

## I.6 DERECHO CONSTITUCIONAL

### CONSTITUCIÓN Y DERECHOS DE LA MUJER<sup>1</sup>

Por D. PABLO PÉREZ TREMPs  
*Catedrático de Derecho Constitucional*

---

<sup>1</sup> Texto de la lección impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura con ocasión de la celebración de la festividad de San Raimundo de Peñafort de 1997. Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento al **Movimiento Manuela Ramos**, de Lima (Perú), y, en especial, a Rocío Villanueva y a Violeta Bermúdez; su invitación a participar en el *Segundo Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos* me obligó a ordenar ideas y a profundizar algo en un tema tan vivo como el de la situación jurídico-constitucional de la mujer.

## SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN
- II. PLANTEAMIENTO GENERAL
- III. LA IGNORANCIA DE LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES
- IV. FORMALIZACIÓN DEL IGUALITARISMO.
- V. SUPERACIÓN DEL MERO IGUALITARISMO.
  - A) PROFUNDIZACIÓN DE LA IDEA DE DISCRIMINACIÓN
  - B) ACCIONES POSITIVAS
  - C) CONSAGRACIÓN DE OTROS DERECHOS Y PRINCIPIOS
- VI. ALGUNAS CUESTIONES DE TÉCNICA CONSTITUCIONAL
- VII. BREVE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

## I. PRESENTACIÓN

El cumplimiento de una norma consuetudinaria explica el que esté hoy aquí, en el día de San Raimundo de Peñafort, y me dirija a Vds. para exponerles lo que, con cierta pomposidad, se denomina una lección magistral. Intentando inspirarme en lo que considero que deben ser las sanas medidas a seguir por cualquier conferenciante, procuraré ser breve, claro y hablarles de algo que pueda suscitar un cierto interés general. De antemano les pido disculpas porque seguramente no conseguiré cumplir con esos propósitos.

El tema que he elegido para esta exposición es el de Constitución y Derechos de la Mujer. Se trata, me parece, de una cuestión de actualidad, no sólo porque de vez en cuando alguna decisión jurisdiccional salte a los periódicos, como por ejemplo, la que, hace pocos días, ha estimado no discriminatorio el despido de una mujer por no poder cumplir las tareas de manipulación de básculas, o porque algún cargo público no pueda impedir que sus manifestaciones se tiñan de ancestrales concepciones sobre la mujer, o porque las Diputadas de la oposición y de parte de la mayoría parlamentaria abandonen sus escaños como protesta por unas afirmaciones, en su opinión, poco afortunadas; si vamos más allá de nuestras fronteras, los ejemplos pueden resultar mucho más dramáticos; hace unos meses, la llegada al poder de la guerrilla integrista a Afganistán supuso, entre otras muchas cosas, por ejemplo, la prohibición de que las mujeres acudieran a las Universidades; pasando a otro terreno, ni el más cínico de los seres humanos puede ignorar las prácticas de prostitución de menores, en su mayor parte niñas, más o menos generalizadas en muchos países de Asia y de América Latina, sobre todo. Más allá de lo coyuntural y anecdótico que los primeros episodios puedan tener, tanto las menores como las mayores de las prácticas discriminatorias ponen de manifiesto que el tema de la posición jurídica de la mujer, en cuanto manifestación de su posición social, económica y cultural, está muy vivo, hasta el punto de que, sin riesgo de exagerar, podría afirmarse que en la actualidad el *status* constitucional de la mujer es uno de los temas claves del Derecho Público en todo el mundo.

No pretendo, lógicamente, en mi intervención agotar el tema y, ni siquiera, hacer una exposición general del mismo; mi única pretensión es realizar alguna reflexión básicamente histórica; quizá con ello pueda contribuir a sensibilizar a juristas y futuros juristas ante una cuestión que, como digo, está viva y presente en el día a día de cualquier persona.

## II. PLANTEAMIENTO GENERAL

Un posible punto de partida de mi exposición sería la pregunta de si los derechos de las mujeres deben ser los mismos que los de los varones. La respuesta

en sentido afirmativo a este interrogante podría conducir a que aquí acabara la exposición, haciendo realidad, al menos, el compromiso de brevedad. Sin embargo, la cuestión es mucho más compleja y sería ingenuo e intelectualmente deshonesto resolverla mediante la escueta afirmación de que los derechos de la mujer son los mismos que los del varón.

