

Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico

ESTUDIOS EN HOMENAJE
A LA PROFESORA
JULIA SEVILLA MERINO



CORTS VALENCIANES



CORTS VALENCIANES

**IGUALDAD Y DEMOCRACIA:
EL GÉNERO COMO CATEGORÍA DE
ANÁLISIS JURÍDICO**

**ESTUDIOS EN HOMENAJE
A LA PROFESORA JULIA SEVILLA MERINO**

EDITA
Corts Valencianes

ISBN
978-84-89684-46-1

DEPÓSITO LEGAL
V-556-2014

IMPRIME
Litolema



Este libro se publica bajo una licencia Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlo, distribuirlo y comunicarlo públicamente siempre que cite a su autor y a la institución que lo edita (CORTS VALENCIANES), no lo utilice para fines comerciales y no haga obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.es>>.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	13
PRÓLOGO.....	15
LOS DERECHOS DE LAS MUJERES MARROQUÍES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN	
Aicha Abounai	19
LOS DIPUTADOS VALENCIANOS Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812: EL DEBATE SOBRE LAS CORTES	
Lluís Aguiló i Lúcia.....	27
CONSTITUCIONALISMO Y FEMINISMO: SÍMBOLOS Y RELATOS	
Manuel Alcaraz Ramos.....	43
EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA CRISIS	
Enrique Álvarez Conde.....	57
LA STC 37/2012, DE 19 DE MARZO. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	
Manuel Aragón Reyes.....	87
MÉTODO, CULTURA Y RACIONALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO: ALGUNAS CONTRIBUCIONES DE LOS ESTUDIOS FEMINISTAS	
José Asensi Sabater.....	93
EL SUJETO DE DERECHO Y LAS SUJETAS A DERECHO: LA LENGUA DEL DERECHO Y SUS CONSECUENCIAS	
Jasone Astola Madariaga	105
LA REVERSABILIDAD DE LOS DERECHOS. EL GÉNERO	
María Luisa Balaguer Callejón	117
LA REPÚBLICA DE CONDORCET, UNA REPÚBLICA CON CIUDADANAS	
Paloma Biglino Campos.....	129

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PROCESOS POLÍTICOS Y LA INCIDENCIA DE LA LEY 4/2005, DE 18 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA INSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA Arantza Campos Rubio.....	143
DE LA FICCIÓN JURÍDICA A LA REALIDAD INSTITUCIONAL: GRUPOS PARLAMENTARIOS Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA Juan Cano Bueso.....	159
SORTU EN LA ENCRUCIJADA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO EAE-ANV c. ESPAÑA, DE 15 DE ENERO DE 2013 Alexandre H. Català i Bas.....	171
ALGUNAS NOTAS PARA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOCENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Concepción Collado Mateo	183
LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNITAT VALENCIANA: MANDATOS VESTIDOS DE DERECHOS A LA LUZ DE LAS SSTC 247/2007, DE 12 DE DICIEMBRE, Y 31/2010, DE 28 DE JUNIO Javier Cruz Ros.....	195
THE «ADDED VALUE» OF THE CHARTER «IN RELATION TO» THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS Pedro Cruz Villalón	209
L'ÉTAT MAROCAIN À TRAVERS LE PROJET DE CONSTITUTION DE 1908 Abdelmalek El Ouazzani	215
DERECHO CONSTITUCIONAL Y GÉNERO. UNA PROPUESTA EPISTÉMICA METODOLÓGICA. Mar Esquembre Valdés.....	229
IGUALDAD DE GÉNERO EN LA TOMA DE DECISIONES; SOBRE LA COMPOSICIÓN EQUILIBRADA DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS GRANDES EMPRESAS Ángela Figueruelo Burrieza.....	241
LA JURIDIFICACIÓN DE LOS VALORES Y LA IGUALDAD COMO VALOR EN LA UNIÓN EUROPEA Teresa Freixes.....	253
CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA: EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO OFICIAL Nilda Garay Montañez	265

PRIMERA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS Santiago García Campá.....	281
LA PROHIBICIÓN DEL BURQA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE FEBRERO DE 2013 Yolanda Gómez Sánchez.....	293
HACIA UN LENGUAJE JURÍDICO NO SEXISTA: HERRAMIENTAS PARA TRATAR DE EQUILIBRAR LA JUSTA DEMANDA DE VISIBILIZAR A LAS MUJERES CON LOS PRINCIPIOS DE CLARIDAD, ECONOMÍA Y PRECISIÓN Olga Herraiz Serrano	311
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS MIGRANTES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Luis Jimena Quesada	331
GÉNERO Y CAMBIO CLIMÁTICO: INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN RELACIÓN A LA CRISIS MEDIOAMBIENTAL EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas	341
LA TUTELA PENAL REFORZADA COMO UNA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO María Macías Jara.....	355
LES CORTS, INSTITUCIÓN DE AUTOGOBIERNO Joaquín J. Marco Marco	369
LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN DEMOCRACIA: LA IMPORTANCIA DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO Ana Marrades Puig.....	383
DE CRISIS Y CAMBIOS: ¿UN NUEVO SISTEMA ELECTORAL PARA LOS VALENCIANOS? Joaquín Martín Cubas	395
EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL <i>IUS IN OFFICIUM</i> EN LOS PROCEDIMIENTOS ELECTIVOS PARLAMENTARIOS Juan Antonio Martínez Corral.....	415
MUJERES Y CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN AMÉRICA LATINA Rubén Martínez Dalmau Roberto Viciano Pastor	431

CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA, VOLUNTAD POLÍTICA Y ESTADO SOCIAL Eva Martínez Sempere.....	443
DERECHO FUNDAMENTAL, GARANTÍA INSTITUCIONAL E IGUALDAD. NOTAS CRÍTICAS A LA STC 198/2012 SOBRE LA REFORMA DEL MATRIMONIO CIVIL Manuel Martínez Sospedra.....	453
LIBERTAD DE CREENCIAS Y DEFENSOR DEL PUEBLO Nieves Montesinos Sánchez.....	467
IGUALDAD Y CUSTODIA COMPARTIDA M ^º Ángeles Moraga García.....	477
LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 María Josefa Ridaura Martínez.....	493
MUTACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Göran Rollnert Liern.....	503
LES FEMMES RURALES, DROIT ET RÉALITÉ (LE CAS DU MAROC) Fatiha Sahli Habiba Belgiti Said Aghrib.....	517
LA ACCIÓN DE LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA EN DEFENSA DE LA IGUAL PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PARLAMENTOS: ALIANZA DE GÉNEROS EN LA ESFERA POLÍTICA, PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA Y PARLAMENTOS SENSIBLES AL GÉNERO María Nieves Saldaña Díaz.....	541
REVISIÓN DE LAS TESIS NEGACIONISTAS DE LA COMPETENCIA VALENCIANA EN MATERIAS DE DERECHO CIVIL: UNA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Remedio Sánchez Ferriz.....	563
SOBRE LA INICIATIVA LEGISLATIVA: EFECTOS, SUJETOS Y ALGUNA PROPUESTA Ángel L. Sanz Pérez.....	573
LA CIUDADANÍA DE LAS MUJERES: EL <i>FEMINISMO RAZONABLE</i> DE MARÍA CAMBRILS A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX Margarita Soler Sánchez.....	581

FACULTADES DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN. EL CASO DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA CAM Enrique Soriano Hernández	597
CONDORCET, UN AVANZADO DE LA IGUALDAD FEMENINA Antonio Torres del Moral	619
EL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO DERECHO FUNDAMENTAL: CRÍTICA CONSTITUCIONAL DESDE EL PARADIGMA FEMINISTA María Concepción Torres Díaz.....	641
PARLAMENTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS José Tudela Aranda.....	657
LOS MITOS DE LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES EN LA TOMA DE DECISIONES Rosario Tur Ausina	671
LA MEMORIA Amelia Valcárcel	685
PATRIARCADO, GÉNERO Y VIOLENCIA. CONCEPTOS IMPRESCINDIBLES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Asunción Ventura Franch	695
GÉNERO, CONSTITUCIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN EN IGUALDAD José María Vidal Beltrán.....	717
LA PRESIDENCIA DE LOS PARLAMENTOS: CORTES GENERALES Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS Francisco J. Visiedo Mazón	731
LA DECLARACIÓN DE SOBERANÍA DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA: ENTRE LA POLITICA Y EL DERECHO Mariano Vivancos Comes	759

PRESENTACIÓ

És de justícia. Sens dubte.

Quan el 10 de juliol de 2012 la Mesa de les Corts va tindre coneixement de la iniciativa patrocinada per unes professores de la Universitat d'Alacant, de la Universitat de València-EG i de la Universitat Jaume I de Castelló relativa a la publicació d'un llibre-homenatge a la senyora Julia Sevilla Merino, Lletrada de les Corts fins a uns mesos abans, i Professora Titular de Dret Constitucional a la Universitat de València-EG, esta presidència i la resta dels membres de la Mesa van assumir amb satisfacció l'acord d'editar i publicar l'esmentat llibre en què participarien professors i lletrats que al llarg d'estos últims 30 anys havien mantingut amb la nostra Lletrada una major relació professional i acadèmica.

Julia, i sé que ella preferix el tuteig, ha sigut la primera Lletrada en este parlament després de la seua creació el 1983 i, sens dubte, la seua dedicació enèrgica sempre, la seua singularitat dialèctica fruit de clares conviccions i el seu compromís amb la IGUALTAT i la DEMOCRÀCIA han aportat a estes Corts brillantor jurídica i responsabilitat democràtica.

Julia Sevilla mereix este llibre que reflectix l'estima humana i el reconeixement professional d'una part, impossible atendre els desitjos de tots els que volien participar!, dels nombrosos amics i companys que van tindre el privilegi de conèixer-la i compartir amb ella reflexions, ensenyances, diàlegs, coincidències i dissensions. Tot això, i Julia és creditora d'este esforç que els seus amics fan, perquè ella va aconseguir fer dels seus projectes professionals, de les seues aspiracions i reivindicacions un global projecte de vida.

Les Corts agraïxen a la lletrada Julia Sevilla la seua dedicació i la seua vocació amb esta institució, i confiem que el seu treball i esforços, tan ben realitzats, continuen tenint fruits en bé de tots.

Julia, moltes gràcies!

Juan G. Cotino Ferrer

President de les Corts Valencianes

Es de justicia. Sin duda.

Cuando el 10 de julio de 2012 la Mesa de les Corts tuvo conocimiento de la iniciativa auspiciada por unas profesoras de la Universidad de Alicante, de la Universitat de València-EG y de la Universitat Jaume I de Castellón relativa a la publicación de un libro-homenaje a D.^a Julia Sevilla Merino, Letrada de Les Corts hasta unos meses antes y Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universitat de València-EG, esta presidencia y el resto de los miembros de la Mesa asumieron con satisfacción el acuerdo de editar y publicar el citado libro en el que participarían profesores y letrados que a lo largo de estos últimos 30 años habían mantenido con nuestra Letrada una mayor relación profesional y académica.

Julia, y sé que ella prefiere el tuteo, ha sido la primera Letrada en este parlamento tras su creación en 1983 y, sin duda, su dedicación enérgica siempre, su singularidad dialéctica fruto de claras convicciones y su compromiso con la IGUALDAD y la DEMOCRACIA han aportado a estas Cortes brillantez jurídica y responsabilidad democrática.

Julia Sevilla merece este libro que refleja el aprecio humano y el reconocimiento profesional de una parte, ¡imposible atender los deseos de todos los que querían participar!, de los numerosos amigos y compañeros que tuvieron el privilegio de conocerla y compartir con ella reflexiones, enseñanzas, diálogos, coincidencias y disensiones. Todo une, y Julia es acreedora de este esfuerzo que sus amigos hacen, porque ella logró hacer de sus proyectos profesionales, de sus aspiraciones y reivindicaciones un global proyecto de vida.

Les Corts agradecen a la letrada Julia Sevilla su dedicación y su vocación para con esta institución, y confiamos que su trabajo y empeños, tan bien realizados, sigan teniendo frutos en bien de todos.

Julia, ¡muchas gracias!

Juan G. Cotino Ferrer

President de les Corts Valencianes

PRÓLOGO

Quienes firmamos este Prólogo somos personas que hemos tenido la suerte de compartir con Julia Sevilla Merino una parte importante de su vida, tanto en el ámbito personal como profesional y académico. Con ello hemos disfrutado de la profunda amistad de quien fue la primera profesora titular en España de Derecho Constitucional, compaginándolo con el cuidado de una familia numerosa y, además, ocupar durante treinta años la condición de Letrada de Les Corts.

Por todo ello, no sólo quienes somos sus amigas y amigos hemos querido llevar adelante este proyecto de publicar un libro-homenaje, con numerosas colaboraciones, sino que también la Mesa de Les Corts ha aceptado, en la VIII Legislatura, este reto y aprobó hace ahora un año y medio la edición del mismo. Con ello el Órgano Rector de la Cámara quiere explicitar su reconocimiento singular a una persona que estuvo en los primeros “pasos” de Les Corts, ayudando a su consolidación como primera Institución de la Generalitat, aportando su sabiduría, su ingenio y sus “ocurrencias”, sin las cuales hoy no serían realidad muchas de las virtudes con que cuenta la Cámara.

Desde que nos pusimos en marcha han sido muchísimas las personas que han querido colaborar en este libro-homenaje, pero el tiempo se nos echaba encima y hemos tenido que cerrar la participación con más de medio centenar de colaboraciones. Una obra que es un homenaje a la Dra. D^a Julia Sevilla Merino en reconocimiento a su labor como Letrada, también como académica y por su contribución a la conceptualización del género como categoría de análisis jurídico-constitucional.

Julia Sevilla inició una corriente doctrinal en el área de derecho constitucional que en los últimos años se ha ido consolidando y que reclama la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el análisis jurídico y, especialmente, en el derecho constitucional. Se trata de desvelar la aparente neutralidad de los textos constitucionales y vincular la teoría crítica feminista al método de análisis del Estado y del derecho constitucional.

En un primer momento esta propuesta doctrinal la inició la profesora Sevilla Merino a través de sus enseñanzas formando doctoras y dirigiendo las primeras investigaciones en España que incluían la perspectiva de género en el derecho constitucional. Con el tiempo, el grupo de profesoras de Derecho Constitucional y otras áreas afines que aplican a su trabajo la teoría feminista ha ido creciendo y extendiéndose por todo el

Estado. Un momento de inflexión en su desarrollo se produjo en 2004, con la creación de la Red Feminista de Derecho Constitucional, presidida por la homenajeadada en este libro. La Red ha desarrollado desde entonces numerosos proyectos, ha organizado congresos y seminarios y ha realizado publicaciones, algunas de las cuales han obtenido relevantes premios científicos; se ha convertido, en definitiva, en referente a nivel nacional e internacional.

En su vertiente investigadora, la profesora Sevilla ha publicado una extensa obra, cubriendo varias líneas de trabajo, que además de incidir en el Derecho Parlamentario son significativas las de la democracia paritaria, el derecho a la participación política y el derecho autonómico desde la perspectiva de género

Tanto su actividad profesional, como la investigadora, no le han impedido tener una vinculación significativa con el movimiento asociativo de mujeres y participar en diversos Consejos asesores de la Mujer, a nivel autonómico y estatal.

A todo ello se suma una gran dedicación, a su extensa familia: siete hermanos, dos hijas y dos hijos y varios nietos, tres chicas y dos chicos, para quienes siempre encuentra el tiempo necesario, la conversación oportuna y, sobre todo, el cuidado en su más amplio sentido.

Cuando Julia Sevilla se jubiló sus compañeros y colaboradoras más cercanas, en realidad algunas incluso somos alumnas suyas, aunque a ella no le gusta esta terminología, nos planteamos la posibilidad de publicar un libro-homenaje, movidas no sólo por el afecto sino también por el reconocimiento a su contribución a la consolidación de Les Corts, la ciencia del Derecho Constitucional y a la igualdad de las mujeres.

Esta idea, como ya hemos señalado, tomó forma y se hizo realidad cuando la Mesa de Les Corts, en su reunión de 10 de julio de 2012, aprobó el Acuerdo 733/VIII, mediante el que se aprobada la edición de este libro-homenaje a Julia Sevilla, cubriéndose mediante él, el reconocimiento a su amplia y fructífera actividad, profesional, académica, intelectual y de contribución eficaz a la igualdad de las mujeres.

El libro intenta ser un compendio de varias cosas. Por una parte, manifiesta el agradecimiento, de muchas, por las enseñanzas recibidas y el homenaje a la persona por su contribución a la ciencia del Derecho Constitucional. Por otra parte, también es una muestra de afecto que las personas que participan en este libro quieren rendirle a Julia. Una persona, como sabemos quienes hemos trabajado con ella, que siempre ha sido especial y a pesar de estar formalmente jubilada tiene la consideración académica de profesora honorífica. Ello le permite seguir en la Universidad, participando en cursos de Derecho Parlamentario en Les Corts, continuar liderando e impulsando nuevos proyectos acerca de la igualdad de mujeres y hombres, lo que, tal y como ella dice, no es sólo un proyecto científico sino también un proyecto de vida.

Por todo ello, a la vida y trayectoria de Julia Sevilla se ha querido dedicar este libro que prologamos. En él queremos dejar constancia del agradecimiento explícito tanto a quienes lo han hecho posible, Presidente, Mesa de Les Corts, autoras y autores que participan, como a la persona a la que rinde homenaje, que nos ha permitido desde la amistad, poder contar con una de las más fieles, eficaces y constructiva compañera de viaje. Gracias Julia.

María del Mar Esquembre Valdés
Asunción Ventura Franch

Margarita Soler Sánchez
Francisco J. Visiedo Mazón

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES MARROQUÍES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

AICHA ABOUNAI

Marruecos, como otros países árabes, ha sido sacudido por revueltas callejeras protagonizadas por el movimiento del 20 de febrero. No obstante no conoció ni revolución ni ruptura en el ejercicio del poder a pesar de que no haberse librado de la influencia de la llamada «primavera árabe».

La monarquía supo desactivar el descontento proponiendo rápidamente reformas constitucionales que, sin obtener la adhesión de todos los componentes del sector político, han sido ampliamente sostenidas y han creado dos campos distintos:

El sector de quienes sostuvieron las reformas propuestas y se contentaban con eso, y el sector de quienes rechazaban por una parte la forma en la que se plateaba la reforma constitucional por medio de una comisión designada por el rey en lugar de ser elegida y, por otra, que el contenido propuesto no alcanzaba las reivindicaciones propuestas por el movimiento 20febrero y tampoco respondían a las aspiraciones democráticas del pueblo.

Una semana después del anuncio de la reforma constitucional, una treintena de asociaciones se agruparon para crear una coalición que se llamó «Primavera femenina para la igualdad y la democracia», con el fin de pedir la inscripción de la igualdad hombres y mujeres en la Constitución y exigir la primacía de los convenios internacionales sobre las normas nacionales. La red de mujeres solidarias constituida por más de ciento veinte asociaciones y cooperativas presentó un memorándum a la comisión encargada por el rey, para presentar un proyecto de reformas constitucionales.

El memorándum pedía entre otras cosas el «fortalecimiento de las garantías constitucionales de la igualdad, estipulando [en la constitución] el principio de igualdad entre mujeres y hombres en los derechos políticos, económicos, sociales y culturales, conforme a los convenios internacionales de derechos humanos».¹

El 17 de junio de 2011 se publicaba en el Boletín nº 5952 *bis* del *Boletín Oficial del Reino Marroquí* el proyecto de Constitución de Marruecos y la convocatoria de referéndum para el día 1 de julio de 2011, ampliándose hasta el 3 de julio para los no residentes.

En la «reforma constitucional global» adoptada el 1 de julio, el estatuto de la mujer va a ocupar una posición importante. A parte del hecho de que la constitución cada vez que habla de favorecer se dirige a las ciudadanas y ciudadanos, la Constitución va a contar con varias disposiciones favorables a las mujeres.

Desde el Preámbulo, se proclama que el reino de Marruecos se compromete a combatir toda discriminación contra cualquier persona en función del sexo. Este compromiso de lucha contra toda forma de discriminación otorga prioridad a las discriminaciones por razón de sexo, e incluso es mencionado en primer lugar, ocupando un

¹ MEMORÁNDUM MUJERES SOLIDARIAS, «REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS DE LAS MUJERES», http://www.femmes-med.org/IMG/pdf/Memo_femmes_

lugar privilegiado por encima de cuestiones relacionadas con la raza, las creencias, la cultura, por causas sociales o regionales, la lengua o discapacidad.²

El preámbulo habla de igualdad de posibilidades, de respeto de la dignidad humana y de la criminalización de las violencias hechas a las mujeres.

Incluso, el preámbulo da preeminencia a los convenios internacionales, debidamente ratificados por Marruecos, sobre las leyes nacionales.³ Lo que había sido una de las reivindicaciones del movimiento feminista. El artículo 6 estipula claramente que: «los poderes públicos trabajan en la creación de las condiciones que permitan generalizar la efectiva libertad e igualdad de las ciudadanas y de los ciudadanos, así como su participación en la vida política, económica, cultural y social».

El título dos define el estatuto de la mujer en el artículo 19 de la constitución.

Este artículo es el primero del título II denominado «libertades y derechos fundamentales». Dispone que los hombres y las mujeres gocen de igualdad en el disfrute de los derechos humanos y de las libertades de orden civil, político, económico, social, cultural y medioambiental.⁴ La constitución da un gran paso al establecer el principio de igualdad entre hombre y mujeres. El nuevo texto constitucional introduce también la paridad como un objetivo, anunciando la creación de una Alta Autoridad para la paridad y promulgando la necesidad de luchas contra toda forma de discriminación hacia las mujeres.

El artículo 30 prevé la intervención del Estado con el objetivo de favorecer la igualdad de mujeres y hombres en el goce y disfrute de los derechos a elegir y ser elegidos.⁵ No se trata de proclamar un derecho sino más bien de subrayar la responsabilidad del Estado para permitir su ejercicio.

En el mismo sentido el artículo 31 subraya la responsabilidad del Estado, y los organismos públicos, así como las colectividades territoriales para facilitar el acceso igual de las ciudadanas y de los ciudadanos a un conjunto de derechos.

El artículo 34 estipula que los poderes públicos elaboran y *ponen en marcha* políticas destinadas a las personas con necesidades específicas. Con este fin, velan particularmente para tratar y prevenir la vulnerabilidad de ciertas categorías de mujeres y de madres, niños y personas de edad, contra toda forma de discriminación.

La constitucionalización de los derechos de la mujer es sin duda un avance importante en el reconocimiento del estatuto de ciudadanía a las mujeres de Marruecos en igualdad de condiciones respecto a los hombres.

No obstante, es indispensable concordar las leyes nacionales con los convenios internacionales, y estudiar cuanto antes la aplicación de los principios de la paridad

² El preámbulo del texto de la constitución afirma que Marruecos se compromete a «Proscribir y combatir todo género de discriminación, por motivo de sexo, color, creencia, cultura, origen social o regional, lengua, discapacidad, o cualquier otra circunstancia personal».

³ «Otorgar primacía, sobre las legislaciones nacionales, a los convenios internacionales debidamente ratificados por Marruecos, en el marco de las disposiciones de la constitución, de las leyes del Reino y de su arraigada identidad nacional, tras la inmediata publicación de tales convenios; obrando por la adecuación de las mencionadas legislaciones a las exigencias de la ratificación en cuestión».

⁴ Art. 19: Los hombres y mujeres gozan de igualdad de los derechos humanos y las libertades de orden civil, político, económico, social, cultural y ambiental, según lo establecido en esta y otras disposiciones de la Constitución, y en los convenios y pactos internacionales debidamente ratificados por el Reino [...] El gobierno marroquí está trabajando para lograr la paridad entre hombres y mujeres. Se ha creado, para este propósito, una Autoridad para garantizar la Igualdad y la lucha contra cualquier forma de discriminación.

⁵ Art.30: «Sont électeurs et éligibles, tous les citoyennes et les citoyens majeurs jouissant de leurs droits civils et politiques. La loi prévoit des dispositions de nature à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives».

enunciados en la nueva constitución. Una excepción importante se plantea al principio de paridad e igualdad de derechos: la conformidad con la identidad nacional. Conociendo que la religión forma parte de la identidad nacional definida por la constitución, la cuestión es cómo van a ser conciliadas ciertas disposiciones discriminatorias tales como la desigualdad en la herencia entre el hombre y la mujer, la poligamia, la prohibición del matrimonio de la mujer marroquí con alguien que no profese la fe musulmana...

¿CUÁL ES EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA CONDICIÓN DE LA MUJER?

Las últimas elecciones legislativas del 25 de noviembre de 2011, constituyen el primer examen para la puesta en práctica de las disposiciones de la nueva constitución en lo que concierne a la situación de las mujeres. Así, a excepción de la disposición que elevaba el número de escaños reservados para las mujeres sobre la «lista nacional» a 60 en lugar de 30 como antes, la participación de las mujeres no ha experimentado un cambio notable.

El movimiento femenino marroquí dirigió una investigación sobre la posición de las mujeres en las listas electorales y el interés concedido a los derechos de la mujer en los programas electorales. Esta investigación, realizada por la coordinadora de la red de mujeres solidarias destacó el hecho de que los partidos no están convencidos de la aceptación del principio constitucional de paridad en el acceso a los puestos de responsabilidad contenido en los artículos 6, 19 y 30 de la ley suprema adoptada por referéndum a principio de julio de 2011.

El estudio puso de relieve que los partidos políticos todavía no habían adoptado el enfoque de género como instrumento de organización interna y para preparar las elecciones, lo que explica que la totalidad de los partidos agotasen sus reservas mujeres competentes en las listas nacionales.

La baja tasa de representación femenina en los órganos dirigentes de los partidos y de los sindicatos no ha atudado a abogar en favor de una mayor presencia de mujeres en las listas electorales. A menudo se consigue una presencia meramente simbólica a causa de la hegemonía masculina y de la prevalencia de mentalidades conservadoras, que amenazan con eliminar los derechos adquiridos por las mujeres.

Y si la nueva constitución registró una evolución importante en favor de los valores universales en respuesta a las reivindicaciones de las mujeres relativas a la igualdad y a la paridad, los partidos se han quedado lejos de cumplir las disposiciones constitucionales en sus programas electorales.

La tasa de representación de las mujeres era ¿Cuándo? ¿POR QUÉ IMPERFECTO? del 22,87 % con 1624 candidatas sobre un total de 7102. Las cabezas de lista constituían el 5,24 % sobre el conjunto de las listas al nivel nacional. El número de partidos que sobrepasaron la tasa del 6 % de las mujeres candidatas en las listas se limita a 3 formaciones políticas.

Los partidos que forman parte del gobierno no pudieron sobrepasar el 10 % de las candidatas femeninas en las listas locales, mientras que esta tasa ha sido sobrepasada por algunos partidos nuevos.

La encarnizada lucha por los mandatos electorales y la ausencia de mecanismos democráticos de nombramiento de los candidatos mandatados por sus partidos, obstaculiza una participación política más importante de las mujeres y una pre-

sencia en el seno de las esferas de decisión que no despierta interés alguno, por el momento, en el seno de los partidos.

Para sobrepasar esta disfunción, se revela indispensable una democratización del funcionamiento de los partidos políticos, así como la adopción de medidas obligatorias que no dependan de la buena voluntad de los partidos políticos para favorecer la participación política de las mujeres, así como la adopción de un «timing» preciso para la aplicación de las nuevas medidas constitucionales.

Las leyes orgánicas debían poner en práctica la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a las funciones políticas, y todavía nos hallamos lejos de que este objetivo sea una prioridad. Ciertamente los partidos políticos deberían aplicar el principio establecido de las cuotas y presentar, por lo menos, un tercio de mujeres en sus listas, pero mientras la medida no sea obligatoria, no se alcanzarán los resultados previstos.

Por lo que respecta a la ley orgánica de la Cámara de Representantes, mantiene el principio de una lista nacional de 90 escaños, de los cuales 60 están reservados para las mujeres -en lugar de los 30 en la lista nacional que existía antes- y 30 son reservados para los jóvenes. Esto garantiza solamente un porcentaje del 15 % de mujeres -contra el 10,8 % en la cámara precedente, lo que sigue siendo insuficiente para tratar de aspirar a una política de paridad.

Al mismo tiempo esta es una medida de doble filo, por una parte favorece el acceso de las mujeres al poder legislativo pero, por otra, puede producir un efecto de «guetorización» ya que al concentrar todas las candidaturas de mujeres en la lista nacional que les está reservada, se les excluya de las listas para las circunscripciones locales. Se observa, por otra parte, muy pocas candidaturas femeninas en estas listas.

El gobierno actual, nacido de las elecciones legislativas y encargado de poner en práctica la constitución, no constituye un ejemplo en materia de paridad. Solo una mujer en el seno de un gobierno de 30 ministros es la mayor expresión de una total «negación de los derechos a las mujeres marroquíes de hoy».⁶

Pactar la igualdad no es suficiente para que la nueva constitución de Marruecos tenga un impacto sobre la realidad. No basta con legislar para garantizar la paridad y la igualdad en la realidad social de cada día.

En un año, ciertamente es difícil, incluso imposible juzgar del valor de un texto constitucional, destinado a insuflar un espíritu que debería traducirse en una dinámica socioeconómica destinada a llevar a Marruecos a la vía de un desarrollo verdadero.

No obstante, el ritmo lento de las reformas permite presagiar perspectivas bastante inquietantes para las mujeres. Lo que queda por hacer para llevar a cabo, en la práctica, las reformas iniciadas por el texto fundamental todavía requiere un esfuerzo colosal.

La Autoridad para la paridad y la lucha contra todas las formas de discriminación, (APALD) como nueva institución prevista por la constitución para velar por el respeto de los derechos y las libertades previstas en el artículo 19, está demorándose demasiado en llevar a la práctica su cometido sobre la igualdad en derechos y libertades de carácter civil, político, económico, social, cultural y medioambiental, enunciados en conjunto de las disposiciones de la Constitución y en los convenios y los pactos internacionales debidamente ratificados por el Reino así como la paridad entre los hombres y las mujeres.

⁶ LAMRABET Asma, «le nouveau gouvernement et les femmes» http://www.gierfi.org/documents/articles/Le_nouveau_gouvernement_et_les_femmes.pdf

A este respecto, el Ministerio de la Solidaridad, de la mujer de la familia y del desarrollo social, abrió la puerta a las publicaciones de las memorias de las autoridades políticas, civiles y sindicales así como las diferentes instituciones nacionales con el fin de que se llevaran a cabo estudios por un comité científico compuesto por un grupo de expertos nacionales especializados en este campo como Rahma Bourkia.

Pero esta iniciativa no fue del gusto de las asociaciones femeninas. En un comunicado, «la Primavera femenina para la democracia y la igualdad», denuncia con vigor esta decisión considerada «inconstitucional». «Estamos indignadas por el hecho de que la misión para crear la Instancia de la paridad y de la lucha contra todas las formas de discriminación sea confiada al ministerio de la Solidaridad, de la mujer, de la familia y del desarrollo social. El proyecto debe ser supervisado por una comisión independiente como se ha decidido para la puesta en marcha de otras instituciones como el Mediador, el CNDH y el CCME. Queremos que la Alta Autoridad de la paridad sea independiente y que no esté sometida a ninguna ideología», protesta el colectivo. Para añadir a continuación: «expresamos nuestra reprobación respecto a esta iniciativa lanzada sin consultar con las organizaciones de derechos humanos y de las asociaciones femeninas y fuera de los debates públicos. Anunciamos a la opinión pública nuestro negativa de garantizar esta iniciativa que rechazamos tanto en su forma como en sus fundamentos».

«La colocación del APALD es una obligación constitucional. Pero esta autoridad debe tener un estatuto que le permita desempeñar un papel de regulador y de supervisión con respecto a las políticas públicas. Para que pueda desempeñar este papel, es imperativo que sea efectivamente independiente y que tuviera un estatuto supra gubernamental al igual que las otras tres instancias de protección y de promoción de los derechos humanos previstas por el artículo 160 de la Constitución».

Pese a la importancia de los cambios llevados a cabo por la nueva constitución, estos cambios no tendrán efecto si no van acompañados de un cambio de los sistemas de referencia, ni de un replanteamiento radical de la sociedad tradicional.

La reforma legislativa por sí sola no ha sido suficiente para atajar un problema que compromete a la vez el orden simbólico, cultural y educativo de cada sociedad. Es necesario abordar esta cuestión teniendo en cuenta los diferentes contextos sociales.

El poder político no ha hecho jamás hizo una apuesta clara por la modernidad, hace malabarismos entre su basamento tradicional y una modernidad de fachada. Estos vaivenes entorpecen todo avance de la situación de las mujeres y todo el desarrollo efectivo de la sociedad.

LOS DIPUTADOS VALENCIANOS Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812: EL DEBATE SOBRE LAS CORTES

LLUÍS AGUILÓ I LÚCIA

Letrado de les Corts Valencianes
Profesor Titular de Derecho Constitucional
de la Universitat de València

Los diputados valencianos en las Cortes de Cádiz tuvieron una participación muy activa a lo largo del debate constitucional. Especialmente destacaron Joaquín Lorenzo Villanueva y Francisco Xavier Borrull sobre los que ya hemos realizado sendos trabajos monográficos.¹

En este caso abordamos las intervenciones de todos los diputados valencianos en el debate del Título más extenso de la Constitución. El Título III referente a las Cortes comprende 141 artículos, concretamente del 27 al 167 de los 384 que tiene la Constitución de Cádiz. La razón de tal extensión responde a la voluntad de los constituyentes de regular de manera detallada muchos aspectos relacionados, por ejemplo, con el procedimiento electoral o el funcionamiento de las propias Cortes. Sin duda muchos de esos preceptos deberían haberse regulado en una Ley electoral o en el Reglamento parlamentario pero los diputados de Cádiz, como decimos, prefirieron que lo fuera en la propia Constitución.

A este Título III, los diputados valencianos presentaron un total de 26 enmiendas especialmente a la regulación de las juntas electorales de provincia y al procedimiento de celebración de las Cortes. Además, intervinieron en un total de siete debates. Su participación aparece en nueve de los once capítulos que comprende el Título.

CAPÍTULO I: DEL MODO DE FORMARSE LAS CORTES

A este primer Capítulo del Título III se presentaron tres enmiendas que en ningún caso fueron aceptadas, correspondiendo dos a Borrull y una a Villanueva. Aquí aparecen ya los dos diputados valencianos que más presencia y participación tuvieron en Cádiz. Pero además, estamos ante uno de los momentos clave de todo el proceso constituyente.

El debate del artículo 27 del Proyecto fue quizás de los más interesantes. Dicho precepto establecía que: «Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá». Este precepto consagraba el principio de la soberanía nacional y rompía con la tradición de la representación estamental de las Cortes del Antiguo Régimen.

El primer diputado en intervenir fue Francisco Javier Borrull en su mejor discurso parlamentario donde se oponía al nuevo principio de representación política presentando una enmienda en la que planteaba que las Cortes se celebrasen «con asistencia de las tres clases o estamentos, y formando cuerpos separados» (página 1.822).

Borrull se opone a «la celebración de las Cortes sin los estamentos o brazos» obligándole a ello «el bien del Reino, y no los intereses de los particulares» porque sólo pretende «defender los derechos del pueblo», «procurar la conservación de la libertad política» e «impedir que acabe con todos ellos el feroz despotismo que ha afligido a España por tantos años» (página 1.820).

¹ AGUILÓ LÚCIA, L. «Joaquín Lorenzo Villanueva y la Constitución de 1812» en *El legado de las Cortes de Cádiz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 795-814; y AGUILÓ LÚCIA, L. «Borrull y la Constitución de 1812» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 26, Valencia, 2012, p. 17-45.

Además dice en su discurso que «en la Constitución se forma una línea que divide el poder del Rey del que se ha reservado el pueblo, y la Nación debe adoptar los medios más eficaces y poderosos para asegurar que ninguno traspase dicha línea» porque una «triste experiencia», mostraba que algunos Reyes intentan «aumentar su poder, y apropiarse parte de aquellas facultades que competen al pueblo, como lo ejecutaron el Emperador Carlos V y Felipe II». Y ha sucedido «en los dos últimos siglos» en que los reyes se rodearon de quienes aspiraban al despotismo, procuraron que se eligieran «diputados de su confianza» y se valieron de todos los medios para captar su voluntad. Por ello, continúa, se necesitaban «multiplicadas y fortísimas barreras», que impidieran la destrucción de los derechos del pueblo «y el medio más seguro para lograrlo es la concurrencia de los estamentos del Clero, de la Nobleza y de la Plebe en las Cortes; pues entonces se necesitaría el consentimiento de los tres para el establecimiento de cualquiera ley» y sería imposible que, «redujese a sus ideas a todos, y no hubiese siquiera uno cuya mayor parte de individuos quisiera lograr mirar por el bien del Rey y derechos del pueblo, y así quedarían siempre sin efecto los proyectos contrarios a éste» (página 1.820). En este sentido recuerda la tradición sobre todo de Aragón, Valencia, Cataluña e incluso también el caso de Navarra, recordando que fue Felipe V quien en el caso de la Corona de Aragón hizo desaparecer unas instituciones propias (página 1.820).

Ahora bien, Borrull aborda también la cuestión desde la óptica de qué pasaría si las Cortes sólo estuviesen compuestas por nobles, como pasaba en el gobierno feudal. En este sentido considera que el sistema sería «sumamente defectuoso porque las partes monárquicas y aristocráticas de la Constitución, se estarían combatiendo continuamente» ya que ambas querrían aumentar sus prerrogativas y se rompería el equilibrio necesario.

Aún coincidiendo con los liberales en la limitación del poder monárquico y en el principio de división de poderes, Borrull entendía en cambio que la mejor manera de conseguirlo era con unas Cortes estamentales y para ello apeló a que la Comisión previno que «las Leyes Fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones que aseguren de modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de la Nación» y en este sentido recuerda las antiguas leyes de Valencia, de Cataluña, de Aragón o de Castilla. Concluyendo que así se habían conservado incluso en Navarra, por lo que no debían derogarse.

Como bien indica Maria Luisa Castillo Bayo en su estudio sobre Borrull, éste «defendía una representación corporativa en unas Cortes con tres estamentos separados ligados a sus representados y no a la Nación. Cortes que representarían al Reino ante el Rey, dos instancias con entidad política propia, ambas titulares y ejercitantes de la soberanía. En su pensamiento era el poder mismo lo que se dividía y no su ejercicio, al repartirse uno se repartía el otro y los sujetos a que se imputaba el poder político lo ejercían en su nombre y no en el nombre de otros. Era la defensa de la libertad de un grupo frente a otros. Este sistema estaba establecido en las llamadas Leyes Fundamentales españolas desde la Edad Media, se había perdido con el Despotismo y ahora había que restaurarlo. Por ello entendía que la defensa de la libertad requería mantener la identidad histórica».²

² CASTILLO BAYO, M^a L. «E.X. Borrull. Discursos e intervenciones parlamentarias en las Cortes de Cádiz» Institut Alfons el Magnànim-Diputació de València, 2007, p. 59.

A su intervención siguieron la de otros diputados, especialmente la de los asturianos Pedro Inguanzo y Agustín de Agüelles, el primero a favor de Borrull y el segundo en contra y, finalmente, hubo una votación nominal y el artículo fue aprobado (página 1.841) el 13 de septiembre, por 112 votos a favor y 31 en contra, entre los que se enconstraba el de Borrull al no ver aceptada su enmienda.

La enmienda de Joaquín Lorenzo Villanueva a este capítulo se presentó al artículo 29 en el que se establecía que la base para la representación nacional «es la población compuesta de los naturales que por ambas líneas sean originarios de los dominios españoles, y de aquellos que hayan obtenido de las Cortes carta de ciudadano, como también de los comprendidos en el artículo 21».

El debate de este precepto fue largo y prolijo con especial participación de los diputados americanos. Se desarrolló en los días 14, 15, 17 y 20 de septiembre de 1811. Joaquín Lorenzo Villanueva intervino el segundo día para defender su enmienda de modificación. En ella propone modificar la base de la representación nacional ya que entiende que «no puede ser esta base la misma en ambos hemisferios, sin que en uno y en otro se exijan igualdades cantidades para las personas que las han de componer». Para evitar la desigualdad propone dos cosas «o que en el caso de las Américas entre todos los españoles de aquéllos dominios, si sola esta cualidad basta para ser comprendidos en el de la península a los españoles europeos, aunque no sean ciudadanos, o que en la península entren sólo en este cómputo los ciudadanos, si en el de América no se da entrada a todos los españoles sino sólo a los ciudadanos» (página 1.859). Al final del largo debate el precepto del Proyecto de Constitución se aprobó como estaba (página 1.891) y la enmienda de Xàtiva no se admitió.

Finalmente Borrull presentó una enmienda de modificación al artículo 31, que era el que fijaba el número de diputados: «Por cada 70.000 almas de población, compuesta como queda dicho en el artículo 29, habrá un diputado de Cortes». Borrull en su enmienda propone elevar a 100.000 el número de «almas de población» por diputado «con lo cual habrá bastantes para representar dignamente a esta grande y poderosa Nación, lo que no pende del número, sino de la cualidad de los mismos». Para ello, se basa en dos argumentos tradicionales de este tipo de enmiendas. Por un lado, porque «no permite el bien del Estado que se compongan las Cortes de un excesivo número de diputados. La gran multitud de las mismas ocasiona muchas dilaciones en los negocios que han de tratarse». Y, por otro, dice que «hay también otra razón especial» «... y es el gravamen que ha de resultar a la Nación el excesivo número de diputados por causa del pago de las dietas o ayudas de costas señaladas a los mismos» (página 1.892). La enmienda no se admitió (página 1.893) sin que se modificara el precepto.

CAPÍTULO III: DE LAS JUNTAS ELECTORALES DE PARROQUIA

No habiéndose presentado enmienda alguna al breve Capítulo Segundo (Del nombramiento de los Diputados en Cortes), la siguiente participación de los diputados valencianos aparece en este Capítulo con dos enmiendas de Joaquín Lorenzo Villanueva que sí se admiten y con la intervención en un debate de Manuel de Villafañe i Andreu.

La primera enmienda de Villanueva es de supresión al artículo 45 que establecía que. «Para ser nombrado elector parroquial se requiere ser ciudadano, mayor de 25 años, vecino y residente en la parroquia, casado o viudo». Villanueva se opone a que al final aparezcan las referencias a «y casado o viudo» porque «aunque estoy seguro de que la Comisión las ha puesto con el fin laudable de promover los matrimonios, acaso la ma-

ledicencia o la ignorancia pudieron persuadir que zahieren el celibato en general; y esto debe evitarse, mayormente cuando son obvios los medios directos o indirectos que tiene el Gobierno para estimular a que se casen los que no son llamados a la virginidad o a la continencia». Villanueva añade que «una cosa es promover los matrimonios y otra hacer odioso el celibato» (página 1.907). La enmienda del de Xàtiva, se aprobó (página 1.908).

La segunda enmienda de Joaquín Lorenzo Villanueva y la intervención del Diputado de Castelló de la Plana, Manuel de Villafañe i Andreu, se produjo al debatirse el artículo 46 que decía: «Las juntas de parroquia serán presididas por el Corregidor, Alcalde o Juez de la ciudad, villa o aldea en que se congregaren; y si en un mismo pueblo por razón del número de sus parroquias se tuvieren dos o más Juntas, presidirá una el Corregidor o Alcalde, y los Regidores por suerte presidirán las demás.

Ante la pretensión del diputado gaditano de San Roque, Vicente Terrero Monestero, que las Juntas las debía presidir el cura párroco, Joaquín Lorenzo Villanueva presentó una enmienda de adición en el sentido de que se mencione al cura párroco a la hora de regular la composición de las juntas parroquiales aunque no forme parte de las mismas. No se trataba de que las presidiera sino que «con su presencia las autorice» (página 1.915).

Por su parte Villafañe tampoco comparte la enmienda de Terrero de que el cura párroco presida la junta de parroquia, sino que sólo se mencione la «asistencia del cura párroco para mayor solemnidad del acto», apoyando la enmienda del de Xàtiva. Villafañe recuerda además que «se trata de unas juntas que no son eclesiásticas, ni en su objeto, ni en sus caudales, y que no tienen de parroquiales más que el nombre, pudiéndose haber llamado *de comisaría* o *de barrio*» (página 1.916).

La enmienda de Villanueva se aceptó añadiéndose en el precepto la referencia a «con asistencia del cura párroco para mayor solemnidad del acto» (página 1.917).

CAPÍTULO IV: DE LAS JUNTAS ELECTORALES DE PARTIDO

En este largo Capítulo que comprende casi 20 artículos y que regula de manera detallada el procedimiento electoral en la fase correspondiente a las Juntas Electorales de Partido, sólo se produce una intervención puntual del diputado Joaquín Lorenzo Villanueva al debatir el artículo 63 del Proyecto de Constitución. Este precepto establecía que: «El número de electores de partido será triple al de los diputados que han de elegir».

A este precepto el diputado aranés Felipe Aner d'Esteve propuso una enmienda para que el número de los electores de partido fuera al menos el cuádruple o, incluso, el quíntuple de los diputados a elegir por considerar que «cuanto mayor sea el número de electores, tanto más conocimiento tendrá la Junta Electoral de las personas que por su probidad, patriotismo e ilustración merezcan a ser llamadas a la representación nacional» (página 1.918).

A ello se opone el de Xàtiva y recuerda el Compromiso de Caspe en el que nueve personas eligieron al sucesor del Rey Martín el Humano. La enmienda de Aner no se admitió (página 1.918).

CAPÍTULO V: DE LAS JUNTAS ELECTORALES DE PROVINCIA

A este Capítulo, que cierra la prolija regulación del procedimiento electoral y que comprende 25 artículos, los diputados valencianos presentaron un total de siete en-

miendas (dos de Villanueva, dos de Borrull, dos de José Martínez y una de Manuel de Villafañe). Además, José Martínez interviene en dos debates y Vicente Traver realiza una propuesta puntual.

La primera intervención se produce por parte de José Martínez durante el debate del artículo 85 del Proyecto de Constitución, que se refiere a las certificaciones de las actas de las elecciones.

Ante las dudas que plantean sobre el procedimiento tanto el diputado canario Santiago Key Muñoz, como el leonés Joaquín Díaz Caneja, Martínez se suma a los argumentos de Argüelles y del Conde de Toreno, entre otros, para corroborar que a su entender el precepto está bien redactado. A este respecto dice: «creo que no habrán las dificultades que vemos ahora pero si hubiere algún elector mal nombrado, cargue su partido con la pena». Se refiere al Partido Judicial. Y añade: «aún hay otros casos en que sin tener culpa los partidos se deberá proceder a la elección; esto es, porque los electores no fueron puntuales, enfermaron o no quisieron; pero sea como fuere, deberá hacerse la elección de diputados con los que haya en el día señalado» (página 1.923). El artículo quedó aprobado sin modificación.

El artículo 88 del Proyecto de Constitución es el que regula la elección definitiva de los diputados de cada provincia. En él se dice que: «Se procederá enseguida por los electores que se hallen presentes a la elección del diputado o diputados, y se elegirán de uno en uno y por escrutinio secreto mediante cédulas en que esté escrito el nombre de la persona que cada uno elige». Esta última parte del precepto plantea dudas. Manuel de Villafañe y José Martínez presentaron sendas enmiendas de modificación para clarificar mejor el precepto. Su propuesta era que desaparezca el carácter secreto de la votación. Al respecto Villafañe dice: «creo que el modo de conciliar todo sería que el mismo secretario recibiere el voto de cada uno de los electores, lo dijeren en baja voz». Y recuerda que los diputados valencianos así se eligieron (página 1.924).

José Martínez se mantiene en la misma línea oponiéndose al carácter secreto de la votación pero reclamando una mayor publicidad del voto (página 1.924).

Ambas enmiendas se admitieron junto con la del extremeño Diego Muñoz-Torres, que proponía que también figurasen los escrutadores junto al secretario para examinar los votos; y luego la del también extremeño de Castuera, Manuel Luján y Ruiz, quien insistía en el carácter público de la elección (página 1.924).

Por último el valenciano Vicente Tomás Traver recogió todas estas enmiendas quedando redactado así el artículo 88: «Se procederá enseguida por los electores que se hallen presentes a la elección del diputado o diputados, acercándose a la mesa donde se hallen el presidente, los escrutadores y secretario, y éste escribirá en una lista, a su presencia, el nombre de la persona que cada uno elige. El secretario y los escrutadores serán los primeros que voten» (página 1.925).

