración, sin que en

ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. En dicho marco jurídico se encuadró el Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980.

Ni el trabajo de la mujer ni el de los menores han dado lugar a auténticos contratos especiales del trabajo, si bien son objeto de un régimen jurídico peculiar, marcado por un sentido protector. Las normas específicas reguladoras del trabajo vienen teniendo, tradicionalmente, una doble finalidad: de un lado, la igualación progresiva del estatuto laboral de la mujer y el varón; y de otro, la protección psico-física exigida por la naturaleza de la mujer.

Las primeras normas del Derecho del trabajo se destinaron precisamente a regular las condiciones laborales de la mujer y los menores —Ley de 24.7.73, Ley 26.7.78, Reglamento de Policía Minera, etc.

Las medidas legales en favor de la mujer y del menor no deben considerarse como privilegios contrarios al principio de no discriminación, por el contrario se trata de medidas especiales de protección y asistencia que el Convenio de la O.I.T nº 111 distingue nítidamente de las discriminatorias.

El principio general que inspira el actual estatuto jurídico laboral de la mujer es la superación de las restricciones y disminuciones basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado y que no se compaginan con la formación y capacidad de la mujer española. Principio que fue reiterado por el Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, reforzado por la Ley 20/1975 de 2 de mayo y el art. 10.1 de la L.R.L.

El principio de igualdad de derechos del varón y la mujer ha obtenido su consagración en el art. 14 de la Constitución: «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo».

El Estatuto de los Trabajadores no hace sino proseguir esa línea de igualación entre trabajadores de uno y otro sexo, prohibiendo, entre otras, la discriminación por razones de sexo (art. 4.2 c; art. 17), específicamente el art. 38 de dicho Estatuto se dedica a la igualdad de remuneración por razón de sexo, desarrollando el principio contenido en el art. 35-1º de la Constitución.

Esa tendencia a la igualdad es la que llevó al Estatuto a no acoger el derecho, reconocido en la legislación anterior, de la trabajadora a extinguir su contrato de trabajo por razón de matrimonio y con devengo de una compensación.

Igualmente derechos que en otros tiempos se atribuyeron en exclusividad a la mujer —solicitar la excedencia para atender a un hijo, derecho preferente al traslado de la localidad por el desplazamiento del consorte— se reconocen hoy en plano de igualdad a mujeres y hombres (arts. 46.3, 40.4 del Estatuto de los Trabajadores).

Sin embargo, determinados derechos laborales específicos de la mujer se mantienen, no como privilegios sino como medidas especiales de protección, según se ha manifestado, autorizadas por el Convenio de la OIT nº 111, tales como:

— Derechos de la maternidad: Se conceden tanto en la empresa privada como en la Administración. Comprenden:

a) Derecho a un descanso o licencia por parto (art. 48.4 E.T.): Descanso durante dieciséis semanas, por parto, que se amplía a dieciocho si el parto es múltiple; la madre puede distribuir este período como mejor le parezca, pero siempre con la obligación de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Puede hacer uso de ello el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre.

Cuando trabajen el padre y la madre, esta última puede decidir, al comienzo del período, que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de licencia, pero en todo caso respetando que éstas sean ininterrumpidas y al final del período. Esta posibilidad no puede, sin embargo, utilizarse si volver al trabajo implica un riesgo para la salud de la madre.

b) Permiso diario por lactancia (art. 37.4 E.T.): Durante los primeros nueve meses posteriores al parto, la madre tiene derecho a ausentarse del trabajo durante una hora por lactancia de su hijo. Este permiso se puede dividir en dos fracciones, o si lo prefiere sustituirlo por una reducción de media hora en la jornada laboral diaria. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

c) Excedencia para el cuidado de los hijos (art. 46.3 E.T.): Cuando nazca el hijo, la madre o el padre tiene derecho a un período de excedencia, nunca superior a 3 años, que comienza a partir de la fecha del nacimiento. Si en este tiempo naciera otro hijo, se iniciará otro período de excedencia, que pone fin al que se estuviera disfrutando.

El padre o la madre que disfrute de una excedencia, tiene derecho a que la empresa les reserve su puesto de trabajo durante el primer año, a contar desde que se inicie el período. Transcurrido dicho plazo la reserva quedará referida a su puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Si la persona que estuviere disfrutando de la excedencia desempeña su actividad en la empresa privada, tiene derecho a que ese año de reserva se le compute a efectos de antigüedad; si trabaja en la Administración, se le computará a efectos de trienios, de consolidación de grado y derechos pasivos. Durante ese primer año no se interrumpe la cotización a la Seguridad Social.

— Derechos por la circunstancia de ser madre: La mujer trabajadora tiene además otros derechos que le acompañan durante toda su vida laboral, como consecuencia de ser madre.