Desde el punto de vista histórico, pueden trazarse tres fases en la evolución del tratamiento constitucional de la mujer. Una primera fase se caracterizó por la ignorancia de la mujer como sujeto de derechos constitucionales; la segunda fase supuso la formalización del igualitarismo constitucional entre varón y mujer; por último, la tercera fase, en la que actualmente nos encontramos, puede caracterizarse por la búsqueda de la superación del mero igualitarismo formal entre varón y mujer. Pero, antes de adentrarse en la descripción de esta evolución, resulta conveniente realizar algunas observaciones generales que ayuden a comprenderla en sus justos términos.

La primera observación que cabe hacer es que estos períodos del tratamiento constitucional de la mujer sólo coinciden, parcialmente, con las grandes fases del constitucionalismo; así, la fase de la «ignorancia» coincide, más o menos, con el liberalismo revolucionario y con el liberalismo doctrinario; la formalización del igualitarismo se produce, en cambio, en un segundo momento del constitucionalismo democrático; mientras que la superación del igualitarismo se desarrolla, también, en un segundo momento del constitucionalismo social. Por tanto, parece que el cambio de la posición constitucional de la mujer va a remolque de la evolución del constitucionalismo, y que se presenta como efecto mediato o indirecto de éste.

La razón, posiblemente, de ese desajuste entre evolución del constitucionalismo y posición jurídica de la mujer haya que buscarla en que los problemas que dicha posición suscita responden a parámetros en buena medida distintos de otros aspectos de la dinámica constitucional: fuerte enraizamiento en la cultura de una determinada concepción de la mujer y tratarse de una cuestión conectada con las relaciones sociales de poder más que con las relaciones político-institucionales de poder. Como primera conclusión, pues, podría afirmarse que la posición constitucional de la mujer ha cambiado como consecuencia de la modificación de los *status* constitucionales del individuo, teniendo, por tanto, un cierto carácter de efecto no buscado, al menos directamente, por parte de los sectores sociales que han propiciado en cada caso las grandes transformaciones constitucionales.

Otra de las premisas que hay que tener presente en esta exposición, y que espero que quedará corroborada por la misma, es que la evolución de la consideración constitucional de la mujer no depende de la evolución del concepto de igualdad, sino de cambios económicos y sociales que, ellos sí, inciden en el concepto de «igualdad»; dicho de otra manera no se alcanza un determinado *status* porque se es igual; se es igual porque se alcanza un *status*.

A este respecto, conviene destacar, también, que la evolución del concepto de igualdad, al menos hasta muy recientemente, no ha venido guiada por la discriminación entre varón y mujer. Como se ha destacado abundantemente por la doctrina, la construcción jurídico-constitucional de la igualdad ha estado presidida en Estados Unidos por los conflictos raciales, mientras que en Europa han sido los conflictos sociales y el concepto de «clase» el motor de esa construcción. Hechas estas observaciones generales, podemos entrar ya en materia.

### III. LA IGNORANCIA DE LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Decía anteriormente que la primera fase, de ignorancia de la mujer como sujeto de derechos constitucionales, coincide con el liberalismo revolucionario y doctrinario. Como es sobradamente conocido, la igualdad es uno de los principios básicos del Constitucionalismo desde su inicio; baste recordar que la Constitución de Virginia, de 1776, afirmaba que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes»; o que el art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, pocos años después, en 1789, establecía que «los hombres nacen y mueren libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común». Aún cabe traer aquí el propio dogma de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad. Pues bien, ¿cómo es posible que un movimiento social, político y jurídico basado en la igualdad ignore a la mujer como sujeto de derechos constitucionales?

Para responder a esta pregunta hay que tener presente que el constitucionalismo es un hecho cultural y, en cuanto tal, está marcado por un determinado entendimiento de la sociedad. Como recientemente ha recordado González Amuchastegui, el pensamiento feminista, tanto en su vertiente de diferencia como de igualdad, ha cuestionado, con acierto, el contractualismo por su androcentrismo; ello se proyecta en el Constitucionalismo en cuanto producto jurídico-formal que es del contractualismo y el liberalismo.

Y no parece que sea necesario un gran esfuerzo intelectual para probar la anterior afirmación; baste con constatar el silencio absoluto o casi absoluto de los textos constitucionales revolucionarios y decimonónicos en relación con la mujer, producto no de una concepción genérica del ser humano, sino, precisamente, de lo contrario: el varón como sujeto único o casi único del constitucionalismo.