Por su parte el artículo 91 del Proyecto de Constitución establecía los requisitos para ser diputado: «Para ser diputado a Cortes se requiere ser ciudadano, que esté en el ejercicio de sus derechos, mayor de 25 años, y que haya nacido en la provincia o esté vecindado en ella con residencia al menos de siete años, bien sea del Estado seglar o del eclesiástico secular, pudiendo recaer la elección en los ciudadanos que componen la Junta, o en los de fuera de ella».

A este precepto presentó una enmienda de adición Joaquín Lorenzo Villanueva, siendo el primer diputado que interviene en su largo debate. Villanueva recuerda que los Obispos habían participado en las Cortes anteriores desde los Concilios de Toledo

y que no tenía sentido su exclusión en la nueva composición de las Cortes. Al respecto recuerda que en las Cortes del Reino de Valencia asistía el Arzobispo de Valencia y otros Obispos, citando a los Abades de Poblet, Benifassà, la Valldigna, el Prior del Monasterio de Sant Jeroni de Cotalba, el de la Cartuja de Valldecrist y el General de la Orden de la Merced. Por ello decía «no hallo yo inconveniente en que eligiéndose ahora diputados de toda la masa de la Nación, pudiera ser nombrado alguno de estos prelados, así como serlo los que en las Cortes anteriores fueron individuos de los otros brazos. No veo contra esto razón alguna fundada en la naturaleza misma del estado monástico» (página 1.925).

Por todo ello, concluía: «así entiendo que convendría hacer una adición a este artículo, en que después de las palabras *bien sea del Estado seglar o del eclesiástico secular* se dijere *o prelado eclesiástico secular*» (página 1.926). La enmienda no se admitió.

A este mismo precepto presentó una enmienda el diputado mejicano Mariano Mendiola Velarde, con la pretensión de que no todos los europeos en América pudieran ser diputados. Esas eran sus palabras: «yo propongo que para que el vecino de la provincia pueda ser diputado a Cortes, haya adquirido aquella relación por el título de labrador en tierras propias, manufactor o establecedor de alguna fábrica, y además de esto en las Américas que sea minero matriculado, y trabaje en alguna mina, cuando no sea labrador, fabricante o manufacturero (página 1.928).

El valenciano José Martínez se opuso a esta enmienda entendiendo que todos los europeos en América tenían derecho a poder ser elegidos diputados en Cortes si reunían el resto de los requisitos (página 1.930).

El artículo 91 se acabó aprobando sin variación después de un largo debate (página 1.938).

Hay que remarcar que en esta primera sesión de las Cortes de 26 de septiembre de 1811 y antes de proseguir el debate constitucional, el setabense Joaquín Lorenzo Villanueva presentó una representación de su ciudad natal para que se revocase del Decreto «por el que se la declaró pueblo nuevo y colonia con el nombre de San Felipe, de resultas de la resistencia que hizo al partido de Felipe V en la Guerra de Sucesión». Y las Cortes por unanimidad restituyeron a la ciudad el nombre de Xàtiva del que fue despojada, expidiendo el correspondiente Decreto (página 1.921).

Y siguiendo con el debate constitucional hay que indicar que en el artículo 92 del Proyecto de Constitución completaba los requisitos para ser elegido diputado a Cortes al exigir también «tener una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios».

A este precepto tanto Borrull como Villanueva coincidieron en la presentación de sendas enmiendas de supresión por razones en gran parte coincidentes.

El primero recordaba que existían muchos militares, comerciantes, magistrados, empleados y también eclesiásticos que aún tener suficientes méritos para ser diputados, no podían serlo al carecer de «bienes propios». En el caso de los eclesiásticos consideraba que «no pueden considerarse propietarios, siendo de la iglesia los bienes de las prebendas o beneficios y ellos administradores de los mismos». Por todo ello, Borrull pedía la supresión de que la renta debía ser procedente de «bienes propios» (página 1.941).

Por su parte Villanueva proponía la misma supresión pero, en su caso, aduciendo sólo que tal limitación afectaba a los clérigos ya que -decía- «nunca jamás puede llamarse procedente de bienes propios la renta de cada uno de los eclesiásticos en parti-

cular, aunque estos bienes sean propios de la Iglesia». Y añadía: «son muy contados los clérigos de España que además de la renta de sus prebendas o beneficios tengan otras proporcionadas procedentes de bienes patrimoniales u otros que con verdad pueden llamarse propios» (página 1.941).

Es curiosa esta coincidencia de los diputados valencianos que mantuvieron posturas contrapuestas a lo largo del debate constitucional. En todo caso la coincidencia se produce con la referencia a los eclesiásticos, categoría esta a la que pertenecían ambos diputados. Ninguna de las dos enmiendas acabó admitiéndose.

La siguiente intervención se produce en el debate del artículo 97 del Proyecto que establece que: «Ningún empleado público nombrado por el gobierno podrá ser elegido diputado a Cortes por la provincia en la que ejerce su cargo». El diputado valenciano José Martínez presentó dos adiciones. Por un lado, concreta quiénes son esos empleados de gobierno e indica que son «corregidores, alcaldes mayores, etc.» para concretarlo mejor. Y, por otro lado, se suma a la propuesta del diputado manchego Mariano Garoz en el sentido de añadir al final del precepto: «a menos que ejerza su empleo en la provincia de su naturaleza» (páginas 1.944-1.945).

No se admitió la doble enmienda de adición votándose primero el precepto y luego separadamente la adición del manchego aprobada por el valenciano.

La última intervención de un diputado valenciano en el debate del Capítulo que regula las Juntas Electorales de Provincia fue de Borrull, quien presentó una enmienda de supresión al artículo 100 del Proyecto de Constitución, que regula los poderes que recibe el diputado electo.

Concretamente Borrull propone suprimir el precepto todas las cláusulas que aparecen y que pueden impedir tratar «gravísimos asuntos en que tanto puede intervenir el bien del Estado» (página 1.947). Borrull entiende que son cláusulas muy restrictivas. Pese a que la Comisión le indica que al final del Proyecto de Constitución se debatirá el procedimiento de reforma, el valenciano mantiene que la redacción del artículo 100 impide tratar asuntos que pudieran sobrevenir y que no están previstos con los poderes de cada diputado. La enmienda no se admitió (página 1.948).

CAPÍTULO VI: DE LA CELEBRACIÓN DE LAS CORTES

En este Capítulo, que regula el funcionamiento de las Cortes, se produjeron un total de nueve intervenciones por parte de los diputados valencianos. Concretamente se presentaron siete enmiendas de las que se admiten dos y hubo además dos intervenciones en debates, en concreto de Joaquín Lorenzo Villanueva.

La primera intervención fue la enmienda de adición que el Diputado Vicente Tomás Traver Lloria propuso al artículo 109 del Proyecto de Constitución. En él se establecía, vista la experiencia habida al convocarse las Cortes de Cádiz que: «Si la guerra o la ocupación de alguna parte de territorio de la Monarquía por el enemigo impidieren que se presenten a tiempo todos o alguno de los diputados de una o más provincias, serán suplidos los que falten por los anteriores diputados de las respectivas provincias, sorteando entre sí hasta completar el número que les corresponda».

Traver pretendía añadir que se aclarara la suplencia pues existían también diputados nombrados por Ayuntamientos, como era el caso de Valencia o de Peníscola, o por Juntas como también era el caso de la de Valencia. El diputado madrileño José de Zorraquín le aclaró que el precepto era una previsión para el futuro cuando tendría

que elegirse un diputado por cada 70.000 «almas» en cada provincia. La enmienda de Traver no se admitió y el precepto se aprobó tal cual estaba redactado (página 1.955).

Por su parte el artículo 112 del Proyecto fijaba la fecha de la primera reunión preparatoria de las nuevas Cortes en los siguientes términos: «En el año de la renovación de los diputados, se celebrará el día 15 de febrero a puerta abierta la primera Junta preparatoria, haciendo de Presidente el que lo sea de la Diputación Permanente, y los restantes individuos de ella de Secretarios y escrutadores».

A este precepto los diputados valencianos presentaron dos enmiendas diferentes de modificación. La primera fue iniciativa de nuevo de Vicente Traver Lloria, quien considera que «este artículo supone que ha de haber más que el número de individuos necesarios para Presidente, Secretarios y escrutadores, y esto no está todavía determinado. Debiendo decidirse que se elegirá al Secretario y escrutadores de entre los restantes» (página 1.958).

Por su parte Francisco Xavier Borrull propone en su enmienda modificar el precepto para que la Junta preparatoria los años electorales se celebre el 15 de marzo y no el 15 de febrero. Borrull consideraba que había que hacer esta modificación para buscar una mejor situación climática dado que para estar el 15 de febrero tenían que comenzar a acudir a Madrid, o donde se reunieran las Cortes, los diputados «en lo más fuerte del invierno». Frente a esta propuesta se adujo que muchos de los diputados eran labradores y hacendados, y como el periodo de sesiones duraba de marzo a mayo, si se retrasaba el comienzo un mes, es decir, que se acabara en junio como proponía Borrull, podían salir perjudicados todos aquellos diputados que eran efectivamente labradores y hacendados por la fecha de las cosechas (página 1.959).

Ambas enmiendas corrieron diferente suerte. La de Traver se admitió en parte dado que se varió el final del precepto quedando de la siguiente forma: «y de Secretarios y escrutadores los que nombre la misma Diputación de entre los restantes individuos de ella» (página 1.959). Posteriormente el 23 de febrero de 1812, se realiza una corrección de estilo al sustituirse las dos últimas palabras »de ella» por «que la componen» (página 2.812).

Por el contrario, la propuesta de cambio de calendario parlamentario de Borrull no se admitió (página 1.959).

Por su parte el artículo 117 regulaba la fórmula del juramento de los diputados que en realidad era un triple juramento: defender y conservar la religión católica; guardar la Constitución; y cumplir con el cargo de diputado. A ese triple juramento el precepto establecía que en los tres casos, el diputado contestara: «Sí, juro». Si embargo, los diputados Pedro Inguanzo asturiano de Llanes y Vicente Terrero gaditano de San Roque propusieron añadir en la respuesta del segundo juramento «sin perjuicio de variar, alterar y reformar lo que estimen por conveniente para el bien de la Nación» para posibilitar una posible modificación del texto constitucional (páginas 1.959-1960).

En este debate intervino el diputado setabense Joaquín Lorenzo Villanueva oponiéndose a las dos enmiendas al considerar que «para asegurar que los diputados de las Cortes venideras no pudieran jurar la observancia de esta Constitución, se apoya [Inguanzo] en que las leyes de ella en todo o en parte son revocables. No es esa la razón que debe buscarse para ver si un Procurador en Cortes puede ser obligado al juramento de observar y hacer observar las Leyes establecidas en la Constitución; sino si éstas son o no justas». Y añade «el ser revocables, no las hace injustas; luego mientras no las revoque el legislador, es legítimo y en ciertos casos necesario el juramento de

cumplirlas y hacerlas cumplir». Finalmente argumenta que «para calificar la ilegitimidad de este juramento debería probarse antes que son injustas las leyes establecidas en la Constitución. No siéndolo, como no lo son, aún las reglamentarias acomodadas a las circunstancias del lugar y del tiempo, aún cuando en algún caso convenga que se revoque o altere alguna de ellas por el bien de la Patria, pueden muy bien las Cortes mandar ahora que los diputados de las siguientes juren guardar y hacer guardar la Constitución de la Monarquía española después de sancionarla» (página 1.960). No se admitieron las enmiendas de Inguanzo y de Terrero (página 1.961) y el artículo 117 del Proyecto de Constitución quedó aprobado sin variación.

El artículo siguiente 118 del Proyecto de Constitución regula la elección de la Mesa de las Cortes integrada por un Presidente, un Vicepresidente y cuatro Secretarios. A este precepto el diputado extremeño Manuel Luján presentó una enmienda para que se incluyera que nadie puede votarse a sí mismo (página 1.964).

A ello se opuso Manuel de Villafañe con una enmienda diferente pues, «no creía conveniente y sí muy indecoroso el que por una Ley constitucional se estableciese que nadie pudiese votarse a sí mismo; pues debía suponerse que nadie era capaz de tal vileza; aunque por otra parte juzgaba útil el prevenir que no llegara a verificarse este lance, lo que en su concepto se lograría acercándose los diputados a la mesa del Señor Presidente y Secretarios, y dando su voto delante de ellos» (páginas 1.964-1.965).

Esta enmienda de Villafañe para suprimir el voto secreto no se admitió (página 1.965). En cuanto a la enmienda del extremeño se resolvió que se declarase por un artículo expreso que ningún elector pudiese votar a sí mismo (página 1.965). Con relación a ello el diputado valenciano José Martínez pidió «que se añadiera además que el que incurriere en semejante vileza no pudiera jamás ser elegido» (página 1.965).

El artículo 128 del Proyecto de Constitución regulaba la inviolabilidad de los diputados en los siguientes términos: «Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad, podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales que contra ellos se intenten, no podrán ser juzgados sino por el Tribunal de Cortes en el modo y forma que se prescriba en el Reglamento de Gobierno Interior de las mismas». Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los diputados no podrán ser ejecutados por deudas».

A este precepto el diputado extremeño José María Calatrava presentó una enmienda para añadir al final «ni demandados por causas civiles» justo antes de «ejecutados por deudas». A esta enmienda se sumó otra en los mismos términos del diputado valenciano José Martínez. Al respecto éste dijo «en cuanto que no puedan los representantes ser ejecutados por deudas, fue de parecer que debía expresarse con más distinción, a saber: que pudieran ser demandados, pero no ejecutados, pues no veía razón alguna para que no pueda obligársele al diputado a pagar siempre que el acreedor exhiba un documento que incluya la ejecución» (página 1.967).

El artículo se aprobó en principio tal cual (página 1.968) pero al día siguiente 2 de octubre de 1811 se votaron favorablemente las enmiendas coincidentes de Calatrava y de José Martínez (página 1.972). Más tarde el 23 de febrero de 1812 se realizó por la Comisión una corrección de estilo quedando el final del precepto así: «...y un mes después los diputados no podrán ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas» (página 2.812).

Pero antes de la votación el diputado murciano Simón López García presentó una enmienda en el sentido de que la referencia a las «opiniones» a que se refiere el precep-

to debían ser matizadas considerándose sólo las «opiniones políticas» y ello porque con esta adición «quedaría cubierto el diputado aún cuando en sus dictámenes impugnase nuestra santa religión y esto no lo puede permitir V.M.» (página 1.967). Frente a ello, Joaquín Lorenzo Villanueva opina que tiene «por prudente la precaución de este artículo, y por conforme al espíritu y a la práctica de la religión, la cual no consiente que ningún católico sea incomodado por opiniones que ni directa ni indirectamente se oponen a la verdad de sus dogmas» (página 1.968). Lógicamente la enmienda del diputado murciano no se admitió.

Por su parte el artículo 129 del Proyecto de Constitución estableció una prohibición muy clara para evitar situaciones de corrupción: «Durante el tiempo de su Diputación, contado para este efecto desde que el nombramiento conste en la permanente de las Cortes, no podrán los diputados admitir para sí, ni solicitar para otro, empleo alguno de provisión del Rey, ni aun ascenso, como no sea de escala, en su respectiva área. Borrull proponía una enmienda de adición consistente en que tal prohibición se extendiera también a un año después de haber concluido su mandato. Para ello recordaba precedentes históricos en el Reino de Valencia del año 1327, o del Reino de Castilla de 1520. Además, recordaba que ya el 20 de septiembre de 1810, se acordó que «ningún diputado durante el tiempo de su ejercicio, ni un año después pudiera solicitar ni admitir empleo alguno del gobierno». Por todo ello decía «me opongo a que se apruebe el artículo en los términos en que está concebido, y suplico que se declare que los diputados no pueden admitir empleo del gobierno, ni durante el tiempo de los diputados, ni tampoco un año después de haberse concluido» (páginas 1.975-1.976).

Como se debatieron conjuntamente este artículo y el 130 que cerraba el debate del Capítulo VI, la enmienda no se admitió y el precepto se votó al día siguiente 3 de octubre de 1811.

La última enmienda valenciana al Capítulo VI De la celebración de las Cortes del Título III (De las Cortes), fue obra de José Antonio Sombiola Mestre.

El artículo 130 del Proyecto de Constitución fue objeto de su enmienda. Dicho precepto regulaba otros aspectos de sus incompatibilidades en los siguientes términos «del mismo modo [refiriéndose al precepto anterior ya comentado] no podrán durante el tiempo de su Diputación y un año después del último acto de sus funciones obtener para sí, ni solicitar para otro pensión ni condecoración alguna que sea también provisión del Rey». Sombiola era partidario de ampliar el tiempo: «soy de dictamen que la prohibición de admitir los diputados empleos, pensiones y condecoraciones de provisión del Rey, debe principiar desde el momento mismo en que sean nombrados por sus respectivas provincias, porque de otro modo no podrá tener efecto el sabio y político fundamento en que se apoyó la referida prohibición» (página 1.979).

El artículo del Proyecto se aprobó tal cual, sin que se aceptara la enmienda de Sombiola (página 1.983).

CAPÍTULO VII: DE LAS FACULTADES DE LAS CORTES

El Capítulo VII del Proyecto de Constitución y del texto definitivo comprende un solo pero largo artículo, el 131, que regula las veintiséis facultades que corresponden a las Cortes.

A este importante y extenso precepto sólo se presentó una enmienda por parte de los diputados valencianos. Como no podía ser menos fue otra de Joaquín Lorenzo Villanueva, precisamente a la primera facultad de las Cortes: «Proponer y decretar las

Leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario», es decir, la potestad legislativa. El de Xàtiva en su enmienda planteó la supresión de la referencia a «proponer» dejando sólo «decretar». Y ello lo defendía con estos argumentos: «la palabra *propuestas* la entiendo yo por proponer algún Proyecto de Ley a las Cortes. Esta propuesta no entiendo que pueda hacerse por todo el Congreso junto, sino por alguno de sus individuos, como se dice en el artículo 132. Siendo, pues, esta palabra muy vaga, y no pudiendo ser de todo el Congreso la propuesta de los Proyectos de Ley, bastaría que aquí se dijese que a las Cortes toca decretar las Leyes, interpretarlas y derogarlas en caso necesario» (página 1.983).

Ante los argumentos en contra del extremeño Muñoz Torrero, Villanueva apuntó que sólo pretendía aclarar el contenido de precepto indicando que «yo no tengo en esto más interés que el deseo del acierto» (página 1.983). Pese a la buena técnica legislativa que proponía el de Xàtiva, la enmienda no se admitió.

CAPÍTULO VIII: DE LA FORMACIÓN DE LAS LEYES Y DE LA SANCIÓN REAL

A este Capítulo, que regula la formación de las Leyes y la sanción real, los diputados valencianos presentaron un total de cuatro enmiendas. Tres en el mismo sentido al artículo 139 del Proyecto de Constitución y una al artículo 151.

Las tres enmiendas coincidentes se presentaron al artículo que regulaba las votaciones y el quórum necesario para su validez. Concretamente el precepto establecía que: «La votación se hará a pluralidad absoluta de votos; y para proceder a ella será necesario que se hallen presentes al menos la mitad y uno más de la totalidad de los diputados que deben componer las Cortes».

A este precepto presentaron enmiendas de modificación los diputados valencianos Tomás Traver Lloria, Joaquín Lorenzo Villanueva y Xavier Borrull. Y las tres enmiendas tenían la misma finalidad: sustituir el quórum de presencia de la mitad más uno por los dos tercios de los diputados que integran las Cortes.

En su argumentación Tomás Traver decía «dos terceras partes llevan a lo menos la mayoría verdadera, y forman digámoslo así la expresión de la voluntad general, o de la Nación a quien representan (página 1.987).

Corroborando las palabras de Traver, Joaquín Lorenzo Villanueva argumenta que «apoyando esta reflexión añadiré que no necesitándose para el acto de la votación sino la mitad y uno más de los diputados, resultaría que bastando para la aprobación de un Proyecto de Ley la pluralidad absoluta, esto es, la mitad y uno más de los vocales presentes, pudiera llegar el caso de que fuese aprobado un Proyecto de Ley por la cuarta parte de los diputados; y no siendo verosímil que pueda darse por expresada la voluntad general de la Nación por la cuarta parte de los que la representan, parece más prudente que en vez de la mitad y uno más, se exijan las dos terceras partes, como propone el señor Traver» (1.987).

En igual sentido interviene por último Borrull apostillando que «no es difícil que los dos tercios estén donde se reúnen las Cortes y se evita que las votaciones de las Leyes lo sean por unas minorías, es decir, por una cuarta parte» (páginas 1987-1988).

En contra, y en nombre de la Comisión, intervino básicamente Argüelles y ninguna de las tres enmiendas fue aceptada (página 1.988).

La última enmienda a este Capítulo es de Joaquín Lorenzo Villanueva al artículo 151 del Proyecto de Constitución. Es un largo precepto en que se regula la situación

extrema en el que el Rey niega la sanción a un Proyecto de Ley y las Cortes después de tres mandatos vuelven a aprobarlo, entendiéndose en ese caso que se considera ya un Proyecto de Ley «nuevo para los efectos indicados».

Villanueva, al igual que el extremeño Manuel Luján, solicita que se suprima todo el precepto «pues suspendida cuatro o seis años la renovación de un Proyecto de Ley por medios indirectos, que acaso no ocultos, era fácil impedir su sanción volviéndose a negar. Juzgo, pues, que siempre que se haya expresado una o dos veces la voluntad de las Cortes en orden a una Ley, debe esto entrar en cuenta para cuando se vuelva a proponer, aunque pasen sesenta años» (página 2.007). La enmienda de Villanueva y también la de Luján no se admitieron (página 2.007).

CAPÍTULO IX: DE LA PROMULGACIÓN DE LAS LEYES

El Capítulo IX de solo tres artículos regulaba la promulgación de las Leyes por parte del Rey. El artículo clave de Proyecto es el 155, que regulaba la fórmula que debía utilizar el Monarca.

Borrull presentó una enmienda oponiéndose a que en esa fórmula se hiciera mención a que el Rey, además de por la gracia de Dios, lo era también «por la Constitución de la Monarquía española». El diputado valenciano considera que la referencia es una imposición de Napoleón que se reflejaba en el Estatuto de Bayona y, a su entender, carece de antecedentes en la historia de la Monarquía española (páginas 2.008-2009).

Por otro lado a este mismo precepto presentó una enmienda de supresión el diputado por Guatemala, Antonio Larrazabal, quien se oponía a que en dicha fórmula se dijera que el Rey «mandaba» hacer cumplir la Constitución también a las autoridades «eclesiásticas». Frente a él, el diputado de Castelló de la Plana, Manuel de Villafañe se opuso a la enmienda siendo partidario de que el artículo no se modificara, siendo incluso interrumpido según referencia el Diario de Sesiones y acaba diciendo «¿por qué no ha de decir *mandamos* a las autoridades eclesiásticas? ¿por ventura las Leyes que se dirigen a objetos civiles tienen nada que ver con la disciplina de la Iglesia? siendo todos ciudadanos y españoles, ¿qué extraño será que se diga *mandamos*?. Concluyo a V.M. que el artículo está conforme y que es uno de los principales de la Constitución que felizmente va sancionando V.M., y ruego que se apruebe como está» (página 2.010).

También en este debate intervino puntualmente Joaquín Lorenzo Villanueva para oponerse a la enmienda presentada y apoyando el texto del Proyecto (páginas 2.010-2011). Y el artículo se aprobó sin modificaciones no admitiéndose enmienda alguna, incluida la de Xavier Borrull.

CAPÍTULO X: DE LAS CORTES EXTRAORDINARIAS

EL Capítulo X, referido a la regulación de la Diputación Permanente de las Cortes fue uno de los pocos que no fue objeto ni de enmienda, ni de intervención alguna por parte de los diputados valencianos.

En cambio el último Capítulo del Título III, referente a las Cortes extraordinarias, sí que fue objeto de una enmienda por parte de Francesc Xavier Borrull. Concretamente el artículo 162 del Proyecto de Constitución regulaba los casos de convocatoria de las Cortes extraordinarias por parte de la Diputación Permanente. Esta las podría convocar en tres casos: «cuando vacare el Reino»; «cuando el se imposibilitare de cualquier modo para el Gobierno, o quisiera abdicar la Corona en el sucesor»; y «cuando

en circunstancias difíciles y por negocios arduos tuviera el Rey por conveniente que se congreguen, y lo participase así a la Diputación Permanente de las Cortes».

Borrull presentó una enmienda de adición en la que propone añadir en el punto segundo una aclaración de cómo debe intervenir la Diputación Permanente en el supuesto de la inhabilitación del Rey. Su propuesta es que se diga también «autorizar a la Diputación, o bien al Consejo de Estado, para que se informe con certeza de la salud del Rey, y que de ello dé parte a la Diputación» (página 2.021). Como justificación de su enmienda indica que tal como está el artículo «podrá dar ocasión a muchas rencillas, disensiones y trastornos. Se hallará la Diputación perpleja sobre si ha de convocar o no a las Cortes, ni sabrá qué partido tomar (página 2.021).

Con relación a su propuesta, al día siguiente 9 de octubre de 1811 se devolvió el texto a la Comisión, la cual aprobó el 1 de noviembre un nuevo texto, añadiéndose al final de este segundo punto lo siguiente «estando autorizada en el primer caso la Diputación para tomar las medidas que estime convenientes a fin de asegurarse la inhabilitación del Rey (página 2.195). Así pues, la enmienda de adición de Borrull se admitió en gran parte.

Con esta intervención finaliza el análisis de toda la participación valenciana en el debate del Título III de la Constitución de Cádiz referido a las Cortes.

NOTA FINAL

Con esta monografía me uno al homenaje a Julia Sevilla Merino con quien he compartido mi vida profesional en la Universitat de València y en les Corts Valencianes. Cuando la conocí ella trabajaba sobre las ideas internacionales en las Cortes de Cádiz y su padre y maestro mío Diego Sevilla Andrés, me enseñaba a consultar los Diarios de Sesiones de las Cortes. A ambos mi reconocimiento y agradecimiento.

CONSTITUCIONALISMO Y FEMINISMO: SÍMBOLOS Y RELATOS

MANUEL ALCARAZ RAMOS

Profesor de Derecho Constitucional. Universitat d'Alacant

Una consecuencia de la crisis es el reencuentro con debates que presumíamos olvidados. Entre ellos el de la validez de la fragmentación de los relatos. Desde posiciones progresistas hubo práctica unanimidad en lamentar la presunta renuncia, con esos grandes relatos, a grandes ambiciones, con el consecuente déficit de racionalidad y de voluntad transformadora: la fragmentación perjudicaba cualquier afán emancipador fuerte de la humanidad fragilizada. Y, sin embargo, quizá se olvidó distinguir entre lo que la afirmación postmoderna tenía de descriptivo y lo que tenía de prescriptivo, en una actitud común en movimientos críticos, proclives a considerar su identidad continuamente asediada, lo que podría facilitar fracturas en la lógica que lleva desde el análisis a la acción. Pero ello conlleva un precio: la renuncia al matiz, el descuido de formas de racionalidad alternativas o/y complementarias a las de la común estirpe ilustrada. No pretendo, con estas palabras, reivindicar toda fragmentación, pero espero que sirvan para prevenir contra la nostalgia de grandes relatos omnicomprendidos, que psicológicamente exigen formas de militancia política, social e intelectual dependientes de una quimérica unanimidad que seca las fuentes de la imaginación. Y, sin embargo, persiste la pregunta: ¿cómo se reproduce la tensión entre la fragmentación de la narración social y la construcción del posible relato global? Ensayar alguna hipótesis sobre ello, en relación con el feminismo y el constitucionalismo, es el objetivo de estas líneas.

¿Es el feminismo un relato consolidado, aunque no exento de contradicciones enriquecedoras?, ¿o hay que considerarlo como un conjunto yuxtapuesto de narraciones parciales? Así, Cobo ha sintetizado diversas opiniones (COBO, 2003:21 y ss; FRASER, 1997: Passim; MARION, 2000:Passim) al señalar las relaciones «tortuosas» entre feminismo, marxismo y psicoanálisis, cuando estos enfoques intentaron evitar que aquél se constituyera como «paradigma teórico y movimiento político», aunque considera que ello habría beneficiado al feminismo al obligarle a conformar su propio cuerpo de ideas, su *propio relato*. Al fin y al cabo, las sociedades patriarcales no se basan exclusivamente en la explotación económica de la mujer sino, también, en la dominación y la *dirección* ideológica. Además de la injusticia económica hay otra, «cultural y simbólica», que arraiga en patrones de «representación, interpretación y comunicación», incluyendo los problemas asociados al análisis del re-conocimiento. Este hecho, a su vez, contrasta con las prácticas de la postmodernidad, que desestabilizan la identidad de los grupos, como muestra la emergencia de un feminismo postmoderno para el que «la identidad es una prisión» y liberarse de ella una forma de resistir la dominación. La disputa es inevitable y está contagiada de la fragmentación del relato propia de la postmodernidad (MESTRE,2010:31 y ss.). Para bien y para mal.

Desde otro punto de vista: ¿es el constitucionalismo una línea coherente de definición y normativización de lo público-político?, ¿un relato compartido por un mundo de diferentes que ansía ser reconocido como legítimo, pero, a la vez, por un mundo de

semejantes que fundamenta en el constitucionalismo¹ su realidad institucional? ¿Recitan el mismo relato los constitucionalistas que se limitan a glosar las virtudes formales y patrióticas de textos impugnados ahora por la crisis y los que se enzarzan en críticas que van desde la moderada defensa de la reforma hasta el ensañamiento con el pasado y el presente y que parecen negar toda virtualidad al *constitucionalismo realmente existente*?

No tengo respuestas definitivas para las cuestiones propuestas.² Pero intuyo que merecen ser planteadas y que, en conjunto, nos ofrecen un horizonte de conjeturas e hipótesis útiles para cualquier feminismo que se ponga a reflexionar sobre el constitucionalismo y para cualquier constitucionalismo que pretenda seguir madurando sus ideas sobre un pacto constituyente que incluya a los segmentos socialmente débiles. Quizá esta sea una de las pocas conclusiones: la fragmentación actual no sólo nos lleva a repensar la validez absoluta de la fobia a la segmentación analítica, sino que, paradójicamente, nos incita a buscar nuevos relatos generales. En esta aproximación rehuiré una *facticidad* totalizadora para deslizarme por territorios de símbolos sinuosos, indirectos, discontinuos, proclives a sugerir otras geografías por las que hacer discurrir debates.

2

Feminismo y constitucionalismo -y otros relatos de acción emancipadora- comparan una genealogía, aunque los restos arqueológicos que lo confirman sean diversos y hasta contradictorios. Esa genealogía arranca esencialmente de la Ilustración y, más concretamente, de la creencia en el *progreso* como motor de la historia. La genealogía no es sólo referencia al pasado: *progresismo* sigue siendo término de noble intención y defendible trayectoria que implica que *venimos* -feministas y *constitucionalistas*-³ de una tradición *activa*, como un legado digno de ser transmitido a generaciones futuras. El progresismo, en fin, en épocas de instalación en un *presente continuo* entendido como cárcel del entendimiento, supone *estar en la historia*, abrirse y dejarse invadir por una realidad que incorpora alternativas a lo existente. Pero si el progreso acabará por constituirse en el *hijo predilecto* de la Ilustración, es oportuno recordar la alusión que Valcárcel hace del feminismo como «el hijo no querido de la Ilustración», en cuanto que exige una igualdad que ésta no estaba dispuesta a considerar (VALCÁRCEL, 2009:20 y ss.).

Pero eso no significa que todas las formas de progresismo sigan siendo admisibles. Algunas maneras esencialistas de explicar el progreso se acercan demasiado a lo sectorio como para no contradecirse: su linealidad, aceptada como esencia del proyecto, acaba por malversarlo. Se ha advertido sobre la superación de la confusión entre progreso e historia gracias a un «racionalismo histórico» -con raíces también en la Ilustración- que incorpora la dialéctica, capaz de superar las contradicciones ideológicas de las primeras fases burguesas de la concepción progresista abstracta (DE CABO, 2010:13). Pero la tentación mítica a imaginar un progreso que descarrila de la

¹ Utilizo aquí «constitucionalismo» de forma abierta, tanto en el sentido de doctrina normativa acerca de los límites del poder político, como relativo a la Constitución como norma encargada de establecer, por antonomasia, ese límite. (BARBERIS, 2008:125)

² Sobre algunos aspectos aquí apuntados me han parecido pertinentes algunas reflexiones, en clave antropológica, formuladas por Aurelia Martín (MARTÍN, 2006:168 y ss).

³ En este caso no me refiero sólo a los constitucionalistas profesionales. Lo que nos lleva a otra reflexión más bien triste: la figura del constitucionalista entendido como ciudadano comprometido está en práctico desuso.

historia concreta está siempre presente. Y como advertencia debe observarse cómo, en los usos lingüísticos,⁴ *historia* es término femenino y, a la vez, sugiere un transcurso pasivo de la realidad, mientras que *progreso*, masculino, sería el principio activo, el dinamismo, la fuerza.

No me resisto a invocar a Benjamin, cuando, en memorables palabras, esbozó un comentario al *Angelus Novus*, obra de Klee, en la que ponía en tela de juicio la existencia misma de *un* progreso: en lo que muchos pueden ver avance histórico, Benjamin afirma que la cara del ángel expresa horror ante las ruinas de la historia. ¿No es posible esbozar una reflexión, a partir de esta sugerencia, sobre las teorías emancipatorias? ¿No es posible preguntarnos hasta dónde los adelantos no se asientan también en *ruinas* dejadas al margen para que no dificulten la marcha del proyecto liberador? Si se acepta la reflexión, podríamos encontrar interesantes vías para explorar diferencias internas en el feminismo, pero, sobre todo, la evidencia de que algunas devastaciones serían el fruto de la aceptación tácita de dinámicas de culpabilización impuestas subrepticamente por el patriarcado. No se trataría, pues, de despreciar *a priori* las ruinas que dificultan el progreso sino de identificar sus formas concretas, hasta en las Constituciones, en que el patriarcado hace que el *Angelus Novus* feminista pueda avanzar en sus distintas expresiones. Porque, quizá, no se trate tanto de definir los ritmos de un progreso inapetable como de adueñarse de posiciones identificables e irrefutables en la historia: no es cuestión de fe, sino de política. La emancipación siempre lo es.

3

No me atrevo a decir si es paradoja o consecuencia que el sistematizador del progreso ilustrado, Condorcet, fuera, al mismo tiempo, una de las personas que más lucidez y sensibilidad incorporaría al pensamiento de su época acerca de la igualdad de las mujeres. Pero el hecho real es que, tras la apreciación de Benjamin, todo el edificio del progreso entra en crisis. Se ha esbozado una oportuna conjetura sobre el *paisaje vital* que dio lugar al mencionado comentario: un estudio ha relacionado los símbolos políticos del Berlín de la infancia y juventud del autor con su observación posterior (GONZÁLEZ, 2011:59 y ss.). Así, se indica cómo abundaban las representaciones de la *fortuna*: diosas aladas favorables a un discurso *amable* del poder.⁵ Pero en el Berlín imperial, tras la unificación, la fortuna se va transformando en la *victoria*, por el expediente de transmutar diosas aladas en esculturas de ángeles que, por ejemplo, distribuyen coronas a los triunfadores. Esa mezcla -que se completaría con textos que probablemente conociera- estaría en el horizonte esencial del joven Benjamin, cosido a su complicada biografía. Merece la pena considerar la hipótesis: esa transición de la fortuna -lo posible, lo dinámico- a la victoria -lo cierto, lo que clausura una posibilidad histórica, lo que implica violencia-, es significativa, porque establece una estirpe de interés que se centra no tanto en los fines como en los medios.

4

Esta insistencia en la fortuna, en su simbología y contradicciones, tiene su justificación en haber sido uno de los pilares ideológicos sobre los que se fundó el *metarrelato*

⁴ Las alusiones de este tipo en el texto no son el resultado de un estudio exhaustivo: sólo se han tenido en consideración las lenguas más usuales en Europa.

⁵ El mismo autor ha estudiado con más detenimiento las transformaciones de la metáfora Fortuna (GONZÁLEZ, 2006:Passim) a lo largo de la historia.

de *lo político en sentido moderno*, la *razón de Estado* y la *autonomía del poder y de la política*. La remisión a la obra de Maquiavelo es inexcusable. Como es sabido, para el florentino, el Príncipe -pero también *la ciudad*- requiere de dos factores para alcanzar y conservar el poder: la *virtú* y la fortuna. Los debates sobre el significado de *virtú* son extensos. Bástenos la aproximación que hace Skinner: es el atributo fundamental del liderazgo político, la suma de características que permiten alcanzar la «gloria cívica» (SKINNER, 1984:71). Se ha anotado (VIROLI, 2009:46 y ss.) que sería la adaptación a una nueva etapa de las virtudes cívicas que habían servido para constituir las repúblicas tardomedievales. *Virtú*, añadido, era término que se aplicaba para designar el poder de intermediación ante Dios que poseía una imagen venerada: el *mecanismo* para transmitir peticiones al poder o congraciarse con él. En definitiva, aun a riesgo de reducir el significado, sería el conjunto de técnicas, de *saberes* para el buen gobierno.

El otro polo es la fortuna, con abundantes antecedentes clásicos (SKINNER, 1984:36 y ss.) y sería el *principio activo* del poder. En las principales obras de Maquiavelo menudean las advertencias sobre los riesgos de fiar todo a la fortuna: «La fortuna ciega el espíritu de los hombres cuando ella no quiere que se opongan a sus designios». Pero, luego, en cierto modo, la metáfora-fortuna se adueña de las acciones, lo que se pondrá de manifiesto en el famoso Capítulo XXV de «El Príncipe»: «Cuánto dominio tiene la fortuna en las cosas humanas, y de qué modo podemos resistirle cuando es contraria» (MAQUIAVELO, 1978:151,152,121 y ss.). La fortuna no posee un poder absoluto: si así fuera ni la política sería acción humanamente autónoma ni, en definitiva, la modernidad de la razón de Estado hubiera aparecido en las obras comentadas. Ante la incertidumbre consustancial asoman diversos remedios. Y si no escasean las apelaciones a la prudencia -componente de la *virtú*-, también encontramos las que llaman a la audacia, igualmente con ilustres antecedentes clásicos. Recordemos que el anónimo romano «Ad Herennium», el manual más popular de retórica durante el Renacimiento, afirmaba: «la fortuna suele acompañar a los valientes» (LEITH, 2012:46 y 218).

Pero cuando Maquiavelo intenta introducir una metáfora dentro de la metáfora, el lugar común que encuentra es de una misoginia extraordinaria: «creo juzgar sanamente diciendo que vale más ser impetuoso que circunspecto, porque la fortuna es mujer, y es necesario, por eso mismo, cuando queremos tenerla sumisa, zurrarla y zaherirla. Se ve, en efecto, que se deja vencer más bien de los que le tratan así que de los que proceden tibiamente con ella. Por otra parte, como mujer, es amiga siempre de los jóvenes, porque son menos circunspectos, más iracundos y le mandan con más atrevimiento» (MAQUIAVELO, 1978:125).⁶ Por otra parte, esa especie de angustia por domar la fortuna parece entroncar con otra preocupación llamada a tener hondas repercusiones: la fortuna sometida es necesaria para crear expectación en torno al Príncipe preparado a protagonizar grandes empresas (SANTAELLA, 1990:134 y ss.), en una asimilación entre «fortuna» y «fama», lo que hay que situar en el contexto de concepciones morales de la época (VIROLI, 2009:181; SKINNER, 2009:117 y ss).

Podemos regresar ahora a una reflexión sobre ese metarrelato, sobre el papel subalterno que el pensamiento político y las prácticas cívicas atribuyen a las mujeres en el origen de la modernidad política. Justamente ocupadas y ocupados en relacionar el feminismo con la Ilustración, quizá descuidemos sus antecedentes, las concepciones

⁶ No es la única muestra de misoginia en Maquiavelo: en los Discorsi dedica un Capítulo a demostrar «Que un estado puede arruinarse por causa de las mujeres» (MAQUIAVELO, 1987 374 Y 375).

previas que *orientaban* la exclusión de las mujeres del *buen gobierno* (KELLY,1990:113 y ss.; DAVIS,1990:59 y ss.; DE MAIO:41 y ss.). No pretendo confinar a la obra de un autor o al uso *desafortunado* de algunas metáforas las causas de una trama muy compleja. Pero merece dejar constancia de todo ello porque su inscripción en las narraciones sobre el progreso la hacen especialmente relevantes. Este trasfondo puede arrojar nuevos brillos y muchas sombras sobre las opiniones de autores esenciales. Pero también como apertura de la razón de Estado moderna se pueden hacer otras lecturas de las iniciadoras del pensamiento feminista.

Valga algún ejemplo en Olympe de Gouges (DE GOUGES, 200:46, 48, 57 y 69). Así, el comienzo de su «Proyecto de un segundo teatro y de una maternidad», indica: «Resulta difícil hacer el bien... El pueblo en general es injusto, ingrato y termina siendo rebelde»... ¿Cómo interpretar ese pesimismo?, ¿cómo entender su crítica a la rebelión en un texto de 1789? En mayo de ese año, y con el título «El grito del sabio», firmado «Por una mujer», escribirá: «Los Franceses de antes pecaban de ser demasiado ignorantes; los de ahora lo estropean todo por saber demasiado. A fuerza de ideas y conocimientos, se encuentran hoy ante una espantosa confusión». Recordemos que la «Declaración de los derechos de la mujer» fue dedicada a la Reina en septiembre de 1791; allí, un párrafo afirma: «Jamás se considerará un crimen tratar de restaurar las buenas costumbres, de dar a vuestro sexo toda la consistencia de que es susceptible. Esta no es obra de un solo día, por desgracia para el nuevo régimen. Esta revolución no se llevará a cabo más que cuando todas las mujeres se convenzan de cuan deplorable es su destino, y de los derechos que han perdido en la sociedad. Apoyad, Señora, tan bella causa, defended a ese sexo desgraciado, y pronto tendréis para vos una mitad del reino, y el tercio por lo menos de la otra». ¿Ingenuidad, oportunismo político? Más bien, en conjunto, intentos de empoderar a las mujeres sin escapar de algunos lugares comunes, de unas formas de entender la Ilustración desde la desconfianza del pueblo, desde un pesimismo preilustrado, incrustado en el optimismo progresista y moral de la Ilustración. Un último ejemplo: en el «Proyecto...» defiende la creación de una Casa de la Caridad para mujeres: «debería ser destinada exclusivamente a las mujeres de los militares sin fortuna, a particulares honradas, a negociantes, a artistas: en una palabra a mujeres que han vivido con una honesta holgura y a las que un revés del destino ha dejado desamparadas», lo que justifica que muchas de estas mujeres «educadas», empobrecidas, son entonces llevadas a lugares en las que han de convivir con enfermos, mendigos, «chicas de vida airada, o gentes del pueblo de todo tipo». De nuevo vemos que *este progreso*, tan fácil de ubicar ahora en los libros de historia, fue el resultado de rupturas y contradicciones: desde la configuración de un *homo novus* en el imaginario revolucionario, hasta la proliferación de heroínas sobrevolando la misoginia de las masas revolucionarias, como ha advertido Vovelle (VOVELLE, 1989:116 y ss., 216 y ss.). Como se ha indicado, quizá el mayor efecto real de la Revolución sobre las mujeres fueron cambios en la sociabilidad, la emergencia de clubes específicos, la aparición y difusión de textos menos llamativos que la «Declaración...» pero llamados a transformar más profundamente el imaginario colectivo ejerciendo funciones pedagógicas (REICHARDT, 2002:176 y ss.). La llegada de la modernidad bajo el signo de la revolución y de los relatos liberales y, enseguida, del constitucionalismo, no sólo era *realización* -parcial- del sueño ilustrado, sino, también, liberación de algunas de sus pesadillas y, en todo caso, transformación de las formas de concretar la razón de Estado, la política.

5

He tratado de seguir este trayecto de rupturas como prevención ante algunas seguridades definitivas -y sólo he apuntado algunas, quizá ni siquiera las más importantes-. En ese viaje las mujeres no obtuvieron ventajas decisivas de la autonomía de la política y de la razón de Estado que, en cambio, sí preparó una Ilustración ambivalente pero esencial en la aparición de los profeminismos. No debe extrañarnos que en los discursos feministas de la época no se escuchen apelaciones al constitucionalismo como valor y experiencia esencial: ese silencio tampoco será roto, más allá de algunos ejemplos contrarios muy aislados, por otras corrientes emancipatorias. Visto retrospectivamente, las Constituciones del liberalismo y de la primera democracia, la legislación derivada inmediata y los iniciales intentos de interpretación sistemática, constituyen *no lugares* para las mujeres y para otros sectores de las sociedad.

La expresión es debida a Augé y pretende inscribirse en «una antropología de la sobremodernidad», título expresivo de sus intenciones. Me permito recordar que las metáforas y relatos actuales están fuertemente marcados por *el lugar*, por lo espacial, por lo limitado por fronteras fiables y reconocibles. La ausencia de todo ello marca a los sujetos que pretendan identificarse y supone quebrantos en su capacidad de empoderamiento. La existencia, pues, de *no lugares*, más que expresar anomalías, nos remite a la cara oculta de la realidad. Si el estudio de Augé pretende centrarse en contextos tangibles, en *sitios* privados de carácter, nada nos impide operar una traslación al terreno de lo simbólico, de lo psicológico. Él mismo nos avisa sobre una paradoja de la sobremodernidad: «la dificultad de pensar el tiempo [que sería resultado de la obsesión espacial] se debe a la superabundancia de acontecimientos [...], no al derribo de una idea de progreso desde hace tiempo deteriorada [...]. El tema de la historia inminente, de la historia que nos pisa los talones [...] aparece como previo al del sentido o el sinsentido de la historia, pues es nuestra exigencia de comprender todo el presente lo que da como resultado nuestra dificultad para otorgar un sentido al pasado reciente.»

Desde ese punto de partida describe los «no lugares», los sitios que rompen la lógica imperante de uso del lugar: «las instalaciones necesarias para la circulación acelerada de personas y bienes (vías rápidas, empalmes de rutas, aeropuertos) [...], los medios de transporte mismos o los grandes centros comerciales, o también los campos de tránsito prolongado donde se estacionan los refugiados.» El incluido en el *no lugar* puede ser considerado como un excluido de las determinaciones y fabricaciones de sentido de los que ocupan los *lugares de la normalidad y el poder*. Pero, advierte, «el espacio del no lugar libera a quien lo penetra de sus determinaciones habituales» y, al hacerlo, en cierto modo, los convierte en *inocentes* (AUGÉ, 2005: 36, 37, 41, 106).

En una traslación simbólica, las mujeres pueden transitar, en el mapa constitucional, de *su lugar* a un *no lugar* con extraordinaria facilidad. La evanescencia de determinados derechos, la fluidez aterradora de la violencia, la persistencia de los estereotipos que penetran los intersticios de la legalidad, la exclusión por arte de tradición de espacios públicos son sólo algunas de las razones (?) de esa relativización. La cosificación espacial priva de una fuente de identidad relevante y la inocencia de las mujeres recuerda la presunción de debilidad y a la minoría de edad *culpable* de la que la Ilus-

tración, kantianamente, habría liberado a un universo en el que el patriarcado no era cuestionado ni siquiera (re)conocido.⁷

¿Cómo enfrentarse a esos *no lugares constitucionales* como obra y agente de reproducción del patriarcado? ¿Con virtud y fortuna? Es atrayente imaginar una nueva etapa para la autonomía de la política, también autónoma respecto del patriarcado estructural. Quizá pueda rescatarse, como factor de inclusión, la reivindicación del concepto de *buen gobierno* con capacidad de distinción de un mal gobierno acechante. ¿Recuperando el progreso de entre sus propias ruinas?, ¿curando al ángel de Klee de las heridas de tantas guerras...? Seguramente. Pero reitero: la necesidad de reformulación de la idea de progreso, que es tanto como la de *ser y estar en la historia* es indispensable para cualquier proyecto emancipador. Aquí el feminismo puede servir un magisterio de experiencia imprescindible: seguramente no encontramos ningún proyecto activo con más capacidad para distinguir *las voces de los ecos*. ¿Pero cómo reconducir todas estas intuiciones al campo específico del constitucionalismo?, ¿cómo hacer lugares habitables de lo que hoy son agujeros de provisionalidad, exclusión o mera desesperanza?