Estos derechos pueden compartirse con el padre, y se reconocen por igual a quienes trabajan en la empresa privada o en la Administración. Son los siguientes:

a) Permiso para el cuidado de los hijos (art. 38.5): Si una mujer tiene a su cargo algún menor de seis años o un minusvalido físico o psíquico mayor de edad, que no desempeñe otra actividad retribuida, puede reducir su jornada de trabajo. Esta reducción puede oscilar entre un mínimo de un tercio y un máximo de la mitad de su duración, y lleva aparejada su disminución proporcional de las retribuciones.

b) Ausencia del trabajo por enfermedad de un hijo (art. 37.3): Si un hijo cae enfermo, la madre tiene derecho a dos días de ausencia del trabajo, previo aviso y justificación, debiéndose presentar un certificado médico, donde conste que la enfermedad es grave. Si no se cumplen estos dos requisitos, la inasistencia puede considerarse falta sin justificar, y podrá dar lugar a sanciones oportunas.

En caso de que la enfermedad no sea grave, sólo se puede dejar de asistir al trabajo con autorización de la empresa o superior correspondiente; durante esos días se tiene derecho a remuneración.

c) Vacaciones: La mujer sólo tendrá preferencia sobre sus compañeros a la hora de elegir la fecha de sus vacaciones si sus hijos están en edad escolar, con el fin de poderlas disfrutar durante el período de vacaciones escolares. El padre podrá escoger también sus vacaciones dentro de ese período.

En caso de que no coincidan los períodos de vacaciones de ambos, sólo tienen preferencia sobre sus compañeros si tienen hijos comunes en edad escolar (art. 38 E.T.).

El contrato de trabajo podrá suspenderse por maternidad de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento de menores de cinco años; la suspensión exhonera de la obligación de trabajar y remunerar el trabajo (art. 48-d E.T.).

— Derechos por constitución legal de adopción: La filiación adoptiva esta jurídicamente equiparada a la biológica. Estos derechos, al igual que los anteriores, pueden disfrutarse de forma indistinta por el padre o la madre, y serán válidos para los trabajadores de la empresa privada como para la Administración. Entre ellos podemos citar:

Licencia o descanso por constitución legal de la adopción. La duración de esta licencia dependerá de la edad del hijo adoptado: —si es menor de nueve meses, se conceden ocho semanas, desde la resolución judicial que constituye la adopción; —si es mayor de nueve meses y menor de cinco años se concede seis semanas, contadas también desde la constitución legal de la adopción. Este derecho es similar a la licencia por parto, pero difiere en su duración.

Los demás derechos expuestos anteriormente son de aplicación en ambas situaciones indistintamente, pero teniendo en cuenta que los períodos comienzan a contarse desde el momento en que la adopción se constituye de forma legal.

Los derechos señalados son los mínimos legales, los de obligado cumplimiento, a partir de ello, los convenios colectivos o las empresas en particular pueden mejorar las condiciones de sus empleadas que sean madres.

Otro logro alcanzado se aprecia en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Riesgos Laborales, que en su art. 26, viene a establecer que en la evaluación de los riesgos, deberá de tenerse en cuenta la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto. Si los resultados revelasen un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, llegando incluso al cambio de puesto de trabajo o función si ello fuere necesario; lo expuesto también se aplica al período de la lactancia.

Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada laboral.

A pesar de la citada regulación, existen en la práctica muchas transgresiones a estas normas. Una de las discriminaciones que se dan más en la práctica, por la que la mujer es rechazada en un empleo o se le rescinde el contrato de trabajo, es el embarazo. Si la mujer denuncia, se produce la inversión de la carga de la prueba: es el empleador el que tendrá que probar que existe otra causa diferente al embarazo por la que no se emplea o se rescinde el contrato; si no lograra aportar tales pruebas se considerará despido improcedente, por entender que la mujer ha sido discriminada. Lo expuesto también se aplica a otros supuestos en que la mujer pueda aportar indicios de que ha sido despedida por su condición de mujer.

Otra forma de discriminación es la cantidad de preguntas que se le formulan a una mujer a la hora de contratarla, preguntas que afectan a su intimidad, que normalmente no se le formulan al varón; la mujer sólo está obligada a contestar a su estado civil y el número de hijos que tiene.

Otro grave problema que afecta a la mujer trabajadora es el acoso sexual, lo que la lleva en algunas ocasiones a dejar su puesto de trabajo.

Otra forma más de discriminación hacia la mujer es la diferencia salarial, a pesar de lo dispuesto en el Estatuto, en la empresa privada la mujer percibe salarios inferiores hasta un 25% menos con relación a sus compañeros varones, en el mismo puesto. En el mismo sentido es habitual considerar el salario de la mujer como un segundo sueldo, no se le considera una fuente de ingresos de igual calidad que en el varón.