Una rápida mirada a la prehistoria del constitucionalismo, esto es a los padres del pensamiento liberal y democrático, ayudará a confirmar lo anterior; así, Montesquieu, en el Libro VII *Del Espíritu de las leyes*, dedicado a las «consecuencias de los principios de los tres gobiernos, respecto a las leyes suntuarias, al lujo y a la condición de las mujeres», tras hablar del lujo en China, de la situación de la mujer en Roma, y de lo que califica de «excelente costumbre de los samnitas»,

afirma en el capítulo IX, denominado «de la condición de las mujeres en los distintos Gobiernos», lo siguiente: «*Las mujeres usan de poca moderación en las Monarquías... lo que lleva a que el lujo reine siempre con la vanidad*»; «*En los Estados despóticos, las mujeres no introducen el lujo, sino que son ellas mismas objeto de lujo, por eso son sumamente esclavas... En las Repúblicas, las mujeres son libres por la ley y cautivas por las costumbres*». Concluye en el Cap. XVII, titulado «Del gobierno de las mujeres»: «*Va contra la razón y contra la Naturaleza que las mujeres manden en la casa, como ocurría entre los egipcios, pero no que gobiernen un Imperio. En el primer caso, su debilidad natural no las permite la preeminencia, pero en el segundo, su misma debilidad les infunde más dulzura y moderación, cualidades que pueden hacer un buen Gobierno, mejor que otras virtudes duras y feroces*».

Pero leamos, también, brevemente al padre de la democracia; Rousseau, en el Libro V del *Emilio o de la educación* hace afirmaciones como las siguientes: «toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres»; hombres y mujeres «están hechos el uno para el otro, pero no es igual su mutua dependencia» ya que los hombres «dependen de las mujeres por sus deseos» y las mujeres «dependen de los hombres por sus deseos y por sus necesidades»

Volviendo a finales del siglo XVIII, el Constitucionalismo, pues, nace ignorando a la mujer como sujeto de derechos, y ello a pesar de que contemporáneamente se desarrollan las primeras reivindicaciones feministas: baste recordar la *Declaración de los Derechos de la Mujer dedicada a la Reina* en 1791 por Olimpe de Gouges, que sólo dos años después moriría guillotizada. En todo caso, no hay que olvidar que la cultura tradicional francesa despreciaba a la mujer como sujeto político desde la cúspide misma del poder: la ley sálica, que excluía a la mujer del trono, es una institución jurídica típicamente francesa.

Ahora bien, la ignorancia constitucional de la mujer contrasta con la contemporánea concepción jurídica de ésta en otras ramas del ordenamiento. A la mujer se la reconoce como titular de derechos civiles, aunque en posición claramente diferenciada respecto del varón; piénsese en sus facultades para enajenar, o en su posición respecto de la patria potestad de los hijos, por poner sólo dos ejemplos, instituciones en las que la equiparación no se ha producido hasta muy recientemente, como casi de forma contemporánea a esta conferencia ha puesto de manifiesto Luis Felipe Ragel. Pero es que, además, la posición jurídica de la mujer es mas parecida al varón cuando, en lugar de considerarla como titular de derechos, se la ve como sujeto de obligaciones jurídicas. Lo más claro a este respecto es la constatación de que a la mujer se le exigía responsabilidad penal en condiciones casi de igualdad con el varón, excepción hecha de normas específicas supuestamente paternalistas. Dicho de otra manera, si la Constitución, base del ordenamiento y de los derechos del individuo, ignora a la mujer, el Derecho Penal, cierre del ordenamiento y paradigma de obligaciones, le exige responsabilidad. Por tanto, a la hora de definir el *status* de la persona como ciudadano, *status* caracterizado básicamente por el reconocimiento de un haz de derechos y sólo en menor medida de obligaciones, se ignora a la mujer; sin embargo, cuando se

trata de definir *status* con contenidos netamente obligacionales, se la considera persona, prácticamente igual que al varón. De esa forma queda abierta la puerta a la equiparación de géneros

El silencio del liberalismo revolucionario se prolonga durante el siglo XIX, a pesar del nacimiento de los movimientos feministas, singularmente de las sufragistas inglesas con Mary Wollstonecraft a la cabeza. Sólo un dato para confirmar esta afirmación. Cuando en 1848 se discute en Francia la implantación del sufragio universal, ni se plantea que dicho derecho se le reconozca a la mujer. No será hasta 1867 cuando se solicite al Parlamento inglés el derecho de voto para las mujeres, al menos para las solteras, por John Stuart Mill.