6

En la ecuación constitucional debe incluirse el significado del «Estado social de Derecho». Recordemos que la incorporación de las mujeres al pacto constituyente social fue tardía, escasa o, sencillamente, nula. El pacto social, idealmente un pacto entre clases, no fue concebido como un *pacto de todos los y las frágiles* en las que las formas de ejercicio del poder y la definición y tutela de Derechos tuviera en cuenta, también, a las mujeres. Pueden aducirse razones históricas, pero, precisamente, eso desvela la causa última del problema: ni para el conjunto idealizado del poder constituyente, ni siquiera para los representantes de los frágiles, las mujeres tenían una historia que invocar: a esa losa del *no tiempo*, le siguió la de *no lugares* en la trama político-jurídica constitucional. El pacto social no fue universalmente *incluyente*, como ha demostrado Esquembre, y a la igualdad formal en el espacio público no le siguió una igualdad material en el *mundo de la vida* -y también vida política-, produciéndose una característica disparidad respecto de otros grupos subordinados llamados, sin embargo, a recuperar dignidad y presencia en el nuevo modelo constitucional (ESQUEMBRE, 2010:161 y ss.). La rigidez propia de la norma constitucional y las fórmulas de interpretación de dicha norma hacen que se vuelva especialmente resistente contra las demandas de los grupos de frágiles excluidos/as *ab initio* del *artefacto constitucional*. La fuerza cohesionadora y legitimadora de las constituciones hace que toda demanda, aunque no impugne la letra de la Carta Magna, sea más susceptible de ser deslegitimada, arrumbada al desván de los *radicalismos* risibles e ineficaces. Las mujeres, así, en cuanto que grupo con identidad diferenciada, quedan fuera de la cultura y de la historia constitucional, y no son percibidas como *necesarias* para realizar las funciones metajurídicas constitucionales, y tanto más cuando la tradición inercial no olvida que el lugar de la mujer es la domesticidad, el cumplimiento de un destino marcado por el silencio.⁸ Este

⁷ La expresión sobre la «carencia de ciudadanía» de las mujeres nos sigue remitiendo, *prima facie*, a su exclusión de la ciudad, el sitio físico de la praxis del poder, a su retraimiento a una naturaleza que niega la participación pero a la que la mujer pertenece en la construcción ideológica del patriarcado.

⁸ Sería interesante reconsiderar cuestiones que aquí se plantean a la luz de las ideas de Habermas sobre la «comunidad ideal de habla» y los requisitos específicos que podrían reivindicar las mujeres para su inclusión, también, en ese lugar ideal. Por el contrario, recordemos los trabajos de Spender o Ardener sobre el estereotipo de la naturaleza parlanchina de las mujeres y, en cambio, su carácter de grupo abocado al silencio. (MARTÍN, 2006:238,239).

hecho puede incidir en las practicas feministas, al privarles de «conciencia constitucional», entendida como facultad del ciudadano/a «que le permite identificarse con el orden constitucional de su país en la medida que satisface sus convicciones político-sociales» (LUCAS,1997:62) y relativiza la función de la Constitución como «orden integrador» (SMEND,1985:140).

La construcción teórica de la Constitución como norma fundamental del Estado social y democrático de Derecho no se hace en un vacío conceptual ni político, sino que crece, no siempre de manera armónica, sobre precedentes. Ello mismo se ha reconocido clásicamente: «La realización de la Constitución [...], no depende sólo de la aplicación directa y de la eficacia indirecta del Derecho Constitucional, sino también de una praxis constitucional orientada por la norma y próximo a la norma. Normalmente, no es suficiente el respeto y el seguimiento literal de ‘los mandatos de la Constitución. Más bien se debe completar, reforzar, incluso culminar, la eficacia normativa de la Constitución con actividades e iniciativas políticas independientes que tengan por objetivo la realización y la efectividad óptima de la Constitución», lo que, en definitiva, al reforzar el carácter coactivo de la esencia constitucional, provoca que nos encontremos con una «Constitución vivida» (SCHNEIDER,1991:105,106).⁹

El mismo nacimiento de la idea de «poder constituyente» supuso la confluencia de ideas previas sobre lo constitucional: el resultado de un pacto, la herencia recibida, la realidad política material... (FIORAVANTI, 2007:103 y ss.), lo que desembocará en la idea de un nuevo sujeto soberano. En cierto sentido ello debe enlazarse con apreciaciones que Santi Romano formuló en 1910, cuando advertía que la Constitución en sentido formal o instrumental no puede explicar, *per se*, que la Constitución sea un hecho social e histórico, elaborado por fuerzas políticas y materiales que se esfuerzan por afianzar su hegemonía, mientras que el derecho aparece en un momento posterior, para regular el resultado de esa tensión y, en su caso, limitar y frenar a los ímpetus discordantes (STELLA,2011:114,115).

Pero, insistimos, de ese sujeto quedarán fácticamente excluidas las mujeres. Y nunca llegaron a integrarse en las fuerzas que pugnaban por la hegemonía o, al menos, por una representación dignamente suficiente. Esa exclusión -con independencia de las derrotas y logros de las luchas sufragistas- está latente cuando el constitucionalismo decimonónico aborde uno de sus retos fundamentales: construir la ficción abstracta de la personalidad jurídica del Estado. En cierto modo esa construcción ideal operará como mediación jurídica entre el Estado-institución y la Nación, que, a su vez, abre nuevas preguntas; así, Carré de Malberg ya advertiría que la nación -heredera de la antigua idea de soberanía- era un mero agregado de individuos, sin virtualidad en el plano jurídico. Y Esmein ya había sintetizado la cuestión: «el Estado es la personificación jurídica de la nación» (BRUNET,2011: 120,121). Pero ¿qué persona? No es difícil imaginar que la metáfora se erige sobre la imagen de la persona-hombre, en un momento en que el Estado aparece adornado de atributos de energía, violencia e inexorabilidad estereotipadamente masculinos.... frente a la nación maternal,¹⁰ sufriente, piadosa... la nación a la que hay que proteger acorazando las relaciones sociales -desiguales, excluyentes- con la juridificación de la soberanía. Que ello sirva, en parte, para garantizar derechos, no desdice en lo principal la argumentación, dada su limitación para las

⁹ En el fragmento se invoca, para apuntalar las opiniones, a Hesse y a Grimm.

¹⁰ Los estudios sobre esta cuestión son muy conocidos y no merece la pena reiterarlos aquí. Una vía de interés es la conveniencia de asociar la cuestión de la nación-mujer-madre al reduccionismo moral-religioso propio de la fe cristiana-burguesa (BRANCIFORTE, 2008:141).

mujeres -como para los obreros, minorías étnicas, etc.-. Y, de la misma manera, también sirve para menguar el pluralismo, pues, como declarara Herriot en un momento de crisis política que reclamó un Gobierno unitario: «los niños no deben pelearse al lado de la cama de la madre enferma» (PIMENTEL,2005:476).

Puede pensarse que abuso de la referencia simbólica, pero en la concepción de constitucionalismo histórico que defiende, el palimpsesto, a su vez, es metáfora adecuada: el constitucionalismo es como colección de capas que casi nunca llegan a ocultar completamente las anteriores; ello es lo que forma su capacidad para convertirse en documento cultural integral. Con el peligro, a cambio, de que emerjan atavismos y que el constitucionalismo vuelva a ser simple manifiesto, reglamento de usos políticos, consejo para el buen gobierno. Lo estamos comprobando con la crisis. Y es que «la realidad jurídica de todo Estado constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales» (HÄBERLE,2000:35).

No cabe, pues, una comprensión excesivamente pacífica de lo constitucional si no es a riesgo de admitir que el constitucionalismo es siempre defensa de *algunos* débiles y de una razón jurídica consolidada pero, también, plausible instrumento de los grupos con capacidad de excluir. De ahí deriva el implícito carácter simbólico de la Constitución, el que se adhiere al normativo y al declarativo: el concepto de Constitución, «por referirse a la sustancia de la existencia de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que halla su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario» (GARCÍA PELAYO,1989:23); una opinión bien alejada de la concepción del Derecho Constitucional como desnudo procedimiento en un Estado que sea mero garante pasivo de una inmensa transacción de intereses y que ha sido denunciado desde posiciones críticas (DE CABO,2000:76), cuyo primer antecedente se remonta, quizás, a Heller (VALADÉS,2011:219).

Frente a ello propongo, desde una juridicidad atenta a las causas de exclusión, una concepción de la Constitución destinada a restablecer su carácter pleno de *lugar*, habitable y confiable, tanto en su propia definición como en su interpretación y desarrollo. Y de lugar abierto a la igualdad, a una igualdad activa, relacionada -también- con la construcción jurídica perdurable de un derecho construido desde la perspectiva igualitaria de género (BALAGUER, 2005:89 y ss.). Constitucionalismo, pues, entendido como resultado de campos de fuerza abiertos a la contradicción, a la historia practicable, a la virtud y a una fortuna no violenta.

Con estas afirmaciones me sitúo a un paso de deslizarme al puro idealismo, porque las condiciones mismas del pacto constituyente social, esto es, las formas de relación entre los planos socioeconómico y político, mediadas por el derecho, se están quebrando por la crisis (DE CABO,2010:90 y ss.): la reforma del artículo 135 de la Constitución española sería el más grotesco y dramático ejemplo de ello; pero no el único. Están por evaluar las consecuencias que la crisis provocará en la intersección feminismo/constitucionalismo, pero merece atención la reformulación silente y opaca del sujeto constituyente que, si en su día ya omitió en buena medida a las mujeres, ahora puede relegarlas en bloque con otras manifestaciones de la fragilidad: se impone

una *resistencia constitucional* (VITALE, 2012:Passim) con un componente feminista ineludible y convergente con otras expresiones de acción.¹¹

En este sentido me parece que hay que destacar la labor que viene desarrollando en España la Red Feminista de Derecho Constitucional,¹² presidida por Julia Sevilla, actualizando conocimientos, fomentando interpretaciones alternativas y procurando una *transmisión constitucional* que, centrada en aspectos profesionales, no elude abrirse a otras expresiones del espacio público. Que en su entorno se difunda la paridad¹³ como factor esencial de avance y ciudadanía digna de tal nombre (SEVILLA,2004:Passim) no oculta que hay otras cuestiones abiertas. Hay que insistir sobre la necesaria corresponsabilización de todo constitucionalista defensor del Estado social en esa tarea de propagación y permeabilización social de un constitucionalismo en clave de género, aunque sólo fuera como contribución a una renovada comprensión que *resimbolice* lo constitucional. Una comprensión que dé respuesta a la inquietante cuestión de que «el espacio de visibilidad disponible ocupado por representaciones estereotipadas o decidida y buscadamente misóginas reduce la capacidad de conocimiento y, por ende, de reconocimiento». (VALCÁRCEL,2009:182). Todo ello debería configurar un *relato estratégico* socialmente difundido, pero, para ello, no creo que deba temerse usar lo fragmentario, para componer un mosaico pleno de colores y de imágenes, que, desde la dispersión, conduzca a una coherencia compartida. Un mapa, al fin, liberado de *no lugares* físicos, morales y simbólicos.

APUNTE BIBLIOGRÁFICO

-AUGÉ, M. (2005) *Los «no lugares». Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona, Gedisa.

-BALAGUER, M.L. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. (2005). Madrid, Cátedra-Publicacions de la Universitat de València-Instituto de la Mujer.

-BARBERIS, M. *Ética para juristas*. (2008). Madrid, Trotta.

-BRANCIFORTE, L. (2008). «El 'singular' recorrido de las mujeres en los espacios públicos contemporáneos.». En: HUGUET, M. y GONZÁLEZ MARTÍN, C.: *Género y espacio público. Nueve ensayos*. Universidad Carlos III- Dykinson, Madrid.

-BRUNET, P. (2011) «Las ideas constitucionales de Raymond Carré de Malberg. (1861-1935)». En: VALADÉS, D., GAMAS TORRUCO, J., JULIEN-LAFERRIÈRE, F.

¹¹ «La ciudadanía está reaccionando con manifestaciones masivas y otras acciones contra recortes en sanidad, educación, bienestar social, pensiones, servicios públicos... Pero cuando se trata de defender los avances recientes que afectan de forma más directa a las mujeres y de reivindicar lo que todavía queda por hacer, la ciudadanía no sólo enmudece sino que, incluso, aplaude. La igualdad de mujeres y hombres no se percibe como una exigencia democrática sino como un lujo y, por tanto, no hay reacción contra la reacción patriarcal. Da miedo» (ESQUEMBRE,2012).

¹² www.feministasconstitucional.org.

¹³ Me permito una digresión acerca de algunos contornos simbólicos relacionados con la paridad: en la «tragedia ateniense ciertas voces femeninas expresaban un miedo a la mezcla de espacios e identidades, y por tanto, de esencias (...), que no podía sino conducir a la disolución política y a la anarquía», lo que conduciría a una ginofobia que, más allá de la misoginia habitual, expresaba «un respeto temeroso» de los posibles talentos femeninos (ORSI, 2008:18). Si ampliamos ahora la perspectiva histórica, hasta nuestros días, constatamos el miedo a la mezcla que desdibujaría la «integridad de cada sexo», pero que, dadas las circunstancias, trata «meramente de salvaguardar la integridad de uno de los sexos», pues el patriarcado percibe como una amenaza esa mezcla (GONZÁLEZ, 2008:62 y 63)... y no es extraño encontrar en alguno de sus representantes elusivas alusiones temerosas a los talentos femeninos. En ese marco antropológico la paridad emerge como una amenaza garantizada y la respuesta habitual -la meritocracia de un liberalismo banalizado- no puede esconder esas raíces que aquí sólo anotamos.

y MILLARD, E. (Coords.): *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*. México DF, Siglo XXI-UNAM.

-COBO, R. «Sexo, democracia y poder político». (2004) En: MORENO SECO, M. y RAMOS FEIJÓO, C. (Coords.) *Feminismos/s* (Nº 3: *Mujer y participación política*). Alicante, Centro de Estudios sobre la Mujer-Universidad de Alicante.

-DAVIS, N.Z. «Un mundo al revés: las mujeres en el poder». (1990). En: AMELANG, J.J. y NASH, M. (Eds.) *Historia y género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*. Eds. Alfons el Magnànim, Institutió Valenciana d'Estudis i Investigació, Diputació de València, València.

-DE CABO MARTÍN, C. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Madrid, Trotta.

-DE CABO MARTÍN, C. (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid, Trotta.

-DE GOUGES, O. *Escritos políticos*. (2005). Institutió Alfons el Magnànim, Diputació de València, València.

-DE MAIO, R. *Mujer y Renacimiento*. (1988). Mondadori, Madrid.

-ESQUEMBRE, M. (2010). «Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la tríada de Derechos Fundamentales». En: MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. *Género y Derechos Fundamentales*. Comares, Granada.

-ESQUEMBRE, M. (2011). «Miedo». En: *Información*, 16 de diciembre. Alicante.

-FIORAVANTI, M. (2007) *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trotta, 1ª reimp., Madrid.

-FRASER, N. *InstitucionalInterrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. (1997). Siglo del Hombre, eds. Santafé de Bogotá.

-GARCÍA PELAYO, M. (1989) *Escritos políticos y sociales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

-GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. (2011). «Walter Benjamin y los ángeles de la memoria en la ciudad de Berlín». En: ONCINA, F. y CANTARINO, E. (Eds.) *Estética de la memoria*. Publicacions de la Universitat de València, València,.

-GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. (2006). *La diosa Fortuna. Metamorfosis de una metáfora política*. Antonio Machado Libros, Madrid,.

-GONZÁLEZ MARTÍN, C. (2008). «La ansiedad de la diferencia». En: HUGUET, M. y GONZÁLEZ MARTÍN, C.: *Género y espacio público. Nueve ensayos*. Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid.

-HÄBERLE, P. (2000). *La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid.

-KELLY, J. «¿Tuvieron las mujeres Renacimiento?». (1990). En: AMELANG, J.J. y NASH, M. (Eds.) *Historia y género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*. Eds. Alfons el Magnànim, Institutió Valenciana d'Estudis i Investigació, Diputació de València, València.

-LEITH, S. (2012). *¿Me hablas a mí? La retórica de Aristóteles a Obama*. Taurus, Madrid.

-LUCAS VERDÚ, P. (1997). «Conciencia y sentimiento constitucionales (Examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)». En: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº9, Asamblea Regional de Murcia-Universidad de Murcia, Murcia.

- MAQUIAVELO, N. (1987). *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. Alianza, Madrid.
- MAQUIAVELO, N. (1987). *El Príncipe*. Espasa-Calpe, 15ª ed. Madrid,
- MARION, I. (2000). *La justicia y las políticas de la diferencia*. Cátedra, Madrid.
- MARTÍN CASARES, A. (2006) *Antropología de género. Culturas, mitos y estereotipos sexuales*. Cátedra-Publicacions de la Universitat de València-Instituto de la Mujer, Madrid.
- MESTRE I MESTRE, R. (2010). «Teorías contemporáneas sobre identidad femenina y discriminación de género». En: MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. *Género y Derechos Fundamentales*. Comares, Granada.
- ORSI PORTALO, R. (2008). «Vírgenes y mártires. Dos escenarios premodernos». En: HUGUET, M. y GONZÁLEZ MARTÍN, C.: *Género y espacio público. Nueve ensayos*. Universidad Carlos III- Dykinson, Madrid.
- PIMENTEL, C.M. (2011). «La cuestión de la estabilidad en los sistemas parlamentarios». En: VALADÉS, D., GAMAS TORRUCO, J., JULIEN-LAFERRIÈRE, F. y MILLARD, E. (Coords): *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*. México DF, Siglo XXI-UNAM.
- REICHARDT, R.E. (2002). *La Revolución Francesa y la cultura democrática. La sangre de la libertad*. Siglo XXI de España eds., Madrid.
- SANTAELLA LÓPEZ, M. (1990). *Opinión pública e imagen política en Maquiavelo*. Alianza, Madrid.
- SCHNEIDER, H.P. (1991). *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SEVILLA MERINO, J. (2004). *Mujeres y ciudadanía. La democracia paritaria*. Institut d'Estudis de la Dona, València.
- SKINNER, Q. (1984). *Maquiavelo*. Alianza, Madrid.
- SKINNER, Q. (2009). *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti*. Trotta-Fund. Alfonso Martín Escudero, Madrid.
- SMEND, R. (1985) *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- STELLA, G. (2011) «Las ideas constitucionales de Santi Romano». En: VALADÉS, D., GAMAS TORRUCO, J., JULIEN-LAFERRIÈRE, F. y MILLARD, E. (Coords): *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*. México DF, Siglo XXI-UNAM.
- VALADÉS, D. (2011). «Evolución del concepto de Estado de Derecho». En: VALADÉS, D., GAMAS TORRUCO, J., JULIEN-LAFERRIÈRE, F. y MILLARD, E. (Coords): *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*. México DF, Siglo XXI-UNAM.
- VALCÁRCEL, A. (2009). *Feminismo en el mundo global*. Cátedra-Publicacions de la Universitat de València-Instituto de la Mujer, 3ª ed. Madrid.
- VIROLI, M. (2009). *De la política a la razón de Estado. La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600)*. Akal, Madrid.
- VITALE, E. (2012). *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*. Trotta, Madrid.
- VOVELLE, M. (1989). *La mentalidad revolucionaria*. Crítica, Barcelona.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA CRISIS

ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos

ÍNDICE

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS TENSIONES DIALÉCTICAS

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO COMÚN

III. LA FALACIA DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA

IV. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL:

A) UNA NUEVA TEORÍA DEL ESTADO

B) UN NUEVO CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

C) UNA NUEVA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

D) UNA RADICAL TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

E) UN NUEVO SIGNIFICADO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

F) UN NUEVO SISTEMA DE RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS Y ENTRE ESTOS Y LOS PODERES PRIVADOS

SUMMARY

I. CONSTITUTIONAL LAW AND dialectical tensions.

II. CONSTITUTIONAL LAW as common law.

III. The fallacy of the current economic crisis.

IV. GLOBALIZATION AND CONSTITUTIONAL LAW:

A) A new theory of the state. B) A new concept of representation. C) A new theory of the Constitution. D) A radical transformation of the system of sources of law. E) A new meaning of constitutional principles and fundamental rights. F) A new system of relations between public authorities and between them and private powers.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional; Crisis económica; Globalización; Estado social y democrático de Derecho.

KEYWORDS

Constitutional Law, Economic crisis, globalization, social and democratic state of law.

RESUMEN

La actual crisis económica, originada por una serie de sujetos activos con la pretensión de ocupar determinados espacios públicos, es una de las consecuencias de la llamada «globalización de la miseria». La misma está poniendo en tela de juicio el modelo democrático de las democracias occidentales, produciendo una crisis institucional más grave aún que la propia crisis económica. Ello conduce a la necesidad imperiosa de proporcionar respuestas normativas adecuadas, que requieren la utilización de nuevas categorías dogmáticas. A este respecto, el Derecho constitucional, como Derecho común del ordenamiento jurídico y como Derecho principal, se encuentra en una posición prevalente para llevar a cabo, en colaboración con las demás disciplinas jurídicas, todo ese proceso de reconstrucción dogmática que ha de conducir, necesariamente, a una constitucionalización de lo privado.

ABSTRACT

The current economic crisis, caused by a series of active subjects with the aim of occupying certain public spaces, is one of the consequences of the «globalization of poverty». It is putting into question the democratic model of Western democracies, causing a constitutional crisis even worse than the economic crisis itself. This leads to the imperative to provide appropriate policy responses, requiring the use of new categories dogmatic. In this regard, constitutional law, and common law legal system and as principal law, is prevalent in a position to carry out, in collaboration with other legal disciplines, all that dogmatic reconstruction process that must lead necessarily, a constitution for the private.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS TENSIONES DIALÉCTICAS

Con carácter general puede afirmarse que el binomio libertad-seguridad es una de las constantes de la Historia de la Humanidad. En efecto, todas las civilizaciones hasta nuestros días han estado sometidas, con distinta intensidad, a la tensión dialéctica existente en dicho binomio, el cual puede ser considerado como uno de los elementos explicativos de su propia evolución histórica. Prueba de ello son los planteamientos que se hicieron en el mundo romano o en los comienzos del Estado liberal. Por eso, no es de extrañar que los diferentes movimientos ideológicos -liberalismo, marxismo, anarquismo...- adoptaran posturas distintas en torno a esta cuestión.

Por su parte, el Derecho, como ciencia del espíritu, y más en concreto el Derecho constitucional, también puede ser considerado desde esta perspectiva dialéctica. Es más, todo el proceso de evolución histórica y conceptual del mismo no es sino una visión determinada de dicha tensión, reflejando los momentos álgidos de aquella.¹

Una manifestación de la seguridad la encontramos en el principio monárquico, que elabora unas determinadas categorías dogmáticas justificativas y/o explicativas de la necesidad de garantizar una determinada seguridad, que no representan sino los intereses económicos de una determinada clase social detentadora del poder político. Este principio estará presente durante buena parte de la vigencia del Estado liberal, en el que mantiene sus propias categorías dogmáticas, las cuales continúan siendo fieles a su origen *iusprivatista*, pues tampoco se hacían necesarias categorías alternativas al no haberse producido una auténtica ruptura en los planteamientos teóricos del proceso de evolución histórica del Estado. El principio monárquico pretende, de este modo, mantener las estructuras tradicionales y, en consecuencia, los medios de dominación existentes, acomodándolos, en la medida de lo posible, a las evoluciones históricas posteriores. Por ello, utiliza unas categorías dogmáticas que tienen una fundamentación clara en épocas pretéritas.

Frente a ello, el principio democrático intentará configurarse como una alternativa, con categorías jurídicas diferentes, aunque no siempre logrará una total independencia conceptual, pues tampoco los elementos de ruptura en dicho proceso histórico son claros y evidentes. Es precisamente este hecho, la falta de categorías dogmáticas radicalmente alternativas a las ya existentes, una de las características de la evolución histórica del Derecho constitucional, sin que ello signifique mantener que el principio democrático es una simple evolución histórica del principio monárquico. En efecto, ahora ya no se trata de justificar los intereses económicos de una determinada clase o grupo social, sino la defensa del interés general, del cual participan todos los poderes públicos, y que sitúa a los individuos en una posición de igualdad. Precisamente por ello, la elaboración de nuevas categorías alternativas presenta un mayor grado de dificultad teórica, que únicamente puede ser superado abandonando la idea de que las normas jurídicas son algo neutral, aséptico, independientes de la realidad social y económica que tratan de normativizar.

Con posterioridad, ambos principios, el monárquico y el democrático, han evolucionado de forma muy diversa. El primero de ellos ha continuado luchando, y en ocasiones lo ha conseguido, por desempeñar un papel semejante al que había tenido en épocas pasadas. Por su parte, el principio democrático se ha limitado a actuar a

¹ Es posible señalar también la existencia de otras tensiones dialécticas, producto de que el Estado Constitucional es la formulación normativa de un concreto modo de producción, el capitalismo. Cfr. C. DE CABO, «Propuesta para un constitucionalismo crítico», Discurso de aceptación del Doctorado Honoris causa de la Universidad de Alicante, 2012.

través de la celebración de elecciones periódicas más o menos competitivas, con una defensa formal del pluralismo, y la creación de un marco normativo configurador de condiciones más o menos adecuadas para un pluralismo político aceptable en aquel momento, interpretando que no eran necesarias otras series de manifestaciones, pues su presencia estaba absolutamente consolidada y el otro principio no representaba ningún peligro o amenaza. Ante este panorama, ante esta conformidad propia y/o impuesta por otras circunstancias e intereses, la crisis del propio sistema democrático parecía la crónica una muerte anunciada.

Por el contrario, el derecho, y aún más el Derecho constitucional sí se quiere, es algo beligerante,² combativo, que responde a un determinado planteamiento ideológico, tal y como sucede con los auténticos sistemas democráticos. Pero ello no empecé para reconocer que continúan existiendo intereses pretéritos o que surjan otros nuevos, los cuáles, los unos y los otros, ya no dispondrán de un camino tan fácil, pues la neutralidad ha desaparecido y la beligerancia impone, necesariamente, más condicionamientos que unos y otros deberán aceptar. Pero además, ello implica que el Derecho constitucional no se inserta exclusivamente en el ámbito del Derecho público, pues lo privado no es ajeno al Derecho constitucional, sino que también forma parte del mismo. Esta es la conclusión más contundente de su consideración como Derecho común y de la concepción de la Constitución como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico.

Si queremos profundizar en esta línea de construcción conceptual hay, pues, que alejarse de aquellos planteamientos teóricos que proclaman la neutralidad de la Constitución y del ordenamiento jurídico. Una Constitución neutra, procedimental, es una constitución inerte, no es una auténtica Constitución. Por ello hay que defender la tesis de que la Constitución crea una democracia militante,³ cuestión esta que nada tiene que ver con la ausencia de límites materiales expresos a la reforma constitucional y que fue puesta de relieve entre nosotros con motivo del proceso de ilegalización de Batasuna por parte del Tribunal Constitucional, el cual, erróneamente a nuestro juicio, negó la existencia de dicha democracia militante.⁴ La Constitución es siempre valorativa, axiológica, y sus valores no son sino la expresión de las decisiones políticas fundamentales que adopta una determinada comunidad política a través del ejercicio del poder constituyente. Cuando estas decisiones políticas se cambian, cuando estos valores se alteran por otros poderes distintos, cuando el pluralismo político y social pierde su vigencia, el principio democrático experimenta una profunda quiebra, una profunda ruptura, o si se quiere un anquilosamiento, que no supone sino la entrada en acción de nuevo del principio monárquico.

Ahora bien, cuando los llamados sistemas democráticos se agotan en sus propios postulados teóricos, cuando se convierten en incapaces de continuar dando una res-

² C. DE CABO, «Lo viejo y lo nuevo en la crisis económica actual: aspectos jurídicos políticos», en G. CAMARA, *Pensamiento crítico y crisis capitalista*, Granada, 2010, es válida y «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009.

³ Sobre la llamada democracia militante, cfr. K. LOEWENSTEIN, «Militant Democracy and Fundamental Rights», *American Political Science Review*, nº 31, 1937; R. BASSET, *The Essentials of Parliamentary Democracy*, Londres, 1964; E. DENNINGER, «Democracia militante y defensa de la Constitución», en BENDA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 2001; G. SARTORI, *Teoría de la democracia*, Madrid, 2000; A. BARRERO, «Reapertura del debate democracia abierta v. democracia militante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en J.A. MONTILLA (Ed.), *La prohibición de partidos políticos*, Madrid, 2004; A. GONZALEZ ALONSO, «La lealtad constitucional. La Constitución como orden de valores o como procedimiento», *Revista de Derecho Político*, nº 120, 2003.

⁴ Cfr. esta cuestión en E. ALVAREZ CONDE, *El derecho de partidos*, Madrid, 2005; A. TORRES DEL MORAL, «Democracia militante», en la obra colectiva *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Navarra, 2006, tomo I, pp. 209-ss.

puesta coherente a la defensa del interés general,⁵ se hace preciso todo un rearme ideológico que conduzca a la elaboración de nuevas categorías dogmáticas y a la transformación de una realidad social, que ha sido nuevamente invadida por el principio monárquico.⁶ Es precisamente en este momento cuando se acrecientan las tensiones dialécticas y las impotencias de los actuales planteamientos teóricos. Y este parece ser el momento actual en que nos encontramos, dada la crisis del Estado Social de Derecho, la cual es debida a una multiplicidad de causas, ya suficientemente explicadas por la doctrina.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO COMÚN

La existencia de un Derecho común es algo consustancial al proceso de normativización de las relaciones sociales.⁷ El mismo debe ser entendido como aquél que proporciona respuestas globales y no sectoriales, lo cual corresponde a otras disciplinas jurídicas, a los problemas planteados. Por ello, su estructura normativa es distinta, produciéndose, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas jurídicas, una especie de prevalencia de los principios sobre las reglas.⁸ Ello no quiere decir que las diferentes disciplinas jurídicas puedan ser clasificadas en función de su condición de normas principales o normas que únicamente contienen reglas. En todas ellas coexisten ambos tipos de estructuras normativas. Lo que sucede es que en el Derecho Constitucional predominan las normas principales, lo cual es coherente con su condición de Derecho común del ordenamiento jurídico. Por su parte, las reglas unas veces, aunque las menos, forman parte también del Derecho constitucional y, en otras ocasiones, se incorporan a otras disciplinas jurídicas, tanto de Derecho público como de Derecho privado.

En un primer momento, la condición de Derecho común del ordenamiento jurídico va a corresponder al Derecho civil, que la ostentara durante varios siglos, tanto por razones históricas como conceptuales. En efecto, la desaparición del Derecho público romano y el mantenimiento, por razones de seguridad jurídica, del Derecho privado,

⁵ El interés general no es un simple artificio jurídico abstracto, sino el intento de construcción de una nueva categoría dogmática alternativa a las anteriores. El interés general, al igual que sucedía con la voluntad general de Rousseau, no es la simple suma de los intereses particulares, sino que el mismo se deduce de un proceso de abstracción y objetivación sobre los mismos. Su defensa corresponde al poder público más próximo, por su legitimidad, al poder constituyente. Pero todos los poderes públicos, y en menor medida los poderes privados, participan en su definición sin que nadie, salvo el propio poder constituyente, pueda atribuirse un monopolio sobre el mismo. Por ello, y como ya señalara el propio N. BOBBIO, en los sistemas democráticos pueden producirse efectos perniciosos o «perversos, en el sentido de que en el propio seno de las democracias se desarrollan situaciones que la contradicen y amenazan con derrocarlas». Vid. N. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, México, 1994. Sobre el significado del interés general, concepto incluido en nuestro texto constitucional, en la legislación de desarrollo y utilizado por nuestra propia jurisprudencia, cfr., entre otros, E. ALBERTI, «El interés general y las CC.AA. en la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, n° 18-19, 1983; J. BERMEJO VERA, «El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional», *Revista vasca de Administración Pública*, n° 10, 1984; C. VIVER, «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», *Revista vasca de Administración Pública*, n° 25, 1990; M. JIMENEZ DE PARGA, «El interés general y la solidaridad entre los españoles, dos principios necesitados de atención», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 21, 1997; M. TEROL, «El interés general, su importancia en el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios Políticos*, n° 46-47, 1985.

⁶ Cfr., a este respecto, P. DE VEGA, «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n° 100, 1998; M. ARAGON, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989; E.W. BÖCKENFÖRDE, «La democracia como principio constitucional», en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, 2000; J.J. GOMES CANOTILHO, «El principio democrático. Entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 11, 2009.

⁷ R. FERNANDEZ CARVAJAL, «Notas sobre el Derecho constitucional como nuevo derecho común», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n° 1, 1989, p. 44.

⁸ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1953; G. ZAGREBLESKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 2003, pp. 109-ss.

hizo que éste, especialmente después de la recepción del Derecho justinianeo, se convirtiese en fuente directa dentro del proceso de construcción de un nuevo Derecho público. Determinadas categorías dogmáticas como la de contrato, mandato, etc..., fueron utilizadas, al principio en sus propios términos, para fundamentar la teoría del vasallaje o el propio concepto de representación medieval. Ello es explicativo también de un momento histórico determinado en el cual las relaciones *inter privatos* agotaban toda la realidad social.

Por ello, no es de extrañar que el nuevo Derecho público que va surgiendo se sustente sobre bases iusprivatistas, donde el principio monárquico agota todo el sistema de relaciones sociales, que son las únicas realmente existentes o, al menos, las únicas reconocidas normativamente. Así, categorías dogmáticas propias del Derecho privado son utilizadas para el inicio de una tímida reconstrucción del nuevo Derecho público. Y este proceso continúa hasta la llegada del Estado liberal. Tan solo determinados hitos históricos, como pueden ser la idea de Ley Fundamental, el protestantismo y su defensa de la libertad religiosa, el mercantilismo en su condición de primer movimiento teórico auténticamente intervencionista, los fisiócratas y su concepto de la opinión pública y, en alguna medida, las teorías pactistas, representan elementos aislados de ruptura con este proceso, sin perjuicio de reconocer que también los mismos, o al menos algunos de ellos, poseen un fundamento iusprivatista.

Llegados a este punto se nos plantea la cuestión de si la llegada del Estado liberal y los acontecimientos revolucionarios suponen o no un cambio en la titularidad del Derecho común, pasando el Derecho constitucional a desempeñar el papel que hasta entonces había correspondido al Derecho privado. La respuesta no es fácil, pues nos encontramos con argumentaciones contradictorias. Por un lado, no existen razones históricas que lo avalen, pues las relaciones de producción en el liberalismo son esencialmente medievales, suponiendo tan sólo un cambio en la titularidad de la clase social que detenta el poder político. Pero sí bien ello es cierto, también lo es que esta nueva clase social, la burguesía, detentadora ahora del poder político, tiene un planteamiento radicalmente diferente, basado en el contractualismo como premisa histórica revolucionaria. En efecto, el burgués es un ser utópico, platónico, idealista,⁹ que pretende no sólo establecer un modelo de dominación política sobre otras clases o grupos sociales, sino también, y de modo preferente, extender a toda la población su carácter burgués. Es decir, la lucha de clases no es el ideal burgués, sino la existencia de una sola clase social burguesa, idílica, dando así continuidad al Estado de naturaleza lockeano.

Al propio tiempo, el Estado liberal, y ello sí que supone una reacción ideológica y conceptual significativa, establecerá un tríptico ideológico: Libertad, Igualdad y Fraternidad, del cual únicamente desarrollara, y de forma parcial, el primero de ellos.¹⁰ Los otros dos serán objeto de momentos históricos posteriores o incluso puede considerarse que se encuentran, en cierto modo, aún pendientes de una normativización adecuada. Con ello se inicia, aunque sea inconscientemente, que no quiere decir de forma ingenua, la idea de un Derecho constitucional principal, cuyas normas han de

⁹ W. SOMBART, *El burgués: contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno* (texto originario de 1913), Madrid, 1993.

¹⁰ Sobre el proceso de desconstitucionalización del propio constitucionalismo en el S. XIX, vid. P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989. Cfr., desde otra perspectiva, M. BOVERO: «Una gramática de la democracia», Madrid, 2002, para quien la lógica del mercado es una lógica de la alienabilidad, pues la distribución desigual de los medios vuelve desigual el valor de la libertad.

convertirse en punto de referencia de todo el ordenamiento jurídico, el cual no es sino un desarrollo de aquellas.

Y para ello, y esta es una razón más que justifica el cambio de titularidad del Derecho común a favor del Derecho constitucional, se crea el concepto liberal de Constitución (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano), con el reconocimiento, al menos formal, de toda una serie de derechos a todos los individuos, y con la adopción de una serie de técnicas (principio de división de poderes, constitución normativa en el modelo norteamericano) para llevar a cabo ese planteamiento utópico e idílico, que no es muy diferente en los distintos procesos revolucionarios de la época (ingleses, norteamericano y francés). Es decir, se inicia el camino para la construcción de categorías dogmáticas alternativas, que no suponen necesariamente el abandono total de las anteriores. De este modo, se está dando entrada, paulatinamente eso sí, al principio democrático.

Este planteamiento idílico y utópico quiebra con los primeros ataques antisistema al Estado liberal a mediados del siglo XIX (Manifiesto comunista, la Comuna de París, etc...) que, sí bien son superados por aquél, dando lugar al periodo de mayor estabilidad política (último tercio del siglo XIX), suponen un cambio importante en tanto la aparición de dichos movimientos antisistema, y consiguiente desaparición del monopolio liberal burgués, se traducen en el abandono de ese planteamiento utópico y la adopción de medidas más contundentes y serias para garantizar las conquistas revolucionarias liberales. Además, en esta época se produce la aparición de toda una nueva dogmática, debida en gran parte a los juristas alemanes, que a la postre, y desprovista de los condicionamientos políticos que propiciaron su aparición, supondrá una importante aportación a la idea del Derecho constitucional, o del Derecho público si se quiere, como Derecho común. Conceptos tales como la personalidad jurídica del Estado o la propia noción de derecho público subjetivo, contribuirán decididamente a ello, intentando la creación de una dogmática propia y alternativa a la ofrecida por los planteamientos iusprivatistas, de los cuales pretenden independizarse sin manifestar un propósito decidido por recuperar el ideal o los propios principios revolucionarios.

Por otro lado, la aparición de los llamados Estados de emergencia,¹¹ supone la adopción de mecanismos de defensa del propio Estado liberal, impensables en los primeros momentos de instauración del mismo; mecanismos que pasan al ámbito específico del Derecho constitucional, acentuando de este modo su condición de Derecho común. Es decir, las situaciones de emergencia, con la suspensión y/o restricción de los derechos y libertades, la militarización de los poderes públicos y de la propia sociedad civil, etc..., se van a convertir en algo esencial en los momentos posteriores del Estado liberal, alterando su primitiva concepción ideológica, la cual, como es sabido, no consideraba necesario la existencia de los mismos, pues sus propios planteamientos teóricos eran más que suficientes para la defensa del «ideal burgués». Ahora bien, ello tiene un carácter provisional, transitorio, razón por la cual a los liberales les resulta imposible

¹¹ Sobre los estados de emergencia y sus implicaciones en el desarrollo del constitucionalismo, cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 111, 2004; P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984; J.M. GOIG MARTÍNEZ, «La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales», *Revista de derecho UNED*, n° 4-5, 2009; J.M. CASTELLS ARTECHE, «Inter arma silent leges: notas sobre el derecho de excepción», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 87-88, 2010; J.M. LAFUENTE BALLE, «Los Estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, n° 31, 1990; E.M. BRU PERAL, «Estados de alarma, excepción y sitio», *Derechos y libertades*, n° 7, 1999; M. CARBONELL SÁNCHEZ, «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia», *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, 2008.

prever las crisis, las emergencias, pudiendo tan sólo regularlas cuando éstas ya se han producido. Pero lo importante es señalar que en los supuestos de crisis, de emergencia, se va a acudir al Derecho constitucional para que otorgue una respuesta a los mismos, lo cual es claramente revelador de su posición como Derecho común y principal, sin que ello impida seguir acudiendo a categorías dogmáticas propias del Derecho privado, como pueden ser las cláusulas *rebus sic stantibus* o *pacta sunt servanda*.¹² No debemos olvidar que, a la postre, el Derecho constitucional, la propia Constitución, son un Derecho, y una norma, de la crisis. Ello, por otra parte, nos permite rechazar aquellas tesis que señalan que en tiempos de crisis no es conveniente legislar, remitiéndonos a momentos posteriores, cuando la crisis haya pasado, momentos en los cuales ya no se siente la necesidad de hacerlo. Es decir, se deja la casa por barrer.

El Estado liberal, con las características anteriormente apuntadas, continuó su curso hasta la I Guerra Mundial. Su final supone el inicio de un nuevo periodo, de un nuevo ciclo constitucional, el periodo de entreguerras, caracterizado, por lo que a nosotros nos interesa, por un cambio sustancial en los planteamientos ideológicos y dogmáticos del Estado liberal. En este sentido se produce un alteración conceptual importante que afecta a la propia teoría de la Constitución, a la vigencia de los derechos y libertades (con la aparición de nuevas generaciones de derechos), y al sistema de relaciones entre los diferentes poderes públicos. Y es que parecía necesario dar una respuesta nueva a los movimientos ideológicos antiliberales (marxismo y fascismos) que conviven con el movimiento liberal, adaptándose a las nuevas circunstancias y ofreciendo elementos teóricos más sólidos.

Pero al propio tiempo se va a producir la primera crisis seria del sistema capitalista. Es el crack de 1929, que en determinados aspectos nos recuerda a la actual crisis, pues no sólo es una crisis económica, sino también una crisis de valores que se dilucidara en los campos de batalla a partir de 1939. Una crisis caracterizada, por lo demás, por su internacionalización, apareciendo un nuevo fenómeno que algunos han denominado el Derecho constitucional internacional.¹³

La II Guerra Mundial supone, entre otras cosas, la desaparición de los movimientos fascistas que, no obstante, perdurarán en algunos países como el nuestro. Ya sólo quedan, pues, dos grandes modelos ideológicos: el nuevo Estado constitucional y el Estado marxista, enfrentados y, a su vez, relacionados también entre sí y con influencias mutuas, que para algunos, especialmente tras la desaparición de la URSS, supondrá la existencia de un pensamiento único. Ello va a suponer una menor beligerancia en los planteamientos ideológicos, llegando incluso a proclamarse el fin de las ideologías. Sin embargo, este planteamiento desaparece pronto, pues cuestiones tales como los nuevos procesos de integración supranacional, el nuevo sistema de protección multinivel

¹² G. DE VERGOTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004.

¹³ Vid. entre la doctrina, G. AGUILAR CAVALLO, «La internacionalización del Derecho constitucional», *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 2007; D. VALADÉS, «Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX», *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 12, 2009; J.L. CABALLERO OCHOA, «El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 6, 2006; M.A. NÚÑEZ POBLETE, «Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona», *Ius et praxis*, nº 2, 2008; M.J. RISSO FERRAND, «Interrelación entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 16, 2012; M.I. del TORO HUERTA, «La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 112, 2005; y la obra colectiva coordinada por A. PETERS, M.J. AZNAR GÓMEZ, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, 2010.

de los derechos y libertades, el proceso de globalización e internacionalización de las relaciones sociales, y un largo etcétera, ponen de relieve la necesidad de proceder a toda una «reconstitucionalización» de diferentes cuestiones y temas que habían sido abandonadas a la acción de otras normas jurídicas, y también de otras disciplinas jurídicas. Surge, de este modo, un nuevo Derecho constitucional, que debe dotarse de nuevas categorías dogmáticas, estableciendo un nuevo sistema de relaciones normativas e institucionales.

A la situación anteriormente descrita no le resultan ajenos, por lo demás, nuevos problemas, que se expresarán en la segunda crisis económica del sistema capitalista: la crisis de 1973, radicalmente distinta de la anterior. La misma, y otros acontecimientos como el de mayo del 68 francés, permitirán constatar cómo el nuevo Estado social parece incapaz de dar solución a los problemas planteados, pues las categorías dogmáticas acuñadas se han vuelto obsoletas. Se produce, de este modo, el inicio de un pensamiento crítico y de un nuevo constitucionalismo,¹⁴ que no sólo revela la necesidad de nuevas categorías dogmáticas, sino que pone de relieve la propia crisis del sistema y la necesidad de nuevos planteamientos ideológicos, que parecen introducirnos en una nueva etapa en la evolución del constitucionalismo contemporáneo, como consecuencia de las transformaciones experimentadas por el Estado como forma histórica del poder político.

El llamado neoconstitucionalismo pretende configurar unas nuevas categorías dogmáticas, producto de los cambios estructurales producidos, con un carácter global y general y que vaya más allá de las realidades de los actuales Estados constitucionales en el mundo occidental,¹⁵ poniendo de relieve la sustantividad y materialidad de los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales innovadoras, que a veces implican parámetros de interpretación novedosos, y los desarrollos teóricos superadores de una mera descripción del fenómeno jurídico. Se abandonan así los elementos descriptivos, que pasan a ser sustituidos por otros de carácter prescriptivo. En suma, se trata de superar el positivismo clásico y efectuar una nueva construcción teórica del derecho y del ordenamiento jurídico, aportando soluciones nuevas a los problemas actualmente planteados.

Este es el momento en que nos encontramos en la actualidad, reavivado por la actual crisis económica que se inicia en el año 2008, y que implica todo un cambio de mentalidad. En efecto, ahora las crisis no parecen tener un carácter cíclico, relativamente fácil de superar por el propio sistema. Nos encontramos ante una crisis de legitimidad del propio sistema, lo cual implica la necesidad de hallar un modelo alternativo al actual, fundamentado en bases ideológicas y conceptuales diferentes. Y es que resulta imposible negar que los supuestos sean distintos, que el marco estatal resulte insuficiente pero a la vez imprescindible, y que existe una elevada internacionalización de la propia crisis, etc. Es decir, se trata de una crisis económica radicalmente distinta de las anteriores, que no puede ser asumida por el propio sistema si éste no cambia desde sus raíces de forma radical, transformándose en otro muy distinto al actual.

¹⁴ M. CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007; C. BERNAL PULIDO, «El neoconstitucionalismo a debate», *Temas de Derecho Público*, n° 76, Bogotá, 2006; E. MEIER GARCIA, «(Neo)Constitucionalismo e internacionalización de los derechos», *Universitas*, n° 15, 2012; M. ATIENZA, «Constitucionalismo, globalización y derecho», en M. CARBONELL y L. GARCIA JARAMILLO (Eds), *El canon constitucional*, Madrid, 2010; R. AVILA SANTA-MARIA: «Neoconstitucionalismo y Sociedad», Quito, 2008; G. CAMARA VILLAR (Ed. y Coord.), *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, Granada, 2010.

¹⁵ Cfr. a este respecto, P. HABERLE, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007.

Parece llegado el momento para que el Derecho constitucional, como Derecho común a todo el ordenamiento jurídico, y por ser un derecho de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad (fraternidad revolucionaria),¹⁶ sea el que ofrezca las respuestas necesarias, evitando que éste papel sea cumplido por otros sectores del ordenamiento jurídico, más propicios, además, a la vigencia del principio monárquico y a proporcionar soluciones sectoriales a la crisis. Se trata, en suma, desde la perspectiva misma del Derecho constitucional, de que el principio monárquico no vuelva a convertirse en elemento legitimador y fundamentador del sistema perdiendo éste toda su virtualidad y potencialidad, y de que el principio democrático alcance su plena vigencia y actualidad real y efectiva, abandonando los planteamientos puramente formales y los ámbitos de aplicación de carácter sectorial. Ese principio democrático debe convertirse, como elemento legitimador del sistema que es, en un límite material al propio proceso de reforma constitucional, pues ni siquiera el poder constituyente puede hacerlo desaparecer sin perder su condición de poder constituyente democrático. Y sí bien es cierto que podría hacerlo en cuanto no cabe negarle su condición de poder originario, ilimitado y creador de un orden nuevo, el resultado sería la desaparición de su carácter democrático y, previsiblemente, de la titularidad que corresponde a toda la ciudadanía. Sería un poder constituyente en manos de un grupo social determinado, o de un individuo concreto, cuyos ejemplos históricos son bien conocidos por todos.

Hoy día, los poderes invisibles de que hablara Bobbio,¹⁷ se han vuelto visibles y protagonistas, contribuyendo a la privatización de lo público y alejando al Estado de su condición de punto de convergencia y su función de dirección y solución de los conflictos existentes, los cuales, en ocasiones, se sustraen al ámbito de una regulación normativa. Frente a ello, sin embargo, hay que sostener la responsabilidad que recae en los poderes públicos, pues deben modular las reglas del mercado, compensando los desequilibrios existentes, y evitando que la crisis de legitimación se convierta en una crisis de identidad.¹⁸ Y ello únicamente es posible realizarlo a través de la constitucionalización de lo privado, pues el Derecho constitucional es el sector del ordenamiento jurídico que encierra una mayor potencialidad transformadora de la realidad social. La constitucionalización de lo privado debe suponer, en resumidas cuentas, la posibilidad real y efectiva de introducción de las categorías dogmáticas públicas en el ámbito privado.