Otra forma de discriminación es el establecimiento de cuotas para el acceso de la mujer a puestos directivos, ello ocurre tanto en la administración como en la empresa privada, así las mujeres ocupan el 16'5% de los puestos directivos en la administración pública y el 6'5% en la empresa privada.

Es patente el hecho de que a pesar de la igualdad proclamada por la Ley, existe discriminación de muy distintos tipos hacia la mujer. Asimismo es evidente que buena parte de nuestra sociedad, incluso mujeres, siguen considerando estas circunstancias normales. Esperemos que con la nuevas generaciones se dé un cambio profundo.

VII. EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Ya en el Fuero de los Españoles, en su art. 11 se decía que todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad, y en su art. 24 se hacía referencia a que todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil.

Por la Ley de Jefatura del Estado de 22 de julio de 1961, en su art. 1 se reconoció a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en dicha ley, y en su art. 2 se contenía que la mujer podía participar en la elección y ser elegida para el desempeño de cualquier cargo público. En el art. 3 decía que en las mismas condiciones que el hombre, la mujer podía participar en oposiciones, concursos-oposiciones y cualquier otro sistema para la provisión de plazas de cualquier administración pública, exceptuándose el ingreso en: 1) las Fuerzas Armadas y Cuerpos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire salvo que por disposición especial expresa se concediese a la mujer el acceso a servicios especiales de los mismos; 2) los Institutos Armados y Cuerpos, Servicios o Carreras que impliquen normalmente utilización de armas para el desempeño de sus funciones; 3) la Administración de Justicia y en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, esta prohibición fue levantada poco después, concretamente por la Ley 96/66 de 28 de diciembre de 1966; 4) el personal titulado de la Marina Mercante, excepto las funciones sanitarias.

Con la Constitución de 1978 se consagró que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, reconociéndose expresamente en el art. 23-2º que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Un avance más del proceso de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer viene representado por la Integración de la mujer en las Fuerzas Armadas. En la Ley 50/1969 de 26 de abril de Movilización Nacional ya se estableció que la Defensa Nacional era un deber de todos los españoles, estableciéndose en la Disposición Final 2ª que normas especiales regularían la movilización femenina en los casos que procediese.

Conforme al principio de igualdad, en el art. 39 de la Constitución se contiene que los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España, la ley fijará las obligaciones militares de los españoles.

En la L.O. 6/1980 de 1 de julio de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, en su artículo 38 se decía que la Ley establecerá la forma de participación de la mujer en la Defensa Nacional.

Por el R.D. Ley 1/1988 de 27 de febrero se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, en él se establece el Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres. Se inicia el programa de incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, estableciéndose en su artículo 1 que la mujer podrá alcanzar todos los empleos. En las denominaciones de los mismos no existirá distinción terminológica alguna con el varón, añadiendo en su art. 4 que la ley garantiza a la mujer su progresión de carrera en condiciones de igualdad con el varón, sin que puedan existir otras diferencias que las derivadas de sus condiciones fisiológicas para la provisión y desempeño de determinados destinos. Estableciéndose en sus arts. 2 y 3 que la mujer tendrá acceso al ingreso en los Cuerpos Jurídicos Militar, Cuerpo Militar de Intervención, Cuerpos de Ingenieros, Cuerpos de Sanidad Militar y Escala de Músicos, e igualmente tendrá acceso al ingreso en la Guardia Civil.

Con la ley 17/1989 de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, alcanza su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejército profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas.

Y por último la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre del Servicio Militar, establece que la mujer queda excluida de la obligatoriedad del Servicio Militar, no obstante podrá incorporarse a las tareas de la Defensa Nacional con arreglo a las normas sobre Movilización Nacional. Hay ciertos sectores sociales que consideran que se está produciendo un cierto grado de discriminación a favor de la mujer, respecto del hombre, ya que la mujer puede ser militar profesional voluntariamente pero no se le obliga a prestar el Servicio Militar obligatorio.

Por último hay que señalar la existencia de numerosos Convenios y Tratados Internacionales en los que se ha consagrado como derecho fundamental el reiterado principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; Convenios y Tratados que deben inspirar a nuestro derecho interno, y en cuyo estudio no entramos por exceder del pequeño marco de este comentario.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid ³1977.
CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid ¹¹1971.
DÍEZ PICAZO, L. - GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 1983.
DURÁN BERROCAL, J.L. - ABELLA POBLET, M., *Comentario al Código Penal*, 1983.
LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madrid 1994.
MARTÍN PÉREZ, A., *La mujer y las Fuerzas Armadas*, Zaragoza 1995.
MONTROYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1981.
MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, Sevilla 1976.
MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia ¹¹1996.
PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, Vol. IV, Madrid ⁶1969.
VALLEJO, D. - DE MICHEO, J.L., *Tus derechos como mujer*, 1994.