#### IV. FORMALIZACIÓN DEL IGUALITARISMO.

La cuestión del derecho de voto para la mujer se sitúa en el centro de la segunda fase de evolución: la fase de formalización del igualitarismo. En efecto, es cuando se consigue el derecho de sufragio cuando cambia el *status* constitucional de la mujer; lo que había dicho Paine, años antes, sin referirse a las mujeres, se hace ahora realidad también para ellas: «el derecho de votar por sus representantes es el derecho primario, por el cual son protegidos los demás derechos» Ello, traducido al tema que nos ocupa, se podría concretar en la afirmación de que se es más igual porque se vota. La mujer empieza a ser considerada por el poder político porque su participación electoral es decisiva para determinar quién ha de gobernar y hay que ganar su voto

Como es sabido, es en el mundo anglosajón protestante y, más específicamente, en los países de emigración de ese entorno donde se consagra, por vez primera, el derecho de voto femenino; abre en 1889 el camino el Estado de Wyoming, que será seguido por los demás Estados de Norteamérica y por los países de Oceanía. Ya entrado el siglo actual, son los países nórdicos, en Europa, los primeros en reconocer el derecho de voto a la mujer: en 1907 lo hace Noruega, algo después Finlandia, etc... La Gran Bretaña no lo hará hasta después de la Primera Guerra Mundial, en 1918, y sólo respecto de las mujeres mayores de 30 años, mientras que a los varones se les exigía 21 años para votar. En España, por su parte, aunque el derecho de sufragio pasivo ya funcionó en la constituyente, fue la Constitución de 1931 la primera que reconoció el voto a la mujer; por cierto, con la oposición por parte de sectores progresistas por el temor de que el voto femenino favoreciera a la derecha, como así sucedió en las elecciones de 1933. Digno es de destacar, por último, que el «paraíso» de la democracia directa, Suiza, no reconociera el derecho de voto a las mujeres hasta 1971.

La idea central que está en el constitucionalismo de este siglo es la total equiparación legal entre varón y mujer. Ahora bien, la igualdad que se consagra poco a poco en los textos constitucionales es la denominada igualdad formal, consistente en la equiparación absoluta entre ambos sexos, tanto en su dimensión

de igualdad en la aplicación de la ley, como, según ha recordado Juan Alfonso Santamaría, tras la Segunda Guerra Mundial, límite al legislador, esto es, igualdad ante la ley.

Formalizada la igualdad, en este período se da un paso más que abrirá la tercera fase; ese paso consiste en que el sexo no es un criterio de prohibición de discriminación más, sino que se convierte en lo que se conoce como un criterio o rasgo de clasificación sospechosa; dicho de otra manera, existe la presunción de que cualquier trato diferenciado por razón del sexo es discriminatorio; sólo será justificable cuando quien lo introduce pruebe, sometándose a un duro test de racionalidad, que es constitucionalmente lícito ese trato diferenciado. Es, como en tantas otras cosas, el Tribunal Supremo norteamericano quien realiza esta construcción a partir de la Sentencia *Korematsu*, de 1944, completada por la Sentencia *Craig vs. Boren*, ya en 1976. Aclaro aquí que uso el término «sexo» en lugar del término «género», que propugna buena parte del feminismo, porque sexo es la palabra que suele usar el Derecho escrito; pero coincido en que es más congruente con la libertad sexual el uso del término «género».

## V. SUPERACIÓN DEL MERO IGUALITARISMO.

La construcción de la igualdad formal se manifiesta como absolutamente insuficiente para acabar con una situación de discriminación ancestral entre el varón y la mujer. Por ello, esta es una de las materias donde la doctrina ha desarrollado más la superación o complemento de la idea de igualdad formal con la de igualdad material. Buena prueba de esa interrelación se encuentra, por ejemplo, en nuestra Constitución en la interdependencia entre el art. 14 y el art. 9.2; el primero, consagra la igualdad formal y prohíbe la discriminación; el segundo, consagra el principio de igualdad material y exige a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas....»