El espacio público y el privado no representan dos compartimentos estancos, dos líneas paralelas, que actúan sin ningún tipo de relación entre si. Y por ello se hace difícil sostener que respondan a categorías dogmáticas diferentes y contradictorias. Si hay un Derecho principal, si lo privado también está dentro de la Constitución, sin la posibilidad de sustraerse a la misma, las categorías dogmáticas deben ser únicas para ambos espacios, para el público y para el privado, lo cual no empecé para que las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, según sea su mayor incidencia en uno y otro espacio, dispongan de una autonomía conceptual propia, con la consiguiente elaboración de categorías dogmáticas y de técnicas normativas distintas, más adaptadas

¹⁶ Resulta evidente que el Estado liberal es un Estado insolidario, y que la solidaridad misma es un principio básico del Estado social. Cfr. a este respecto, C. DE CABO, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, 2006. Asimismo, P. HABERLE, *Libertad, Igualdad, Fraternidad*, Madrid, 1998; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nel ordinamento costituzionale*, Milano, 2002. Otros autores (J. Rawls) han hablado del principio de la justicia, con la finalidad de que la persecución de la igualdad encuentre el vehículo adecuado del cambio dinámico y se produzca una adecuación entre la libertad y la igualdad. Cfr., a este respecto REYES MATE: «Tratado de la injusticia (pensamiento crítico. Pensamiento utópico)», Barcelona, 2011.

¹⁷ N. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, México, 1997.

¹⁸ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, México, 2003.

a la realidad social que pretenden normativizar. Por esta razón, la interpretación de los diferentes sectores del ordenamiento, si bien debe tener un tronco común, radicado en el Derecho principal, puede utilizar técnicas distintas, pues la adecuación de la norma a la realidad no tiene por qué ser necesariamente la misma. Pensemos, a modo de ejemplo, en el diferente significado de la analogía en el Derecho público o en el Derecho privado.

Por todo lo anterior, resulta necesario efectuar una apuesta contundente y clara en favor de la constitucionalización de nuevos -y antiguos- espacios públicos y privados. No se trata, no obstante, de petrificar determinados sectores sociales o diferentes contenidos, sino de elevar al contenido de nuestra norma suprema aquellas nuevas decisiones políticas fundamentales que deben adoptarse para ofrecer una solución a los nuevos problemas planteados. De otro modo, con los actuales contenidos constitucionales, con las actuales regulaciones normativas, seremos incapaces de ofrecer estas soluciones, permitiendo, a la vez, que otros poderes, los poderes privados, por vías legales o simples actos de hecho, procedan a la asunción de los mismos.

El derecho principal, la Constitución en suma, no sólo tiene como misión la concreción de las decisiones políticas fundamentales, sino que también debe contener los mecanismos necesarios, en éste caso reglas, para permitir la defensa y garantías de las mismas y, al propio tiempo, dotarse de la flexibilidad suficiente, sin abandonar aquellas, para permitir la incorporación de nuevas decisiones políticas fundamentales, que siempre han de ser decisiones del poder constituyente y no simples decisiones de los poderes constituidos, y mucho menos de los poderes privados, propios o foráneos. La idea de un Derecho constitucional principal, la aceptación de la Constitución como norma jurídica suprema, implica necesariamente la intervención periódica del poder constituyente y no la ocultación del mismo o el ejercicio de sus funciones por parte de los poderes constituidos, incluido el poder de reforma, pues éste también es un poder constituido. Es cierto que estos poderes constituidos pueden modificar aspectos de la propia Constitución, pero no sus partes esenciales, sus principios configuradores. Ello únicamente es competencia del auténtico poder constituyente, que implica necesariamente la intervención directa de la ciudadanía.

Los principios constitucionales no suelen estar, como tales, positivizados en preceptos concretos, sino que su existencia se induce de otros mandatos normativos, convirtiéndose, de éste modo, en la esencia de la Constitución. Toda norma fundamental responde a una serie de principios, que normalmente se convierten en límites materiales expresos al proceso de reforma constitucional. Ello no sucede en nuestro ordenamiento jurídico, el cual permite la reforma total de la Constitución. Pero ello no puede interpretarse como la constitucionalización de la propia autodestrucción del texto constitucional, hecho sin precedentes en el constitucionalismo contemporáneo, sino que hay que efectuar una interpretación favorable a la existencia de límites materiales implícitos. Una vez acepta su existencia, podrá discutirse cuales son estos principios constitucionales, pero a esta discusión se escapa necesariamente el más importante de todos ellos: el principio democrático, que tiene toda una serie de manifestaciones concretas o subprincipios.

Es decir, la ciudadanía, y con más intensidad si se quiere, todos los poderes públicos deben vivir en Constitución. Hay que hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, que implica que la Constitución vincula, aunque con distinta intensidad, a todos (art. 9.1. CE), incluyendo a los poderes privados, los cuales, por otra

parte, justifican su existencia y actividad bajo el manto constitucional. Ello supone que no valen los silencios, sino que son necesarias las actuaciones positivas; que la educación en valores constitucionales y democráticos (art. 27.2. CE) es una exigencia constitucional; que es cierto que las crisis económicas provocan un aumento de las desigualdades sociales; que el llamado «rearme axiológico» de la sociedad civil no puede ser teledirigido; que no podemos permitirnos la actual desafección ciudadana hacia la clase política; que la corrupción no puede ser nuestro sistema de gobierno; que la publicidad y la transparencia son consustanciales al sistema democrático; que la opinión pública no es igual que la opinión publicada, etc.... Todo ello no puede ser ajeno a los poderes privados. La pluralidad es la savia nueva para el rearme y la denominada «globalización» es una trampa del pensamiento único. De lo contrario, se producirán toda una serie de consecuencias que conducirán, inevitablemente, a una crisis de legitimidad del propio sistema.

III. LA FALACIA DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA

Anteriormente nos hemos referido a las tres crisis económicas del capitalismo contemporáneo: la de 1929, la de 1973 y la del 2008. La primera es una crisis propia del sistema capitalista. La segunda, que también tiene esta consideración, pone en tela de juicio los planteamientos del Estado social. Y la tercera es una crisis de legitimidad del sistema. Aunque puedan apreciarse elementos comunes a todas ellas, lo cierto es que la del 2008 presenta diferencias sustanciales en relación con las dos anteriores. En efecto, ahora resulta difícil poder afirmar que nos encontramos ante una nueva manifestación de una crisis cíclica del sistema capitalista, inherente a sus propias contradicciones internas. En los momentos actuales, además de ser una crisis económica con características propias es, también y principalmente, una crisis de legitimidad del propio sistema, pues presenta elementos axiológicos e institucionales de un sistema concreto de producción que hasta ahora parecía no tener alternativa posible. Y ello, porque los poderes públicos se han mostrado incapaces de realizar un idóneo control sobre los poderes económicos, mediante la incorporación de los mismos al propio proceso constitucional, y de adecuar el funcionamiento del sistema democrático a las nuevas circunstancias. Es decir, se mantiene formalmente la democracia política, aunque sea a costa de una paulatina desaparición del pluralismo político y social, sin que la llamada democracia económica se atisbe por ningún lado. Ante ello, los poderes económicos no pueden actuar sin límite alguno, pues el ejercicio del derecho de propiedad, que ni siquiera es un derecho fundamental, no es absoluto. Y si bien es cierto que su posición no es la misma que la de los poderes públicos, también lo es que el principio democrático no es ajeno a su existencia y funcionamiento. Por ello, la idea de control sobre los mismos, control de distinta naturaleza si se quiere, no es sino una consecuencia más del proceso de constitucionalización de lo privado que estamos defendiendo.

Posiblemente sea lícito afirmar que la salida de la actual crisis económica se producirá tarde o temprano, aunque muchos sectores sociales vean disminuido su poder adquisitivo y, en suma, las relaciones entre el capital y el trabajo se vean seriamente afectadas. Pero más complicado es defender que la salida de la crisis económica conllevará necesariamente la superación de la actual crisis institucional y de legitimidad en que nos encontramos. La utilización impune de aquella para profundizar en estas

últimas puede conducirnos a una situación de permanente crisis institucional y de legitimidad, aunque hayamos superado, con mayor o menor acierto, la crisis económica.

Si ello es así, hay que proclamar que la actual crisis económica esta incidiendo directamente en la problemática actual del Derecho constitucional, no sólo en nuestro sistema político interno, sino también a nivel europeo, poniendo de manifiesto las incapacidades del mismo para proporcionar soluciones alternativas a las oficialmente planteadas, que existen, y que implican o deben implicar una sustancial transformación del constitucionalismo contemporáneo. La cuestión puede llegar a adquirir dimensiones terribles, pues parece que el Derecho ha dejado de ser capaz de solucionar los conflictos sociales y políticos existentes, haciendo una dejación de sus funciones y entregando a otras instancias (individuales y colectivas) la solución de los mismos. Y no se trata tan sólo de una pérdida de la calidad democrática, sino de una involución de la propia democracia. La negativa a que los titulares del poder constituyente se pronuncien (como sucedió en el caso del pretendido referéndum griego y en la negativa a un referéndum en la reforma constitucional española del 2011), o la imposición del cambio de gobernantes, ajenos a los procesos electorales o parlamentarios, o de reformas constitucionales, provenientes de decisiones personales o por exigencias de los mercados, que se atribuyen de este modo la titularidad del poder constituyente de cada país, son claros ejemplos de todo ello. Para evitar todo ello, el propio sistema democrático debe cumplir también sus deberes, no pudiendo adoptar una actitud conformista con su «calidad» democrática, reducida a procesos electorales periódicos. Debe proceder, pues, a una mayor integración de las nuevas realidades sociales, de los nuevos grupos emergentes, intentando que las demandas que estos plantean sean consideradas por el propio sistema y que no queden al margen del mismo, pues, de lo contrario, estas se dirigirán a otros sectores o poderes, los cuales, al propiciar su satisfacción, podrían llegar a convenirse en elementos alternativos y sustitutivos de los poderes democráticos, quienes, por su propia incapacidad, pierden entonces la legitimidad de que han sido investidos.

Como es sabido, el Derecho constitucional liberal, por su propio sustrato ideológico, nunca contempló la posibilidad de regular las crisis económicas, las emergencias, pues éstas eran un imposible ideológico. Por ello, inicialmente consideró incluso innecesaria la necesidad de establecer un sistema de garantías de los elementos estructurales del sistema, tal y como sucedía con los derechos y libertades, razón por la cual los primeros textos constitucionales del liberalismo carecen de cualquier regulación normativa al respecto. Y es que el tríptico revolucionario liberal (Libertad, Igualdad y Fraternidad), base del sistema de derechos y libertades, no podía verse afectado por alteraciones políticas o económicas del sistema, resultando innecesario un desarrollo normativo y articulado del mismo. No resulta fácil saber si éste planteamiento ingenuo y platónico fue consciente o no. Pero lo cierto es que existió y adquirió la condición de credo político, de dogma de fe.¹⁹ Ello condujo, aunque pueda resultar una paradoja, a una más intensa «publicación» de lo privado que a una «privatización» de lo público, pues las grandes corporaciones empezarán a desenvolverse como Estados propios y singulares, dotándose de sus propias normas, reclamando «su» seguridad jurídica en su propio beneficio, configurando a los consumidores como «sus» propios súbditos, creando «su» propia burocracia, etc....

¹⁹ Sobre el origen histórico de los derechos y los momentos revolucionarios, constituyen obras clave las de Maurizio FIORAVANTI: *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, 2001; y *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, 2000.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la necesidad de los estados de emergencia vino determinada por ataques directos al propio sistema liberal, cuya legitimidad era cuestionada por los movimientos antisistema. Por ello, el Estado liberal carecía de instrumentos normativos adecuados cuando aparecen las primeras crisis económicas del sistema capitalista, debiendo acudir a ese Derecho común y superior que es el Derecho constitucional. Y ello, porque el Derecho principal es el que mejor puede garantizar la doble función de los estados de emergencia: por un lado, defender las conquistas revolucionarias consolidadas por la burguesía; por otro, impedir, salvo caso extremo, la incorporación de otros planteamientos revolucionarios, de otras demandas requeridas por las nuevas clases sociales emergentes. En consecuencia, la idea de seguridad acabará por imponerse sobre la idea de libertad, siendo la seguridad nacional, especialmente la debida a causas estrictamente económicas, el bien constitucional digno de protección por antonomasia.

Frente al anterior planteamiento, sin embargo, las crisis económicas posteriores rebasan ese ámbito nacional y se centran en los elementos estructurales del sistema. Así, la crisis de 1973 va a poner de manifiesto la incapacidad del sistema para mantener los postulados del Estado social, el cual apenas había estado vigente en las democracias occidentales, las cuales, por otro lado, carecían de alternativas históricas viables.

Así, en principio, la actual crisis económica no es generada por sujetos alternativos al sistema, sino por sujetos situados dentro de aquél, pertenecientes a su propia esencia estructural. Estos sujetos activos son los grandes bancos, empresas, agencias, normalmente de carácter multinacional, que parecen luchar contra unos sujetos pasivos (la ciudadanía, el propio Estado), que también forman parte del sistema. Es decir, parece producirse una inversión del papel de los sujetos, tanto activos como pasivos, de las crisis económicas anteriores. Esta inversión se produce porque los grandes poderes privados se han alejado de los planteamientos constitucionalistas, sustrayéndose a sus propios principios informadores. O también porque nunca han vivido en ellos, consecuencia directa de que en épocas históricas pasadas el mundo privado permanecía ajeno, aunque controlándolo, al espacio jurídico-político. Ahora es imposible que ello continúe siendo así. Ya no hay dicotomía entre ambos espacios. De ahí que una de sus pretensiones principales, su pretensión fundamental, sea la de invadir y apropiarse también de los espacios públicos. Y los ahora llamados «sujetos pasivos», especialmente los poderes públicos, no han sido capaces de sujetarlos dentro de las premisas del contractualismo democrático, pues se han acostumbrado a «vivir» al margen del marco constitucional.

Es decir, se ha convertido en norma lo que por la propia evolución del constitucionalismo tenía que haber sido la excepción. El estado liberal justificaba que los espacios privados permaneciesen al margen, pues no formaban parte de las características del propio Estado, de sus elementos configuradores. Ello ya no es posible cuando se instaura el Estado social y el principio democrático empieza a ser la fuente legitimadora del mismo. Ya no se puede hablar de una separación entre espacios públicos y privados y, mucho menos, de la prevalencia de estos sobre aquellos. Lo cierto es que el afán ilimitado de obtener más plusvalías por parte de unos, no ha recibido una respuesta adecuada por parte de otros. Y el planteamiento de la crisis, además de representar una falacia evidente, no deja de ser la expresión más contradictoria de los actuales esquemas del sistema capitalista, pero que contiene una característica novedosa: di-

cho planteamiento, dicha falacia, resulta difícilmente contestable. Ese es el problema fundamental en el que actualmente nos encontramos.

Las crisis económicas de determinados sujetos activos (bancos, empresas, multinacionales), debidos en buena medida a problemas de gestión interna y de afán desmesurado y sin control por la obtención de plusvalías económicas y políticas cada vez más elevadas, repercuten directamente en una serie de sujetos pasivos (ciudadanía, poderes públicos), los cuales, además de haber sido la fuente de obtención de dichas plusvalías adicionales y excesivas, deben proceder ahora a sufragar, a pagar, dicha crisis de los sujetos activos. De lo contrario la quiebra de estos, a la cual han sido total o parcialmente ajenos, corre el riesgo de convertirse en una quiebra global del sistema, que será aprovechada por otros sujetos activos, inicialmente no afectados por aquella, para proceder a una ocupación total de aquél, alterando su esencia y estableciendo unas nuevas reglas de funcionamiento para el mismo. Es decir, los enemigos del sistema no se encuentran fuera del mismo, sino que están plenamente insertos en aquél, ocupando incluso posiciones preeminentes. Y además, lo cual no deja de ser una paradoja alarmante, no se ven vinculados por los principios que rigen la actuación de los espacios públicos.

Este planteamiento afecta de distinta forma al sistema democrático. No se pretende un desmantelamiento global y radical del mismo, realizado en un sólo acto. Lo que se trata es de destruir las estructuras políticas más débiles del sistema, culpándolas de la propia crisis económica y haciéndolas desaparecer para solucionar esta. El desmantelamiento parcial de los servicios públicos básicos y la desaparición de un buen número de estructuras político-administrativas se convierten en elementos propicios de la crisis. Con ello, además, se fomenta la invasión por parte de los poderes privados de toda una serie de espacios públicos, señalando que estos habían sido incapaces de llevar a cabo sus propias funciones y competencias y, en consecuencia, alimentando la existencia de la crisis. La reducción del gasto público mediante la disminución de los servicios sociales prestados, el aumento de los ingresos a costa de los que menos tienen, la desaparición de importantes estructuras administrativas, la reconversión y re-centralización del modelo autonómico, etc... se convierten en víctimas propiciatorias. Las desigualdades se acrecientan, se agigantan, y los conflictos sociales, a veces incluso violentos, comienzan a expresarse. Las teorías del Estado «paternalista» emergen de nuevo, pareciendo producirse una vuelta, no sólo a planteamientos estrictamente liberales propios del Estado «mínimo», sino incluso medievales: el *ora et labora* parece adquirir un nuevo significado.

Es decir, la ciudadanía, como sujeto pasivo del mismo, se ve obligada a renunciar a una buena parte de sus derechos y libertades, especialmente los de carácter social (sanidad, educación, vivienda, dependencia, servicios sociales), pasando a ingresar en colectivos de pobreza o de paro endémico e integrarse, a la larga, en movimientos antisistema,²⁰ que pueden dar lugar a conflictos sociales violentos. La irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas se convierte en papel mojado, y el Estado social en una pura quimera, afectando a sectores integrados por personas que habían proporcionado una legitimidad social al sistema, las clases medias, las cuales tienen una cierta tendencia a desaparecer, y provocando que el principio revolucionario de la Igualdad, insuficientemente o apenas desarrollado por el Estado social, se convierta en

²⁰ Cfr. M.A. PRESNO LINERA, «El 15M y la democracia real», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 25, 2012, pp. 38 ss.; o E. GUILLEN LÓPEZ, «El 15-M desde la óptica del socialismo democrático», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 30, 2012, pp. 30-ss.

un auténtico residuo histórico. Ello, además, puede contribuir a una mayor diferenciación, y por consiguiente enfrentamiento, entre las clases sociales, que a la postre puede conducir a una fractura social importante, pues siempre existen sectores de la ciudadanía, aquellos que han provocado directa o indirectamente la crisis, que se benefician de la misma, consiguiendo las plusvalías económicas anheladas.

Esta quiebra del principio de igualdad afecta a todos los servicios públicos, a todas las políticas públicas que hasta ahora realizaban los poderes públicos, pretendiéndose una privatización de las mismas, bien directamente, bien a través de conceptos como la externalización de la gestión, que no son sino nuevas fuentes de ingresos para aquellos poderes privados²¹ que habían producido la crisis, ahora ya no solo por razones económicas de sus propias organizaciones sino, principalmente, con la finalidad de cambiar y alterar los elementos estructurales del sistema. Incluso la consagración teórica de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, una de las conquistas claves del Estado social todavía en proceso de configuración, se ve profundamente alterada, volviendo a ser aquellas las que más padecen la crisis, bien directa o indirectamente.

Todo ello implica aceptar que lo privado debe invadir todos los espacios públicos, alegando, pero no siempre demostrando, que el mismo es mucho más eficaz en la prestación de los servicios públicos. Es decir, se acude a la falacia, no de negar la necesidad de los mismos, sino de atribuir su prestación a otros titulares, a los poderes privados, por entender que están más capacitados para ello. Con ello, con la atribución a los poderes privados la gestión de lo público, lo que realmente se consigue es proporcionar a aquellos nuevos ámbitos de actuación, nuevos espacios con los que aumentar sus plusvalías. Y además, ello se configura con un paso intermedio, pues el resultado final está planificado: la sustitución total de lo público, que se convertiría en un elemento absolutamente residual, por lo privado. Los parámetros económicos -la eficacia y la eficiencia no contrastada- se imponen a los principios constitucionales, los cuales simplemente desaparecen. Y el principio democrático es absolutamente vaciado de contenido.

Los otros sujetos pasivos, los poderes públicos, cuya pasividad es producto de su falta de liderazgo, también resultan directamente afectados. Al ser ellos los que deben proporcionar, a través de decisiones políticas contrarias al Estado Social consolidado, los ingresos a los sujetos activos causantes directos de la crisis, necesitan, no sólo imponer esas decisiones a la ciudadanía, sino transformarse radicalmente, aceptando decisiones tomadas por órganos o personas externas al propio Estado. La reducción de la dimensión del Estado se lleva a cabo hasta límites insospechados, dentro de un proceso de privatización radical que corre el riesgo de implicar una desconstitucionalización total de lo privado. Si históricamente hay ejemplos de poderes privados que crean estructuras estatales, aceptando incluso la asunción de algunos principios y valores constitucionales, como puede ser la Liga Hanseática o determinadas colonias norteamericanas, por ser favorecedoras de sus propios intereses económicos, ahora se va a producir un proceso inverso: se dismantelan las estructuras públicas estatales, reduciéndolas a su mínima expresión, con el pretexto de un ahorro sustancial en el gasto público, pero con la finalidad de proceder a su sustitución por determinados poderes privados, pues lo que da soporte a la «política», a lo público, es decir los intereses comunes, necesitan seguir siendo mantenidos en tanto constituyen, simple y llanamente, una necesidad humana. Es decir, se provoca una quiebra del Estado y luego se procede

²¹ G. LOMBARDI: «Potere privato e diritti fondamentali», Torino, 1970.

a la compra del mismo a bajo precio. De hecho, hoy día es posible incluso cuantificar el coste, aunque sea en grandes magnitudes sujetas a errores, del rescate económico, de Estados como Grecia, Irlanda, Portugal, España e Italia. Y es posible también encontrar poderes privados que dispongan de los medios materiales necesarios, del dinero suficiente, para proceder a la compra de los mismos. De este modo, los Estados se incorporan al sector privado y pasan a formar parte del patrimonio de los poderes que dominan aquél. Y con los Estados, toda la ciudadanía.

Los intereses de los poderes privados, sin control alguno por parte de los poderes públicos, como era su obligación política y jurídica, y desprovistos ya de su «aparición constitucionalista», conducen a una sustitución que altera los esquemas del Estado social, afectando a la propia legitimidad del mismo. Aunque la historia posiblemente no se repite, sin embargo sus enseñanzas parecen olvidarse, pues el principio democrático, que era el elemento legitimador del sistema, desaparece materialmente, y sólo la forma, y ello no siempre, se mantiene. Por su parte, la libertad y la igualdad se sacrifican en aras de una pretendida seguridad económica. Y finalmente la fraternidad (la solidaridad, en nuestra terminología), que debería haber sido una opción por una intervención pública a favor de los más débiles, es simplemente una utopía.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que la actual crisis económica es una auténtica falacia. La falacia es un razonamiento incorrecto que aparenta ser correcto. Pero que un razonamiento sea falaz no implica que su conclusión sea falsa, pues lo que lo hace falaz es la incorrección del razonamiento en sí. Por ello, todo razonamiento falaz es inválido, pues sus premisas no garantizan la veracidad de su conclusión. Pero esto no nos impide observar que en ocasiones aquellas pueden ser muy sutiles y persuasivas, pues la conclusión puede llegar a ser verdadera de manera casual.

Esto es, precisamente, lo que ocurre con la actual crisis económica. Los sujetos provocadores o propiciadores de la crisis son los grandes beneficiarios, pues logran que los poderes públicos obliguen a los sujetos pasivos a sufragar la misma, produciendo al propio tiempo una privatización «mercantilizada» -y no constitucionalizada, como debería ser, llegado el caso en que se considere que la privatización de lo público está justificada-, la cual incide de forma notoria en la desaparición de sus coadyuvantes (los poderes públicos) y, lo que es peor, en una mutación del sistema que, a la postre, les resultará más favorable para sus intereses. Y ello parece tener lugar sin ningún tipo de coste político o empresarial, sin ningún tipo de control y, prácticamente, sin ninguna responsabilidad. Frente a ello, los poderes públicos entran en la dinámica de limitarse, sin más, a aceptar sus pretensiones, sin oponer apenas resistencia alguna. Y es que parece que se corre el riesgo de que su supervivencia, aunque sea meramente formal, les importe más que el mantenimiento de los propios principios constitucionales.

Esta última situación parece llevarnos a una conclusión en absoluto deseada: ¿Cómo van a poder los poderes públicos constitucionalizar a los poderes privados si ni siquiera ellos mismos defienden los propios principios constitucionales? Si ello es así, en buena lógica constitucional, sólo restaría una solución: llamar al poder constituyente para que sea éste el que decida la incorporación o no de nuevas decisiones políticas fundamentales. Y naturalmente exigir responsabilidades, del tipo que sean, a todos aquellos poderes públicos que no han sabido o querido cumplir la función constitucionalmente encomendada.

Aunque las diferencias existen, es como si los delincuentes, una vez cometido, de forma dolosa o culposa, el correspondiente delito, es decir, una vez provocada la crisis

económica, obligasen a los poderes públicos afectados -en éste caso ejemplificativo, a los órganos judiciales-, a meter en la cárcel -a pagar la crisis-, a sujetos inocentes y a declararles culpables con la correspondiente pena. Situación esta que alteraría todo el sistema penitenciario -sistema democrático-, pues los inocentes cumplen la pena, los culpables continúan delinquiendo y el sistema se transforma o desaparece, atribuyéndose a los culpables la potestad jurisdiccional de determinar quién es inocente y quién es culpable.

Parece, pues, llegado el momento de empezar al menos a valorar que estos sujetos activos, que con sus decisiones llegan a producir la quiebra de Estados enteros, sean objeto de la correspondiente sanción penal ante organismos internacionales (Corte Penal Internacional) como auténticos responsables de crímenes económicos de lesa humanidad. Todo ello teniendo en cuenta que el Derecho constitucional, si es que ello resulta necesario, debe estar llamado a proporcionar al Derecho penal los principios y elementos estructurales necesarios para proceder a la tipificación de nuevos delitos.

Aún hay tiempo, y de hecho sobre esta dinámica se trabaja constantemente, para que los poderes públicos estatales sean capaces de constitucionalizar un espacio público internacional, que no se deje controlar por los poderes privados internacionales. No debemos olvidar los elementos de debilidad de las actuales organizaciones internacionales, carentes, si se quiere con excepciones, de un auténtico poder decisorio, el cual continúa radicado en los propios Estados.²² Es decir, si los ataques a estos provienen fundamentalmente de aquellos, pues los poderes privados internos estatales o no existen o son simples correas de transmisión de los poderes privados internacionales, la respuesta no pueden producirse exclusivamente dentro del marco estatal. Se trata de seguir trabajando para generar procedimientos de responsabilidad internacional que actúen de freno frente a los poderes privados internacionales. A los Estados les puede corresponder otra función, como es la acusatoria, pero el juicio, la exigencia de responsabilidad ha de residenciarse en los poderes públicos supranacionales. Con ello se trata de reivindicar la eficacia horizontal del espacio internacional constitucional, evitando que los poderes privados ocupen todo el espacio público.

IV. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

A estas alturas no añadimos nada nuevo si afirmamos que la llamada sociedad de la información y el proceso de globalización en que estamos inmersos han transformado radicalmente las relaciones de producción. Ahora bien, mientras la existencia de un mundo globalizado ha obtenido respuestas desde un punto de vista económico, con la apertura ilimitada de los mercados, y de modo manifiesto desde un punto de vista tecnológico, sin embargo las respuestas son insuficientes desde un punto de vista normativo-constitucional. Es decir, los poderes privados parecen haberse adaptado mucho mejor que los poderes públicos a éste nuevo escenario, que les resulta más favorecedor para sus intereses. O, lo que es más cierto, aquellos han impedido que estos se adaptaran a las nuevas realidades, pues, de éste modo, el control sobre los mismos

²² La llamada «movilización de la vergüenza», en palabras del profesor Pastor Ridruejo, parece seguir siendo la principal arma del espacio jurídico internacional. Cfr. L. PASTOR RIDRUEJO: «El derecho Internacional: normas, hechos y valores», Madrid 2005.

desaparece.²³ Con ello, lo que se ha logrado es que los poderes económicos, los poderes privados, pugnen por imponerse -y de hecho lo hagan en muchas ocasiones- a los poderes públicos, a los poderes políticos, utilizando una serie de reglas, procedimientos y pautas de conducta que escapan al control por parte del Derecho. Por ello, resulta cada vez más necesario proceder a una «deconstrucción» de todas aquellas categorías dogmáticas que únicamente han servido para explicar la evolución y el significado del estado-nación. El nuevo espacio impone, necesariamente, nuevos conceptos jurídicos.

No se trata, como así lo hacen algunos planteamientos ideológicos, de fomentar un antagonismo entre los poderes públicos y los poderes privados, en base a que los intereses de unos y de otros son también antagonicos y opuestos. Aunque ello pueda ser cierto en determinadas ocasiones, la misión del Derecho constitucional como Derecho común y principal es la de cohesionar dichos intereses dentro de un mismo espacio, a cuya formación concurren ambos tipos de poderes, los públicos y los privados. Esta es la finalidad esencial que persigue la llamado constitucionalización de los espacios privados, pues las decisiones políticas fundamentales, la reserva de Constitución, debe ser comúnmente aceptada por todos, pues el constitucionalismo contemporáneo supuso, de hecho, el compromiso por aceptar unos mismos principios y valores constitucionales; y nuestros intereses, aunque no coincidan totalmente, pueden defenderse en un mismo espacio.

No cabe negar, no obstante, que en determinados espacios geográficos limitados -por ejemplo la Unión Europea o el Consejo de Europa- o en aspectos sectoriales concretos -Corte Penal Internacional, cuya existencia no ha sido ratificada por los Estados más poblados e importantes, razón por la cual en más de diez años únicamente ha puesto una sentencia condenatoria-, se ha intentado dar una respuesta normativa global, aunque esta tenga un carácter parcial, y aunque esta corra igualmente el riesgo de verse arrastrada por la relativización interesada de los principios constitucionales. Adviértase que la incapacidad de los poderes públicos de proporcionar una respuesta global viene condicionada por la negativa de los poderes privados a permitir dicha respuesta, con la amenaza de una inestabilidad económica permanente y, en último caso, con la propia desaparición de aquellos. Esta postura implica que aún estamos lejos de una integración de todos los intereses en liza, cuestión esta que se nos antoja como una de las prioridades fundamentales del proceso de constitucionalización de lo privado. El espacio supranacional, quizás por la confluencia de intereses diversos, ofrece no obstante ciertas garantías -mayores o con mayor idoneidad si se quiere-, para que las prioridades ligadas a los valores del constitucionalismo contemporáneo no queden en segundo plano. Pero ello no debe suponer el abandono del marco estatal como punto de referencia fundamental.

En el fondo, todo ello ha conducido a una enorme complejidad de las sociedades democráticas avanzadas, cada vez mas interdependientes entre sí, lo cual parece exigir la adopción de nuevas formas políticas superadoras del viejo Estado nacional, donde éste continúe siendo el eje del sistema, pero que se traduzcan en una nueva estructuración de la sociedad globalizada y que continúe ampliando y perfeccionando el constitucionalismo del espacio internacional.

²³ Sobre el fenómeno de la globalización, cfr., entre otros, F. FUKUYAMA, *El fin de la historia y el último hombre*, Madrid, 1992; A. GIDDENS, *UN mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestros días*, Madrid, 2000; S.P. HUMTINGTON, *El choque de las civilizaciones y la configuración del orden mundial*, Madrid, 1997; J. HABERMAS, *La inclusión del otro*, Barcelona, 1999; D. HELD, *Modelos de democracia*, Madrid, 2001; S. CASSESE, *La globalización jurídica*, Madrid, 2006; A. PIZZORUSSO: «La produzione normativa in tempi di globalizzazione», Turin 2008.

Si a las anteriores dificultades añadimos que la posible respuesta por parte de los poderes públicos no puede o no quiere desprenderse de los viejos residuos históricos de las democracias occidentales, de las clásicas categorías dogmáticas, el panorama puede resultar desolador. La vuelta a los planteamientos del Estado mínimo, que ya se produjeron desde terminados sectores políticos en la crisis de 1973, parece tener allanado el camino. El principio monárquico se impone de nuevo sobre el principio democrático y la libertad, la igualdad y la fraternidad (solidaridad) son sacrificadas en aras de una pretendida bondad de la seguridad económica, fundamentada en una fuerte privatización escasamente constitucionalizada, la cual por sí misma proporcionará nuevas seguridades.

Llegados a éste punto quizás debamos señalar que de la situación actual únicamente es posible salir con un rearme axiológico, institucional y normativo por parte de los poderes públicos, los cuales están obligados a evitar la muerte del principio democrático y a mantener un adecuado equilibrio entre la libertad y la seguridad. Las respuestas exigen nuevas categorías dogmáticas, y una revisión en profundidad de las existentes. Y esta tarea corresponde, primariamente, al Derecho constitucional, pues éste ha sido y continúa siendo el derecho de la Libertad y de la Igualdad, debiendo transformarse, sin perder esta condición, en un Derecho de la Solidaridad, para proporcionar de este modo respuestas globales y omnicomprensivas. El Derecho constitucional, el llamado nuevo neoconstitucionalismo, ha de proporcionar a las diferentes disciplinas jurídicas -derecho administrativo, penal, pero también al civil, al mercantil...- las herramientas teóricas suficientes para poder completar, de forma sectorial, la salida de la crisis. De éste modo todo el ordenamiento jurídico, además de proporcionar una respuesta normativa al actual proceso de globalización, se convertirá en un elemento transformador de la realidad social, función esta que sólo ha cumplido, si es que lo ha hecho, en contados momentos históricos o de forma parcial.

La idea inicial de la que hay que partir es precisamente la contraria a la que ha fraguado la actual crisis económica y del sistema. Frente al mero recurso a la privatización de lo público se impone una constitucionalización de los espacios privados como una decisión política fundamental que ha de llevar a cabo la comunidad política y, en consecuencia lógica, incluirla en su norma fundamental y en su desarrollo constitucional. Y no se trata de rechazar sin más, y sobre todo sin fundamentación alguna, las técnicas propias de la gestión privada, sino de hacer que continúen perviviendo los principios y valores constitucionales, a los cual deben estar supeditadas aquellas. La llamada nueva gestión pública o la teoría del *Management*, tan de moda en épocas pasadas, no es sino una manifestación de este proceso. Es decir, al igual que no hay categorías dogmáticas exclusivas de lo público y de lo privado, sino categorías comunes para ambos, también las técnicas utilizadas deben tener un carácter común, con independencia de cual haya sido su origen y primitivo significado. Lo mismo, por lo demás, puede decirse de la teoría de la gobernanza. De ahí la reivindicación constante de la importancia del Derecho constitucional en la salida de la crisis y en el otorgamiento de una nueva legitimidad democrática al sistema. Así pues, para su articulación habría de pensarse en los siguientes parámetros que apenas esbozamos.

UNA NUEVA TEORÍA DEL ESTADO

El Estado, como forma histórica del poder político, ha experimentado cambios notables desde la aparición de los primeros Estados nacionales. Hoy día las características estructurales -soberanía territorios, ejércitos permanentes, moneda, orden jurídico propio, etc....- han dejado de existir o se han transformado radicalmente, y las actuales estructuras políticas tan solo mantienen el nombre, pero no sus elementos clásicos. La cesión del ejercicio de soberanía a organizaciones supranacionales -ONU, OTAN, UE-, y su adecuación para una gestión eficaz de las actuales políticas públicas en determinados sectores -lucha contra el terrorismo, inmigración, etc....- cuestionan la viabilidad actual del Estado, tal y como lo demuestra su carencia de medios necesarios para resolver la actual crisis económica, trasladando la solución de la misma a organismos supranacionales o a poderes privados.

Frente a la certeza de estos planteamientos, a nuestro juicio hay que reivindicar todavía hoy día la viabilidad de las estructuras estatales, aunque con un contenido y significado diferentes. En efecto, el Estado continúa siendo un centro de imputación jurídica importante, es la base y el eje sustancial de las actuales organizaciones internacionales, y sirve de marco de referencia a muchas políticas públicas. Además, los poderes públicos estatales se encuentran más legitimados y capacitados que las estructuras intergubernamentales para actuar como contrapeso, y en suma ejercer las funciones de control y sanción, de los excesos y pretensiones de los nuevos poderes privados. Por otro lado, los intentos de hacer desaparecer el Estado, el único que puede garantizar hoy día el mínimo vital constitucional, la antigua procura existencial si se quiere,²⁴ o la privatización de los mismos se configuran más bien como un deseo de los poderes privados, pues la debilidad de las actuales organizaciones supranacionales es más favorable a sus pretensiones.

No debemos olvidar, en suma, que el Estado parece ser el mejor marco adecuado para hacer desaparecer las actuales desigualdades existentes. Por el contrario, la globalización precisamente lo que hace es aumentarlas pues, al fin y al cabo, lo que realmente se produce es una globalización de la pobreza y de la desigualdad y un dominio del más fuerte sobre el más débil.

Éste proceso de redimensionamiento del aparato estatal, con la reducción de gasto público y la desaparición de determinadas estructuras estatales, puede conducir a consecuencias funestas. Frente a ello, a nuestro juicio, hay que evitar la pérdida de la centralidad del Estado y su sustitución por otras centralidades radicadas en organismos supranacionales o en los propios poderes privados. El orden internacional no es nada sin los Estados, pues estos continúan teniendo la última palabra; y la tutela de estos por los organismos internacionales, o por otros Estados económicamente mas poderosos, no es sino un intento de desaparición de los mismos en aras de la satisfacción de determinados intereses espureos, perfectamente compatibles con los intereses de los grandes poderes privados. Pero ello no supone, ni mucho menos, una defensa del estatalismo a ultranza, con la existencia de todo un proceso desbocado de regulación normativa.²⁵ Al contrario, y naturalmente rechazando los planteamientos del Estado mínimo, el marco estatal debe hacer realidad las grandes decisiones políticas fundamentales que también desde el orden constitucional internacional se contribuye a elaborar, a modo de vigilante diverso -más allá del interés particular de cada Estado-,

²⁴ W. FORSTOFF: «Concepto y esencia del Estado social», Madrid 1986 y «El estado de la sociedad», Madrid 1987.

²⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas», Madrid 1999.

permitiendo y fomentando que otros actores, en este caso los poderes privados, participen en su ejecución, lo cual exige una previa aceptación y asunción de las mismas como propias. En suma, las decisiones políticas fundamentales deben ser adoptadas por la comunidad política que vive bajo la constitución.

UN NUEVO CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

El Estado contemporáneo es un Estado sustancialmente representativo, con arreglo a una serie de principios y técnicas que no se han transformado sustancialmente desde los planteamientos revolucionarios liberales. Este carácter, tras las grandes discusiones teóricas de los clásicos decimonónicos, pudo servir para realizar todo un proceso de integración de fuerzas políticas antisistema en las pasadas décadas, contribuyendo de este modo a la legitimación del propio sistema. Pero hoy día resulta absolutamente insuficiente, no bastando con la alteración de unas u otras técnicas representativas más legitimadoras -simples cambios en los sistemas electorales-, sino que se impone un cambio de modelo de la representación política y, en consecuencia, de la legitimidad del propio sistema.

Si bien no se trata de una vuelta al mandato imperativo, es obvio que el mandato representativo, en su configuración actual, parece no ser ya suficiente. La ciudadanía siente que existe una carencia comunicativa y una falta de participación cotidiana en la toma de decisiones. Y por lo mismo, aquélla no puede permanecer en una actitud pasiva, limitándose a elegir a sus representantes, lo cual paradójicamente parece aceptarse cuando el contexto socio-económico le resulta favorable y, por el contrario, emergiendo una actitud reivindicativa cuando la crisis aflora. El compromiso ha de ser, pues, recíproco, debiendo articularse una especie de nuevo contrato social que se traduzca en la potenciación de la transparencia y la rendición de cuentas basada en la idea de una información veraz y continúa, el fomento de una ciudadanía activa e implicada de modo constante, y la articulación de un diálogo bidireccional, consciente y riguroso entre ambos actores.

En efecto, dados los actuales momentos críticos, la aparición de nuevos grupos críticos -y, en ocasiones, antisistema-, los cuales proclaman no sentirse representados en las actuales estructuras políticas, debería servir para concienciar a los poderes públicos afectados de la necesidad de un cambio de modelo, pues lo que resulta ilógico es admitir que la situación derive hacia la propia existencia de fuerzas antisistema como algo normal. La integración es una característica de todos los sistemas políticos democráticos. Lo contrario, el coadyuvar a la proliferación o incluso normalización de fuerzas antisistema, no es sino fomentar una deslegitimación de aquellos.

En suma, frente a la llamada democracia representativa se impone la llamada democracia de identidad, que va más allá de la democracia deliberativa, como un nuevo sistema de integración de todos los grupos sociales. Pero ello no implica, sin más, una opción por las instituciones clásicas de democracia directa, sino la creación de nuevas formas de participación política, nuevas formas de asociación y la recuperación de la ciudadanía como sujeto activo que coadyuve a esa integración. Lo contrario supone producir nuevas desigualdades y nuevas conflictividades sociales. Se trata, efectivamente, de formalizar un nuevo contrato social entre gobernantes y gobernados, que vaya más allá de la simple elección de aquellos por estos, de tal modo que el papel de la ciudadanía mute hasta continuar participando con formulas novedosas y alternativas,

en las competencias desempeñadas por estos.²⁶ La legitimidad, en resumidas cuentas, no se encuentra solo en el origen de la creación de los poderes públicos, sino también, y quizás preferentemente, en el diseño de la mayor parte de las actuaciones de estos, dentro del margen de responsabilidad que de forma delimitada y precisa, corresponde a cada una de las partes implicadas.

UNA NUEVA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

También la teoría de la Constitución debe ser objeto de un profundo proceso de revisión conceptual,²⁷ superando su primitiva configuración como técnica para asegurar la libertad, e incidiendo en la idea de que hay que proceder a toda una nueva constitucionalización de determinados aspectos y contenidos, haciendo viable un constitucionalismo, no sólo de la libertad, sino también de la igualdad y la solidaridad. Y todo ello porque hemos asistido, con mayor o menor intensidad, a un cierto vaciamiento normativo por parte del Estado social, renunciando así, o haciendo dejación, de uno de sus postulados fundamentales. No se trata sólo de volver de nuevo a la tensión dialéctica entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, o de tratar de desentrañar quien es, si es que existe, el soberano constitucional,²⁸ sino de abordar una vez más, con una finalidad claramente revitalizadora para analizar la realidad constitucional, toda una serie de cuestiones, entre las que podrían mencionarse las siguientes:

1) El propio significado del poder constituyente, actualmente desvirtuado o descafeinado, como poder originario y creador de un orden nuevo, el cual no puede permitir verse sustituido por otros poderes, públicos y/o privados, que siempre tienen un carácter derivado y limitado. Los poderes constituidos (y podríamos ir pensando en incluir en esta expresión a los propios poderes privados, aunque no sean creados por el propio poder constituyente) no pueden asumir funciones propias del poder constituyente y tampoco pueden efectuar una delimitación entre éste y aquellos, como a veces ha hecho nuestra jurisprudencia constitucional, pues esta función únicamente corresponde a la Constitución. Pero éste carácter del poder constituyente no puede limitarse al momento fundacional de un orden nuevo, sino que ha de tener un carácter permanente, evitando que los poderes constituidos -el poder de reforma, los tribunales, los propios poderes privados etc.- ejerzan las competencias de aquel. Es decir, el poder constituyente no puede desaparecer una vez establecido el nuevo orden constitucional, dejando toda la labor a los poderes constituidos, incluido el poder de reforma. El poder constituyente puede y debe continuar actuando a lo largo de la vida y existencia del Estado constitucional, pues es el único que puede modificar las decisiones políticas fundamentales, el contenido de la Constitución.²⁹

²⁶ Vid. R. TUR AUSINA, «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias», en la obra colectiva *La solidaridad en el Estado Autonomico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

²⁷ Cfr., a este respecto, A. GARRORENA, *Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, 2011; A. MARTIN DE LA VEGA, «En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo», *Estudios Deusto*, vol. 57/2, 2009; M. CARBONELL (Comp.): «Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos»; México 2008.

²⁸ Cfr. estas cuestiones en P. DE VEGA: «Mundialización y Derecho Constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *REP*; num. 100, 1998, págs. 65 y ss.; M. KRIELE: «Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos del estado constitucional democrático», Buenos Aires, 1980. V. WOLKMANN, «El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 21, 2008.

²⁹ Sobre el poder constituyente cfr., entre otros, E.W. BÖCKENFÖRDE, «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional», en *Estudios sobre el Estado de Derecho*, cit.

Al permitirse la reforma total, como sucede en el caso español, donde no existen límites expresos materiales a la reforma constitucional, lo que sucede es que el poder de reforma se encuentra más próximo al poder constituyente que los demás poderes constituidos. Por ello urge la modificación entre nosotros de esta cuestión, dando entrada directa al poder constituyente al menos siempre que se intenten modificar las grandes decisiones políticas fundamentales, tal y como debiera haber ocurrido con la reforma del art. 135 CE.³⁰ A nuestro juicio, la constitucionalización del espacio público es una decisión política fundamental, pero la misma no puede suponer la desaparición -o desnaturalización- de otras decisiones políticas también fundamentales, pues en caso de que ello se haga así lo que tendremos es un nuevo modelo, revolucionario o reaccionario según se mire, radicalmente distinto del anterior, con el cual no tiene nada que ver. Se habrá producido, en terminología schmittiana, un quebrantamiento del primero; y alumbrado, en todo su sentido etimológico, un orden nuevo.

2) El significado de la Constitución como norma estatal y como norma jurídica suprema. Si bien la supremacía constitucional no impide, porque lo permite la propia Constitución, la existencia de una primacía del Derecho comunitario, éste también forma parte del ordenamiento jurídico interno, igual que los textos constitucionales de los Estados miembros también se integran en el Derecho comunitario, dentro de lo que se conoce como un constitucionalismo multinivel.³¹ Pero el principio de supremacía constitucional debe contribuir a su defensa, y no a la petrificación de su contenido. Ello al tiempo que se procede a una contestación de los diferentes sistemas jurídicos a través de técnicas y principios que permitan completar el tradicional *hard law* con una concepción del derecho más flexible y maleable, con el denominado *soft law*. Esta supremacía constitucional también implica, de otro lado, la existencia de un concepto sustancialista de Constitución, traducida en la negación de un concepto neutral de la misma, alejado de todo sistema de valores e incapaz de influir en la realidad política que debe regular. Se trata, en suma, de efectuar una clara opción por la normatividad de la Constitución, refutando todos aquellos planteamientos que proponen una desjuridificación, pues ello supone que haya cada vez más espacios fuera del Derecho. La plena normatividad constitucional continúa siendo un problema pendiente entre nosotros, en el sentido de que todavía hay que enseñar a los poderes públicos y privados a vivir en y bajo la Constitución.

3) El contenido de la propia Constitución, con la incorporación de nuevas decisiones políticas fundamentales, de nuevos valores en suma, que supongan la ocupación del espacio que asumen los actuales poderes privados. Es decir, se trata de una nueva normativización a nivel constitucional de las relaciones privadas, pues la Constitución no es ya sólo la normativización de las relaciones entre los poderes públicos ni entre estos y la ciudadanía. Se debe proceder, por tanto, a una nueva configuración del principio de reserva de Constitución, abandonando los antiguos planteamientos

³⁰ Sobre el significado de esta reforma constitucional, cfr., por todos, E. ALVAREZ CONDE y C. SOUTO GALVAN (coords.), *La Constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2012. Cfr., asimismo, R. PUNSET, «Aporías de la reforma constitucional», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 32, 2012; J. RUIPEREZ ALAMILLO, «De la reforma constitucional y sus límites materiales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 30, 2012; A. IMBID IRUJO, «El Derecho de la crisis económica», Zaragoza, 2009, y *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, 2012.