Desde el punto de vista jurídico, tres son los tipos de técnicas que se utilizan para hacer realidad la igualdad material entre varón y mujer: profundización en la idea de discriminación, acciones positivas, y consagración de derechos y principios específica o especialmente relevantes para la mujer.

Antes de ver el alcance de estas técnicas, conviene recordar, brevemente, dos datos de la realidad jurídica actual que, aunque de carácter general, se manifiestan de forma muy clara en relación con el tratamiento de la igualdad entre sexos; el primer dato es la íntima conexión recíproca que en este campo existe entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. A este respecto hay que recordar que son abundantes las referencias que los instrumentos internacionales generales, como la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la Convención Europea de Derechos Humanos o el Pacto de San José, en el ámbito americano, hacen al principio de igualdad entre sexos; pero, además, existen instrumentos específicos,



entre los que hay que destacar, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada en 1979 en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, auténtico motor jurídico de la lucha por la igualdad; junto a esta Convención existen otros instrumentos, tanto de ámbito universal como regional referentes a los derechos de la mujer. Por sus particularidades, hay que recordar que, en el ámbito de la Unión Europea, y pese a que sus tratados constitutivos no incluyen una declaración de derechos, sí está reconocido el derecho a la igualdad entre varón y mujer, habiéndose aprobado, entre otras medidas normativas, la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres por lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional; existe, a su vez, una rica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades a este respecto; así, y por citar sólo una de sus más recientes decisiones, la Sentencia de 30 de abril de 1996, dictada en el asunto *P/S y Cornwall County Council*, declaró discriminatorio, y, por tanto, contrario al Derecho Comunitario, el despido de un transexual basado precisamente en esta circunstancia.

El segundo dato de la realidad jurídica actual que hay que tener presente para comprender en sus justos términos la cuestión del tratamiento constitucional de la mujer es la profunda influencia del Derecho Comparado, de forma que las construcciones jurídicas nacidas en los países pioneros acaban imponiéndose, de una manera u otra, en los demás: ya se ha citado, y es un buen ejemplo, que toda la construcción jurídico/procesal de la discriminación por razón del sexo es tributaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

Dicho esto, procede ya analizar brevemente cada uno de los tres tipos de técnicas jurídicas que tienen como finalidad hacer realidad el principio de igualdad material entre sexos.

#### A) PROFUNDIZACIÓN DE LA IDEA DE DISCRIMINACIÓN

Como ya he adelantado, la primera técnica consiste en profundizar en la categoría jurídica de discriminación. Tres son las ideas en las que puede concretarse esta técnica. La primera, a la que ya he hecho referencia, es el tratamiento del sexo como categoría sospechosa a la hora de juzgar si un trato diferencial esté o no constitucionalmente justificado. Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, la cita expresa del sexo en el art. 14 corrobora este carácter sospechoso, y así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de forma reiterada desde la Sentencia 81/1982.

Pero la profundización de la categoría «discriminación» no se detiene ahí. Esa profundización lleva, también, a que se tienda a prever expresamente los supuestos es los que está justificado un trato de diferencia por razón del sexo, precisamente para reforzar la presunción del carácter discriminatorio de lo no previsto: supuestos claros de previsiones específicas de tratos diferenciados por razón del sexo no discriminatorios son la normativa sobre embarazo y maternidad, la exis-

tencia de puestos de trabajo a desempeñar sólo por personas de un sexo u otro (piénsese por ejemplo, en las labores de custodia directa de reclusos), y, aunque mucho más limitadamente, algunos supuestos, cada vez más excepcionales, en los que cánones culturales imponen ciertas condiciones de apariencia física. Como ha expuesto recientemente Rey Martínez, estas previsiones del legislador no son libres, sino que debe justificar su razonabilidad, tratándose de categorías, en todo caso, de interpretación restrictiva, y révisables en la medida en que las circunstancias sociales cambien.

Un tercer elemento integra la profundización de la idea de discriminación: la prohibición de discriminaciones indirectas, esto es, y en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/1991, «tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre (personas) de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales». El caso típico es la exigencia para realizar un trabajo de determinadas condiciones físicas que, casi exclusivamente, cumplen varones, y que no están plenamente justificadas por la tarea a desarrollar: piénsese en un trabajo para el que se exigiera una altura de un metro ochenta centímetros: la discriminación hacia la mujer, a pesar de la formulación objetiva de la norma, sería clara ya que muchas menos mujeres que varones podrían optar a dicho trabajo. Ciertamente, valorar si esas exigencias están o no justificadas es una tarea que debe realizarse caso por caso, pero siempre sometida la valoración al principio de interpretación restrictiva.

## B) ACCIONES POSITIVAS.

El segundo grupo de técnicas utilizadas jurídicamente para superar el igualitarismo formal entre varones y mujeres lo constituyen las denominadas *acciones positivas*, versión castellana de las *affirmative actions* norteamericanas.

Estas acciones positivas se conectan con medidas tendentes a hacer realidad de igualdad material, y encajan en la obligación impuesta a los poderes públicos por nuestro constituyente en el art. 9.2 de promoción de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Son muchas las posibles actuaciones de impulso y promoción susceptibles de ser encuadradas en esta categoría.

Los mayores problemas que suscitan las acciones positivas proceden de las llamadas medidas de discriminación inversa o positiva, estos es, la imposición expresa por los poderes públicos de tratos diferenciados que favorecen claramente al grupo discriminado, a la mujer por lo que ahora importa. La reserva de cuotas, en sus múltiples variables, es el mejor ejemplo de discriminaciones positivas, pero no el único.

Existe un amplio debate sobre si son tolerables constitucionalmente estas discriminaciones y, en su caso, bajo qué condiciones, o si, por el contrario, suponen, a su vez, discriminaciones vulneradoras del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación por razón del sexo. La jurisprudencia también es rica en

el análisis de este tipo de normas; baste recordar la repercusión pública que, hace dos años, tuvo la Sentencia *KalanKe* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que declaró discriminatoria la regulación de Bremen que permitió, amparándose en una discriminación positiva, que una mujer ocupara el puesto de responsable de jardines de dicha ciudad, imponiéndose a un colega por el hecho de ser mujer. Alfonso Ruiz Miguel ha dejado constancia de los términos del debate sobre las discriminaciones positivas, debate cuya sola síntesis aquí alargaría excesivamente este acto. La doctrina, en todo caso, coincide en señalar que las discriminaciones positivas deben aceptarse de manera restrictiva y envueltas en una serie de garantías que impidan considerarlas, a su vez, como discriminaciones para los varones: la ausencia de otros medios de superación de desigualdades, la acreditación objetiva y fehaciente de la existencia de una discriminación *de facto*, su carácter transitorio, su previsión en norma con rango legal y su formulación de la forma más neutra posible han sido señaladas por Rey Martínez como exigencias básicas para hacer tolerables constitucionalmente las medidas de discriminación positiva.

Pero no es sólo en el terreno laboral donde se han planteado problemas con el establecimiento de medidas de acción positiva para mujeres. Son ya varios los países en los que, legalmente, se han establecido cuotas de representación política de mujeres como medio de fomentar su mayor participación en los asuntos públicos. Las reformas electorales italianas de 1993 o la reciente Constitución de la Ciudad de Buenos Aires son un buen ejemplo. En Francia, en cambio, en 1982, el Consejo Constitucional francés declaró inconstitucional la ley que pretendía asegurar la presencia de un 25% de mujeres en las listas electorales de municipios de más de 3500 habitantes.

Sin perjuicio del valor que este tipo de medidas legales puede tener, habría que pensar que la fijación de cuotas de participación política serían constitucionalmente más pacíficas si no vinieran impuestas por los poderes públicos, y, en cambio, como ya sucede en muchos casos, fueran los propios protagonistas principales de la lucha electoral, los partidos políticos, los que se las autoimpusieran.

Para cerrar las consideraciones generales sobre las «acciones positivas», conviene tener presente que, bajo esta rúbrica, pueden presentarse también medidas que, por su carácter «paternalista» o falsamente protector, impliquen, de hecho, una consagración de situaciones discriminatorias; piénsese, por ejemplo, en medidas legislativas tendentes a permitir compaginar responsabilidades familiares y laborales. Si se dirigen exclusivamente a las mujeres, ciertamente consiguen el efecto querido, compaginar tareas laborales y familiares, pero contribuyen a consolidar la situación tradicional de discriminación ya que favorecen que sea sólo la mujer quien se ocupe de las tareas del hogar; por ello, si no quieren considerarse discriminatorias, estas medidas han de preverse en beneficio de los dos sexos. Desde la Sentencia 38/1996, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de considerar discriminatorias varias medidas de este tipo: descanso nocturno más

favorable a las mujeres, retiros anticipados, ciertas prestaciones de seguridad social, etc...