³¹ Sobre el constitucionalismo multinivel y algunas de sus manifestaciones, cfr. CARROZZA, P., «El «multilevel constitutionalism y el sistema de fuentes», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 19, 2006; I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism in the European Unión», *WHI-Paper 5/02-European Law Review*, 2002; E. ALVAREZ CONDE, R. TUR AUSINA, «Los derechos en el constitucionalismo. Tipología y tutela multilevel», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007; S. PICCIOTTO, «Constitutionalizing multilevel governance?», *International journal of constitutional law*, Vol. 6, n° 3-4, 2008; PIZZORUSSO, A., «La producción normativa en tiempos de globalización», *RDCE*, n° 11, 2009.

liberales, hacia los cuales parecen inclinarse los actuales poderes privados, con la finalidad de que sus propios intereses estén exentos de todo tipo de control. Reserva de Constitución que ha de tener, necesariamente, un carácter contingente, permitiendo la incorporación de posibles y nuevas decisiones políticas fundamentales adoptadas por el poder constituyente.

La Constitución no puede ser objeto de todo un proceso de expoliación conceptual y material, de contenido. Las decisiones políticas fundamentales no pueden ser alteradas como consecuencia de las sucesivas crisis económicas. Y no debemos olvidar, pese al fracaso de la Constitución europea, que no es de extrañar la existencia -formal o, en todo caso material- de Constituciones supraestatales, pues la Constitución misma no es un simple elemento estructural del Estado.

UNA RADICAL TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

La ocupación «consentida» del espacio público por los poderes privados ha supuesto una alteración sustancial del sistema de fuentes del Derecho que es necesario rectificar cuanto antes. En efecto, cuestiones tales como la abusiva utilización de los Decretos-Leyes, el propio concepto de ley, la desaparición de los convenios colectivos como fuente del Derecho, etc., no son sino manifestaciones de esta ocupación privada del espacio público, que presenta, además, como tendencia general, la idea de prescindir de la forma, del procedimiento en suma, el cual es importante en todo sistema democrático. Y es que tampoco resulta ajena a éste proceso la propia incapacidad democratizadora por los poderes públicos para funcionar conforme a las reglas del principio democrático.

En realidad a lo que estamos asistiendo es a un quebrantamiento de la Constitución a través de normas de rango inferior. En efecto, la utilización abusiva de los Decretos-leyes supone una alteración del significado de los derechos fundamentales de los ciudadanos en favor de pretendidas situaciones de emergencia y vías de hecho, lo cual supone un reconocimiento también del fracaso colectivo.

Si el propio concepto de Constitución debe experimentar cambios sustanciales, los mismos han de predicarse del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico y que se encuentra supeditadas a aquella. Las normas integrantes del ordenamiento jurídico deben completar los contenidos constitucionales. Y esta función parece que debe ser realizada con reglas más que con principios, los cuales son propios de la Norma Fundamental.

Por otro lado, con éste cambio en el sistema de fuentes del derecho se proporcionará a las demás disciplinas jurídicas los elementos teóricos suficientes para que determinadas categorías dogmáticas o determinadas técnicas normativas -desregulaciones, externalidades, etc.- se conviertan en cauces de expresión de los intereses de los poderes privados. Por otro lado, cuestiones tales como la proliferación excesiva de leyes de intervención administrativa, el aumento desorbitado de la inexecución de sentencias relacionadas con la crisis económica, el aumento de la morosidad por parte de las Administraciones Públicas..., deben cuanto antes ser puestas en cuarentena a través de un sistema de constitucionalización de las reglas económicas, pues los textos constitucionales deben regular las nuevas relaciones de poder, las cuales no pueden

permanecer al margen del derecho pues, de lo contrario, difícilmente se resolverán los nuevos conflictos sociales emergentes.³²

UN NUEVO SIGNIFICADO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Derecho constitucional es un Derecho principal y sus normas no pueden tener un mero carácter programático, sino que deben convertirse en normas de aplicación directa, superando su consideración de simples parámetros de constitucionalidad. Ello proporcionará, además, un nuevo valor axiológico a las normas constitucionales, propiciando su carga valorativa y su influencia normativa sobre el resto de las normas integrantes del ordenamiento jurídico.

Además, con ello se incrementará el proceso de autoidentificación de la propia Constitución. A partir de ahora la Constitución será lo que digan los diferentes preceptos constitucionales y no lo que interpreten los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones constitucionales, sin perjuicio de que estos sean titulares de un necesario pero limitado poder de dirección política, que puede incluso llegar a construir categorías dogmáticas innovadoras. Pero lo que no puede, de ningún modo, admitirse es que la Constitución sea lo que decidan los poderes privados, pues estos no ejercen funciones constitucionales. Con ello, se contribuirá a aumentar la capacidad emancipatoria del Derecho constitucional, que se convierte, de éste modo, en un Derecho beligerante y no neutro.

Es cierto que los principios constitucionales no se encuentran totalmente positivizados en el texto constitucional, sino que deben ser inducidos de aquél, en un proceso que va más allá de las grandes decisiones políticas constitucionalizadas. Y de hecho, estas pueden cambiarse, pues son contingentes, a través de un proceso de reforma constitucional con intervención del poder constituyente. Pero aquellos, los principios, en cambio son límites materiales inmanentes al propio proceso de reforma constitucional. Una vez admitido que el Derecho Constitucional es un Derecho principal, aunque también contenga reglas, se trata de determinar cuales son dichos principios, entendiendo por tales aquellos sin cuya existencia el ordenamiento constitucional, aunque pudiera formalmente modificarse, se encontraría desnaturalizado.

En primer lugar, haciendo un proceso de abstracción lógica, pues pueden existir principios y subprincipios, y con un carácter preferente sobre los demás, nos encontraríamos con el principio democrático, el cual informa todo lo ordenamiento jurídico y la actuación de los poderes públicos y privados. En segundo lugar estaría el principio de igualdad, en sus diversas manifestaciones -igualdad formal, material, en la ley, ante la ley, etc.-, conformador del sistema de derechos y libertades y principio de limitación de la actuación de los poderes públicos. Y, finalmente, y en un menor grado que los anteriores, el principio autonómico, como técnica racional de distribución territorial del poder político.

Los derechos fundamentales son un trasunto o una expresión de los principios constitucionales, razón por la cual resulta difícil establecer una diferenciación ontológica de los mismos, tal y como se realiza en la Carta de Niza y a diferencia del régimen jurídico, especialmente por lo que a su sistema de garantías se refiere, establecido en

³² Cfr. las diversas ponencias presentadas al XIX Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, octubre 2012, especialmente las de J. TORNOS MAS, «Crisis del estado del bienestar. El papel del derecho Administrativo», y J. JORDANO FRAGA, «El Derecho Administrativo de la crisis».

nuestro ordenamiento constitucional.³³ Todos los derechos responden a una misma fundamentación teórica, siendo, por lo tanto, reprochables cuestiones tales como la infravaloración normativa o el supuesto sobrecoste de los derechos sociales y de los derechos de la cuarta generación -cómo si la democracia misma no tuviera un precio significativo-, la negación de la eficacia de los derechos frente a terceros, la compleja diferenciación -y posible devaluación para algunos derechos- entre derechos y principios rectores, etc. Es más, la actual crisis económica debería, frente a la alternativa oficial, obligarnos a potenciar estos últimos derechos y no a prescindir de los mismos. La eficacia real de un derecho no puede estar en función de las posibilidades presupuestarias existentes. En caso contrario lo que desaparece es el propio Estado democrático. Pensemos, a modo de ejemplo ficticio, que ante la inexistencia de recursos económicos para afrontar los procesos electorales, se produjese la suspensión de los mismos y la desaparición del derecho de sufragio.

UN NUEVO SISTEMA DE RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS Y ENTRE ESTOS Y LOS PODERES PRIVADOS

Anteriormente apuntábamos la posible conveniencia de que los poderes privados, aún sin serlo, tuviesen en alguno modo una consideración semejante a la de los poderes constituidos. De éste modo quedarían sujetos y limitados por la acción del poder constituyente, lo cual es ideológicamente defendible. Pero ello exige un nuevo sistema de relaciones con los poderes públicos clásicos, pues estos deben permitir, mediante la utilización de las técnicas normativas adecuadas, la participación de aquellos en las funciones constitucionales de estos. Nadie descubre el Mediterráneo si afirma y sostiene que las decisiones de los poderes públicos no pueden ni deben adoptarse sin el consentimiento de los destinatarios de las mismas, sean estos ciudadanos o poderes privados. Y éste consentimiento debe obtenerse en el proceso de elaboración de la decisión en cuestión, para lo cual existen técnicas normativas conocidas por todos, lo cual no debe impedir la posibilidad de arbitrar otras nuevas. Los últimos desarrollos normativos -fundamentalmente autonómicos-, en torno a los elementos de democracia participativa, gobierno abierto y transparencia, son un buen ejemplo de ello, sin perjuicio de que esté todavía pendiente su implementación y consecuente evaluación.

Los diferentes poderes deben ser conscientes de su carácter derivado y limitado, debiendo ejercer sus competencias en un marco de lealtad institucional, de colaboración, de autocontrol, y de respeto a aquellos que se encuentran más próximos al principio democrático -constituido en uno de los principios que integran la esencia de nuestro constitucionalismo-, como pudiera ser el propio Parlamento frente a otros poderes constituidos, lo que exige reivindicar su centralidad, razón por la cual no sólo se trata de recuperar el *locus* parlamentario como escenario principal de debate y diálogo, sino que además el llamado principio de deferencia hacia el legislador demo-

³³ En efecto, la «cuestión social» no estuvo ausente de los debates sobre la elaboración de una Carta Europea de derechos. Paradójicamente, el Preámbulo de la Carta, de influencia española, alude a derechos y principios. Lo que se completa con el art. 51.1 de la Carta, pues se dispone que los primeros se respetan y los segundos se observan. Sin embargo, el hecho de que después la Carta no refleje formalmente esta subdivisión ofrece, a nuestro juicio, tintes positivos. Aunque la literalidad de cada uno de los preceptos puede llevar a uno u otro lugar, una interpretación armónica de la Carta permitiría construir derechos desde los diversos contenidos sociales, en una importante reconducción de su contenido hacia las ideas de dignidad, libertad e igualdad. Por todos, cfr. G. ROLLA, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009, pp. 8-ss.

crático debe evitar la reconstrucción de los mandatos normativos que únicamente le corresponden a aquel.

Si las relaciones entre los poderes públicos deben responder al principio de colaboración en el ejercicio de las competencias constitucionalmente atribuidas, lo cual es mas exigible entre nosotros dado que el nuestro es un sistema parlamentario, es decir, de colaboración de poderes, podemos encontrarnos, cuando las medidas para gestionar la crisis son impuestas desde fuera y presumiblemente atentatorias a los principios constitucionales, como puede ser el principio de igualdad, con el hecho de que unos poderes públicos anulen, declarándolas inconstitucionales, las medidas adoptadas por otros. Ello es lo que ha sucedido recientemente en Portugal, al declararse inconstitucionales determinadas medidas por violación del principio de igualdad. Ello puede suponer graves consecuencias económicas que impliquen nuevos ajustes económicos, acentuando la gravedad de la crisis y proporcionando a órganos foráneos y a determinados poderes privados argumentos para una mayor privatización de lo público. Por ello, la adopción de dichas medidas exige un acuerdo previo entre los diferentes poderes públicos, y no un simple mimetismo de las decisiones adoptadas y/o exigidas por otros. Desde una perspectiva totalmente diferente, pero en el fondo no muy diferente a esa necesaria colaboración entre los diferentes poderes públicos, habría que encuadrar el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, aprobado por la Junta de Andalucía.

Al propio tiempo, se impone un nueva idea de control, que supere los actuales planteamientos del sistema parlamentario y se adecue en mayor medida a los nuevos postulados del sistema representativo, evitando la discrecionalidad administrativa, revalorizando el ejercicio responsable de la oposición política, y proporcionando una entrada directa de la ciudadanía en el ejercicio del mismo. La reconstrucción de la idea de una opinión pública, diferente conceptualmente de la opinión publicada, parece imponerse con celeridad. Ello ha de conducir a un nuevo concepto de responsabilidad, política, civil y penal. Y de ambas cuestiones, el control y la responsabilidad, no pueden quedar exentos los poderes privados. Y es que el simple ejercicio del derecho de propiedad o de libre empresa, derecho de por sí limitado por otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede convertirse en patente de corso para eludir los controles y la responsabilidad.

En resumidas cuentas, la constitucionalización del espacio privado significa que los poderes públicos no pueden hacer dejación de las competencias que les han sido legalmente atribuidas. Pero el ejercicio de dichas competencias ha de realizarse, eso si, dentro de un proceso de *self-restraint*, que implica el respeto a las competencias ajenas y un deber positivo de actuar en función del interés general y en constante proceso de retroalimentación y bidireccionalidad con la ciudadanía misma y los poderes privados.

Por lo demás, estas transformaciones deben afectar también al sistema de distribución territorial del poder político, con independencia del *nomen iuris* que se utilice. Indudablemente, la reducción del gasto público, la desaparición de duplicidades administrativas, etc. Se convierten, en tiempos de crisis económica, en bienes dignos de protección, pero sin que ello implique utilizar la crisis económica para reducir o dismantelar a las entidades subestatales -procesos de recentralización, devolución de competencias, disminución injustificada de parlamentarios y concejales, etc.-, precisamente cuando son éstas las que prestan los servicios públicos básicos a la ciudadanía, pues ello puede llegar a suponer un ataque frontal al Estado social, que es una de las

decisiones políticas fundamentales adoptadas por la comunidad. Ante una tentadora reducción del ámbito público se impone, sin embargo, la revitalización de aquél -que no la sobredimensión-, así como la constitucionalización de los espacios ciudadanos y de los poderes privados.

La existencia de una Constitución axiológica y valorativa, beligerante en suma, debería propiciar la desaparición de los llamados «juristas de Corte», los cuales se limitan a legitimar, con sus opiniones, decisiones políticas adoptadas por los poderes públicos correspondientes, o incluso por poderes privados, utilizando la conocida técnica de construir categorías dogmáticas, que únicamente sirven para justificar decisiones políticas previamente adoptadas, o para defender intereses concretos. Estas categorías no ayudan a la consolidación de éste nuevo constitucionalismo, sino que enmascaran u ocultan la realidad y pueden llegar a destruir o erosionar los propios principios constitucionales. Y es que las categorías dogmáticas no pueden tener nunca por finalidad la justificación de decisiones políticas previamente adoptadas, tratándose más bien de crear categorías dogmáticas que coadyuven, con sus propios elementos dinámicos intrínsecos, a transformar la realidad social.³⁴

Los poderes privados no pueden mantener dormidas las potencialidades del marco constitucional, el cual debe estar siempre activado, liderando tanto el sector público como el privado, pues estos no son compartimentos estancos. Pero además, los poderes privados no pueden ejercer, aunque sí participar en las mismas en la forma indicada anteriormente, las funciones constitucionalmente atribuidas a los poderes públicos, arrogándose incluso la titularidad del poder constituyente. Y es que no debemos olvidar que la actual crisis económica ha sido producida por la elite de los poderes privados, y que como consecuencia de la misma se ha generado un alto endeudamiento privado, muy superior al público, el deterioro de la competitividad, la escasa o nula innovación, la insuficiente inversión, o la irresponsabilidad fiscal y débil gobernanza corporativa.³⁵

Y, finalmente, si bien es cierto que los poderes privados no deben estar sujetos a los mismos controles que los poderes públicos, salvo en el caso de que sean financiados por estos, también lo es que no pueden estar exentos de todo control, imponiéndose, por tanto, la necesidad de configurar nuevos mecanismos sobre los poderes privados, lo que ha de conducir a la exigencia de nuevas responsabilidades. Conviene tener en cuenta, precisamente, que la organización del poder -de todos los poderes añadiríamos en la actualidad públicos y privados- es el contenido indispensable de la Constitución, al servicio de la libertad e igualdad ciudadana. Si esta en épocas pasadas únicamente se limitaba a la organización de los poderes públicos, ahora debe proceder también, aunque con otras técnicas y principios, a la organización de los poderes privados. De cualquier modo, más allá de la idea de control y, en consecuencia, de la reacción *a posteriori* contra los excesos, estaría la toma de conciencia de la responsabilidad que supone vivir en Constitución.

³⁴ Cfr., a este respecto, N. LUHMAN, *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*, Madrid, 1983.

³⁵ Así lo entiende A. PASCUAL-RAMSAY, «Un reto para la élite empresarial», *El País*, 5 de febrero de 2013.

**LA STC 37/2012, DE 19
DE MARZO. CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO**

MANUEL ARAGÓN REYES

Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado del Tribunal Constitucional

1. ACLARACIÓN

La tarea, agobiante, en la que estoy sumido, como Magistrado del Tribunal Constitucional, me impide redactar un trabajo de la extensión y profundidad que me hubiera gustado. Pero como no quería estar ausente en este libro -homenaje a mi querida y siempre amiga Julia Sevilla, he decidido contribuir a él con una breve nota a propósito de una Sentencia del Tribunal Constitucional de la que fui ponente, y que se refiere a dos problemas constitucionales de gran entidad. Esa entidad, la de los problemas en la Sentencia resueltos, que no la de esta modesta nota, es la que puede avalar la inclusión de las líneas que siguen en un libro que homenajea, meritoriamente, a una profesora que tan ejemplarmente se ha dedicado durante tantos años a cumplir con sus tareas en la Universidad y en las instituciones a las que ha servido.

2. OBJETO DE ESTA NOTA

No pretendo comentar todos los problemas que la STC 37/2012, de 19 de marzo, aborda y pretende resolver, dado que creo preferible centrarme en dos de esos problemas que me parecen principales.

Este comentario, pues, estará ceñido al examen de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo, así como también al examen de la validez constitucional de la atribución por el legislador de tal carácter vinculante.

Justamente esos dos problemas, de indudable entidad, son los que condujeron al Tribunal Constitucional a dictar esta Sentencia en Cádiz (en el Oratorio de San Felipe Neri, lugar donde se terminó de elaborar y aprobar la Constitución de 1812) como la mejor contribución posible que el propio Tribunal podía realizar con motivo de la celebración del 200 aniversario de aquella Constitución gaditana que justamente se promulgó el mismo día y mes (19 de marzo) en que el Pleno del Tribunal celebró sesión en Cádiz y dictó la referida Sentencia.

Precisamente fue la Constitución de 1812 la que, por primera vez en la historia jurídica española, no sólo garantizó normativamente la independencia judicial sino que también produjo el nacimiento del Tribunal Supremo, como en la propia Sentencia se reconoce. No fue, pues, casual, ni mucho menos que el Tribunal contribuyera a la celebración del bicentenario mediante una Sentencia de cuyo núcleo temático forman parte estas dos espléndidas herencias institucionales de la Constitución gaditana.

Dicha Sentencia resolvió, en lo que ahora nos interesa, que era procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad frente a la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo interpretativa de la ley, y que esa vinculariedad atribuida por el legislador a ese tipo de Sentencias no infringía la Constitución. Las páginas que siguen se limitan a glosar, brevemente, esas dos decisiones del Tribunal Constitucional adoptadas en la STC 37/2012.

3. SOBRE LA PERTINENCIA DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN VINCULANTE DE LA LEY RECAÍDA EN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DICTADAS EN RECURSOS DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

a) En este tipo de sentencias la ley pasa a ser lo que el Tribunal Supremo dice que es y el órgano judicial inferior en el orden jurisdiccional no puede dotarla de una interpretación distinta. Por ello si esa ley (con el sentido que ya le ha dado el Tribunal Supremo, y que pasa a formar parte de la ley misma) la considerase el órgano judicial inconstitucional, no le cabe duda al Tribunal Constitucional (y no me cabe duda a mí que fui el ponente de esa Sentencia) que es posible (y admisible, por ello, si se cumplen los demás requisitos procesales del art. 35 LOTC y materiales del art. 37 LOTC) el planteamiento de la cuestión. De lo contrario, la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo haría inmune a la ley de su control de constitucional por la vía de la cuestión lo que, aparte de contrario a lo previsto en la Constitución misma y en la Ley Orgánica del Tribunal, conduciría al absurdo de que siendo posible plantear la cuestión sobre una ley en la que no hubiera mediado la interpretación vinculante del Tribunal Supremo, no lo fuera en cambio posible si tal interpretación ya se ha producido. Aparecería, entonces, el Tribunal Supremo, en su labor «nomotética», blindado frente al intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley; más todavía, aparecería el Tribunal Supremo con una posición superior a la del propio legislador, lo que constitucionalmente resultaría insostenible.

b) Distinto es el supuesto de la interpretación de la ley efectuada por el Tribunal Supremo en sentencias de casación que no tienen otorgada a tal interpretación la fuerza vinculante en sentido estricto. Aquí, si el órgano judicial inferior entiende que hay otra interpretación, constitucional o legal, posible, más adecuada para resolver el caso, no cabe que pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad porque él directamente tiene capacidad para resolver el problema (que después pueda anularse en casación su decisión es cosa que no afecta al razonamiento anterior). Por ello es doctrina constante del Tribunal Constitucional que en esos supuestos no cabe el planteamiento de la cuestión.

4. SOBRE LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA ATRIBUCIÓN POR EL LEGISLADOR DEL CARÁCTER VINCULANTE A LAS INTERPRETACIONES DE LA LEY EFECTUADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN ESTE TIPO DE RECURSOS DE CASACIÓN, EN CUANTO QUE TAL ATRIBUCIÓN NO VULNERA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Si los jueces y tribunales ordinarios no pudiese, en ningún caso, apartarse de la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo resolviendo los recursos de casación en interés de ley, tal carácter vinculante establecido por el legislador creo que vulneraría la independencia judicial constitucionalmente garantizada. Es cierto que tal independencia consiste en el «sometimiento» a la ley, y que la ley puede imponer límites a la capacidad autónoma de decisión del juez. Pero para que tales límites sean constitucionalmente válidos han de ser razonables y proporcionados.

Tengo muchas dudas de que la sumisión absoluta del juez a la interpretación dada por el Tribunal Supremo pudiera considerarse razonable y proporcionada, ya que la finalidad que persigue, de preservar la igualdad en la aplicación de la ley, puede obte-

nerse, con menor quebranto de la independencia judicial, a través de la casación que cabría llamar «ordinaria». Por ello, opino que sólo por no ser absoluta la sumisión, ya que el juez, en los supuestos que nos ocupan, siempre podrá plantear la cuestión, es por lo que queda preservada la independencia judicial.

La independencia judicial no consiste en que el órgano judicial pueda decidir el caso (o interpretar la ley) a su capricho, sino con sometimiento al Derecho. Y por ello, si entiende que «en Derecho» cabe interpretación distinta de la ley a la establecida por el Tribunal Supremo, puede apartarse del Tribunal Supremo optando (y razonándolo) por una interpretación «en Derecho» más correcta.

Ahora bien, si ello es así respecto de la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo en lo que podríamos llamar casación «ordinaria», distinto es el caso respecto de esta otra casación «extraordinaria» a la que viene aludiéndose. La doctrina interpretativa del Tribunal Supremo en Sentencias resolutorias de un recurso de casación en interés de ley «congela» la interpretación «legal» de la ley, por supuesto, pero no puede «congelar» la interpretación «constitucional de la ley». Y es que esa interpretación «legal» de la ley vincula a los órganos judiciales inferiores en grado, en ese plano de la «legalidad». Pero no puede vincularlos en el plano de la constitucionalidad. Primero, porque están sometidos a la Constitución por encima de a la ley. Segundo, porque el supremo intérprete de la «constitucionalidad de la ley» no es el Tribunal Supremo, sino el Tribunal Constitucional.

Por ello, los órganos judiciales de inferior grado, si entienden que la interpretación de la ley efectuada por el Tribunal Supremo incurriese en inconstitucionalidad, pueden perfectamente (e incluso deben, para cumplir con su sometimiento a la Constitución) no sentirse vinculados por dicha interpretación, pero entonces deberán (para apartarse o separarse de ella) plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En resumen, los efectos vinculantes ya aludidos no quebrantan la independencia judicial porque el juez o tribunal puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, porque no está obligado, indefectiblemente, a aplicar en todo caso la doctrina del Tribunal Supremo recaída en recursos de casación en interés de ley (o también, creo, de unificación de doctrina). La cuestión de inconstitucionalidad preserva así la independencia judicial: esto es, el derecho a no sentirse vinculado por la doctrina del Tribunal Supremo si el órgano judicial entiende que ella no es correcta jurídicamente. Y aquí, ese «jurídicamente» lo es con referencia al Derecho más alto al que está vinculado: la Constitución.

La diferencia, entonces, a efectos de la independencia judicial es que, respecto a lo que podríamos llamar jurisprudencia «ordinaria» del Tribunal Supremo, el juez puede apartarse de la misma por razones de legalidad y constitucionalidad, con lo cual su independencia no está en entredicho (a riesgo de que después en casación se anule su decisión, pero ello es otra cosa bien distinta de la estricta «vinculación»); mientras que respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que podríamos llamar «especial» (la recaída en recursos de casación en interés de ley, o incluso, creo, de unificación de doctrina) el órgano judicial sólo puede apartarse por razones de «constitucionalidad» (planteando la cuestión de inconstitucionalidad). Justamente porque la «vinculación» no es forzosa en todo caso, ya que cabe, aquí sí, el planteamiento de la cuestión, es por lo que tales efectos vinculantes no suponen un menoscabo de la independencia judicial constitucional garantizada.

**MÉTODO, CULTURA Y
RACIONALIDAD EN EL
CONSTITUCIONALISMO:
ALGUNAS CONTRIBUCIONES DE LOS
ESTUDIOS FEMINISTAS**

JOSÉ ASENSI SABATER

Catedrático de Derecho Constitucional/Universidad de Alicante

La participación en el merecido libro-homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino es una oportunidad formidable de rendir tributo a una trayectoria fecunda en el ámbito del constitucionalismo. Para quienes hemos compartido con ella experiencias estimulantes a lo largo de los años, es también el modo de mostrar agradecimiento por la extraordinaria entrega de Julia Sevilla a su oficio, y por sus múltiples aportaciones, que nos han ayudado a avanzar en nuestras propias trayectorias.

La obra de Julia Sevilla está ahí como prueba del compromiso con su tiempo, un tiempo de acelerados cambios y transformaciones que ha venido a modificar decisivamente la manera en que contemplamos los fenómenos políticos y constitucionales, especialmente en los dos sectores en que ha desarrollado su propuesta intelectual: los estudios en torno al Parlamento, y los estudios en torno al feminismo.

Unos y otros están íntimamente relacionados. Los referidos al Parlamento, por cuanto su función representativa como poder del Estado, siempre sometida a la presión de lo *no-representable*, ha experimentado una transformación sin precedentes, que pone en cuestión, precisamente, su consistencia y su capacidad articularia de las relaciones sociales y políticas. Los referidos a la causa del feminismo, por cuanto éstos no sólo han impugnado los planteamientos tradicionalmente androcéntricos de la democracia y del Parlamento, sino porque han contribuido en primera línea a reformular equitativamente el espacio público.

Por mi parte, trataré de hacer algunas anotaciones, necesariamente breves y generales, sobre lo que considero que son las aportaciones más relevantes de los estudios de género en este campo, en la medida en que han supuesto la apertura a una práctica y a una teoría, ambas determinantes para entender los fundamentos del constitucionalismo democrático de nuestros días, así como la problemática que le aqueja.

Me referiré, sucesivamente, a la cuestión del método, al enfoque cultural del constitucionalismo, y al problema central de la «racionalidad», un atributo consustancial al pensamiento jurídico que, sin embargo, tiene que ajustar viejas cuentas con lo que ha sido su «olvido» secular: la exclusión de las mujeres así como el modo en que ha construido parcial y unilateralmente sus conceptos jurídico-constitucionales centrales.

Naturalmente, el feminismo, aunque de suyo constituye un movimiento teórico y político general basado en las experiencias, luchas y propuestas de las mujeres, no es un todo uniforme. Son múltiples las tendencias y las influencias nacionales y culturales, además de las distintas problemáticas en que se desarrolla (Bodelón, 1998). Aquí no discutiremos sobre sus diferencias ni sobre el enriquecedor debate que se sustancia en su interior, una muestra más de la fecundidad del movimiento.

LA CUESTIÓN DEL MÉTODO

El método, el modo en que la ciencia determina las condiciones de su propia validez, ha presidido el avance del pensamiento analítico desde el nacimiento de la modernidad. Mediante el método, ciertamente, se diferencia lo que es ciencia de lo que no

lo es, el modo de pensar específicamente científico de otros modos del pensamiento dominados por los mitos, la magia, la religión o la mera opinión.

El método, sin embargo, si bien pre-condiciona el resultado del objeto tratado no garantiza la obtención de un conocimiento epistemológico, esto es, de lo inmarcesible y estable que funge como atributo de su concepto. Sucede, pues, que se ha trasladado al método, como instrumento formal, como «procedimiento» al servicio de la productividad del pensamiento, todo el peso (y el prestigio) de lo que se supone que es el conocimiento auténtico. No es extraño entonces que se hable a menudo de que vivimos instalados en una cultura de procedimientos, en una cultura metódica.

El método, por otro lado, divide y separa. Y en la medida en que la metodología de la ciencia -el paradigma por excelencia del conocimiento analítico- se propaga en las direcciones más diversas, se filtra como mecanismo general de escisión y separación, bien sea para separar lo racional de lo irracional, el ser del no-ser, el mundo de los sentimientos del cálculo, el derecho del no-derecho, la naturaleza de la cultura, lo público de lo privado y, desde luego, lo masculino de lo femenino.

Sucede sin embargo que la escisión entre objetos que el método analítico depara no se detiene en sus efectos meramente formales, sino que, al contacto con las relaciones sociales de poder, introduce de contrabando un componente valorativo, de tal suerte que la separación binaria (característica del pensamiento occidental ya desde la filosofía griega) se significa como orden jerárquico, en el cual lo racional anula y rige sobre lo irracional, el cálculo de los intereses sobre el mundo de los sentimientos, la cultura sobre la naturaleza, el derecho - es decir, el consenso vigente o la voluntad impuesta sobre lo que la justicia y el derecho abarcan- sobre lo marginal y lo no representable, y, en fin, el varón sobre la mujer.

Si no me equivoco, uno de los puntos centrales de los estudios de género ha consistido en impugnar esta hipertrofia metodológica y, desde luego, sus consecuencias más evidentes en los planos social, político y cultural: la conversión de tales dualidades en supuestos de legitimación de las relaciones de poder. Con buenos motivos, la crítica feminista conecta estas dualidades para descubrir su íntima contradicción, que no es otra que la inserción de las relaciones de género, marcadas por la subordinación de lo femenino a lo masculino, en el resto de escisiones binarias, situándola del lado de lo irracional, lo sentimental, lo «natural», del no derecho, de lo privado, del no-ser en definitiva.

El frente abierto a la crítica metodológica no es, por supuesto, un logro exclusivo de las aportaciones feministas, aunque no hay duda de que los estudios de género han abierto una profunda brecha en esta suerte de perversión metodológica, que ha quedado tocada y desvelada.

Los estudios feministas han contribuido decisivamente a la deconstrucción de tales dualidades, lo que supone una profunda revisión de la metafísica en que se sustentan. El primer paso ha consistido no sólo en invertir la jerarquía y el orden de las ecuaciones, rehabilitando el valor de lo que se considera secularmente como «natural», marginal, privado, no jurídico, etc. sino también en reclamar para la mujer el papel de sujeto histórico capaz de llevar a cabo esta revolución de los conceptos, al tiempo que su propia liberación.

Desde este punto de vista, la revolución feminista ha impulsado una profunda revisión de la Historia y del Derecho, a los cuales imputa una raíz *andro-logo-céntrica* que subsiste hasta nuestros días. El «logos», es decir, la razón, el lenguaje, y el derecho mismo, estarían inevitablemente teñidos de un sustrato androcéntrico, consecuencia

del dominio secular del varón sobre la mujer, una relación de poder que atraviesa los modos de explotación y las culturas, en lo que se ha llamado, en sentido fuerte, la «estructura del patriarcado» (Eisenstein, 1982).

No todas las corrientes feministas se detienen aquí, en una inversión valorativa y en la impugnación de identidades esencialistas. Algunas de éstas sostienen que, a la inversión de las categorías, debería seguir un segundo paso, la afirmación de un nuevo «logos», de una nueva metafísica construida sobre valores esenciales atribuidos a la mujer, lo que llevaría a concluir que la lucha por la liberación del patriarcado sólo podría realizarse felizmente si el movimiento feminista rechaza y se desembaraza del «logos» y del derecho asociado a él y construye un «logos» y un derecho propios.

En un nivel más concreto, los estudios feministas han puesto en valor diversas orientaciones metodológicas que se desprenden claramente de sus puntos de partida: el énfasis en la interdisciplinariedad, la necesidad de integrar perspectivas sociológicas, antropológicas, psicológicas, de la historia del derecho, y las propiamente jurídico-formales, en vistas a un ensamblaje común. La *feminist jurisprudence*, por ejemplo, insiste en una idea particularmente útil: que el asumir prioritariamente un estilo de análisis jurídico, aunque en una lectura que se distancia claramente de los análisis tradicionales, no debe hacerse a costa de desconocer las aportaciones de otras disciplinas. Bien al contrario, tales enfoques nos hablan de una necesaria integración interdisciplinar (Olson, 1990).

Otra línea metodológica destacable en los estudios feministas es la crítica a la manera habitual con que el derecho tradicional trata a varones y mujeres en cuanto que categorías abstractas. No se trata sólo de que el Derecho asimila de forma fragmentaria y desigual el significado del género, sino que el proceso de formalización jurídica en que ha desembocado la cultura jurídica occidental supone, entre otras cosas, un despojamiento de la persona de todas las potencialidades, facultades y expresiones de la personalidad (Barcellona, 1992; Capella, 1993). La persona aparece en el Derecho, sea privado o público, desprovisto de toda referencia cultural, natural, comunitaria: despojada, en fin, de existencia concreta y, en su lugar, aparece revestida de derechos subjetivos, de derechos de todas clases, de propiedad, libertad, participación, e incluso de derechos sociales y culturales; pero al margen de lo que tal intervención supone de estrategia de institucionalización de las necesidades humanas, al desvincularse lo jurídico de lo social y de lo cultural, no será lo social lo que determine el sentido del derecho y la orientación de sus reglas, sino el sistema jurídico el que determina las necesidades sociales y asigna los derechos formales. En esta línea ha incidido especialmente Carole Pateman, al subrayar que el mundo femenino ha sido desposeído de su auténtica naturaleza, y que la esfera de las emociones, el amor y los lazos de sangre se piensan al margen del ámbito público, universal y masculino, de la convención, igualdad civil y libertad, razón, acuerdo y contrato (Mouffe, 1999).

Desde estas premisas, resulta lógico que los estudios de género acentúen la importancia de la jurisprudencia, en cuanto fuente del derecho que tiene especial contacto con la *praxis*. Sería en el ámbito jurisdiccional donde se pueden registrar con mayor claridad los avances o los retrocesos efectivos en torno a los derechos de las mujeres. Si el derecho positivo establece un orden abstracto de derechos y obligaciones, ignorando el sustrato de una estructura patriarcal concreta, el foco ha de ponerse en el caso, en el estudio de los casos (MacKinnon, 1998).

Cabe hacer mención, por otro lado, de las interconexiones entre los estudios de género y el auge creciente de la «historia de las minorías». Para el feminismo las mujeres, desde luego, no son una minoría, sino que más bien forman parte de una mayoría sometida a una estructura de dominación, de suerte que su problemática general no encaja en los estudios parciales de grupos ignorados y excluidos por la historiografía tradicional. Con todo, cabe afirmar que la historia de las minorías abre la puerta a perspectivas aprovechables para los estudios de género.

Frente a las objeciones habituales de la historiografía clásica, siempre escéptica y renuente a lo que sospecha que es una utilización política que puede ir en detrimento del rigor científico, la idea-fuerza de esta corriente de revisión de la Historia es, precisamente, que la historiografía anterior había olvidado a las minorías por motivos diferentes a los puramente científicos. Por ello, su actual incorporación no sólo vendría a corregir una anterior distorsión política sino que proporciona un fundamento más completo para opinar acerca de los problemas históricos en cuestión (Stiner y Boyer, 1985). De ahí que la incorporación de la Historia de las mujeres es una forma de incorporar su voz, de tal manera que la narración de sus historias reequilibre la hiper-narración tradicional de la que han quedado ostensiblemente ausentes.

W, Benjamin expresó la idea con palabras luminosas: «La Historia, la idea de que existe algo así como la historia, no es más que una manifestación de la cultura de los dominadores: una historia que se constituye a costa de la exclusión, primero en la práctica, y luego en la memoria, de una multitud de posibilidades, de valores, de imágenes. Es precisamente el desprecio por esta eliminación -y no tanto el deseo de asegurar un destino mejor a los que vendrán después- lo que verdaderamente incita a dar inicio a la revolución» (Benjamin, 1962). Desde este punto de vista habría que recuperar *todo el pasado* y en esto reside precisamente la superioridad de este planteamiento respecto a la cultura de las clases dominantes. Ello supone, por otro lado, revisar los paradigmas de la Historia como totalidad expresiva (al estilo de Hegel, por ejemplo) y explorar, en cambio, la idea de que no hay una sola Historia, una historia general, sino historias diferenciadas en su tipo, en su ritmo, historias desfasadas, diferidas, etc.

No es de extrañar, por último, que los estudios feministas hayan incidido en la cuestión del lenguaje, de la lengua en cuanto que código encriptado de las relaciones de poder. También en este punto se ha producido una auténtica revolución, pues si los términos del lenguaje no son neutrales en su significado, sino significantes que remiten a otros significantes, la intervención en el lenguaje es un paso obligado -y característico- en los estudios de género. Desvelar los componentes machistas que recorren y estructuran la lengua, invertir sus significados y explorar sus genealogías, conduce, por otra parte, a plantearse de lleno la cuestión del lenguaje jurídico, que, por muchos motivos, lo cristaliza e institucionaliza bajo formas imperativas (Gellner, 1999; Humbrey, 1986).

CULTURA Y NATURALEZA

Puede detectarse en los estudios feministas una cierta paradoja en torno a la cuestión del papel de los condicionantes culturales y de los propiamente «naturales» a la hora de representar a la mujer como sujeto histórico. Por un lado, los estudios de género se refieren a que el *género* es una categoría cultural, construida más allá de las determinaciones sexuales. Por otro, sin embargo, se hace hincapié en diferencias e identidades naturales, y, en algunas corrientes del feminismo, se toman las diferencias sexuales (maternidad, sexualidad, etc) como diferencias determinantes.

La paradoja es solo aparente, a mi modo de ver. Porque la escisión entre naturaleza y cultura es una consecuencia más, como se dijo, del método y de las mistificaciones que de él se derivan. La tal *summa divisio*, naturaleza y cultura, que enlaza con los trazos gruesos de nuestra civilización, desde la edad de la sofística al menos, no es y nunca ha sido un esquema estable, perfilado, y mucho menos verdadero, sino que las fronteras entre ambas son porosas y se interrelacionan. Desde este punto de vista los estudios de Dilthey ya dejaron aclarado que no era posible trasladar, sin más, el método de las ciencias de la naturaleza, o ciencias nomotéticas, a las «ciencias de la cultura», o ciencias idiográficas. La antropología moderna, a partir de Levi-Strauss, no ha dejado de cuestionar esa rígida separación.

Pero el punto central que el feminismo plantea al respecto no incide tanto en la problemática del método, como en la jerarquización que se deriva de ella en las relaciones sociales de poder entre varones y mujeres, en relación con la cual, la esfera de la cultura siempre ha sido destacada como superior, relegando la propiamente «natural» a una condición subordinada, en un sentido similar a la suposición de que el alma es superior al cuerpo, el espíritu a la materia, etc.

De manera que esta separación de planos -que a su vez planea de forma apodíctica desde las raíces culturales greco-romanas en adelante- es también representativa del lugar que, en este esquema, ocupa el varón, como representante del mundo del espíritu, de la luz, de la razón y de lo público, y del que ocupa la mujer, reflejo del mundo de la materia, de lo oculto, de los instintos, de lo privado y doméstico. La literatura al respecto, corroborada por la historiografía, el pensamiento político y la historia del derecho, ahorra más comentarios al respecto.

Esta lectura, predominante en la evolución cultural desde el neolítico, apoya la tesis feminista de que el género es una construcción cultural, previa al derecho positivo y que, en efecto, tal construcción no es algo que proceda de un supuesto orden de la naturaleza, sino que ese supuesto orden se ha pensado al servicio, y para servir de sustento a fines económicos (sistema de explotación), políticos (organización del poder) jurídicos (separación entre lo público y o privado) o culturales (diferenciación de los niveles de restricción o de represión).

En este sentido, el esclarecimiento que aporta el paradigma del patriarcado es estremadamente significativo. Permite entender la función que desempeña el patriarcado como componente fundamental de la *organización* que toda cultura precisa para mantenerse estable. El patriarcado funcionaría, de este modo, como un componente decisivo, aunque subyacente, de la *organización*, y explicaría hasta qué punto ésta se hace resistente a los cambios y transformaciones de la esfera cultural.

Como se decía, los estudios de género han invertido decisivamente el sentido de la citada jerarquía entre naturaleza y cultura. No sólo porque ambas están interrelacionadas -y, en realidad, no tienen sustancia propia tomadas separadamente- sino también en la medida en que prescriben mundos valorativos diferentes y subordinados (Jameson, 2011).

En todo caso, los estudios jurídicos feministas mantienen en general un enfoque que supone admitir que previamente al dato jurídico-formal, previamente al derecho positivo, existe el condicionamiento de la cultura vigente. Desde este punto de vista, las cuestiones referidas a la identidad sexual, como elemento relevante de la personalidad, se resisten a ser tratadas a partir, exclusivamente, de un mero rastreo del derecho

positivo. La Historia del Derecho refleja de este modo la huella de un vacío, por no hablar de la larga lista de prejuicios y tabúes que arrastra consigo.

RACIONALIDAD Y CONSTITUCIONALISMO

Si es plausible sostener que en la sociedad industrial se abre la posibilidad de que pueda manifestarse una transformación de los roles tradicionales vinculados al género, la pregunta que el pensamiento feminista se formula, para contestarla, es porqué la estructura patriarcal continuó formando parte esencial de la «organización» en ese tipo de sociedad y por qué los niveles de restricción cultural siguieron cumpliendo su función excluyente de las mujeres, a pesar de que, con las revoluciones burguesas, se abría un amplio desarrollo a las ideas universalistas de libertad e igualdad.

La respuesta tiene, por supuesto, varios perfiles, uno de los cuales tiene que ver con el papel de la ciencia o, más concretamente, con el tipo de racionalidad científica que desde entonces se entroniza como el tribunal al que, indebidamente, someter a juicio el sentido y la naturaleza de las relaciones sociales. La ciencia, ciertamente, supone un sistema de pautas completamente refractario a todo intento de sacralización o demonización, sea de cosas o de personas. Pero si bien la sacralización (o demonización) compulsiva de importantes conceptos (como el de género, la mujer, etc.) se disuelve a la luz de la ciencia, es reemplazada en las sociedades industriales, como antes se decía, por una sacralización de los procedimientos.

La ciencia solo ordena y dispone hipotéticamente: se refiere a la elección de los medios, no de los fines, y se limita a analizar los hechos. No olvidemos que la racionalidad científica ha tenido un papel ambiguo. A pesar de que el discurso científico ocupa un punto focal privilegiado en la cultura de la sociedad industrial e impregna con su racionalidad metódica el proceder de todas las ciencias (incluidos los jurídicos), al ser el científico un discurso sobre los medios y los procedimientos, no ha podido evitar estar dominado por los fines y los valores de la cultura imperante. Esto es lo que explica que determinados avances científicos hayan sido utilizados como argumentos al servicio de políticas claramente discriminatorias (pensemos en ciertas interpretaciones del darwinismo o en la proyección en términos de teoría social de ciertos descubrimientos genéticos).

La ciencia, pues, siendo un indiscutible factor de racionalidad y de progreso en el proceso de liberación de la persona de sus ataduras culturales, no garantiza por sí sola, no ya la expansión de una cultura tolerante, sino la erradicación de una cultura excluyente. Los trabajos de Michel Foucault o de Carol Pateman son claramente concluyentes al respecto y ponen de manifiesto el papel poco decoroso de la ciencia puesta al servicio del construccionismo social. En un sentido similar, señala Boaventura de Sousa: «La ciencia moderna supone una ruptura ontológica y epistemológica que deshumaniza la naturaleza en el proceso mismo que desnaturaliza al hombre...el hombre desnaturalizado que emerge de la deshumanización de la naturaleza no es un hombre cualquiera, una entidad abstracta; en términos sociológicos, ese hombre es el hombre burgués, la clase revolucionaria, que transporta en sí el espíritu del capitalismo y que va a utilizar la relación con la naturaleza para producir un desarrollo sin precedentes de las fuerzas productivas» (Foucault, 1978; Pateman, 1988).

No es preciso insistir sobre el bien conocido tema del asentamiento de la cultura burguesa y su influencia en las nuevas realidades jurídicas - en gran medida desvelado gracias a los estudios feministas- en el cual se da nuevamente una distinción previa

y discriminadora de los sexos y de los correspondientes roles, fundada tanto en el lenguaje como en una estricta categorización de los comportamientos. Pero si nos atenemos a la enorme fuerza expansiva de los valores burgueses, con su énfasis en los derechos del hombre y del ciudadano, en la fuerza expansiva de la idea de libertad e igualdad, no resulta nada fácil de explicar por qué la liberación autoproclamada por las revoluciones burguesas no alcanzó a las mujeres, sino que respecto de ellas continuó ejerciéndose una dura exclusión jurídica, política y social.

Tal vez, como ponen de manifiesto los estudios feministas, se deba al papel que va a jugar la específica forma de racionalidad de la cultura burguesa, en su función garantizadora de las formas de desarrollo requerido por el nuevo sistema de producción industrial. En este punto, el análisis de Max Weber, en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, es parada obligada, no ya por sus conclusiones, discutibles en todo caso, sino por señalar un importante problema antes inadvertido: que para los propósitos del capitalismo era preciso establecer un rígido código moral, *una restricción interiorizada* (no sujeta necesariamente a una autoridad o dirección externa) con el fin de evitar la desintegración del conjunto de la formación social (Weber, 1987). Tal código moral y jurídico es el propio de la estructura del patriarcado. Y puede decirse que aunque dicho código fue más intenso en las sociedades protestantes se impuso finalmente, como *telos* moral, al conjunto de un orden jurídico que se prolonga hasta nuestros días.

Por otro lado, lo que hemos llamado, con Gellner (1999), el proceso de secularización y predominio del razonamiento formal se refleja en el modo de organización jurídico-política cuya principal expresión es el *Estado de Derecho*, donde, por un lado, el estado se presenta bajo el signo de la racionalidad, de la igualdad formal de derechos y de la potencial extensión de los derechos de ciudadanía, aunque implicando un poderoso sistema de restricción cultural (Pomeray, 1987; Dalla, 1978), y, por otro, de unos derechos que se presentan bajo una específica connotación individualista, puesta en circulación por las revoluciones burguesas.

Los estudios feministas han explorado y delatado las contradicciones inherentes en la construcción liberal del Estado de Derecho. Y, específicamente, han incidido en la delación del carácter androcéntrico de la propia estructura estatal y de su correspondiente estructura jurídica, marcadas por una profunda huella androcéntrica que, como señalábamos, está en las raíces mismas de la cultura occidental (MacKinnon, 1990). Androcentrismo, o más en concreto, *andro-logo-centrismo* (Derrida, 1972), quiere decir que la preeminencia del varón y de su mundo de valores es concebido como el núcleo del pensamiento, algo así como el sexo de la razón, y no solo en el sentido de que todo razonamiento es cosa de varones sino en el sentido de que el varón es considerado el trasunto de la razón (Amorós, 1998; Puleo, 1992). En definitiva, el *androcentrismo*, no solo caracteriza la organización social como un sistema de representaciones y conceptos, sino que constituye la manera de disfrazar la dualidad de los sexos y disimularla bajo una universalidad masculina (Castell, 1996).

La crítica feminista ha estado muy presente en la época que marca el fin de la sociedad industrial y el desarrollo subsiguiente de la sociedad post-industrial o posmoderna, categorías éstas en absoluto pacíficas. Ciertas corrientes feministas, con buenos argumentos, se mantienen vinculadas a la herencia de los valores de la Ilustración, en la medida en que, una vez desposeídos de sus determinaciones culturales y androcéntricas, tales valores pueden muy bien orientar y potenciar las luchas de las mujeres en una sociedad democrática abierta. Otras, por el contrario, proponen la ruptura con

dicha herencia y la construcción de unos valores propios, específicamente feministas, como el mejor medio de avanzar en los procesos abiertos de emancipación.

La crítica feminista, en fin, armada con un arsenal de nuevos enfoques y categorías, pone en cuestión no sólo un orden concreto de dominación, sino las ficciones que esconde y la narrativa en que aquélla se sostiene. Supone sin duda alguna la revolución más importante que se puede registrar en el ámbito del constitucionalismo desde su nacimiento, el cual ya nunca podrá discurrir por los caminos convencionales. El movimiento feminista conecta con lo que se ha llamado «la reacción de los excluidos» y ha tomado el pulso al «*malestar generado por la cultura machista y narcisista*», con sus nuevas patologías. Por lo que se refiere a los fundamentos del constitucionalismo, la crítica feminista ha penetrado en el interior de sus categorías fundacionales -sea la de «poder constituyente» «estado», «derechos fundamentales», «participación», «público-privado», etc.- de manera tal que las ha disuelto para configurar un concepto de democracia (y de democracia parlamentaria) absolutamente nuevo, e incluso para avizorar un concepto de Justicia verdaderamente justo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Amorós, C., «Hacia una crítica de la razón patriarcal», 1985;

Barcellona, P. «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social», en Olivas (comp) 1992. Todavía, en la concepción revolucionaria burguesa, los nuevos derechos mantenían un vínculo con lo externo al propio sistema jurídico, pero en la medida en que produce un proceso de estatalización creciente de las relaciones jurídicas, pronto desaparece la categoría de derecho subjetivo para dejar paso a una concepción *objetiva* de los derechos, mediante un proceso creciente de abstracción. Esta operación permite la configuración del sujeto jurídico declarándole libre e igual, si bien los referidos atributos ni le pertenecen ni le son originarios sino que el sujeto es dotado de ellos por el ordenamiento. Es éste -lo que es lo mismo que decir, es el estado- quien lo determina siguiendo un orden de razones que no tiene por qué coincidir con sus propios atributos originales o con sus necesidades. Se verifica, pues, un mero revestimiento de derechos, mediante el cual se determinan por el sistema normativo los intereses individuales y colectivos expresados socialmente, que son configurados por el propio derecho y cuyo resultado último es la separación del orden legal y del orden real, la subjetividad empírico-material de la objetividad normativa y, por último, la unidad normativa de la diversidad social.

Boaventura de Sousa, «O Estado e o Direito na transição pós-moderna. Para un novo senso común jurídico», Barcelona, 1992.

Bergali, R., «Sentido y razón del Derecho», Barcelona, 1992.

Bodelón, E. «La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio de género», Working Paper, ICPS, Barcelona, 1998. La gran influencia del socialismo en el feminismo británico y europeo en general marca una gran diferencia de estos estudios con el feminismo norteamericano, que ha recibido una fuerte influencia de signo liberal. Mientras que el feminismo norteamericano centra sus esfuerzos en la creación de estrategias jurídicas a través de las cuales mejorar la situación de las mujeres, la *feminist jurisprudence* europea se centra en describir las instituciones jurídicas y su funcionamiento

Boswell, J. «Hacia un enfoque amplio: revoluciones, universales y categoría relativas a la sexualidad», en George Stiner y Robert Boyer, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

Capella, JR. «Los ciudadanos siervos», Trotta, Madrid, 1993.

Castell, C.(comp.)-Perspectivas feministas en teoría política» Paidós, Barcelona, 1996.

Dalla, D. «L'incapacità sessuale in Diritto romano, Giuffrè, Milano, 1978.

Derrida, J. «Positions», Minuit, Paris, 1972.

Eisenstein, Z: Capitalism Patriarchy and the case from Socialist and Political Thought, Princeton University Press, 1981. Firestone, S.: The Dialectic of Sex, New York, Batairn Books, 1971. Frug, M.J., *Rescuing Impossibility Doctrine: a posmodern Feminist Analisis of Contract Law*, University of Pensylvania Law Review, 140/1992. Edwards, S. «Female Sexuality and the Law», Oxford, Martin Robertson, 1981. Jaggar, A.: «Feminist Politics and Human Nature», Totowa, Rowman & Littlefield Publishers Ltd, 1988. Olsen, «F. Feminist and Critical Legal Theory: An American Perspective», International Journal of Sociology of Law, n° 18/1990. Young, I.M., «Justice and the Politics of Difference», Princeton University Press, 1990.

Humphrey, N. «Inner Eye», Faber, London, 1986, «Am Anfang das Verbot»: en el principio era la prohibición. El lenguaje, desde este punto de vista, se compone de pautas que indican inicialmente lo que no se debe hacer. El lenguaje es inicial y básicamente un sistema de prohibiciones. Vide, las restricciones semántico/culturales impuestas a la conducta son numerosas: en un lenguaje pueden concebirse y comprenderse prohibiciones diferentes de las realmente impuestas. El lenguaje constituye la parte principal del sistema de pautas que indican los límites tolerados impuestos en una determinada cultura y en un determinado tiempo.

Foucault, M: «Microfísica del poder», La Piqueta, Madrid, 1978, y «Un diálogo sobre el poder», Alianza Editorial, Madrid, 1981.

Gellner, E, Cultura, restricción y comunidad, en Antropología Política, Madrid, 1999:74. En otro sentido, Chomsky: el lenguaje está constituido por un conjunto de pautas que trazan *a priori* los límites de la conducta; límites cuyas fronteras genéticas pueden llegar a ser demasiado laxas para cualquier orden social, y que el lenguaje equilibra. «Puede así decirse que el lenguaje controla en primera instancia aquello que la naturaleza no logró restringir».

Gilligan, Carol, por ejemplo, opone una ética del cuidado, que sería propiamente feminista a una ética de la justicia que sería masculina y liberal. Se trataría de defender, en contra de los valores individualistas liberales, un conjunto de valores basados en la experiencia de las mujeres como mujeres, la experiencia de la maternidad y del cuidado que las mujeres llevan a cabo en el ámbito privado de la familia, así como el reconocimiento de las necesidades específicas de las mujeres, el amor y la amistad. En una línea parecida, si bien más radical, se sitúan Sara Ruddick y Jean Bethé, que propugnan privilegiar la identidad de las mujeres como madres y el ámbito privado de la familia, que es donde se puede buscar una nueva moralidad política que reemplace al individualismo liberal. En lugar del compromiso de las mujeres con el otro «en general», se propugna el compromiso con el otro concreto, es decir, con las virtudes específicas de la familia: amor, intimidad, etc. Carole Pateman, parte del antagonismo varón/mujer, para cuya superación se hace preciso la elaboración de una concepción «sexualmente diferenciada» que reconocería a las mujeres como mujeres, con sus cuerpos y todo lo que ellos simbolizan, especialmente, la capacidad de la que carecen los varones: la maternidad, la capacidad de crear vida. Su tesis principal es que el feminismo requiere elaborar una concepción sexualmente diferenciada de la individualidad y de la ciudadanía.

Goody, J.»The development of the family and Marriage in Europe, Cambridge University Press, 1968.

Jameson, J. «Representing Capital. El desempleo: una lectura del Capital», en Lengua de Trapo, Madrid, 2011. Tal intervención tiene notables antecedentes, como es el caso de la inversión dialéctica que estableció el propio Marx, cuando en los Grundrisse considera que el «cuerpo» o la «cualidad», es decir lo material, se vuelve un término positivo, mientras que la «cantidad» o la «mente» o el «alma», términos idealistas, resultan ser negativos.

Olsen, F.: *Feminist and Critical Legal Theory: An American Perspective*. International Journal of Sociology of Law, n° 18/1990. Vide. Thurschwill, A.: «Feminismo, negatividad, intersubjetividad», Valencia, Edicions Alfons el Magnánim, 1990. Cfr.: Scales, A.: The emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay, The Yale Law Journal, 13.° 7, 1986.

MacKinnon, C. A. «Crímenes de guerra, crímenes de paz», en De los Derechos Humanos, Trotta, Madrid, 1998.: «El derecho -dice MacKinnon- no crece por compulsión lógica; es impulsado por la lógica social de la dominación y de la oposición a la dominación, forjado en la interacción con el cambio y la resistencia al cambio. No es solo en la tradición anglosajona donde la vida del derecho es experiencia y no lógica. Detrás de todo derecho está la historia de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas. El texto no engendra texto, la vida sí. La cuestión, una cuestión de política e historia y por tanto de derecho, es la experiencia de quien sustenta qué norma». Porque como Levi-Strauss dice en el «Pensamiento Salvaje», «si concedemos que pertenece a la naturaleza lo que es espontáneo y universal, aquello que no depende de ningún particularismo ni de ninguna norma impuesta y que pertenece a la cultura lo que depende de un sistema de normas que regulan la sociedad y que pueden variar de una estructura social a otra, entonces nos encontramos con determinados fenómenos bajo la forma de normas o prohibiciones (como la del incesto, por ejemplo) que parecen pertenecer a una y otra esfera»

MacKinnon, G, «Feminist Unmodified, Cambridge», Harvard University Press, 1990.

Mouffe CH. «El retorno de lo Político», Paidós, Barcelona., 1999.

Pateman, C., «Feminism and Participatory Democracy», cit. por Chantal Mouffe, «El Retorno de lo Político», Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical», Paidós, Barcelona, 1999.

Pateman, C., «The Sexual Contract», Polity Press, Cambridge, 1988.

Pomeray, S. «Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica», 1987: la cultura griega es un brillante ejemplo de esa manera androcéntrica de identificar a la humanidad con los varones.

Puleo, A. H., Dialéctica de la sexualidad. Género y sexo en la filosofía contemporánea, 1992;

Weber, M., «La ética protestante y el espíritu del capitalismo», Península, Barcelona, 1987. La racionalidad weberiana procede de los cuatro grandes movimientos protestantes (calvinistas, pietistas, metodistas y bautistas) y las consecuencias que ciertas doctrinas elaboradas en este marco tuvieron sobre la cultura ética de los adeptos al protestantismo ascético (puritanismo) se trasladaron a las conductas políticas. Del mismo modo que se produjo el «desencantamiento del mundo», también se produjo un proceso semejante en la esfera económica y a su vez, de éstas a las estructuras jurídicas.

EL SUJETO DE DERECHO Y LAS SUJETAS A DERECHO: LA LENGUA DEL DERECHO Y SUS CONSECUENCIAS*

JASONE ASTOLA MADARIAGA

Profesora de Derecho Constitucional en la UPV/EHU

Algo no funciona bien
Cuando la Universidad
No reconoce *potestas*
A quien tiene *auctoritas*

* Lo que no se nombra no existe. En euskara la frase se construye en positivo, un antiguo refrán dice: «Si tiene nombre, existe» - *Izenik badu, bada* -.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA CONFIGURACIÓN DEL SUJETO DE DERECHO:

- 1. LOS INICIOS DE LA SEGREGACIÓN Y SUS POSTERIORES CONSECUENCIAS*
- 2. EL SUJETO EN EL ESTADO SOCIAL: EL ESPEJISMO DE LA INCLUSIÓN*

III. LAS SUJETAS A DERECHO:

- 1. LAS MUJERES*
- 2. ADEMÁS DE LAS MUJERES*

IV. UN NUEVO HORIZONTE

I. INTRODUCCIÓN

Quiero empezar expresando mi agradeciendo a todas las personas que han hecho posible la publicación de este libro-homenaje a Julia Sevilla Merino, maestra de toda una generación de juristas feministas. Su buen hacer académico nos ha permitido avanzar en el estudio del Derecho Constitucional con una perspectiva de género, labor esta nunca antes realizada en nuestro país. Vaya pues mi reconocimiento a una *auctoritas* por delante.

La propuesta de trabajar para este volumen me hizo pensar en todas las mujeres que han estado activamente presentes en momentos constitucionalmente importantes o que han intentando cambiar las reglas que las excluían, y éste es mi pequeño homenaje a una labor olvidada o no suficientemente recordada a la que tanto debemos las siguientes generaciones.¹

El objeto de mi pequeña aportación es el de la construcción del «sujeto jurídico». La palabra sujeto, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española solamente puede ser femenina -sujeta- en su acepción pasiva, como adjetivo -expuesta o propensa a algo- siendo masculina en todas sus acepciones activas.

Y mi pequeña aportación consiste en intentar demostrar que el Derecho tiene que ver con el hecho de que las mujeres desaparezcamos en el concepto masculino de sujeto (de Derecho) -activo- y con el hecho de que, únicamente, podamos ser nombradas como sujetas (al Derecho) -pasivas-. Quiero llamar la atención sobre la importancia del lenguaje, del uso de las palabras (SANCHÍS VIDAL 1999: 674) no sólo por las consecuencias jurídicas de las diferencias lingüísticas, entre ellas, una de las bases aparentes de nuestro sistema constitucional «el libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 de la Constitución española), sino también porque estas diferencias semántico-jurídicas, entre otras las existentes entre hombres y mujeres, no están siendo desveladas por el profesorado de Derecho Constitucional, ni en su docencia ni en su investigación.

Un ejemplo de esta afirmación es la realmente interesante aportación publicada en 2010, coordinada por los profesores Lorenzo Cotino Hueso, y Miguel Presno Linera, titulada *Innovación educativa en Derecho constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*, que recoge las ponencias presentadas en el I Seminario de Innovación y Calidad educativa en Derecho Constitucional, celebrado en Madrid el 17 de junio de 2009:

El título: hace un uso sexista del lenguaje, ya que participaron más de treinta docentes, y algo menos de la mitad eran profesoras, por lo que hubiese sido más apro-

¹ Gabrielle Suchon, Mary Wollstonecraft, Olympe de Gouges, Inés Joyes, Josefa Amar y Borbón, Hubertine Auclec, Harriet Taylor Mill, Anne Wheeler, Alleta Jacobs, Lucretia Mott, Elizabeth Cady Stanton, Sarmiza Bilcescu, Clara Campoamor, María Ascensión Chirivella ... o Sara Maynar Escamilla, primera profesora de Derecho que tuvo la universidad española, en noviembre de 1930, adscrita a Derecho Internacional Público y Privado de la Universidad de Zaragoza premio extraordinario y número uno de su promoción (FLECHA GARCÍA 2010: 288-289).

piado hablar de «Reflexiones, métodos y experiencias docentes», término que incluye tanto a las docentes como a los docentes;

El contenido: la práctica totalidad del profesorado que participó en este desarrollo del mandato del artículo 41.1 de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril,² no entiende que para «garantizar el fomento y la consecución de la igualdad» es imprescindible hacer un uso no sexista del lenguaje,³ máxime cuando el artículo 46.2.j) de la misma Ley Orgánica reconoce a cada estudiante el derecho a recibir un trato no sexista, derecho que entraña un deber para el profesorado a la hora de impartir su docencia.⁴

Este ejemplo de la ceguera de un profesorado de Derecho constitucional, máxime cuando me consta que es un profesorado comprometido con la innovación y con la calidad de su enseñanza, hace más pertinente, si cabe, mi objeto de estudio.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL SUJETO DE DERECHO

Partiendo de la idea de que «Todo cambio político se acompaña de una retórica particular que crea un lenguaje específico, en cuya lógica se cobijan esos cambios» (BALAGUER CALLEJÓN, 2008: 85-86), un momento clave para iniciar este estudio es la Revolución francesa, porque los estudios demuestran que hubo transformaciones del lenguaje jurídico tras dicha revolución (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994: 41)- y, más exactamente, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, porque «el individuo deviene sujeto en virtud de la Declaración» (HÄBERLE, 1998: 77) -la Real Academia de la Lengua Española define individuo en su 4ª acepción como masculino, m. Cada ser organizado, sea animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece; y sólo acepta la palabra individua coloquialmente, 3. m. y f. coloq. Persona cuyo nombre y condición se ignoran o no se quieren decir; o como forma despectiva -7. f. despect. Mujer despreciable-.

1. LOS INICIOS DE LA SEGREGACIÓN Y SUS POSTERIORES CONSECUENCIAS

Las definiciones de Rousseau del *citoyen* como hombre -blanco, añadiría-, propietario y padre de familia, y su categorización de las mujeres -a diferencia de los hombres, no podían controlar por sí mismas sus «deseos ilimitados», y por ello, no podían desarrollar la «moralidad» requerida para ser parte de la sociedad civil-, ofrecen un criterio preciso del significado del concepto «sujeto de derecho» para la nueva ideología hegemónica en el momento de redactarse la declaración de derechos del hombre y del ciudadano y, a la vez, la razón del por qué las mujeres debían ser controladas. El De-

² La Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades dice en su artículo 41.1. «La universidad desarrollará una investigación de calidad y una gestión eficaz de la transparencia del conocimiento y la tecnología, con los objetivos de contribuir al avance del conocimiento y del desarrollo tecnológico, la innovación y la competitividad de las empresas, la mejora de la calidad de vida de la ciudadanía, el progreso económico y social y un desarrollo responsable equitativo y sostenible, así como garantizar el fomento y la consecución de la igualdad».

³ Específicamente previsto en el artículo 14.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como principio general de la actuación de los poderes públicos: «La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas».

⁴ En este aspecto el artículo 33.2 de la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, es mucho más explícito cuando dice que las universidades que integran el sistema universitario vasco «velarán porque en la docencia y en los trabajos de investigación sobre las diferentes áreas de conocimiento se integre la perspectiva de género, se haga un uso no sexista del lenguaje y se incorpore el saber de las mujeres y su contribución social e histórica al desarrollo de la Humanidad».

recho no sólo no las consideró sujetos, sino que su «adscripción-identificación con la naturaleza que es inferior a la razón (cualidad exclusivamente masculina)» (ESQUEM-BRE VALDÉS 2006: 40) va a ser el argumento para que estén sujetas al Derecho. Fue el Derecho quien codificó-fijó esta diferencia filosófico-política entre sujetos y sujetas, a través del Código civil napoleónico de 1804 -que fue copiado y modelo a seguir para otros Códigos Civiles europeos, incluyendo el español de 1889-.

Las peores consecuencias de aquella concepción segregacionista triunfante vinieron de su implantación:

en la enseñanza, porque a través de ella se fortaleció y se perpetuó. Rousseau se erigió como padre indiscutible de la pedagogía moderna (COBO BEDÍA 1995), al constituirse en punto de referencia de todas las propuestas pedagógicas de los siglos XIX y XX, caracterizándose su modelo de enseñanza por tener unos principios totalmente diferenciados para la educación de niños y niñas; Para Emilio (protagonista masculino de su libro Emilio o De la Educación, 1762) el proceso educativo se basa en la experiencia y en el respeto a su personalidad, y debe proporcionarle los conocimientos adecuados para convertirse en un sujeto con criterios propios, libre y autónomo; por el contrario, la educación de Sofía (protagonista femenina que aparece en el último tomo de su obra Emilio) debe ir encaminada a hacer de ella una sujeta, dependiente y débil; en la lengua, porque las palabras excluyeron a las mujeres de todos los sustantivos que hoy se pretenden genéricos -ciudadanos, sujetos, diputados, españoles...

Y fue el Derecho el que legitimó la segregación, el que legitimó que los conceptos jurídicos no incluyesen a las mujeres, empezando por los propios textos constitucionales. Y, lo que es más sangrante, lo hicieron sin necesidad de decirlo expresamente.

La ausencia de una exclusión formal de las mujeres del concepto sujeto fue, sin lugar a dudas, la mayor negación que se puede hacer desde el punto de vista jurídico: imposibilitó a las mujeres incluso llegar a serlo.

Seguimos diciendo que la modernidad se construye en torno a la idea de sujeto, «la capacidad del hombre para determinarse, para construir la Historia que, desde ese momento, se puede entender como racionalidad y no como providencialismo» (DE CABO MARTÍN 2001: 117) y no decimos que esa idea nace exactamente sobre la negación «racional» de la capacidad de las mujeres para serlo, ninguna de las afirmaciones que se hicieron en la dogmática jurídica, o en la filosofía arguyendo esta incapacidad han sido contestadas ni revisadas hasta el momento -seguimos enseñando a Rousseau, a Kant, a Hegel, a tantos otros, sin detenernos a cuestionar un pensamiento basado en esa negación-. Nuestros manuales de Derecho Constitucional nada dicen de esta construcción, no la desvelamos en nuestras aulas, y al ocultarla perpetuamos, aceptando en la inacción, aquella primera categorización.

2. EL SUJETO EN EL ESTADO SOCIAL: EL ESPEJISMO DE LA INCLUSIÓN

En el Estado Social, se renueva el pacto o contrato social entre sujetos, que se reconocen tanto en el ámbito público como en el privado. Se dice de las Constituciones del Estado social que son las primeras en normar el conflicto «de clase», y ese cambio va a repercutir en la definición del sujeto: el constitucionalismo occidental se puede considerar como el constitucionalismo del sujeto; ya que, el sujeto -y sus derechos- es el elemento definidor del constitucionalismo actual y la protección del sujeto es

expansiva, dinámica ya que potencia la «constitucionalización» de cada vez mayores ámbitos de la vida social (DE CABO MARTÍN 2001: 127-128).

Todos los hombres entran, aparentemente, en la categoría de sujeto, pero ¿y las mujeres? Es cierto que las primeras constituciones del Estado social nombran por primera vez a las mujeres como sujetos en sus textos:

El art. 34 de la Constitución de México de 1917: «Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres»;

El art. 109.1 de la Constitución de Weimar: «Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos»;

Diferentes artículos de la Constitución española de 1931: «Los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes» (art. 36); Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen (art. 40); Serán elegibles para diputados todos los ciudadanos de la República mayores de veintitrés años, sin distinción de sexo ni de estado civil, que reúnan las condiciones fijadas por la ley Electoral (art. 53).

Pero su presencia no obedece a una participación activa en la redacción de los dichos textos sino que supone que aceptan de plano aquello que los hombres han negociado «como si de un contrato de adhesión se tratara, firmando en bloque, sin que les cupiese definir los posibles términos de ese contrato» (SEVILLA MERINO 2005: 216).

Precisamente por eso aquella aparición en la letra del texto constitucional en igualdad con los hombres es fugaz, puesto que no se convierte en costumbre constitucional, como se puede apreciar en el art. 1 de Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949: «La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección (art. 1.1); El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (*Grundlage*) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo (art. 1.2); o en el texto de la Constitución española de 1978. Y esta desaparición de las mujeres del texto constitucional tendrá consecuencias en la configuración del sujeto, que vuelve a ser varón, aunque esta vez, formalmente, no se le exige el atributo de la propiedad ni el atributo del color.

El claro ejemplo es que cuando se trata de hacer efectiva la supuesta igualdad de derechos de participación política de mujeres y hombres, (¡a finales del siglo XX!), varios máximos intérpretes constitucionales europeos dicen que tal pretensión es inconstitucional y asistimos a reformas constitucionales con el fin de nombrar a las mu-

jeros para que puedan tener el mismo derecho material de participación política que los hombres: en Alemania,⁵ en Portugal,⁶ en Francia,⁷ en Italia,⁸ o en Bélgica.⁹

Por tanto, podemos decir que la construcción del sujeto de Derecho del siglo XVIII ha perdurado en nuestros sistemas constitucionales hasta el siglo XXI. Y las reformas constitucionales mencionadas atestiguan que el uso de las palabras no es baladí.

Los sustantivos masculinos plurales resultaron ser, una vez más, masculinos plurales y no genéricos.

Así se ha enseñado y así se ha comprendido, por eso no es extraño que la mera mención de la palabra «mujer» en los textos legales, aunque sólo aparezca junto a la palabra «hombre», traiga aparejada la denuncia de discriminación por razón de sexo, por parte de los varones, que sienten que se les arrebató un espacio que consideraban como propio, sin que les falte razón -siguen siendo los sujetos nombrados- y cuentan con el apoyo del Tribunal Constitucional, al menos, para intentarlo: «Si el principio de igualdad «no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato», las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (STC 229/1992). Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 75/1983 y 209/1988)» -FJ 8 de la STC 126/1997-.

⁵ La ley de 27 de octubre de 1994 introduce el art. 3.2 «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

⁶ La ley constitucional 1/1997 de 20 de septiembre añade al art. 9, como uno de los cometidos del Estado, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres e incorpora al art. 109 lo siguiente: «La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política constituye condición e instrumento fundamental en la consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación en función del sexo en el acceso a los cargos políticos».

⁷ La ley constitucional nº 99-569, de 8 de julio de 1999, incorpora al art. 3 de la Constitución un nuevo párrafo diciendo que La Ley favorecerá el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas y añade en el art. 4 que los partidos y grupos políticos contribuyen a la puesta en marcha de este principio en las condiciones determinadas en la ley.

⁸ La ley constitucional de 17 de julio de 2000 modificó el art. 48 estableciendo que son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres, La ley constitucional de 18 de octubre de 2001 modificó el art. 117 estableciendo que la ley regional removerá los obstáculos que impiden la plena paridad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica y que promoverá la paridad en el acceso de hombres y mujeres a los cargos electivos. La ley constitucional de 30 de mayo de 2003 modificó el art. 51, que establecía que todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos y electorales añadiendo *A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini*.

⁹ La modificación de 21 de febrero de 2002 introduce una nueva frase en el art. 10 -«la igualdad entre mujeres y hombres está garantizada»- en el mismo artículo que reconoce la igualdad formal de los belgas ante la ley e introduce un nuevo art. 11 *bis*, que establece: La ley, el decreto o la regla citada en el artículo 134 garantiza a las mujeres y a los hombres un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades, y favorece especialmente un acceso igual a los mandatos electivos y públicos. El Consejo de ministros y los gobiernos de comunidades y regiones cuentan con personas de sexos diferentes. La ley, el decreto o la regla citada en el artículo 134 organizan la presencia de personas de sexo diferente en el seno de las diputaciones permanentes de los consejos provinciales, los colegios de burgomaestres y regidores, los consejos de ayuda social, las oficinas permanentes de los centros públicos de ayuda social o los miembros de los ejecutivos de cualquier otro órgano territorial interprovincial, intermunicipal o intramunicipal. El párrafo que precede no se aplica mientras la ley, el decreto o la regla citada en el artículo 134 organizan la elección directa de los diputados permanentes de los consejos provinciales, los regidores, los miembros del consejo de ayuda social, los miembros de la oficina permanente de los centros públicos de ayuda social o los miembros de los ejecutivos de cualquier órgano territorial interprovincial, intermunicipal o intramunicipal.

Y si la norma va más allá y trata de diferente manera a unas y a otros, como ha ocurrido con la tan contestada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, se pasa directamente a inaplicarla a través de dudosas interpretaciones de nuestras juezas y jueces, que jamás han sabido en la enseñanza recibida que esa diferencia de trato que denuncian como contraria a la igualdad es un intento de paliar las consecuencias de la diferencia de trato que han tenido las mujeres desde el inicio del estado constitucional, sin que dicha situación hubiese preocupado en ningún momento a la judicatura. Era consustancial al sistema.

Qué decir del craso incumplimiento material y, a veces, formal (GIL RUIZ 2012: 17-55) de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas de valoración de impacto de género en las disposiciones normativas del gobierno: ¿sabe acaso nuestro alumnado qué es el género y cómo se mide su impacto?¹⁰

Ahora bien, ¿son las mujeres las únicas sujetas al Derecho? Las recientes reformas legislativas parecen indicar que en caso de crisis el sujeto de Derecho prevalente sigue siendo el hombre blanco (gran) propietario¹¹ y que el resto de las personas siguen estando sujetas a su Derecho. Si me remito a datos existentes, en Estados Unidos en la actualidad el 1% de los hombres más ricos percibe el 25% de los ingresos anuales y controla el 40% de la riqueza del país (STGLITZ, 2012: 34) y ese 1% controla a la clase política. Y lejos de atacar esa situación el TS de Estados Unidos, en su sentencia de 21 de enero de 2010 del caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, ha consagrado la posibilidad de que los grandes intereses monetarios participen con aportaciones sin límite en las campañas electorales, posibilitando así que, en última instancia, los más ricos entorpezcan «activamente medidas que podrían mejorar las condiciones de vida de la mayoría de la población» (STGLITZ, 2012: 40).

En España en el año 2006 (SANTOS CASTROVIEJO 2008: 4), una veintena de grandes familias eran propietarias del 20,14 por ciento del capital de las empresas del Ibex-35 y unos 1.125 hombres y 76 mujeres, el 0.0035% de la población, controlaban unos recursos equivalentes al 80.5% del PIB.

Las estadísticas de las dos últimas décadas en la OCDE muestran que han crecido las desigualdades sociales que los gobiernos han maquillado con el incremento de la deuda pública posibilidad que se acabó con la crisis financiera de 2008.

Volvemos, por tanto, a las desigualdades de la segunda mitad del siglo XIX, cuando el único sujeto formalmente reconocido era el hombre blanco propietario y, lo que es más llamativo, el Estado social trabaja para aquellos que nos han llevado a la crisis sigan recibiendo sustanciosas recompensas,¹² mientras que las personas que la pade-

¹⁰ En las direcciones <http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Documents/09-06-04%20LO%20Memoria%20de%20impacto%20por%20raz%C3%B3n%20de%20g%C3%A9nero.pdf> y <http://www.coavn.org/coavn/var/09/MemoriaAnálisisImpactoNnormativo.pdf> [última consulta 10 de diciembre de 2012] puede verse el informe emitido para las leyes 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 22 de diciembre, que transpusieron la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. El informe indica que no hay ningún impacto de género en unas normas que se refieren a un sector en el que trabaja el 85,25% de las mujeres empleadas, ocupando el 53,33% del empleo de un sector con sueldos más bajos que el resto de los sectores.

¹¹ Según la lista Forbes entre las 100 personas americanas más ricas hay 12 mujeres y 88 hombres.

¹² «The richest people on the planet got even richer in 2012, adding \$241 billion to their collective net worth, according to the Bloomberg Billionaires Index, a daily ranking of the world's 100 wealthiest individuals.

The aggregate net worth of the world's top moguls stood at \$1.9 trillion at the market close on Dec. 31, according to the index. Retail and telecommunications fortunes surged about 20 percent on average during the year. Of the 100 people who appeared on the final ranking of 2012, only 16 registered a net loss for the 12-month period», en <http://www.bloomberg.com/news/2013-01-01/billionaires-worth-1-9-trillion-seek-advantage-in-2013.html> [última consulta 2 de enero de 2013].

cen cuentan con cada vez menos recursos para hacerle frente (ver la Ley Hipotecaria española, Texto refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, BOE nº 58 de 27 de febrero de 1946).

III. LAS SUJETAS A DERECHO

El Contrato social entre hombres blancos propietarios no podía funcionar: sin un discurso sobre la inferioridad de quienes no lo eran -además de todas las mujeres aquellos hombres que no participaban en dicho pacto-; y sin colocar a esas personas en situación de subordinación legal -sujetas al Derecho-. Este doble rasero para tratar a los sujetos y a las sujetas no se disfrazaba, como se puede apreciar en las lecciones de Derecho Público Constitucional que se impartían a los varones en las universidades españolas en 1821:

«[...] El primer objeto que debe proponerse una Constitución política es que todos los ciudadanos sean representantes en las Asambleas legislativas...; todos aquellos, se entiende, que son capaces de conocer las consecuencias de lo que van a hacer, y que deben tomar algún interés por la cosa pública.

El primer motivo de exclusión comprende a los menores, a los privados del uso de la razón y a las mujeres, llamadas exclusivamente por la naturaleza a las ocupaciones domésticas y a formar a buenos ciudadanos; y por la segunda, no podrán ser electores los hombres sin casa, sin estado, sin bienes, los proletarios, que ninguna garantía de sus buenas intenciones ofrecen al cuerpo social, y ningún interés tienen en la cosa pública» (SALAS 1982: 98-99).

1. LAS MUJERES

Comencemos por el primer motivo de exclusión centrándonos en las mujeres. El «discurso de la inferioridad» frente a la universalidad ética, política y epistemológica no fue una «contradicción» de la Ilustración, sino uno de sus elementos básicos. Y de ahí pasó a ser uno de los elementos constitutivos de los Estados liberales, que estarán basados en la exclusión de las mujeres de la lógica democrática. Las mujeres en el Estado moderno siguieron manteniendo una lógica estamental: su estatus fue de adscripción -a un sexo determinado-. Semejante actuación requería construir una esencia femenina inferior a la masculina (diferente o complementaria en terminología patriarcal), que pusiese las bases de su exclusión política, es decir, que explicase por qué no eran ni sujetos de razón ni sujetos políticos. O dicho de otra forma, «como no era conveniente que las mujeres fuesen sujetos políticos, era requisito necesario negarles la definición de sujetos de razón» (COBO BEDÍA 2003: 61).

Y aquí está el quid de la cuestión: el contrato constitutivo que invocamos como comienzo y legitimación del estado moderno es un contrato basado no sólo en la exclusión de las mujeres, sino en su anulación como sujetos político-constitucionales con derechos y deberes. Por lo tanto cualquier intento de inclusión en ese orden, sin cuestionar el pacto originario, no tiene más remedio que fracasar.

Y esa situación no cambió en esencia con el estado social, como ya hemos visto. No ha bastado con acceder a las instituciones que gestionan las reglas del juego, hay que cambiar las propias reglas de juego para existir en igualdad.

Con el nacimiento del estado constitucional las mujeres perdimos algo que todavía hoy no hemos recuperado, perdimos nuestro cuerpo. Hobbes ya decía que para ser ciudadano había que se dueño del propio ser y del propio cuerpo; simbólicamente,

ese reconocimiento lo hacen las palabras, «ciudadanos», «derechos del hombre», etc. Pues bien, las mujeres seguimos sin ser nombradas «ciudadanas», «derechos de mujeres y hombres» etc.; o bien nos conformamos con los genéricos masculinos o debemos ser humano o persona, pero seguimos sin aparecer como dueñas de nuestros seres y nuestros cuerpos en los contratos por excelencia: las constituciones.

Utilizar el masculino como genérico no sólo no nos lleva a la universalidad, sino que sigue siendo el reflejo lingüístico de toda una filosofía que negó la calidad de sujeto político a las mujeres «en el orden político, legislativo y simbólico patriarcal el masculino ha usurpado el neutro, constituyéndose en referencia universal única y convirtiéndose en la única categoría pensable y decible de lo universal (BENGOECHEA BARTOLOMÉ 2005: 37).

Por eso es tan importante nombrar a las mujeres, porque para que las mujeres ocupemos un lugar en el pensamiento debemos ocupar un lugar en la lengua, porque sólo así ocuparemos nuestra posición en la realidad político-constitucional: no hay sujeto sin nombre. Y, esta necesidad no es abstracta, ni obedece a ningún capricho inane, sino consecuencia del arduo trabajo que se tomó el Derecho para negar al sujeto femenino primero e ignorarlo después.

2. ADEMÁS DE LAS MUJERES

No son las mujeres las únicas sujetas a Derecho. La escasez de espacio no me permite abordar este tema con la profundidad que se merece, pero si puedo, al menos, esbozarlo.

El Estado social se definía como el estado que surge del pacto entre capital y trabajo, por lo que el Estado embridaba al capital para asegurar el buen funcionamiento del sistema económico y el bienestar general, y que, por ende, reconocía también a los trabajadores como sujetos de derecho. Ahora bien, veremos que, una vez más, se ha hecho inevitable que las ideologías dominantes sean desmentidas por la realidad (DE CABO MARTÍN 2011: 63).

El estado social fue un modelo de estado que necesitaba el capital para su expansión y fortalecimiento. ¿Cuánto duró el *embedded capitalism* o capitalismo integrado?

La ficción de un capital embridado no duró prácticamente nada, como demuestra el hecho de que en Europa, pocos años después de la implantación constitucional de los estados sociales se creasen las Comunidades Europeas, cuyo principio motor era la libertad de mercado y la libre competencia. De aquellas comunidades que impulsaban la libertad de movimiento de los capitales nació una unión monetaria y una moneda común sin ningún control político. ¿Fue un error básico crear «una unión monetaria sin las necesarias capacidades políticas de regulación» (HABERMASS 2012: 23), o fue la consecución explícita del modelo de expansión del capital sin control alguno? ¿Podemos hablar de «liberalismo autoritario» de la Unión Europea? (JOERGES 2012: 67).

Si esto pasaba en Europa, en el mundo los Acuerdos de Bretton Woods de 1944, que establecieron las normas a cumplir en las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados finalizaron en 1971. Desde entonces hemos asistido a un creciente flujo incontrolado de capitales, que desde la década de los noventa venimos llamando globalización; globalización que ha fomentado la competitividad entre las empresas de los países, lo que ha implicado: una bajada de impuestos a dichas empresas, el debilitamiento de la protección sanitaria y ambiental y la reducción de lo que se venían considerando derechos laborales «fundamentales».

En estos momentos, sin que haya sido preciso ningún cambio de modelo constitucional, los estados trabajan para los mercados de una manera clara y evidente, como se puede apreciar en el Preámbulo del proyecto de Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa -«La educación es el motor que promueve la competitividad de la economía y el nivel de prosperidad de un país. El nivel educativo de un país determina su capacidad de competir con éxito en la arena internacional [...] Mejorar el nivel educativo [...] representa una apuesta por el crecimiento económico y por conseguir ventajas competitivas en el mercado global-. La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad... quedan en segundo plano y con ellas la posibilidad de ser sujetos de derecho de cada mujer, de cada hombre, de cada persona.

IV. UN NUEVO HORIZONTE

Si comenzásemos a contar la historia utilizando un lenguaje ajustado a los hechos que pretendemos explicar este pequeño trabajo formaría parte de nuestra socialización y no sería necesario, podríamos estar pensando en cómo crear un modelo de organización que nos permitiese la sostenibilidad de la vida, por ejemplo.

El sistema constitucional ha sido la construcción jurídico-política que el capital -masculino- ha necesitado para su mejor y mayor desarrollo, donde el mercado se arrogó un papel central. Los costos -en negación de personas, en catástrofes mundiales, en sistemas políticos corruptos...- sólo han sido vistos como daños colaterales que no han puesto en cuestión dicha centralidad. La reforma constitucional que hemos tenido -y las que se comenta que puede haber- se hace para contentar al mercado, al igual que toda nuestra última legislación.

Quienes nos cuestionamos el sistema tenemos dos opciones o plantear reformas del mismo o cambiarlo de raíz. Evidentemente ambas opciones pueden ir desarrollándose de manera simultánea. La primera opción trabajaría para mejorar la tensión entre la obtención de beneficios y el cuidado de la vida humana, definida como «el conflicto básico que subyace en nuestro sistema» (CARRASCO 2001: 43) y hay excelentes trabajos en esa dirección, como las 115 medidas concretas propuestas en *Hay alternativas* (NAVARRO, TORRES, y GARZÓN 2011: 209-221). La segunda opción podría plantearse un nuevo modelo de organización no sólo para sostener la vida humana, sino la vida, en general. Cada modelo tiene, sin duda, sus costos, como los tiene el sistema actual.

Quizás ha llegado el momento de plantearnos un nuevo pacto constituyente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Balaguer Callejón, María Luisa (2008). «Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico de género» en: *Revista de Derecho Político*, nº 73, pp. 71-100.

Bengoechea Bartolomé, Mercedes (2005). «Necesidad de poseer cuerpo y nombre para acceder plenamente a la ciudadanía» en: Freixes San Juan Teresa y Sevilla Merino Julia (Coord.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid: INAP, pp. 37-44.

Carrasco, Cristina (2001). «La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?» en: *Mientras Tanto*, nº 82, pp. 43-70.

Cobo Bedía, Rosa (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Madrid: Ed. Cátedra. (2003). «Democracia paritaria y radicalización de la

igualdad» en: *Seminario «Balance y perspectivas de los estudios de las mujeres y del género*, Madrid: Instituto de la Mujer, pp. 59-71

Cotino Hueso, Lorenzo y Presno Linera, Miguel (Coords.) (2010). *Innovación educativa en Derecho constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*. Valencia: PUV (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia), Disponible en <http://www.uv.es/derechos/innovacionconstitucional.pdf> [última consulta 3 de enero de 2013]

De Cabo Martín, Carlos (2001). «El sujeto y sus derechos» en: *Teoría y realidad constitucional*, nº 7, pp. 117-135. (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta.

Esquembre Valdés, M^a del Mar (2006). «Género y Ciudadanía, Mujeres y constitución» en: *Feminismo/s* nº 8, pp. 35-51.

Flecha García, Consuelo (2010). «Profesoras en la Universidad. El tránsito de las pioneras en España» en: *Arenal* nº 17:2, pp. 255-297.

García de Enterría, Eduardo (1994). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza.

Gil Ruiz, Juana María (2012). «Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española» en: *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 92, pp. 17-55.

Häberle, Peter (1998). *Libertad, igualdad, fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta.

Habermass, Jürgen (2012). «Hoy más que nunca, Europa es un proyecto constitucional», *Política Exterior*, Vol. XXVI, nº 150, pp. 22-27.

Joerges Christian (2012). «*Rechtsstaat* y Europa social. Una tensión clásica en el proceso de integración europea» en: *EL Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 32, pp. 60-70.

Navarro, Vinçens, Torres López, Juan y Garzón Espinosa, Alberto (2011). *Hay alternativas*, Madrid: Ediciones Sequitur.

Salas, Ramón (1982). *Lecciones de Derecho Público Constitucional (1821)*. Madrid: CEC, Edición de José Luis Bermejo Cabrero.

Sanchís Vidal, Amelia (1999). «EL uso sexista del lenguaje» en: *Derecho y opinión*, nº 7, pp. 673-682.

Sevilla Merino Julia (2005): «Paridad y Constitución» en: Freixes Sanjuán Teresa y Sevilla Merino Julia (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 205-236.

Santos Castroviejo, Iago (2008). «Una aproximación a la red social de la elite del poder económico en España» en *XI Jornadas de Economía Crítica*, Bilbao. Disponible en http://www.ucm.es/info/ec/ecocri/cas/santos_castroviejo.pdf [última consulta 3 de enero de 2013].

Stiglitz, Joseph E. (2012). «Democracia y desigualdad: del 1%, por el 1%, para el 1%» en: *Política Exterior*, Nº 150, pp. 34-40.

LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS EL GÉNERO

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

INTRODUCCIÓN

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA HASTA LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI

LA FORMULACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES. EL CASO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Las constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, conscientes de que la proclamación programática de los derechos, no pudo evitar en la primera mitad del siglo pasado la existencia de dos guerras mundiales, e innumerables conflictos bélicos internacionales y civiles, formularon los derechos constitucionales desde la rigidez y el garantismo, que superaran el mero nominalismo, e hicieran eficaz su cumplimiento normalizado dentro de los modelos de Estado Social y Democrático comunes a la mayor parte de los Estados.

No hubo, ni aún en las más recientes como la nuestra, redactadas ya en el último cuarto del siglo, menciones expresas a los derechos específicos de las mujeres, ni siquiera para intentar compensar históricamente el indiscutible agravio comparativo que en el plano de las relaciones de género presentaba la mujer. La acogida a esa descompensación histórica se ubicó en el genérico artículo 14 CE, que proclamaba la igualdad ante la ley, sin discriminación en función de algunas circunstancias de edad, religión o sexo, meramente enunciativas y cerradas con la posibilidad de «cualquier otra condición personal o social». Tal amplitud permitió al Tribunal Constitucional en sus sentencias varias relecturas de progresiva profundización en la igualdad, que conectadas en algunos casos, como en el género, al art. 9.2 CE, hicieron posible una jurisprudencia de barrido preconstitucional, y de avance de la igualdad.

En rigor, sin embargo, los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX fueron escasamente generosos con los derechos de las mujeres, protegidos las más de las veces de manera indirecta y por derivación de los derechos de otros sujetos constitucionales. Así, en nuestra Constitución, el art. 15 que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, permitió una tímida despenalización de determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, siete años después de entrar en vigor la Constitución, después de una sentencia del Tribunal Constitucional que validó el proyecto de ley, y con clara ignorancia de las reivindicaciones del derecho de las mujeres a su propio cuerpo, que las asociaciones feministas de la década de los setenta llevaban a cabo en la calle.

Esa misma consecución indirecta se obtuvo por la vía del art. 39.2 CE en donde se asegura por parte de los poderes públicos la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y cualquiera que sea el estado civil de la madre, y difiere a una ley la investigación de la paternidad. Esta norma, de equiparación de hijos legítimos e ilegítimos, tiene consecuencias importantes para la libertad de las mujeres, no solamente por el estigma social que representaba para muchas de ellas la maternidad de padre desconocido, sino por las consecuencias materiales que se desprendían de esa equiparación en materia de pensiones alimenticias o económicas de otro orden.

Fuera de esas consideraciones, la Constitución Española reproduce la concepción patriarcal inherente al ordenamiento jurídico en su conjunto, y por extensión, al contexto europeo occidental en el que se inserta.

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA HASTA LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI

Los movimientos feministas de oposición al régimen franquista mantenían un cuadro reivindicativo que era el reflejo de los derechos que disfrutaban las mujeres en los países de nuestro entorno: derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva, derechos civiles y políticos de corte participativo, derechos laborales, y derechos sociales.

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, la situación legal en la España de los años setenta, era congruente con la represión sexual y la prohibición de todo tipo de relación sexual que previamente no hubiese sido validada por la Iglesia católica, colaboracionista del régimen, y a quien se atribuía además la enseñanza y educación de la sociedad. El control ideológico de la Iglesia operaba como un control de la conciencia colectiva, y sus fundamentos eran exportables a la legislación tanto civil como penal. En el Código Penal se sancionaba el uso de los anticonceptivos y cualquier otro medio de control de natalidad considerado como un delito. El aborto tenía la consideración de delito contra las personas, y la figura del «aborto honoris causa», una pena menor en función de la consideración social que podía hacer abocar a una conducta punible.

En lo que se refiere a los derechos civiles y políticos, la reivindicación era conjunta con el resto de las fuerzas y partidos políticos, en la medida en que no existía el pluralismo político ni la participación, por lo que se compartía la necesidad de un sistema democrático. Si bien, como se verá, las diferencias eran sustanciales en materia de género, pero la desigualdad era material, ya que formalmente, la pertenencia y militancia a un partido político no ofrecía discriminaciones.

En materia laboral, se pedía la equiparación salarial con los hombres. El principio de «a igual trabajo igual salario», había sido ya positivado en la Directiva Europea de 1976, pero España estaba entonces muy lejos de Europa. Todavía, hasta 1976 se dotaba a la mujer que cesaba en su puesto de trabajo al contraer matrimonio, con el abono por parte de la empresa de una cantidad, con la que se podía fin a la relación laboral. En el ámbito de la función pública, se entraba en situación de excedencia con posible incorporación en caso de viudedad.

El reconocimiento constitucional a todas estas reivindicaciones, así como la propia participación política en el proceso constituyente, se minimizó respecto del protagonismo inicial que las mujeres tenían, al menos en los partidos políticos de izquierdas, llegando a ser testimonial su presencia en las Cortes Generales. Ni siquiera testimonial lo fue en la redacción del texto constitucional de cuya Ponencia no formó parte ninguna mujer. Las aportaciones que figuran en el Diario de Sesiones tampoco son significativas, si bien en aquellos preceptos en los que ya se vislumbraba una posición claramente discriminatoria, como la línea de sucesión a la Corona, hay importantes intervenciones de las parlamentarias advirtiendo de esta circunstancia.

LA FORMULACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Dadas las circunstancias, la reivindicación feminista hubo de extenderse a las siguientes décadas. Los años ochenta, noventa y primera década del año dos mil, fueron de postulación de normas específicas en apoyo de la igualdad de las mujeres, que

traían su origen en el propio movimiento asociativo de mujeres, apoyadas en muy buena medida por las intelectuales y políticas, que agruparon esos intereses y consiguieron implantarlos en el pensamiento universitario y en la agenda política de algunos partidos, fundamentalmente socialista y comunista. Ahí, se inicia un importante desarrollo legislativo de los derechos a la igualdad de las mujeres en los tres ámbitos referenciados, de una parte la despenalización de algunos derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, de otra parte la equiparación salarial y la protección laboral de la maternidad, y otros dos grupos de derechos, el de la erradicación de la violencia de género y el de las cuotas electorales, de reciente plasmación legal, seguida en ambos casos de intensos debates sociales y políticos.

Esta regulación de los derechos de las mujeres se inició en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas, al filo de una conflictividad competencial que tuvo sede obligada en el Tribunal Constitucional, (no siempre expresada en sentencia en la medida en que algunos de estos recursos fueron gestionados en función de la alternancia en el gobierno de partidos que respectivamente apoyaban o no esta legislación, y por tanto en algunos casos pudieron ser desistidos).

Las Comunidades Autónomas que regularon derechos de las mujeres, lo hicieron sobre todo en materia de participación política equilibrada, mediante las listas de obligada presencia de mujeres impuesta a los partidos políticos, en diferente exigencia porcentual, y en algunos casos mediante el sistema cremallera que imponía la alternancia de género en la lista.