### C) CONSAGRACIÓN DE OTROS DERECHOS Y PRINCIPIOS

El tercer grupo de técnicas que pretenden superar el mero igualitarismo entre géneros y, con ello, reducir la situación de discriminación *de facto* de la mujer, consiste en la consagración de derechos y principios conectados de una manera u otra con esa realidad discriminatoria.

Dentro de esta categoría, existen, en primer lugar, normas que consagran manifestaciones concretas de la previsión genérica de la igualdad, sea respecto de determinados *status* (igualdad de cónyuges, igualdad de los padres, igualdad de los hijos), sea respecto de determinadas actividades: igualdad política, igualdad laboral.

La principal cuestión que suscitan estas normas es la relativa a su propia utilidad. ¿No son estas normas mera reiteración del principio genérico de igualdad? No totalmente. Pese al componente reiterativo que poseen, cuentan, a su vez, con una virtualidad jurídica propia. Por un lado, sirven para concretar contenidos específicos del principio genérico y, con ello, dificultan la disponibilidad del legislador y orientan al intérprete. En todo caso, hay que tener presente que el contenido de la igualdad no se agota en sus manifestaciones normativas concretas; éstas son sólo eso, manifestaciones concretas, que conviven con otros contenidos no especificados del principio genérico de igualdad y del derecho a la no discriminación, que, en cuanto derecho fundamental, debe interpretarse, además, de forma extensiva.

Pero los problemas constitucionales de la mujer no se agotan en la idea de igualdad. Existen, además, otros derechos y principios que, por unas u otras razones (en general sí conectadas con su tradicional discriminación), deben reforzarse respecto de la mujer como medio para asegurar su pleno desarrollo como individuo y para reforzar su dignidad como persona. Así, por ejemplo, piénsese en las particularidades que para la mujer tienen los denominados derechos reproductivos y sexuales, el tratamiento de la intimidad en conexión con la libertad de opción sexual, tradicionalmente más tolerante para el varón, la regulación jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo, etc... Baste con citar estos ejemplos de derechos con particularidades respecto de la mujer sin adentrarnos en los complejos problemas que cada uno de ellos suscita.

En tercer lugar, cada vez es más abundante la existencia de normas finalistas cuyo objetivo es, precisamente, modificar el *status* real de la mujer. Se trata de una práctica bastante reciente del constitucionalismo, íntimamente conectada con las reivindicaciones del movimiento feminista. Un ejemplo claro lo da la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; aprobada hace escasos meses. Esta norma ha tenido como una de sus guías la perspectiva de género; al margen de manifestaciones más

o menos simbólicas de la incorporación de dicha perspectiva, como puede ser el uso en ciertos preceptos de palabras tanto en su género masculino como femenino, el art. 38 dispone: «La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres. Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas;» etc...

Este tipo de preceptos, como todos los de naturaleza finalista, poseen siempre una eficacia jurídica que podría calificarse de «débil», pero no por ello es inexistente, ni, en consecuencia, resulta inútil su formalización. Al menos servirán como guía de acción para los poderes públicos y aportarán útiles criterios interpretativos a quienes deben aplicar las normas. Pero además, la formalización constitucional del mandato lo hace incuestionable para los poderes constituidos, aunque los medios y ritmo para hacerlo efectivo sigan siendo ampliamente disponibles para éstos.

## VI. ALGUNAS CUESTIONES DE TÉCNICA CONSTITUCIONAL

Para concluir esta intervención, quisiera traer aquí algunos problemas generales de la dogmática constitucional que pueden tener especial relevancia desde la perspectiva de género que ha de imponerse para hacer real la igualdad entre varones y mujeres.

El problema consiste en determinar qué debe constitucionalizarse y, una vez determinado esto, cómo debe constitucionalizarse. Es verdad que no existe a este respecto una receta infalible y que elementos más o menos coyunturales y circunstancias de cada sociedad deben influir en la decisión que el constituyente adopte. En todo caso, a la hora de consagrar preceptos relacionados de una u otra manera con la posición constitucional de la mujer, conviene valorar bien esos elementos coyunturales y locales; pero, sobre todo, hay que dar la estructura jurídica adecuada a aquello que decide formalizarse. Y ello porque, de otra forma, la mera complacencia ante legítimas reivindicaciones que, a menudo, los poderes constituyentes tienen, puede suscitar entusiasmos que pronto se vean frustrados; sucede así, por ejemplo, cuando principios reciben forma de derechos subjetivos luego imposibles de hacer efectivos como tales, sencillamente porque no lo son.