En cuanto a la violencia de género, después de algunas medidas parciales por parte de las CCAA, se promulgó, a finales ya de 2004, una ley orgánica integral contra la violencia de género, cuya inserción en sus aplicadores, sobre todo jurídicos, está resultando difícil y cuestionada.

A esta ley, y la misma legislatura, siguió la Ley para la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, en la que se intentó regular la igualdad de género en el orden transversal, es decir, teniendo en cuenta las exigencias laborales, políticas y sociales de las mujeres.

Paralelamente, y en el ámbito de sus respectivas competencias, las CCAA han venido regulando también a menudo en dos leyes diferenciadas, la igualdad de género con medidas compensatorias en el orden laboral, político y social, y la violencia de género, con medidas para las mujeres víctimas de apoyo psicológico, económico, y de protección social.

En una consideración propiamente jurídica, la legislación de género ha sido favorecida por dos importantes elementos. En un orden puramente temporal, el derecho europeo, fundamentalmente las Directivas Comunitarias, que tras la incorporación de España a la Unión Europea, han resultado normas de obligatoria recepción para nuestro ordenamiento. La normativa comunitaria ha marcado exigencias en materia de igualdad que han tenido una importante repercusión para materias como la maternidad, los permisos parentales, la igualdad salarial, la protección social, y otras. En concreto, la jurisprudencia europea ha sido decisiva para la construcción de conceptos como la inversión de la carga de la prueba en los procesos de defensa de los derechos fundamentales, y destacadamente para el concepto de desigualdad compensatoria, elaborado con ocasión de la diferencia de trato en materia de contratación entre mujeres y hombres, en los contratos a tiempo parcial y sus repercusiones en las cotizaciones a la seguridad social para la generación de las pensiones de jubilación.

El otro elemento ha sido la justicia constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido decisiva en el avance legislativo de nuestro estado en materia de igualdad de género. Desde sus inicios el Tribunal estimó las lesiones al derecho de igualdad en materia laboral como la excedencia obligada de las mujeres por matrimonio, y a partir de ahí ha validado sin excepción toda normativa orientada a favorecer la igualdad material. Mediante la relación normativa entre el art. 14 y el art. 9.2 CE ha realizado una labor interpretativa muy expansiva del derecho de igualdad, y ha desestimado los recursos interpuestos contra las cuotas electorales, las medidas compensatorias y la relación entre algunos principios de orden penal y la violencia de género.

El resultado de este desarrollo legislativo en el orden teórico demanda una valoración positiva. No es extrapolable en cambio a una valoración que sin más considere esta situación de avance real en la igualdad. La igualdad real entre las mujeres y los hombres no se satisface por la mera existencia de leyes que la regulen, sino que estas no son más que un instrumento posible para adoptar, sobre todo por parte de los poderes públicos, medidas de cumplimiento de la igualdad real. De manera que a excepción hecha de aquellas normas que se garantizan por su propio contenido, el resto de la legislación exige medidas concretas de cumplimiento. Así, las cuotas electorales, en cuanto que una lista electoral se inadmita si no cumple los requisitos, lleva en sí misma de manera implícita su cumplimiento, pero esa situación se cumple muy pocas veces. La mayoría de las normas deben tener garantizado un cumplimiento normalizado, porque su exigencia jurisdiccional impone unas condiciones de cumplimiento que no está al alcance de la mayoría de las mujeres.

LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES. EL CASO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

La abundante legislación en materia de igualdad de género puede permitir, pero en sí sola no garantiza como decimos, más igualdad.

Lo que es fundamental en un proceso de aproximación histórica a los derechos de las mujeres, es que tanto la implantación y vigencia de las normas como su desmantelamiento se encuentran al hilo de la coyuntura del momento social y político. Este proceso, que por lo demás es común a los avances y retrocesos de cualquier otro grupo humano, exige una permanente vigilancia y atención a los cambios políticos y sociales, para intentar mantener las conquistas sociales mantenidas, sin que de manera recurrente se puedan producir situaciones de retorno. Estas situaciones no solamente consisten en incumplimientos más o menos generalizados de las normas que lleven finalmente al desuso o tácita derogación, sino en regresiones en el ámbito legislativo propiciadas por partidos políticos y gobiernos en la alternancia, que incluso sin explicitar en sus programas políticos algunas de esas medidas, llevan a cabo en sus acciones de gobierno, reformas legislativas orientadas en este sentido.

El ejemplo más clamoroso de esta situación, la constituye ahora la pretendida modificación de la reciente LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Esta Ley, se enmarca en un contexto internacional de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, con legislación vigente en la materia en la inmensa mayoría de los países del primer mundo, vino a sustituir a la LO 9/1985, que modificó el Código Penal en el art. 417 bis, para despenalizar determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo.

El ordenamiento jurídico ha sido insensible hasta hace muy poco a los derechos fundamentales de las mujeres, porque no ha considerado una específica situación de la mujer en el conjunto de la Humanidad, sino que el desarrollo legislativo del Estado Social se ha generado en la convicción de la utilidad común de los derechos, que definidos para el hombre, podrían abarcar a ambos sexos, porque respondían a los mismos intereses y configuración. La resistencia a la perspectiva de género es por otra parte pertinaz. Aspectos tan claros como el masculino genérico en el lenguaje, siguen sin un consenso social acerca de la necesidad de que sean nombradas las mujeres en femenino. A la falta de conciencia sobre la trascendencia del lenguaje en la configuración del pensamiento, se suma una verdadera objeción de conciencia por parte de la Real Academia de la Lengua en relación con las exigencias de la pureza lingüística. La exigencia de que los derechos de las mujeres se atiendan desde el Estado en una específica consideración de género, es por lo tanto muy reciente. Hasta 1984, no se adopta el término «derechos reproductivos» en la Reunión Internacional sobre Mujeres y Salud en Ámsterdam, y en 1993, en Viena, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, definió por primera vez el concepto de derechos humanos en el ámbito privado. Finalmente, en Beijing en 1995, y después den Beijing+5, se aconsejó ya a los Estados, la aprobación de la normativa necesaria para habilitar el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Si observamos la redacción del derogado Código Penal de 1973, en su Título VIII, encontramos los delitos contra las personas, y dentro de este título, en el cap. III se tipificaba el delito de aborto, lo que implicaba que el aborto era considerado como un delito contra las personas. Del art. 411 al 417, se regulaban estas figuras: el tipo genérico de aborto, con o sin consentimiento de la mujer, el culposo, el aborto «honoris causa», y diversos tipos diferenciados en función del sujeto activo. El aborto «honoris causa» venía definido como el producido para ocultar la deshonra de la mujer. Y reducía la pena de prisión a arresto mayor, beneficio que abarcaba a los padres de la mujer que hubieran tenido intervención en el delito.

Del Código Penal de 1973, en 1985, se pasa a la adición del art. 417 *bis*, por redacción de la LO 9/1985, de 5 de julio, que aprueba la despenalización de determinados supuestos de embarazo. Las causas de la despenalización pueden ser tres: indicación terapéutica por conflicto entre la vida de la madre y la vida del niño, aborto eugenésico cuando se prevean graves taras en el feto, y aborto por violación, cuándo se haya efectuado denuncia por el hecho delictivo. Nótese que el Código Penal no sufre más variación que la derivada de la adición de un nuevo precepto Bis, que ante la conducta delictiva, es decir, acción típica, antijurídica y culpable, despenaliza determinados supuestos, que de no darse una de esas tres condiciones, serían penalizados. Queda incólume el bien jurídico protegido, que es la persona, extraña denominación del feto, que goza de una protección desproporcionada respecto de un posible, pero aún no reconocido, derecho de las mujeres a su propio cuerpo, a la maternidad, a su salud reproductiva, en fin, a sus derechos específicos de libertad.

Esta regulación por la LO 9/1985, supuso la culminación de un largo proceso reivindicativo por parte de los movimientos feministas, asociaciones de mujeres e instituciones democráticas, cuyo contenido mínimo, (aborto libre y gratuito), no se vio siquiera parcialmente satisfecho, pero que supuso al menos la despenalización de tres supuestos concretos. Aún así, el iter procedimental de su regulación fue objeto de

sucesivos recortes, e incluso de la estimación parcial de inconstitucionalidad por la STC 53/1985.

La Sentencia merece una particular atención si tenemos en cuenta que su contenido de alguna manera está condicionando todavía algunas posiciones dogmáticas respecto del aborto. Para empezar, hay que tener en cuenta que el recurso de inconstitucionalidad no se presentó contra la ley 9/1985, sino contra un proyecto de ley del Gobierno del año 1983, por el que se intentaba regular la interrupción voluntaria del embarazo en tres supuestos de despenalización, y que fue recurrido por 50 parlamentarios, en un recurso previo de inconstitucionalidad. El recurso previo de inconstitucionalidad era un recurso previsto en el art. 75 LOTC que justo después de solventarse este recurso, y algunos otros en materia de competencia territorial de las CCAA fue suprimido de nuestro ordenamiento, y por razones a las que la STC 53/1985 no fue ajena. Al tratarse de un recurso que se formulaba con anterioridad a que el Parlamento aprobara una ley, que podía resultar inconstitucional, y por tanto, de un control preventivo de las leyes, esa posibilidad preventiva, se mostró altamente disfuncional, pues más que un control suponía una posibilidad de bloqueo por parte de la oposición parlamentaria del cumplimiento del programa de Gobierno, en la medida en que la entrada del recurso tenía efectos suspensivos de la tramitación de la ley. Además, como se verá, estas sentencias de alguna manera condicionaban la voluntad popular, pues pretendía orientar la acción del legislador hasta límites que podían interferir esa voluntad.

En la posición en que se enmarca esta sentencia, se reafirman importantes conceptos que deben tenerse en cuenta a la hora de legislar sobre la interrupción de un embarazo.

El art. 15 CE reconoce el derecho de «todos» a la vida. Esa formulación ambigua con que se define el derecho fundamental a la vida fue producto en fase constituyente de un amplio debate parlamentario en el que este término sustituyó al de «todas las personas», justamente porque se pensaba ya en una posible regulación del aborto, y la palabra «personas» podía ser considerada como excluyente de la protección del nasciturus. En ese sentido la sentencia recoge la afirmación central del derecho a la vida como un «Prius» lógico y ontológico, sin el que los demás derechos dejan de tener sentido. Y el feto tiene vida, que por tanto tiene que ser objeto de protección por parte del Estado. (Fj. n. 5).

Dado que el Estado viene obligado a proteger la vida, en el primero de los supuestos, peligro para la salud de la madre, no hay duda en que la despenalización del aborto es constitucionalmente conforme, porque ante una vida y un proyecto de vida, el mayor valor es el de la vida. En los otros dos casos, en cambio, no hay un conflicto entre la vida y el proyecto de vida, sino entre esa posible vida humana del feto, y la dignidad de la mujer, en el caso de la violación, o la no exigibilidad de otra conducta, en el caso de las secuelas del feto. Para esto, el Tribunal ha de construir una argumentación basada en los bienes jurídicos protegidos, para llegar a la conclusión que hay proporcionalidad y racionalidad en la medida de despenalización, en relación con las situaciones de violación o de taras del feto.

Sin embargo, establecidas estas premisas, la sentencia toma una deriva, que solo es inteligible desde el entendimiento de ese recurso previo, porque adopta una actitud más propia del legislador que de un tribunal. Y se refiere a las exigencias de control de los requisitos de la despenalización, más predicables de materia reglamentaria que de un control de constitucionalidad. Y precisamente esas exigencias de control se mani-

festaron después en la ley como un mecanismo de inseguridad jurídica para las mujeres. La exigencia de titulación en medicina, que excluyó otras como la de psicología en la emisión de los informes, tuvo consecuencias penales posteriormente, sin que hubiera razones de fondo que justificaran la situación.

En todo caso, el fallo de la sentencia, produjo todavía mayor confusión al ser estimatorio del recurso, a pesar de que eran perfectamente constitucionales los tres supuestos. Además lo fue por solo seis votos a favor, lo que exigió el voto de calidad de la Presidencia, y produjo seis votos particulares de importancia.

En la LO 10/1995, de 23 de noviembre, el título II del libro II, no contiene ya una denominación genérica sobre los delitos contra las personas, pero sí se mantiene la ubicación sistemática del aborto, igual que en el Código de 1973, a continuación de los delitos de homicidio, con lo que no ha cambiado la concepción del bien jurídico protegido, que sigue siendo la singular concepción del feto como persona. Hay ya en este Código un título completo, el título VIII dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pero la ubicación sistemática del aborto permanece en sede del interés del feto y no de la mujer.

Además, no se aprovecha el nuevo Código Penal de la democracia para regular a los diez años de vigencia de la ley, aquellos aspectos necesarios de modificación, sino que justamente se excluye del contenido ordinario del texto, y por la Disposición Derogatoria 1.a) se declara vigente el art. 417 bis del Código Penal de 1973. La disposición derogatoria dice: «Quedan derogados: el texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores, excepto los art. 8.2, 9.3, la regla del art. 20 en lo que se refiere al número 2 del art. 8, el segundo párrafo del art. 22, 65, 417 bis y las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio». Ciertamente que en lo que se refiere al género, no fue esta la única omisión importante del Código Penal de la democracia. En lo que se refiere a la violencia de género, la defectuosa regulación del art. 153 integrado en el capítulo de lesiones, dejó ver desde el primer momento la insuficiencia de su consideración, siendo objeto de reforma de manera prácticamente inmediata, en varias ocasiones, y de modo claramente insuficiente, hasta constituir un verdadero clamor popular, la exigencia de una ley específica de erradicación de la violencia de género. Será la LO 1/2004, de 28 de diciembre de erradicación de la violencia de género, la primera ley del Estado con perspectiva de género.

Lo que la regulación de 2010 aporta es el reconocimiento del derecho de las mujeres a su libertad sexual y reproductiva, a diferencia de las anteriores normas que consideraban otros bienes jurídicos como los elementos de protección central.

La Exposición de Motivos basa la regulación en unos antecedentes normativos internacionales, como la Resolución de las Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979, de eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer, cuyo art. 12 exige a los Estados Partes la adopción de medidas de atención médica que aseguren la atención médica y la planificación de la familia, la IV Conferencia sobre la Mujer celebrada en Pekín, que por primera vez reconoce los derechos de las mujeres al control de su sexualidad, y la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2128(INI), sobre salud sexual y reproductiva de las mujeres que recomienda a los Estados legislar sobre la materia.

La ley reconoce tener dos características importantes en este sentido: la de adecuarse a ese marco internacional, y la de sacar fuera del código penal la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Ante el avance que supuso la regulación de 1985 sobre el aborto legal, ahora se impone una nueva regulación menos restrictiva. Se apoya para ello en una STEDH de 20 de marzo de 2007 que exige la claridad jurídica de la mujer embarazada y la obligación de los Estados de facilitar el ejercicio de los derechos.

Finalmente, la Resolución 1607/2008, de 16 de abril, que recomienda a los Estados miembros de la Unión a la despenalización del aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

Y lo que ahora se pretende es una vuelta de tuerca en relación con la situación de 1985. Nuevamente, los bienes jurídicos protegidos se alejan de los derechos de las mujeres, y se consideran elementos morales indebidamente relacionados con el derecho. Esta mezcla ilegítima del derecho con la moral, es una constante ideológica que ha perjudicado ostensiblemente a las mujeres a lo largo de la Historia. Es claro que las religiones han supuesto siempre un elemento de regresión en la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, y que por la propia expresión del patriarcado, los derechos de las mujeres no se han visto favorecidos por las instituciones que derivan del factor religioso, desde el matrimonio hasta el status social y personal de la mujer. La laicidad se presenta por lo tanto como una exigencia previa de la igualdad de género.

CONCLUSIONES

El Estado Social es fruto del esfuerzo por la juridificación de unos derechos que trascienden los meros intereses económicos, y se relacionan con la dignidad y la justicia que se exige en toda sociedad que pretenda coexistir de manera pacífica, conciliando los intereses propios de cada grupo con los intereses generales de todos ellos. De la fuerza de cada grupo depende en buena medida la consecución de un plano de igualdad, respecto del conjunto, y esta fuerza a su vez tiene sus posibilidades en un conjunto de factores históricos y sociales, de los que depende en buena medida que la igualdad pueda llegar a ser real y efectiva.

En lo que se refiere a las mujeres, su posición como sujetos de derechos, ha sido históricamente condicionada por el sistema patriarcal, que ha funcionado en todo tiempo y en todo espacio. Hasta hace menos de dos siglos, la aparición de la mujer como sujeto histórico, no ha sido objeto de consideración ni siquiera por las propias mujeres, más allá de posiciones aisladas o históricamente coyunturales. Aún así, las reivindicaciones de los derechos de las mujeres, por más que son históricamente recientes, y acometen exigencias de los cambios más radicales que hayan tenido lugar en ningún otro momento de la Historia, han conseguido el reconocimiento formal, por las propias exigencias del modelo de Estado en el que han surgido, en las que los derechos fundamentales se constituyen en la verdadera razón de ser de toda política.

Tal circunstancia ha favorecido como decimos un reconocimiento formal incontestable, pero en cambio la implantación de estas proclamaciones formales choca de manera inmediata con el esquema general del propio sistema social y político en el que se sigue preservando el modelo patriarcal, lo que produce un constante rechazo.

Algunos de los elementos más eficaces del sistema patriarcal, constituyen a su vez los mayores obstáculos al feminismo real. Y entre ellos, el ideológico, es el elemento por definición de la transmisibilidad de los valores de perpetuación del patriarcado.

De ahí que la deriva ideológica que adopte en cada momento la política de los gobiernos, repercute rectamente en la regresión o avance de la igualdad de las mujeres.

Y dentro del elemento ideológico, las religiones presentan una especial resistencia en el avance, porque son la expresión más clara del patriarcado, y donde mejor se produce la relación entre la moral y el derecho.

De ahí, la conclusión que se puede presentar en estas páginas de la correlación entre los derechos de las mujeres y la agenda política, en la que está presente en todo momento la posibilidad de reversión de cualquier derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Corresponde a la propia Julia Sevilla, la mayor parte del pensamiento que inspira este artículo, deliberadamente ajeno a la cita académica. Nuestro trato personal, seguido del afecto que ha permitido encuentros frecuentes y fructíferos en materia de derecho constitucional y de género, puede dar cuenta de mi deuda de gratitud con ella. Ha abierto camino a todas las constitucionalistas, en un tiempo en que se minusvaloraba en el curriculum, la investigación de género. Y gracias también a sus trabajos, y a su lucha incansable por la igualdad, hoy muchas de ellas se especializan en la materia. Por eso menciono en primer lugar su obra, de referencia obligada para poder redactar estas páginas. Además de sus referencias en materia electoral, su monografía, «Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria». Institut Universitari d'Estudios de la Dona. Valencia. 2004.

Sobre el proceso constituyente y la mujer, A. Ventura Franch, «Las mujeres y la Constitución Española de 1978». Instituto de la Mujer. Madrid. 1999.

No podría dar cuenta aquí de la nómina de constitucionalistas que ahora ya investigan acerca del constitucionalismo y el género, la mayor parte de ellas agrupadas en la Asociación que ella misma fundó, junto a un grupo de compañeras, la Red de Constitucionalistas. A ellas, como a mí misma, mi felicitación por haber sido parte de la vida de Julia.

LA REPÚBLICA DE CONDORCET, UNA REPÚBLICA CON CIUDADANAS

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

Las mujeres de nuestro país debemos mucho a Julia Sevilla. Gracias a su compromiso, y al de personas como ella, hemos adquirido igualdad de derechos y nos vamos aproximando a la igualdad de oportunidades. La generosidad de una vida como la suya reporta muchos inconvenientes compensados, seguramente, por una satisfacción: la de saber que se ha hecho lo que se debía.

Por eso estas páginas que le dedico son de homenaje y, sobre todo, de agradecimiento. Y tratan de mujeres aunque con un punto de vista algo distinto del que solemos utilizar en Derecho Constitucional. En esta ocasión, me voy a servir de un texto para aproximarme a una época histórica en la que se dieron algunos pasos a favor de la igualdad de géneros que fueron rápidamente desandados.

El texto es de un personaje que no ha gozado, hasta hace poco, del reconocimiento que merece. Se trata de Nicolás de Caritat, Marqués de Condorcet, aunque algo habrá que decir también de quien seguramente lo inspiró, esto es Sophie de Grouchy, su esposa. El texto es «*Sur l'admission des femmes au droit de cité*» escrito en 1790¹ y en él se reivindican, con rotundos argumentos jurídicos, el reconocimiento a las mujeres de los derechos de participación política. La época histórica son los primeros años de la Revolución francesa, un periodo en que las mujeres intentan aprovechar el resquicio que deja abierta una nueva teoría de la representación para estar presentes en la escena pública, de la que son rápidamente desalojadas.

Ninguno de estos temas es nuevo. Algo, y de gran interés, hay publicado en España sobre Condorcet y su ensayo,² aunque hay mucho más sobre sus contribuciones a la instrucción pública y a la teoría de la democracia, desde su famosa paradoja matemática hasta su participación en proyecto de constitución girondina de 1793. De otro lado, la presencia de las mujeres durante la revolución ha sido muy bien trabajada, tanto en Francia como en los países anglosajones, al menos desde que J. Michelet publicara *Les femmes de la révolution* en 1854.³

¹ Fue publicado en el nº 5 del *Journal de la Société de 1789*. Aparece recogido en el tomo X de las *Ouvres de Condorcet* digitalizadas por Gallica (Bnp). La edición que se ha consultado es la llevada a cabo por Jean-Marc Simonet en la colección «Les classiques des sciences sociales», <http://classiques.uqac.ca>. Hay una traducción en castellano de José Emilio Burucua y Nicolás Kwiatkosky, en Szabón, J. *Cuatro mujeres en la revolución francesa*, Buenos Aires, 2007.

² En 2004 Antonio Torres del Moral prologó y revisó la traducción de la obra de Condorcet *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Javier de Lucas Martín analizó las contribuciones del autor en «Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos», en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Madrid, 2001, pág. 297-367.

³ La edición que se ha consultado es la segunda, revisada y corregida por el autor y publicada en París en 1855 por Adolphe Delahays. Hay una edición digital en Gallica, (BnG), <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k204892t/f1.image.r=jules%20michelet%20les%20femmes%20de%20la%20révolution.langES>. El libro fue rápidamente traducido al inglés, y publicado en Filadelfia en 1855. Hay una versión digital del mismo en <http://www.ebooksread.com/authors-eng/jules-michelet/the-women-of-the-french-revolution-goo/1-the-women-of-the-french-revolution-goo.shtml>. En enero de 1991 la Comisión de las Comunidades Europeas publicó una amplia bibliografía acerca de las mujeres en la Revolución Francesa, elaborada por Yves Bessières y Patricia Niedzwiecki. («Women in the French Revolution», Women of Europe supplements, Directorate-General Audiovisual, Information, Communication, Culture. Women's Information Service, nº 33). Desde entonces, las publicaciones no han dejado de aumentar incluyendo las que se citan en próximas notas.

Si merece la pena revisar el tema es porque el escrito de Condorcet puede examinarse desde otros puntos de vista diferentes a los que se han utilizado hasta ahora. Este consiste en analizar la aportación del autor a una teoría que, por aquel entonces, comenzaba a ser central en la configuración del poder político, esto es, la de representación. Como veremos a continuación, la nueva concepción dejaba abiertas muchas posibilidades, al menos desde un punto de vista conceptual. Una de ellas, la que precisamente defendió Condorcet, era igualar mujeres y hombres como miembros de la nación, reconociendo a ambos los derechos de ciudadanía. Cuando examinemos su argumentación, veremos cómo los presupuestos de los que parte no son originales, porque arranca de la concepción de igualdad y participación que inspiraron el movimiento revolucionario desde sus orígenes. Su aportación estriba, más bien, en la lógica con la que aplica estos presupuestos que, precisamente por su coherencia interna, conducen a una reivindicación radical de los derechos de la mujer.

II. LA COHERENCIA DE CONDORCET

Esa misma coherencia a la que acabo de aludir marcó la vida, y quizá determinaron la muerte, de Condorcet. Su persistencia a la hora de hacer realidad sus convicciones sobre los derechos humanos, la defensa de los más débiles o la edificación de un poder dirigido a conseguir el bienestar general fracasaron cuando la Revolución, que había dejado abiertas todas esas expectativas, se radicaliza y actúa contra quienes la habían impulsado.

Quienes han analizado con detalle su vida y su obra coinciden en subrayar que fue quizá el único de los ilustrados que participó, y de manera muy activa, en la Revolución.⁴ Amigo de D'Alambert y discípulo de Voltaire, pasó de contribuir a la redacción de la Enciclopedia a participar en el borrador de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Había nacido en 1743, en el seno de una familia de la nobleza provinciana. Tras estudiar en Reims se traslada a París donde continúa con los jesuitas en el Colegio de Navarra. Antes de la Revolución ya era un prestigioso matemático, miembro de la Academia Francesa, de la Academia de las Ciencias y de otras europeas, como eran las de Turín o Berlín. En el salón de Madam Lespinasse conoce a Turgot, con quien comparte puntos de vista similares acerca del librecambismo y supresión de las trabas feudales.

En 1786 se casa con Sophie de Grouchy, veinte años menor que él y con una sólida formación intelectual.⁵ Sobrina del Magistrado Charles Dupaty, presidente del Parlamento de Bordeaux, conoce a Condorcet cuando ambos dan la batalla para salvar la vida a tres campesinos condenados a morir por una acusación de robo con violencia que resultaba infundada. Ella, que comparte los planteamientos liberales y la necesidad de llevar a cabo profundas reformas, asiste con frecuencia al nuevo Lycece, abierto en 1786 para instruir a las mujeres, y es quien traduce a Adam Smith y a Tomas Paine, publicando, como continuación de la *Teoría de los sentimientos morales* del primero,

⁴ Las notas que siguen están tomadas de las obras de J. de Lucas y A. Torres del Moral antes citadas. También se han tenido en cuenta Landes, J. «The history of feminism: Marie-Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, Marquis de Condorcet», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/histfem-condorcet/indez.html>.

⁵ Sobre Sophie de Grouchy, De la Grave, J.-P., «Sophie de Condorcet, l'égerie du bonheur», *Dix-Huitième Siècle, revue annuelle de la Société Française d'Etude du Dix Huitième Siècle* n° 36, 2004, dedicado a *Femmes des Lumières*, pág. 87 y sigs; Bookes, B., «The feminism of Condorcet and Sophie de Grouchy», *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century*, Vol. 180, 1980; Gil-Cepeda Pérez, M. A. «Las mujeres en la vida y obra de Condorcet», *Docencia e Investigación*: Revista de la Escuela Universitaria de Magisterio de Toledo, 1999, año 24, n° 9, pág. 59 y sigs.

sus propias Cartas sobre la simpatía. El salón de Madam de Condorcet, en el *Hôtel de la Monnaie* será uno de los puntos de reunión de los filósofos y literatos liberales, desde Beaumarchise a Becarria. Al mismo suelen acudir los anglófilos que se encuentran en París antes de la revolución y en los primeros años del nuevo régimen, entre los que destaca Jefferson.

En 1789 Condorcet es elegido para consejero municipal de París la Comuna de París y, en 1791, es elegido miembro de la Asamblea legislativa. Se alineó con los Girondinos y es el principal autor del proyecto de Constitución presentado a la Convención en 1793. El texto pone de manifiesto su sensibilidad hacia los más desfavorecidos, ya que aparecen declarados, por primera vez en la historia, derechos sociales como son la educación y los socorros públicos. Es, además, el primer texto que introduce instituciones de democracia directa como la iniciativa legislativa popular y el referéndum.⁶ En estos años Condorcet, junto a su preocupación por la instrucción, se muestra un ferviente republicano y defensor de los derechos humanos. Forma, junto con Sophie, la primera sociedad republicana de Francia y es activo a favor de la educación, los derechos de las personas de color y en contra de la pena de muerte.

Uno de sus primeros enfrentamientos con los jacobinos se produce, en efecto, cuando interviene en la Convención en contra de la ejecución del Rey. Posteriormente, ataca duramente la introducción de la censura. En octubre de 1793 se dicta una orden de arresto contra él, quien logra refugiarse, durante unos meses, en casa de Madame de Vernet. Es detenido cuando intenta escapar de París y muere, a los dos días, en su celda, aunque todavía se discute si por causas naturales o envenenamiento.

Sophie logra sobrevivir gracias a su talento para el dibujo, primero como pintora de retratos y miniaturas y luego abriendo una pequeña tienda. Tras la muerte de Condorcet se dedica a dar difusión de la obra de su marido, primero con la publicación de *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, que había escrito durante sus meses de reclusión y, luego, con la primera edición de sus obras completas.

III. LA MUJER CIUDADANA

Las ideas de Condorcet, como el espíritu de la Revolución, fracasaron a corto plazo. Pero, en aquél periodo histórico, se fraguaron todas las corrientes que inspirarían la política europea de los siglos siguientes. Las reflexiones del autor sobre los derechos políticos de la mujer no alcanzaron, en su momento, ninguna repercusión. Aún así, parten de unos presupuestos y alcanzan unas conclusiones que son todavía de interés, porque coinciden con la lógica en que nuestro modelo representativo sigue fundado.

La exclusión de la mujer de la vida pública no empieza, desde luego, con la Revolución francesa. Aún así, se hizo mucho más visible en aquella época, porque entraba en contradicción con algunos de los nuevos planteamientos que inspiraron ese momento histórico. Joan Landes ha puesto de manifiesto como la cuestión de las mujeres compaginaba mal con el énfasis burgués sobre la naturaleza y la razón universal. O bien las mujeres eran subsumidas dentro de lo universal - lo que suponía desdibujarlas - o bien eran tratadas como diferentes por naturaleza, lo que conllevaba dejarlas al margen de la generalidad y de sus privilegios.⁷

⁶ Sobre este asunto, Mercier, A.C. «Le référendum d'initiative populaire: un trait méconnu du génie de Condorcet», *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, nº 55, págs. 482-512.

⁷ *Women and the public sphere in the age of French Revolution*, Ithaca y Londres, 1988, pág. 105.

En efecto, a partir de 1789 empieza a llevarse a la práctica una nueva concepción del poder que será preciso concretar, no sólo en la esfera del pensamiento político sino también mediante medidas que intentan transformar la realidad. Entre todos ellos, la idea de representación desempeña un papel nuclear. Y en este ámbito, donde casi todo está por construir, surge, entre otras muchas, una duda. ¿La igualdad natural abarcaba también a las mujeres, que compartían con los varones los derechos inherentes al hecho de ser persona o, bien, las dejaba al margen?

Considerada en abstracto, la nueva idea de igualdad no dejaba demasiado espacio para la diferenciación ni, por ello, para la discriminación. Recordemos que, para Sieyès, «las desigualdades de propiedad y de industria son como las desigualdades de edad, de sexo, de talla, etc. no desnaturalizan la igualdad del civismo...».⁸ No es de extrañar, por tanto, que muchas mujeres se identificaran con la revolución, convencidas como estaban de que el nuevo orden de cosas también las incluía y que tenían tanto derecho a ser ciudadanas como ellos ciudadanos. Sin embargo, pronto se vio que las cosas no iban a ser tan sencillas porque, frente a las exigencias que imponía la igualdad, la nueva idea de nación permitía profundas diferencias a la hora de participar en la formación de la voluntad general.

El problema radicaba en la abstracción que presenta la idea de nación, concepto este que también irrumpe, junto a la representación, en la primera etapa revolucionaria. A diferencia de lo que más tarde ocurrirá con la idea de pueblo, la nación resulta más difícil de definir. La indeterminación que le es característica permite compaginarla con formas de representación no electivas, como la que defendía T. Hobbes en el *Leviatán* o la que, sin ir más lejos, se mantuvo durante el franquismo, cuando el Jefe del Estado era el representante supremo de la Nación y personificación de la soberanía nacional, por mandato del art. 6 de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

Ni siquiera cuando se sostenía una representación de carácter electivo se disipaban las dudas. Incluso en este caso, eran posibles soluciones muy variadas, porque era posible restringir la calidad de las personas que formaban parte de la nación y que tenían el derecho a hablar en su nombre. La riqueza o la educación legitimaban la participación política porque sólo quienes disfrutaban de ellas podían tener los intereses nacionales, que eran los propios. En el Imperio británico, Grenville negaba que los colonos americanos pudieran elegir representantes porque ya estaban «virtualmente» presentes en Westminster por los miembros del parlamento de Londres.⁹

De un lado, pues, la nueva idea de igualdad rompía con la consideración de las personas como súbditas e imponía tratar a todos por igual, porque partía de la generalidad, tanto en el origen de la ley como en los destinatarios de la misma. Pero, de otro, la ambigua idea de nación permitía restringir el número y el género de las voces que la componían y que podían expresar su voluntad.

En definitiva, en aquellos años, todo estaba por definir y era posible, al menos en abstracto, incluir a las mujeres en la nación y reconocerles el derecho a votar y a ser votadas. Si los seres humanos nacen y permanecen libres iguales en derechos, tal y

⁸ Posteriormente, el autor añadía: «Yo me figuro la ley en el centro de un globo inmenso; todos los ciudadanos sin excepción están a la misma distancia sobre la circunferencia y ocupan en ella iguales lugares; todos dependen igualmente de la ley, todos le ofrecen su libertad y su propiedad para que las proteja; y a esto es a lo que yo llamo los derechos comunes de los ciudadanos, por donde todos se reúnen. (Sieyès, E., *Que es el Tercer Estado*. Introducción, traducción y notas de F. Ayala, Madrid, 1973, pág. 112).

⁹ Sobre el tema, Kromkowski, Ch.A. *Recreating the American Republic: Rules of Apportionment, Constitutional Change and American Political Development*, Cambridge, 2002, pág. 66 y 126-127.

como revolucionarios planteaban, era difícil explicar las posibles razones en virtud de las cuales la igualdad podía excepcionarse y excluir a las mujeres de la universalidad que tanto gustaba a los revolucionarios.

Este es, precisamente, el punto de vista que adopta Condorcet en el texto al que hacía referencia al principio de estas páginas. Y lo resuelve de una manera completamente distinta a como muchos otros lo habían hecho y seguirán haciendo casi hasta nuestros días.

En realidad, Condorcet no rompe con el nuevo pensamiento revolucionario sino que lo aplica hasta sus últimas consecuencias. Como veremos a continuación, no se aleja de la manera de concebir la igualdad que predominaba entonces sino que, con una lógica difícil de rebatir, la extiende hasta incluir en ella a las mujeres, utilizando los mismos argumentos que habían conducido, por ejemplo, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El autor parte de una premisa que sólo enuncia porque, en su opinión, no necesita demostración: la igualdad natural entre hombres y mujeres.

Hasta entonces, otros ilustrados se habían planteado la situación de la mujer con una visión que no distaba mucho de la que defendían los sectores más conservadores de la sociedad. Desde Voltaire a Montesquieu, pasando por Rousseau, se las consideraba seres débiles, no sólo por su físico, sino también por su inteligencia, que se estimaba inferior a la de los hombres. Emocionalmente inestables, necesitaban sobre todo de protección por parte de los varones. Su lugar natural, claro está, era la familia, donde debían dedicarse al cuidado de los hijos y del marido. Si algunos de estos filósofos defendían una mejor educación para las mujeres, era para que ellas adquirieran mayores habilidades sociales a la hora de estimular a los hombres, en su domicilio o en los salones.¹⁰

La mayoría de las mujeres que participan activamente en la revolución partían también de las diferencias naturales y de roles y reclamaban un trato para las mujeres que fuera mejor, pero siempre diferente. Un buen ejemplo de esta visión es Olimpia de Gouges. No deja de ser sintomático que su famosa *Déclaration des droits de la femme et de la Citoyenne*, esté dedicada a la Reina, a la que pide, invocando su complicidad como mujer, que se implique en la defensa de su género. Mucho más significativa es su visión de la representación. Al igual que en su aparición en la Asamblea Nacional en octubre de 1789 había reclamado un teatro nacional donde sólo se representaran obras para mujeres,¹¹ en la declaración reclama que «las madres, las hijas, las hermanas, representantes de la nación se constituyan en asamblea nacional». Según el preámbulo, la fuente de emanación de la declaración es, pues, el sexo «superior en belleza y en coraje, en los sufrimientos maternos».¹²

El planteamiento de Condorcet parte de unos presupuestos distintos. En «*Sur l'admission...*» solventa la comparación entre hombres y mujeres en un breve párrafo. Los derechos del hombre¹³ resultan simplemente de que son seres sensibles y racionales, por lo que las mujeres, teniendo las mismas cualidades, tienen necesariamente los

¹⁰ Sobre esta visión, Nall, J. «Condorcet Legacy among the philosophers and the value of his feminism for today's man». Recogido en <http://www.condorcet.info/condorcet04.html>.

¹¹ Landes, J.B. *Women and the Public Sphere...* cit, pág. 125.

¹² *Les droits de la femme*, (reprod.), 1791, Gallica, Bnf.

¹³ He traducido literalmente la expresión que utiliza el autor porque me parecía fuera de contexto servirme de la expresión ser humano. En aquella época, como todavía ocurre en muchas lenguas, la palabra hombre no se utilizaba como sinónimo de varón, sino como epiceno.

mismos derechos. En conclusión «o ningún individuo de la especie humana tiene verdaderos derechos, o todos tienen los mismos; y aquél que vota contra el derecho de otro, sea por su religión, su color o su sexo, abjura entonces de los suyos».

Algunos años antes Condorcet había publicado otro texto de interés sobre el mismo tema, ya que concreta más su propuesta que en «*Sur l'admission...*». Se trata de la segunda de las «*Lettes d'un bourgeois de New Heaven á un citoyen de Virginie, sur l'inutilité de partager le pouvoir législatif entre plusieurs corps*».¹⁴ En estas páginas, Condorcet afirma que denominamos naturales a esos derechos porque derivan de la naturaleza del hombre. Para el autor, desde el momento en que existe un ser sensible, capa de razonar y tener ideas morales, resulta, por consecuencia evidente y necesaria, que debe gozar de esos derechos, que no se le puede privar de ellos sin injusticia. Entre esos derechos está el de votar sobre los intereses comunes, sea por ellos mismos o a través de representantes libremente elegidos. Como las mujeres comparten la naturaleza humana, deben tener compartir idénticas facultades. Y, aun así, nunca, en ninguna constitución de las denominadas libres, se ha permitido a las mujeres ejercer los derechos de ciudadanía.

Para comprender en profundidad la innovación que una afirmación este tipo suponía a finales del siglo XVIII es preciso proseguir el hilo argumental del autor.

Siendo, como era, un hombre que provenía de la ilustración, Condorcet domina la retórica. Y ello se demuestra en su manera de razonar. Su punto de partida es denunciar la sistemática violación, por parte de los filósofos y los legisladores, del principio de igualdad, al privar a la mitad del género humano del derecho a concurrir a la formación de la ley.

Según siempre Condorcet en «*Sur l'admission...*», para que esta exclusión no deba ser considerada un acto de tiranía, necesita justificación. Es decir, es preciso demostrar que los derechos naturales de las mujeres no son los mismos que los de los hombres, o demostrar que ellas no son capaces de ejercitarlos. De esta manera, el autor francés sigue una manera de pensar que no es muy distinta de la que luego será el juicio de razonabilidad y que ya se había adelantado parcialmente el art.6 de la Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano, dedicado precisamente al derecho de participación. Recordemos que, según este texto, las únicas excepciones admitidas a la igualdad eran aquellas que estuvieran fundadas en la virtud o en el talento.

Como hemos visto, Condorcet niega que la naturaleza de las mujeres y de los varones sea distinta. Por tanto, se centra en analizar los argumentos utilizados para refutar que ellas puedan ejercer sus derechos. Con esta finalidad, sigue otra manera de razonar que resulta realmente moderna. Esto es, invierte la carga de la prueba.

Hemos visto como la igualdad de derechos naturales es, en el pensamiento de Condorcet, un axioma, esto es, una verdad tan manifiesta que, como la existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana, no necesita demostración. Sigue, en relación con las mujeres, la misma ideología iusnaturalista que había inspirado, algunos años antes, la Declaración de independencia norteamericana, que partía, como verdad evidente, que todos los hombres son creados iguales y que son dotados de derechos inalienables. Condorcet da un paso más allá y, con el mismo razonamiento, alcanza

¹⁴ El texto aparece recogido en la edición de sus obras completas llevada a cabo en 1847, París. Aparece reproducido en [www. http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417228/f16.image](http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417228/f16.image). El origen de las mismas está en el nombramiento de Condorcet como ciudadano de honor de New Haven. En justa correspondencia, el francés publicó las cartas.

otra conclusión. En este caso, la verdad evidente es que los hombres y las mujeres son iguales en derechos.

Queda, sin embargo, por aclarar si las mujeres deben ser tratadas de manera distinta, no por carecer de derechos naturales, sino por ser incapaces de ejercerlos. En este extremo Condorcet, muy hábilmente, no intenta demostrar nada, sino que analiza los argumentos que otros han utilizado para justificar la exclusión de las mujeres de la vida política. Y para ello, parte de que cualquier demostración de esa diferencia resulta muy difícil, lo que ya anticipa, claro está, sus conclusiones. A lo largo de «*Sur l'admission...*» descarta detalladamente cada uno de los prejuicios contra las mujeres utilizando, como término de comparación, el trato que reciben los hombres cuando estos se encuentran en una situación similar a la de la mujer.

Para Condorcet no vale esgrimir el embarazo o las «indispositions passagères», porque exigiría privar del ejercicio del derecho a los hombres que tienen gota todos los inviernos y que se resfrían fácilmente. Tampoco vale fundar la privación en el hecho de que las mujeres no hayan hecho descubrimientos de importancia ni hayan dado pruebas de su valor en las artes o en las letras, porque ello exigiría reconocer los derechos de ciudadanía exclusivamente a los hombres de genio. No es posible, además, argumentar que la mujer es más ignorante y menos capaz de razonar que los hombres. Excepto en una clase poco numerosa de hombres muy ilustrada, la inferioridad y la superioridad se reparten entre los dos sexos en igualdad de condiciones.

Y así, Condorcet sigue pasando revista a algunos prejuicios que han llegado casi hasta nuestros días. Frente a la afirmación de que la mente y el corazón de las mujeres no son propicios para el ejercicio de sus derechos naturales, el autor recuerda a Isabel de Inglaterra, María Teresa de Austria o las dos Catalinas de Rusia, entre otras, que demostraron ser mejores gobernantes que muchos hombres. No deja de ser paradójico que una mujer pueda ser reina o regente, y sin embargo, no pueda ser modista sin consentimiento del marido. Tampoco vale afirmar que, al seguir más a sus sentimientos que a su conciencia, la mujer carece del sentimiento de justicia. De ser así, habría que privar de los derechos de ciudadanía a todos los que, por dedicarse devotamente al trabajo, carecen de sabiduría. Y así, poco a poco, acabáramos reconociendo la condición de ciudadanos únicamente a aquellos que han seguido un curso de derecho público.

Para el autor, es cierto que existe una diferencia entre las personas de ambos sexos. Efectivamente, las mujeres son más dulces y más sensibles obedecen más a sus sentimientos que a su conciencia. Lo que ocurre es que esta observación, aunque verdadera, no prueba nada, porque la causa de la diferencia no está en la naturaleza, sino la educación. Y este es, precisamente, uno de los temas a los que Condorcet dedicó gran parte de sus energías, promoviendo la igualdad en la educación entre hombres y mujeres¹⁵ en términos de coeducación. Esta, según el autor, normaliza las relaciones entre los géneros desde la infancia. Mantener la separación en la escuela es desconocer la realidad social.¹⁶

¹⁵ Trata el tema en sus *Cinco Memorias sobre la Instrucción Pública*, publicadas en 1791 y elabora el informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública. Fue nombrado Presidente del Comité de Instrucción Pública en octubre de 1791. Defiende la educación universal y gratuita, sin distinción de sexos ni de recursos ya que, aunque no se puede cambiar la desigualdad en las posiciones, sí que debe procurarse a toda costa garantizar la igualdad en el acceso al conocimiento. En definitiva, se trata de evitar que nadie pueda decir que la ley asegura la total igualdad en los derechos pero rehúsa dar los medios para conocerlos. (De Lucas, J, «Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos» cit, pág. 324.

¹⁶ Torres del Moral, A. «Introducción» cit, pág. XLVI.

Sus ideas sobre la educación inspiran, por ejemplo, el art. 23 del proyecto de Constitución que, junto a Gensonné, Barrère, Barbaroux, Payne, Pétion y Sieyès, presenta a la Convención en febrero de 1793. El precepto, que luego será reproducido en la Constitución jacobina, definía la instrucción elemental como una necesidad de todos, por lo que la sociedad debía prestársela a todos en igualdad de condiciones. El significado que atribuye a la educación está presente, en su vida privada, cuando redacta su *Testament*¹⁷ y dispone acerca de su hija. Aquí expresa su deseo de que aprenda dibujo o grabado dado que, con estos conocimientos, puede ganarse honestamente la vida, tal y como hizo su madre. Pide también que, siguiendo el deseo de Sophie, Eliza aprenda inglés porque, en caso de necesidad, ello le servirá para encontrar el apoyo de sus amigos ingleses y americanos, más concretamente de Bache, nieto de Franklin, y de Jefferson. Además, encomienda que sea educada en el amor a la libertad, la igualdad y en la moral y virtudes republicanas. A lo largo de su vida Eliza siguió los consejos de su padre y el ejemplo de su madre. A ella debemos, por ejemplo, que junto a su marido, el revolucionario irlandés Arthur O'Connor, publicara la segunda edición de las obras completas de Condorcet.

Volviendo a la visión del autor sobre los derechos políticos de las mujeres, merece la pena destacar como estos aparecen concretados, de manera más directa, en las *Lettres...*, a las que ya se ha hecho referencia. Es aquí cuando claramente reivindica para las mujeres no sólo el derecho a votar, sino también a ser votadas.

Con respecto al sufragio activo recuerda el principio, mantenido por los ingleses, de que nadie está obligado a pagar un impuesto que no haya sido votado, al menos, por sus representantes. Pues bien, de ese principio se sigue que, dada su exclusión de la vida política, todas las mujeres tienen derecho a no pagar cualquier tasa de origen parlamentario. Con respecto al acceso a los cargos, Condorcet afirma que impedir a las mujeres ser elegibles para cualquier función pública genera dos injusticias. La primera, respeto a los electores, porque les priva de libertad; la otra, con respecto a quienes resultan excluidas, porque les priva de una ventaja reconocida a los otros. Condorcet no niega pues, pues, que las mujeres puedan ser comandar un ejército o presidir un Tribunal.

Volviendo a «*Sur l'admission...*», y antes de finalizar el ensayo, Condorcet examina otro de los argumentos que pueden esgrimirse para excluir a la mujer de elegibilidad y que consiste en afirmar que esa dedicación a lo público apartaría a las mujeres de los cuidados que la naturaleza parece haberle reservado. También tiene respuesta a este problema y, una vez más, equipara la situación de la mujer al varón. Para el autor, es natural que la mujer cuide a sus hijos durante los primeros años y lleve, por ello, una vida más apartada. Pero en esto, se encuentra en la misma condición que muchos hombres, obligados por las circunstancias a seguir un horario de trabajo.

Para acabar, Condorcet vuelve a su punto de partida. Tras haber pasado criba a los argumentos del contrario, somete los suyos propios a la prueba de la refutación. Exige, pues, que alguien se digne a llevarle la contraria con razonamientos que sean algo más que bromas o declamaciones. Que demuestre, en definitiva, una diferencia natural entre hombres y mujeres que pueda fundar legítimamente la exclusión de un derecho.

¹⁷ He tomado la referencia de J. de Lucas en ob. cit, pág. 350. El testamento apareció escrito, curiosamente, en la carátula de una historia de España y fue recogido en el volumen 1 de *Ouvres de Condorcet*, publicadas por A. Condorcet O'Connor y M.M. Arago, Paris, 1847-1949. Esta edición está recogida en http://openlibrary.org/books/OL14031885M/Oeuvres_de_Condorcet.

IV. LA SUERTE DE LAS CIUDADANAS

Como se señalaba al inicio de estas páginas, las ideas de Condorcet no gozaron, en su tiempo, de demasiado predicamento. Desde luego, las circunstancias no eran demasiado propicias. En el propio proyecto de Constitución girondina, al que se ha hecho referencia, desaparecen las referencias a la participación política de las mujeres. Posteriormente, la radicalización afectó también a las mujeres revolucionarias, hasta llegar al enfrentamiento entre las que formaban la *Société des Citoyennes Républicaines Revolutionnaires* y las mujeres del mercado.