En íntima conexión con lo anterior, no hay que olvidar que los Derechos Fundamentales no son sólo algo que afecte a la relación entre el ciudadano y el poder público. No se trata aquí de reproducir la vieja, compleja y algo artificial discusión de la *Drittwirkung*, esto es de la eficacia mediata o inmediata de los Derechos Fundamentales entre particulares. Pero sí hay que destacar que la eficacia del derecho a no ser discriminado por razón del sexo no puede limitarse a las relaciones jurídico-públicas ya que la discriminación de la mujer es hoy, desde

el punto de vista jurídico, aunque no sólo, sí fundamentalmente, una discriminación viva en la sociedad civil. Corresponde a los poderes públicos, y es una obligación para ellos según el art. 9.2 de la Constitución, reforzar, mediante todas las técnicas legislativas y de otro tipo a su alcance, la igualdad entre mujeres y varones en las relaciones laborales, mercantiles, familiares, profesionales, etcétera.

También el diseño de las garantías de los derechos puede verse afectado por la perspectiva de género. Así, por ejemplo, va siendo una práctica cada vez más extendida en el Derecho Comparado que se creen figuras de Defensor o Defensora de Derechos de la Mujer, conectadas, de una u otra manera, con los Defensores del Pueblo u *Ombudsmanen*. La tarea de estas instituciones, especialmente en sociedades donde la discriminación social y económica de la mujer está muy arraigada, como es el caso de Latinoamérica, está siendo muy rica y de una gran utilidad para superar dicha discriminación. Sin embargo, conviene también evitar el aislamiento del tratamiento de los derechos de la mujer respecto de la general protección de los derechos y libertades de la persona porque ese aislamiento puede contribuir, y sin quererlo, a la consolidación de la desigualdad.

Hasta aquí mi exposición que, como anuncié a su inicio, seguramente no haya aportado nada novedoso, pero que espero que, al menos, haya servido para ofrecer algunas reflexiones sobre una cuestión que está viva en la sociedad actual y que, hace sólo dos días, un gran escritor, que, por cierto, abandonó el Derecho Constitucional por la Literatura, Francisco Ayala, definía como la gran revolución del siglo XX: la plena integración la mujer a la sociedad en condiciones de igualdad con el varón. Muchas gracias.

#### BREVE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

La referencia a J. González Amuchastegui es a su trabajo «Mujer y Derechos Humanos: concepto y fundamento», en la obra colectiva *Derechos Humanos de las Mujeres*, Movimiento Manuela Ramos/UNIFEM, Lima 1996, págs. 9 y ss.

El trabajo de L. F. Ragel es «Evolución histórica de los derechos de la mujer», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* núm. 12-13, 1994-1995, págs. 313 y ss.

La cita de Montesquieu se toma de su obra *Del Espíritu de las Leyes*, Edic. Orbis, Barcelona 1984, vol. I, págs. 106-107, y 111; la de Rousseau del *Emilio o de la Educación*, Edaf, Madrid 1972, págs. 399 y ss.

Los datos sobre el voto de la mujer están tomados de F. de Carreras y J. M. Valles, *Las elecciones*, Barcelona 1977, págs. 40-42, y de M. Satrústegui, «El cuerpo electoral», en J. de Esteban y otros, *El proceso electoral*, Labor, Barcelona 1977, páginas 74-75.

La referencia a J. A. Santamaría es a su trabajo «Igualdad y Derecho Público», en la obra colectiva *El principio de igualdad en la Constitución española*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, t. 2, Madrid 1991, págs. 1273 y ss.

Buena parte de la información jurisprudencias extranjera proviene de la obra de F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo*, McGraw-Hill, Madrid 1995; a esa misma obra son las remisiones existentes en texto. La alusión a A. Ruiz Miguel es a sus trabajos «Discriminación inversa e igualdad», en A. Valcárcel (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, págs. 77 y ss., y «La igualdad como discriminación», en la obra colectiva *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Ed., Madrid 1994, págs. 283 y ss.