El 30 de octubre de 1793, la Convención prohibió los clubs y sociedades de mujeres. En la misma sesión se sometió a votación si se les debía permitir el ejercicio de los derechos políticos y tomar parte activa en los asuntos de Estado, a lo que la Asamblea contestó con un rotundo no. Con ello, la muerte política estaba decidida.¹⁸

A partir de ahí, los tímidos avances que se habían conseguido hasta el momento fueron poco a poco desapareciendo. También para la mayoría de los jacobinos, el lugar natural de la mujer era su hogar, donde debían apoyar la acción revolucionaria de sus hermanos, padres y maridos. Sirva como ejemplo de esta mentalidad que, en mayo de 1795, la Convención prohibió a las mujeres asistir a las sesiones tan siquiera como meras espectadoras. A partir de entonces, se sucedieron las discriminaciones. El Código Civil napoleónico de 1804 ahondó en la diferencia, reforzando la autoridad de los varones cuando, por ejemplo, afirmaba en el art. 213 que el marido debe protección a su mujer y la mujer obediencia a su marido. Desde entonces y durante los siglos posteriores, las mujeres no pudieron ejercer profesiones liberales, gestionar su patrimonio sin la autorización de su cónyuge o instar la acción de la justicia, donde no podía actuar ni siquiera como testigo.¹⁹

En un ambiente como ese, el fracaso de las ideas de Condorcet a corto plazo estaba decidido. No existen demasiadas noticias sobre el impacto que «*Sur l'admission...*», pudo tener sobre sus contemporáneos, aunque hay algunos datos muy significativos sobre la mala acogida de sus ideas por parte de destacados hombres públicos del momento. Parece ser que las «*Lettres*» fueron inmediatamente enviadas a América y Madison recibió 170 ejemplares, que circularon durante la reunión de la convención constitucional de Filadelfia. A pesar de esta difusión, sus propuestas tuvieron poco impacto. Buena prueba de ello es que John Adams anotó en los márgenes de su copia, que todavía se conserva «quack», fool» «mathematical charlatan».²⁰

Hay, sin embargo, otros datos curiosos que merece la pena tener en cuenta, porque ilustran la influencia del pensamiento de Condorcet en el movimiento sufragista británico.

¹⁸ Sólo hubo un voto en contra de la prohibición. (Bessières, Y y Niedzwiecki, P. «Women in the French Revolution» cit. pág. 10).

¹⁹ Muchas de estas medidas aparecen repartidas en Título V del Código, dedicado al matrimonio. La edición consultada es «*Code civil des Français: édition originale et seule officielle. A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII, 1804.* Aparece reproducida en <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>.

²⁰ Citado por B. Ackerman en «Remarks by Bruce Ackerman, on receiving his insignia as Commander of the French National Order of Merit, www.law.yale.edu/.../Ackermancomments.pdf

En 1912 se publican en inglés su ensayo «*Sur l'admission...*».²¹ La traducción, prefacio y comentarios son de Alice Drysdale Vickery, cuya vida merecería un análisis mucho más detallado, aunque solo fuera para enfocarla en un contexto tan poco propicio como era el victoriano.

Por ahora, baste con señalar que, nacida en Devon en 1844, se cualificó como comadrona en 1873, aunque tuvo que emigrar para seguir cursando los estudios de medicina en la Universidad de París. A partir de 1880 ejerció como doctora, siendo muy activa en la causa de las mujeres. Participo en la formación de la Malthusian League que promovía el control de natalidad, luchó contra la discriminación de los hijos ilegítimos y se unió a la *National Society for Women's suffrage*.²²

Una de sus afirmaciones en el prefacio al opúsculo de Condorcet merece cierta consideración porque subraya, quizá, la aportación principal del autor francés. Alice Vickery sigue la línea argumental abierta en las «*Lettres...*» poniendo en tela de juicio la idea de representación que todavía estaba vigente, en virtud de la cual los hombres eran la única voz que podía hablar legítimamente en nombre de todo el género humano. Alice Vickery escribe:

«Los principios esenciales de nuestras reivindicaciones han sido reiterados una y otra vez. Nosotras formamos la mitad de la raza humana y necesitamos el reconocimiento de la Ley tanto como la otra mitad de la raza. Pero, mientras nuestros legisladores no sean directamente responsables ante nosotras por su conducta en el Parlamento, seguirán desatendiendo, como ahora, nuestros intereses, aprobando leyes que ponen en peligro nuestras libertades y subordinan nuestros justos derechos personales, de propiedad y los derechos de nuestros hijos, a los supuestos intereses de los hombres a los que representan.»

CONCLUSIÓN: QUÉ PODEMOS APRENDER DE CONDORCET

Al principio de estas páginas ponía de manifiesto el interés que tenía la obra de Condorcet para entender como había evolucionado la teoría de la representación. Las pretensiones de universalidad y generalidad que la caracterizan en los primeros planteamientos revolucionarios fueron rápidamente dejadas al margen, cuando se trataba de llevarlas a la práctica para construir un sistema político. En la nación no cabían todos. Ni las mujeres, ni las personas de otras razas, ni quienes carecían de independencia económica, por ejemplo. La nueva concepción de igualdad formal deviene, pues, desmentida.

La impecable manera de razonar de Condorcet no prosperó, en aquel momento. Pero, al final, sus planteamientos fueron los que predominaron, como consecuencia de la nueva concepción de soberanía que se implanta en el Estado democrático de Derecho. La soberanía popular exige el sufragio universal y la igualdad impone la ausencia de toda discriminación, esto es, como señalaba Condorcet, diferenciaciones basadas en el sexo que carezcan de justificación.

No es ninguna novedad afirmar que, aunque mucho se ha logrado en el plano de la igualdad, todavía queda por hacer. Y un buen ejemplo de ello sigue siendo el limitado

²¹ *The First Essay on the Political Rights of Women. A Translation of Condorcet's Essay «Sur l'admission des femmes aux droits de Cité» (On the Admission of Women to the Rights of Citizenship)*. By Dr. Alice Drysdale Vickery (with preface and remarks) (Letchworth: Garden City Press, 1912). En <http://oll.libertyfund.org/title/1013> on 2013-01-24

²² Estas notas sobre su vida aparecen recogidas en la página web de la Royal Pharmaceutical Society, <http://www.rpharms.com/women-pharmacists-before-the-20th-century/alice-vickery.asp>. A su muerte, en 1929, The British Medical Journal publicó una nota necrológica (Br Med J. 1929 February 9; 1(3553): 276.)

papel de las mujeres en las instituciones, debido quizá a la persistencia de los viejos prejuicios que combatía nuestro autor. Por eso, la manera de razonar del autor sigue siendo de interés. La lógica de la representación en que nos movemos sigue siendo la de Condorcet, por lo que sus argumentos todavía sirven.

Desde esta perspectiva no se trata, pues, de reivindicar medidas de acción positiva, como pueden ser las cuotas. Es verdad que estas pueden tener alguna utilidad a corto plazo pero, a la larga, pueden tener más inconvenientes que ventajas, dado que parten de la diferencia. Presuponen que la representación es un derecho natural de los hombres, al que acceden las mujeres no por su condición de ser humano, sino por su género. En puridad, tampoco hay que reivindicar que se trate a las mujeres como a los hombres, porque con ello se sigue insistiendo en la diferencia. Lo que hay que exigir, tal y como hacía Condorcet, es mucho más simple: que se trate a todas las personas por igual, porque por encima del género está la especie. Y, desde luego, seguir su ejemplo exigiendo que prueben aquellos que discriminan. No hay, pues, que justificar la presencia de la mujer en la vida política. Son quienes la excluyen quienes deben dar explicaciones.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PROCESOS POLÍTICOS Y LA INCIDENCIA DE LA LEY 4/2005, DE 18 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES* EN LA INSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA

ARANTZA CAMPOS

Profesora de la Facultad de Derecho UPV-EHU

* De ahora en adelante LIV, Ley de Igualdad Vasca. La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (BOPV nº 42, de 02-03-05).

I INTRODUCCIÓN

Cuando me propusieron participar en este libro, homenaje a la profesora Julia Sevilla, lo primero que pensé es en lo que podría aportar teniendo en cuenta las inquietudes e intereses de la homenajeada, entre las que se encuentra la de la democracia paritaria (SEVILLA, 2004). Rápidamente me vinieron a la cabeza algunas de nuestras conversaciones sobre la participación política de las mujeres en las que ella me mostraba su interés, a la vez que desconcierto, sobre una de las instituciones más desconocidas del entramado institucional de la Comunidad Autónoma del País Vasco: Las Juntas Generales¹ de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa así como sus correspondientes Diputaciones Forales.² También aparecían en nuestras conversaciones las objeciones y críticas a las formas convencionales de participación política de las mujeres. Teniendo en cuenta el interés renovado³ en los últimos años, (MESTRE, ZUÑIGA, 2013) por el estudio de la participación de las mujeres en los procesos políticos y las instituciones de las democracias liberales actuales como una de las fórmulas posibles para ofrecer una solución **satisfactoria a «la situación»**⁴ en la que vivimos las mujeres y teniendo en cuenta que los análisis y las preocupaciones de las teóricas feministas no sólo se han centrado en el objetivo de lograr la presencia de mujeres en los lugares donde se toman las decisiones, he considerado también, aunque sea brevemente, tener en cuenta las consecuencias de esa participación de las mujeres en las instituciones políticas. Por este doble motivo quiero aprovechar este espacio para cumplir con un doble objetivo; por una parte indagar en uno de los factores que afectan al acceso de las mujeres al poder en las democracias liberales como la nuestra. La cuestión de las listas electorales, concretamente en el acceso de las mujeres a las Juntas Generales de Gipuzkoa; y por otra referirme a posibles modelos alternativos de participación dentro del actual modelo democrático institucional.

Las Juntas Generales de Gipuzkoa, parlamento de uno de los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y su correspondiente órgano de gobierno, la Diputación Foral de Gipuzkoa a diferencia del resto de las diputaciones provinciales, son órganos de elección directa y por lo tanto un ámbito adecuado para analizar la presencia y ausencia de mujeres antes y después de la aprobación de las leyes de igualdad que han modificado las normas electorales, por lo menos, en lo referente a la composición de las listas electorales y a los órganos de gobierno por razón de sexo.⁵

¹ Al igual que en la transición, en la actualidad y en el seno de la sociedad civil vasca se proyectan luces y sombras sobre estas instituciones. El debate se enmarca dentro de otro más general relacionado con la centralización o descentralización del poder en un nuevo estatus de la CAPV, debate vinculado al debate contemporáneo sobre las concepciones de la democracia y las posibilidades de la democracia representativa y la democracia participativa (GREPPI, 2006).

² En Navarra el Gobierno Foral de la Comunidad Foral recibe también el nombre de Diputación Foral de Navarra.

³ Digo renovado porque desde el mismo momento en el que se inicia la andadura feminista su pensamiento filosófico-político como su propia práctica política se ha centrado en esta cuestión. (AMORÓS, 2008).

⁴ Entendamos esta como situación de desigualdad, subordinación, explotación, discriminación...Ver (GUERRA, 2001).

⁵ La bibliografía existente en relación a esta cuestión es abundante pero creo que un texto donde se puede encontrar una buena selección es (SEVILLA, 2004: 130-152).

Como consecuencia de los resultados «discutibles» del acceso de las mujeres a estos y otros órganos de gobierno y representación debemos seguir insistiendo y debatiendo sobre posibles modelos de participación política de las mujeres más allá de la «democracia paritaria» entendida exclusivamente como presencia cuantitativa y no cualitativa.

II LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES. COMPOSICIÓN DE LAS LISTAS ELECTORALES A LAS JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA

Las Juntas Generales y Diputaciones Forales tienen su origen en los derechos históricos⁶ de cada uno de los territorios que conforman la Comunidad Autónoma del País Vasco. Después de múltiples avatares históricos, las actuales Juntas Generales se restablecen en 1977.⁷ En enero de 1979 se regula⁸ la organización y funcionamiento de las mismas estableciéndose la forma concreta de la elección de sus componentes así como sus competencias. En diciembre del mismo año se aprueba el Estatuto de Gernika⁹ por lo que desde este momento estos órganos forales convivirán con otros órganos supra-territoriales como son el Parlamento y el Gobierno Vascos. El Estatuto de Gernika define el modelo confederal de la CAPV donde se armoniza el principio de igualdad política de los tres territorios que la componen y el respeto a la personalidad propia de cada uno de ellos. En su art.37 se ratifica la capacidad de auto organización y los ámbitos de competencia exclusiva de cada uno de los tres territorios. Finalmente en 1983 se aprueba la norma¹⁰ que regula las relaciones entre las instituciones comunes del País Vasco y los órganos forales.

El análisis de la presencia y ausencia de mujeres en la composición de las Juntas Generales de Gipuzkoa es muy relevante pues son el órgano máximo de representación y participación de la población gipuzkoana. Sus funciones son cuatro. Ejercer la potestad normativa mediante la aprobación de normas y reglamentos forales,¹¹ elegir a la Diputada o Diputado General, aprobar sus Presupuestos y los del Territorio Histórico, y controlar e impulsar la actividad de la Diputación Foral.

Las Juntas Generales de Gipuzkoa son el «parlamento del territorio histórico» y la Diputación Foral de Gipuzkoa su gobierno. De su composición dependerá buena parte de las políticas que en materia de igualdad se implementen o no en el Territorio Histórico de Gipuzkoa.

⁶ Para una breve historia de las distintas épocas en las que aparecen y desarrollan las Juntas Generales véase: http://w390w.gipuzkoa.net/WAS/CORP/DJGPortalWEB/historia_edad_media.jsp;
http://w390w.gipuzkoa.net/WAS/CORP/DJGPortalWEB/historia_moderna.jsp;
http://w390w.gipuzkoa.net/WAS/CORP/DJGPortalWEB/historia_contemporanea.jsp

⁷ Las de Bizkaia y Gipuzkoa mediante el Real Decreto-ley 18/1977, de 4 de marzo, de restauración de las Juntas Generales de Gipuzkoa y Bizkaia, previa derogación de la legislación que dejó sin efecto en el año 1937 su régimen de concierto económico, debido a que el régimen franquista las declaró «provincias traidoras». No sucedió lo mismo con las de Araba.

⁸ Después de la aprobación de la Constitución española mediante los Reales Decretos números 122/1979, 123/1979 y 124/1979, de 26 de enero.

⁹ La Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre de Estatuto de Autonomía del País Vasco (http://www.gipuzkoa.net/batzarnagusiak/pdf/LO_3-1979.pdf)

¹⁰ Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos http://www.euskadi.net/r33-2288/es/contenidos/informacion/ley_terr_historicos/es_10106/adjuntos/ley27_1983.pdf

¹¹ Normas y reglamentos forales que difieren de las «Leyes» discutidas y aprobadas por el Parlamento Vasco.

II.1 LA NORMATIVA ELECTORAL Y LOS AVATARES DE LA LIV¹²

Las elecciones a Juntas Generales de los Territorios Históricos tienen su propia normativa electoral.¹³ El art.10.3 del Estatuto de Gernika asigna a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre legislación electoral a Juntas Generales. El Parlamento Vasco, como único órgano encargado de regular el sistema electoral de las mismas, lo desarrollará en 1987.

Uno de los factores que incide en la participación de las mujeres en las Juntas Generales de Gipuzkoa es la normativa en materia de igualdad electoral que afecta a los distintos procesos electorales de elección de dicho órgano.

Como hemos señalado, en el párrafo anterior, en 1987 el Parlamento Vasco aprueba la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa y en 2005 la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres¹⁴ que modifica la anterior.

Voy a considerar las convocatorias electorales previa y posteriores a la modificación mencionada en el párrafo anterior, es decir, las convocatorias electorales del 25 de mayo de 2003, 27 de mayo de 2007, y 22 de mayo de 2011, para valorar la eficacia de dicha modificación en la obtención de una mayor presencia de mujeres y como consecuencia de ello una mayor democratización de las propias Juntas Generales de Gipuzkoa.

Como es sabido en las elecciones del 25 de mayo de 2003 no existía ninguna indicación sobre el número o porcentaje de mujeres y hombres que debían componer las listas electorales, a diferencia de lo que sucede en las elecciones del 27 de mayo de 2007, donde nos encontramos con dos normas en materia de igualdad electoral. La LIV, de ámbito autonómico, aprobada en 2005 y la LOI,¹⁵ de ámbito estatal, aprobada en 2007. Dos leyes que no comparten la misma fórmula para expresar el «principio de paridad» en la composición de las listas electorales. Mientras la LOI, expresa lo que se conoce como «principio de presencia equilibrada» que se traduce en: «nunca más del 60% ni menos del 40% de cada uno de los sexos». La LIV expresa lo que podríamos denominar «principio de paridad limitado», ya que establece una composición de las listas electorales de «al menos» un 50% de mujeres en tramos de 6. Dicho de otra forma, por una parte limita la presencia de los varones en las lista electorales al 50% en cada tramo de 6, y por otra introduce una medida de «acción positiva» al permitir la existencia de listas con más de un 50% de mujeres, incluso un 100%. Habría que preguntarse por qué no establece el orden de prelación en las candidaturas mixtas, habitualmente conocido como «listas cremallera». Estas dos normas estaban contenidas en la disposición adicional quinta de la LIV en el momento de su aprobación y por ello se aplicará en las elecciones de 27 de mayo de 2007 a Juntas Generales de

¹² La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (BOPV nº 42, de 02-03-05).

¹³ Entre otras la Ley Vasca 1/1987, de 27 de marzo, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco nº 72, de 10 de abril de 1987, modificada por la Ley 4/2005, de 18 de febrero, publicada en el BOPV nº 42 de 2 de marzo (Disposición Final Quinta) sobre la paridad en las candidaturas a Juntas Generales. Acuerdo Junta Electoral de la Comunidad Autónoma, sobre la Igualdad de Hombres y Mujeres en la composición de las candidaturas (BOPV nº 54 de 18 de marzo de 2005). Edicto Junta Electoral Provincial de Gipuzkoa de asignación de las circunscripciones electorales a las Juntas Electorales de Zona (BOG nº 69, de 11 de abril). DF 2/2011, de 28 de marzo, de convocatoria de elecciones a Juntas Generales de Gipuzkoa (BOG nº 60 de 29 de marzo).

¹⁴ La norma que regula la composición de las candidaturas electorales, en razón del sexo, al Parlamento Vasco la encontramos en la Disposición Final Quinta de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (BOPV nº 42, de 02-03-05).

¹⁵ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Publicada en el BOE, núm. 71 de 23 de marzo de 2007, páginas 126011 a 12645.

Gipuzkoa permitiendo la presencia de listas sólo de mujeres como las de Plazandreak¹⁶ que se presentan a algunas de sus cuatro circunscripciones. En las elecciones del 22 de mayo de 2011, también se aplica la LIV, pero en esta segunda ocasión, se aplicará con un significado más restrictivo, dado que en 2009 el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 13/2009 de 19 de enero de 2009,¹⁷ que resuelve el recurso de inconstitucionalidad puesto por 55 electos y 7 electas del Partido Popular en 2005, momento en el que fue aprobada la ley por el Parlamento Vasco, declara inconstitucional una de las normas expresadas en la disposición adicional quinta de la LIV, la que permitía la presencia de listas compuestas hasta por un 100% de mujeres. Independientemente de las consideraciones que nos sugiera la interpretación del TC, lo cierto es que con esta sentencia la LIV pierde una de sus señas de identidad,¹⁸ la de permitir la presencia de candidaturas sólo de mujeres, hecho novedoso permitido por la LIV como medida de acción positiva y que favorecía la participación política de las mujeres en candidaturas feministas como la anteriormente mencionada de Plazandreak. Soy consciente de que esta posibilidad es discutible o incluso puede ser presentada como una suerte de posición esencialista (BARRÈRE, 2013: 74) pero dejo para mejor ocasión el debate sobre esta compleja cuestión de esencialismos y nominalismos (AMORÓS, 1985) y de políticas de la identidad (GREPPI, 2006). Así las cosas, sólo en las elecciones del 27 de mayo de 2007 fue posible presentar candidaturas feministas sólo de mujeres puesto que para las del 22 de mayo de 2011, estas candidaturas ya eran inconstitucionales. Corta vida en sede legislativa para una norma que entendía de forma diferente la paridad y la representación de las mujeres. Por lo tanto señalar la azarosa existencia de la LIV que en un periodo de 7 años, el que va desde febrero de 2005 hasta mayo de 2011, y en el que se han producido 2 convocatorias electorales a Juntas Generales de Gipuzkoa, en cada una de ellas la LIV ha expresado una norma diferente en materia de igualdad electoral.

Para finalizar decir que las Juntas Generales de Gipuzkoa están compuestas por 51 personas denominadas junteras y junteros cuya elección se realiza mediante sufragio universal, libre, directo, y secreto, por un periodo de cuatro años y de acuerdo con el principio de representación proporcional de cada una de sus cuatro circunscripciones electorales de ámbito comarcal. Las circunscripciones de Donostialdea con 17 representantes, Deba-Urola con 14 representantes, Bidasoa-Oiartzun con 11 representantes, y Oria¹⁹ con 9 representantes.

La LIV también ha tenido que convivir con un baile de siglas debido fundamentalmente a las diversas estrategias de algunos partidos al presentarse solos o en coalición según convocatoria o circunscripción, y a la ilegalización de partidos políticos producida en el periodo considerado. Por lo tanto hablaré²⁰ de: PSOE/PSE/EE, PNV-EAJ, PNV-EAJ/EA, EA, PP, EH/EHAK/ANV, IU-EB, EB/ARALAR, ARALAR, y BILDU.

¹⁶ Para saber algo sobre esta plataforma Ver: <http://plazandreak.blogspot.com/es/>

¹⁷ <http://www.boe.es/boe/dias/2009/02/13/pdfs/BOE-A-2009-2502.pdf>

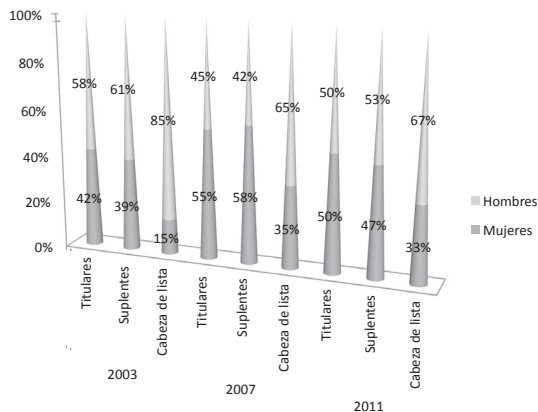
¹⁸ Precisamente la que expresaba las aspiraciones de los grupos de mujeres y grupos feministas que participaron en el debate del anteproyecto de la LIV.

¹⁹ Integrada respectivamente por 5, 27, 6 y 50 municipios

²⁰ PLAZANDREOK no obtiene representación, pero el hecho de que sea la única candidatura feminista que se presenta nos permite hacer algunas consideraciones que no se entenderían sin tenerla en cuenta.

II.2 LA PRESENCIA DE MUJERES EN LAS ELECCIONES A LAS JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA

A: Composición de las listas electorales



Fuente: Datos extraídos del BOG. Elaboración Propia.

Si tenemos en cuenta los datos ofrecidos en este diagrama observamos que con la aplicación de la LIV el total de mujeres **candidatas titulares** aumenta pasando del 41% en 2003 a un 55% en 2007 y reduciéndose a un 50% en 2011.²¹ En términos absolutos las mujeres candidatas titulares son 96 en 2003, 167 en 2007 y 98 en 2011. El porcentaje de mujeres candidatas **suplentes** sólo supera al de las candidatas titulares en el año 2007 siendo éste del 58%. Por el contrario en las elecciones de los años 2003 y 2011 el porcentaje de mujeres suplentes, un 39% y 47% respectivamente, es inferior al de mujeres titulares. Los porcentajes disminuyen considerablemente cuando se analiza la composición de las listas en cuanto a la persona que las **encabezan**. En ninguna de las tres contiendas electorales se alcanza el 50% y la evolución aunque mejora desde un 15% en 2003 hasta un 35% en 2007, no se mantiene en 2011 dado que sólo un 33% de mujeres ocuparán la cabeza de lista.

En términos generales podemos hablar de una incidencia muy positiva de la LIV en 2007 y de positiva en 2011. En 2007 en los tres ítems analizados aumenta porcentualmente la presencia de mujeres en relación con los de 2003, pero en 2011 baja su porcentaje, también en los tres ítems analizados en relación con 2007.²²

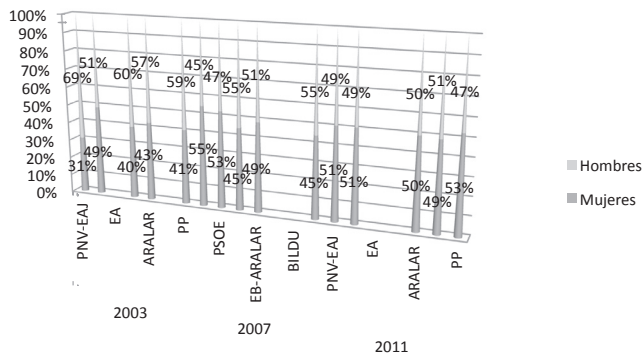
Creo que podemos afirmar con cierto fundamento que la importante presencia de mujeres en las elecciones de 2007 se debe por lo menos a dos factores, por una parte la cercanía de la aprobación de la LIV, que produjo un considerable debate en la sociedad mostrándose mayoritariamente favorable a medidas de este tipo y al hecho de que las listas limitaran a un 50% la presencia de varones pero no así la de mujeres. Muchos partidos optaron por superar el 50% de presencia de mujeres. Tampoco debe-

²¹ Señalar que en 2007 se aplica la LIV bajo la norma de «al menos el 50%», en 2011 el TC ya se ha pronunciado y declara inconstitucional la posibilidad de presentar listas sólo de mujeres, hecho que explica que en 2007 se superara el límite de la LIV en el 50%.

²² Habrá que seguir observando los resultados de posteriores elecciones pero este dato parece indicar que las «acciones positivas» como la que recogía la LIV con su formulación «al menos un 50% de mujeres» declara inconstitucional por el TC en 2009 son necesarias si realmente queremos lograr una participación y presencia paritaria de mujeres en los órganos de decisión.

mos olvidar que en 2007 se aprueba la LOI, que aunque no sea la norma que rige estas elecciones si supone un recordatorio de la problemática planteada en 2005.

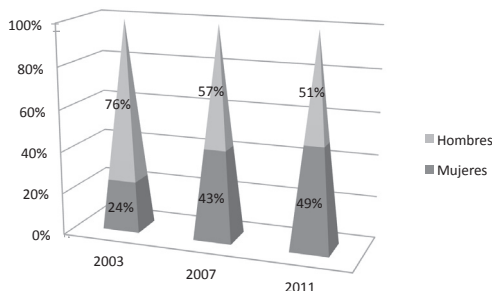
B: Comportamiento de los partidos políticos



Fuente: Datos extraídos del BOG. Elaboración Propia.

En cuanto a los **partidos políticos** señalar que el PNV-EAJ experimenta un cambio cualitativo desde el año 2003 al 2007, al pasar de un 31% de candidatas antes de la aplicación de la LIV a un 55% después de su aplicación, supone un aumento de 24 puntos porcentuales. Este porcentaje desciende a un 51% en 2011. En las listas del PSOE/PSE/EE también se produce una evolución positiva pero en menor medida ya que el pequeño aumento de 4 puntos porcentuales en 2007 con un 53% se debe al buen porcentaje de mujeres, el 49% en las listas de 2003. En 2011 al igual que en el PNV el porcentaje de mujeres es del 51%. En ARALAR se pasa de un 43% en 2003 a un 50% en 2011 y en EB-ARALAR de un 40% en 2003 a un 49% en 2007, podemos hablar de una incidencia relativa. En el caso de BILDU y EA no podemos realizar ningún análisis comparativo puesto que sólo se presentan en una ocasión BILDU con un 49% en 2011 y EA con un 45% de mujeres candidatas en 2007. Señalar que ambos presentan un porcentaje de mujeres por debajo del resto de los partidos políticos. Finalmente el PP que parte de un 41% en 2003 y llega a un 45% en 2007, este aumento de 4 puntos porcentuales no es suficiente para lograr el 50% perseguido por la LIV, en 2011 supera este porcentaje al presentar candidaturas con un 53% de candidatas. En general podemos hablar de una incidencia relativamente positiva de la LIV.

C: Resultados electorales

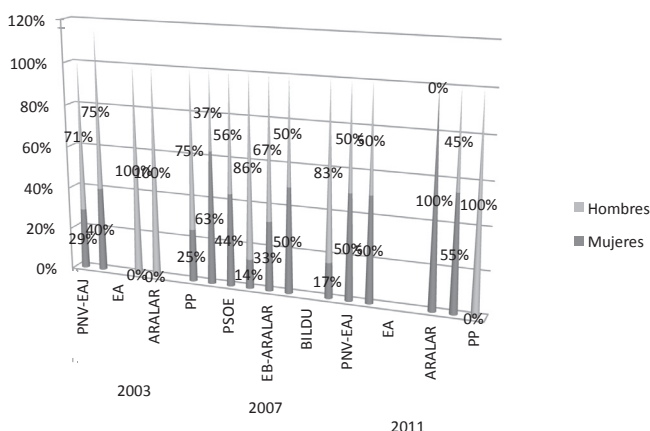


Fuente: Datos extraídos del BOG. Elaboración Propia.

Si consideramos el diagrama podemos apreciar que en términos absolutos el número de junteras electas, en las tres elecciones analizadas, va aumentando. En 2003 de los 51 escaños que conforman las Juntas Generales de Gipuzkoa 12 son ocupados por mujeres, en 2007 los escaños ocupados por mujeres aumentan hasta 22 y en 2011 siguen aumentando hasta 25. Siendo el porcentaje con respecto al total de puestos a cubrir de 24% en el año 2003, 43% en el año 2007 y 49% en el año 2011.

Estos datos nos muestran la decisiva incidencia de la aplicación de la LIV con un aumento significativo en 2007 y una ligera mejoría en 2011 pudiéndose prever una tendencia a la estabilidad entorno a estas cifras. Una cuestión a señalar es que en 2007 el porcentaje de mujeres titulares en las listas es superior al del 2011, mientras que el resultado de electas es superior en 2011. Entre las posibles razones que explican este hecho nos encontramos con que en 2007 el mayor porcentaje de mujeres candidatas en las listas se corrige con una peor posición de éstas en las mismas. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en 2003 y 2007 ninguno de los partidos que consiguen representación van en coalición por lo que sus líderes, casi exclusivamente varones, no tienen que copar todas las posiciones de salida para resultar elegidos.

D: Resultados por partido político



Fuente: Datos extraídos del BOG. Elaboración Propia.

El partido político con un mayor número de electas en términos absolutos, en el conjunto de las tres elecciones, es el **PNV-EAJ** con 24 junteras de 57, lo que supone un 42% de de mujeres electas. Este porcentaje no alcanza el 50% pretendido por la LIV pero en 2007 consigue rebasarlo con un 63% y 10 electas de los 16 escaños obtenidos, y en 2011 de los 14 escaños obtenidos 7 son ocupados por mujeres lo que representa un 50% de electas. A cierta distancia se encuentra el **PSOE /PSE/EE** de los 38 escaños que obtienen 15 están ocupados por mujeres, un 40%, no obstante en 2011 de los 10 escaños obtenidos 5 están ocupados por mujeres con lo que en esta ocasión logran alcanzar el objetivo perseguido por la LIV de un 50%. En tercera posición nos encontramos con **BILDU**, de sus 22 escaños obtenidos en 2011, 12 están ocupados por mujeres. Indicar que aunque en términos absolutos no tienen el mayor número de junteras si logran obtener el más alto porcentaje, un 55% de electas. Como ya hemos dicho lo obtiene en

las elecciones de 2011, únicas elecciones a las que se han presentado, eso sí, en coalición con EA, ARALAR y ALTERNATIVA. Le sigue ARALAR que además de presentarse en coalición en algunas circunscripciones con BILDU también lo hace en solitario en otras. De los 4 escaños obtenidos 2 son ocupados por mujeres lo que constituye un 50% de mujeres junteras. En las peores posiciones nos encontramos con EB y PP en el primero, de los 9 escaños obtenidos, sólo 2 son ocupados por mujeres lo que supone un 22% de mujeres electas. El PP ocupa la última posición, de los 18 escaños obtenidos sólo 3 son ocupados por mujeres un 17% de mujeres electas. Este es el único partido en el que los resultados empeoran progresivamente con la aplicación de la LIV. En 2003 de los 8 escaños obtenidos 2 están ocupados por mujeres, el 25%, en 2007 de los 6 obtenidos sólo 1 está ocupado por una mujer, el 17% y en 2011 de los 4 escaños obtenidos ninguno lo ocupa una mujer 0% de mujeres electas. Nos podemos preguntar si tiene algo que ver con su posición contraria a la LIV o se debe a otro tipo de circunstancias.

A modo de conclusión decir que si consideramos la composición de las listas se puede hablar de una incidencia muy favorable de la LIV en 2007 y favorable en 2011. En cuanto a la composición de las listas la obligatoriedad de que estén compuestas por un mínimo de 50% de mujeres hace que se pase de un 42% en 2003 a un 55% en 2007 que se reduce a un 50% en 2011. Señalar que en 2007 las listas podían estar compuestas hasta por un 100% de mujeres hecho que explica el 55% de 2007. El 50% de 2011 se explica porque en esta ocasión ya no eran posibles candidaturas con más del 50% de mujeres, puesto que, como ya hemos dicho, el TC en 2009 declaró esa norma inconstitucional.

También, si tenemos en cuenta el número y porcentaje de mujeres que encabezan las listas podemos hablar de una incidencia muy positiva de la LIV en 2007 y de positiva en 2011. En 2003 el porcentaje de mujeres que encabezaban listas suponía el 15% de la representación y en 2007 con la aplicación de la LIV en su versión más positiva para las mujeres pasa a un 35%, mientras que en 2011 una vez establecidas las restricciones por el TC el porcentaje desciende a un 33%.

Comprobemos si los resultados son los esperados, es decir, si la normativa aprobada sirve para lograr una mayor presencia de mujeres en los lugares en los que se toman decisiones que afectan a toda la ciudadanía.

En términos absolutos el porcentaje de mujeres electas aumenta paulatinamente. De 2003 a 2007 se pasa de un 22% de la representación a un 40%. Se alcanza el 40%, que como sabemos es el mínimo establecido por la LOI, pero no el 50% de la representación a la que supuestamente aspira la LIV. De una u otra manera tenemos que señalar una incidencia muy positiva de la aplicación de la LIV dado que se produce un aumento de 18 puntos porcentuales. En 2011 con un 49% de mujeres electas podemos hablar de una clara incidencia positiva de la LIV. En términos comparativos decir que aunque no se logra el 50% de la representación, con la aplicación de la LIV se obtienen mejores resultados que con la aplicación de la LOI pues aunque el principio de proporcionalidad 60-40 parezca desde un punto de vista teórico menos problemático, lo cierto es que actúa como un principio de cuota fija a la baja para las mujeres, el 40% nunca el 60%. Dados estos dos comportamientos dispares podemos intuir que la LIV es más eficaz que la LOI de cara a corregir la falta de representación de las mujeres en los órganos democráticos de toma de decisiones.

Para finalizar una pequeña referencia a los resultados no en términos absolutos sino teniendo en cuenta los partidos políticos. En las Juntas Generales de Gipuzkoa los

porcentajes de mujeres electas han variado en todos los partidos de forma dispar. El **PP** pasa de un 25% en 2003 a un 16% en 2007 y a un 0% en 2011. Por lo que podríamos hablar de una falta de incidencia de la LIV o incluso de una incidencia negativa de la misma. El **PNV/EAJ** pasa de un 26% en 2003 a un 63% en 2007 y a un 50% en 2011. Este partido mantiene una tendencia positiva. La pérdida en 2011 de trece puntos porcentuales se explica sólo de forma parcial por lo dicho con anterioridad, en 2007 el porcentaje de mujeres en las listas no tenía porque respetar el 50% en tramos de seis, lo que podría explicar el 63% de electas, pero no sólo. En 2011 podrían haber corregido este hecho colocando en mejores posiciones de salida a las mujeres. En todo caso la incidencia es favorable o muy favorable superando el 60% máximo de la LOI. En 2011, tras la sentencia del TC el porcentaje de mujeres electas responde al 50% perseguido por la LIV. El **PSOE/PSE/EE** pasa de un 33% en 2003, a un 43% en 2007 y un 50% en 2011. En este caso nos encontramos con el fenómeno opuesto al del **PP** un buen punto de partida con un 33% una incidencia positiva de la LIV en 2007 al obtener las mujeres electas el 43% de la representación superando el 40% mínimo de la LOI para llegar en 2011 hasta un 50% de la LIV. La incidencia es positiva y la progresión regular. La coalición **EB/ARALAR** sólo obtiene mujeres electas en 2007 con un 33%. En 2011 **EB** y **ARALAR** van por separado y sólo este último logra 1 mujer electa suponiendo el 100% de la representación. **BILDU** que se presenta por primera vez en 2011 con 12 electas logra el 55% de la representación. Ningún partido presenta listas cremallera.

Podemos concluir que se ha producido un impacto positivo de la LIV de cara a lograr una mayor presencia de mujeres en los órganos donde se toman decisiones que afectan a la ciudadanía. La cuestión que queda abierta y debe ser motivo de una sistemática investigación es si esta mayor presencia de mujeres se traduce o tiene como consecuencia una política que sirva para corregir la «situación» (BATAILLE y GASPARD, 1999) en la que vivimos las mujeres (DIZ y LOIS, 2012).

III REFLEXIONES SOBRE DISTINTOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES

Las mujeres y los grupos que conforman el MF²³ comparten la idea de la necesaria participación política de las mujeres. Quizás hoy en día, debido a una mayor pluralidad en la composición del MF, sea un lugar común el que se entienda y propugne formas muy diversas de «participación política de las mujeres». En algún tiempo ésta se entendió de forma restrictiva. Para el MF, en general, o para sectores organizados muy importantes del mismo, cualquier actividad intencionada que desarrollara una persona, una mujer, para tratar de influir en los asuntos públicos no constituía una genuina participación política feminista. El MF era ante todo «anti-institucional» y por lo tanto quedaban fuera de su práctica una gran variedad de conductas a través de las que se podía y se puede influir en la práctica política, todas aquellas que conformaban y conforman la participación política institucional.

El hecho de que la participación política de las mujeres fuera entendida como tomar parte en debates, análisis, campañas reivindicativas, asistir a manifestaciones, huelgas..., en definitiva participar en toda actividad al margen de las instituciones, no ha impedido que las mujeres se incorporaran a la política institucional a través de su pertenencia o participación en partidos y sindicatos que logran representación

²³ MF entendido como un conglomerado, difuso en ocasiones y muy concreto en otras, de mujeres y grupos que se reconocen como feministas.

y también en organizaciones feministas que concurren a las elecciones, hoy por hoy sin lograr representación. Pero esta incorporación a la política institucional no se está produciendo exclusivamente a través de la participación política más formal, como puede ser la de las feministas electas en corporaciones y gobiernos de distintos signos, o de mujeres del MF que participan en órganos consultivos institucionales como los Consejos de las Mujeres²⁴ (MARTINEZ, 2002). Las mujeres y las feministas también están utilizando una forma de participación política más difusa, más informal, la que se realiza a través del ejercicio profesional o el de la pertenencia a grupos de influencia con autoridad reconocida.

También constatamos la reivindicación, aparición e implantación de una figura profesional como la de «agente de igualdad» que es de gran valor estratégico para la causa de las mujeres, también para la de su participación política como lo muestra y demuestra su clara apuesta por las escuelas de empoderamiento (FDZ. BOGA, 2012). Tampoco nos podemos olvidar de la incorporación de feministas en distintos espacios académicos desde lo que también se insta a la participación política de las mujeres. Pero esta presencia que algunas califican de «institucionalización del MF» no nos puede hacer olvidar que las mujeres siguen infrarrepresentadas en dichos ámbitos, tanto en los políticos como en los académicos y profesionales. La sobrerrepresentación o infrarrepresentación institucional no puede ser un motivo de excusa para no reconocer lo que desde el ámbito institucional se puede y debe hacer, como tampoco puede ser excusa para no reconocer el valor de la participación política de las mujeres en los espacios no institucionales donde habitualmente o con mayor facilidad las mujeres organizan y centran su actividad.

Así nos encontramos con una participación formal, donde las mujeres a lo que pueden aspirar como máximo es a ser votadas en igualdad con los hombres. Lo que en la Declaración de Atenas de 1992 se llamó democracia paritaria que, podemos traducir como: «sí son la mitad de la ciudadanía, pueblo..., deben ser la mitad de sus representantes». ²⁵ Por otra parte se produce la participación como activistas de base en grupos de mujeres y movimientos sociales donde las mujeres persiguen una gran diversidad de objetivos e intereses. El MF siempre ha defendido que esta última es imprescindible para el cambio de lo público y consecuentemente de lo privado, pero este tipo de participación política exige una ingente dedicación de tiempo no remunerado, del que en ocasiones las mujeres no disponen y cuyos resultados favorables se producen a medio y largo plazo dificultando que la sociedad los identifique como conquistas del trabajo desinteresado de las organizaciones feministas y de mujeres. Además, lo así logrado, por el trabajo tenaz y constante de las mujeres y el MF se rentabiliza posteriormente por las estructuras formales, siendo excepcional el que lo reconozcan. Las mujeres lideran proyectos y logran cambios pero el MF no logra rentabilizarlos políticamente.

Las democracias modernas occidentales están heridas, deformadas, vaciadas... el ya clásico debate entre democracia representativa y democracia participativa está en el centro del problema. El movimiento de los y las indignadas, entre otros, lo ha puesto una vez más de manifiesto. Por este motivo quiero señalar mi rechazo a seguir alimentando la existencia de dos formas incompatibles de participación política de las

²⁴ En la CAPV los Consejos de las Mujeres sólo existen en el ámbito territorial municipal, y no en todos los municipios, pero ni en el ámbito de los territorios históricos, ni en el ámbito de la comunidad autónoma. Hay que seguir denunciando la no implementación de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

²⁵ Según los datos contrastados de las sucesivas elecciones van mostrando y demostrando el relativo alcance de las reformas electorales de cara al logro de la democracia paritaria en su versión exclusivamente cuantitativa.

mujeres. Se puede y se debe participar desde ámbitos formales²⁶ e informales, tanto en las instituciones como en el activismo de base, en los grupos de mujeres y en el MF.

Pero ¿cómo participar políticamente?, ¿cómo realizar adecuadamente esta actividad sin renunciar a la aspiración de que sea una actividad reconocida y valorada que permita a las mujeres presentarse ante la sociedad como unas organizaciones que logran, por lo menos parte de aquello que se proponen y por lo que trabajan?, ¿cómo coger fuerzas para continuar intentando la participación y el cambio político para el logro de la igualdad?

De la observación del variado número de actividades que en la actualidad realizan las feministas podríamos concluir que responden por lo menos a tres formas diferentes de participación política. Formas diferentes que sólo pretendo señalar y describir puesto que su valoración arrojaría resultados muy diferentes según se realicen desde la pertenencia a un partido político más o menos «clásico», que opta por la representación, a una formación que como el Partido Feminista o Plazandreok aspira al igual que los partidos a representar, pero también a participar, o a un movimiento social que desconfía de la representación política y apuesta en exclusiva por la acción política fuera de las instituciones.

III.1 LOS MODELOS

El modelo de participación formal, orientado a la «gestión» de la cosa pública

Las sociedades contemporáneas plurales, diversas y complejas se han dotado de un sistema de democracia representativa que iguala representación a participación política, entendiendo ésta como el hecho de votar cada cuatro años. Esta simplificación y reducción ha sido denunciada y contestada más de una vez. Desde las mujeres y las feministas, denunciando su reduccionismo y androcentrismo y reivindicando una democracia paritaria que requiere el cambio de las leyes electorales para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de representación y gestión pública. Pero la presencia de mujeres en los órganos de gestión no garantiza la implementación de políticas de igualdad encaminadas al logro de la igualdad material. No es momento de valorar esta estrategia, pero lo que si podemos constatar es que además del cambio de las leyes electorales y de la creación de organismos institucionales encargados de implementar las políticas de igualdad, es necesaria su evaluación, contrastar si lo que se hace es lo adecuado para lograr aquello que se pretende y éstas no se pueden evaluar sin contrastarlas con la sociedad civil y para ello es necesaria la participación del movimiento asociativo de mujeres y el MF. Con este objeto estos últimos han reivindicado y logrado la creación de órganos de participación formal en las instituciones, entre otros, los llamados «Consejos de las Mujeres», pero al ser órganos exclusivamente consultivos no favorecen la participación en la toma de decisiones por lo que no podemos afirmar que sean eficaces para participar en la gestión cotidiana de la cosa pública, para participar en la cantidad de acciones y decisiones que no están contempladas en ningún programa electoral, independientemente o al margen de que los partidos políticos cumplan o no con aquello que prometen en sus programas. Hay ciudades en las que se produce la participación formal y sus resultados están pendientes de valoración, además puede concurrir la circunstancia de que el gobierno de esas

²⁶ Participación formal o derecho de las mujeres a representar y ser representadas, incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Carta de Naciones Unidas, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) y en tantas constituciones estatales.

ciudades se pronuncie públicamente a favor de la participación ciudadana por lo que cabría esperar que se produjera algún tipo de cambio en el funcionamiento de este tipo de estructuras.

Los Consejo de las Mujeres tienen fervientes defensoras y detractoras pero constituye un lugar de encuentro de mujeres muy diversas en el que se posibilita la participación política de una manera clara y regulada lo que garantiza la transparencia, visibilidad y reconocimiento de aquellas que lo conforman. Aunque pendiente de evaluación está por constatar su efectividad.

El modelo de la participación política informal

No es abiertamente «anti-institucional», aunque en un primer momento lo pudiera parecer debido a la fuerte crítica que en él se hace de las instituciones oficiales, así como la renuncia expresa a la creación de cualquier tipo de estructura formal o estable institucional de participación política de las mujeres. Las únicas estructuras que se aprueban, desean y defienden para la participación política de las mujeres son las de las propias organizaciones y grupos de la sociedad civil. Como alternativa a la creación de estructuras en el organigrama del Estado se propugna la creación de redes de actuación tejidas con complicidades informales entre feministas que pertenecen, participan u ocupan, ahora sí, cargos de responsabilidad política, institucional o de reconocimiento profesional o académico. Su pretensión en último extremo, al igual que en el modelo anterior es el de gestionar la cosa pública, pero a diferencia del formal, en esta ocasión se pretende gestionar a través de la posibilidad de influir en las personas que si ostentan representación política. Aunque no sólo, los lazos de amistad y confianza parecen lugares privilegiados del ejercicio político, sin ellos no se podría producir tal influencia.

Si en el anterior modelo mencionábamos que una de las dificultades del mismo era la imposibilidad que tenía la sociedad civil de evaluar la implementación de las políticas públicas de igualdad, en esta ocasión nos preguntamos ¿quién o quiénes evaluarán las políticas de influencia?, y en el caso de que respondamos como en el anterior modelo, que el movimiento de mujeres y el MF, entonces ¿de qué forma sabremos a quién atribuir la responsabilidad de las decisiones tomadas?, o si se quiere ¿a quién dirigirse para poder introducir cambios o propuestas?. Si el grupo de influencia es incontrolable, si su control formal no está en manos de las participantes, entonces ¿a qué se reduce el papel de la sociedad civil, su participación política?, ¿a votar cada cuatro años?

Quizás este modelo informal sea mucho más operativo que el anterior,²⁷ su eficacia puntual no tiene dudas, pero ¿qué capacidad de conocimiento y reconocimiento y sobre todo de control de las actoras políticas ofrece? Si se considera que en las instituciones se pueden y se deben hacer cosas ¿por qué no estar en nombre propio?, ¿qué pasará cuando no se puedan tejer complicidades informales con las personas que ocupen los puestos de representación política, o con las mujeres organizadas en asociaciones profesionales?, ¿qué pasará si no se ha dejado ninguna estructura donde se reconozca la posibilidad de seguir participando y actuando?

²⁷ Un ejemplo puede ser el trabajo realizado para que el anteproyecto de ley de Atención y Recuperación Integral de las Víctimas de la Violencia contra las Mujeres en la CAPV fuera retirado dado que claramente no respondía a la manera en la que las mujeres que han padecido o padecen violencia machista la entendían. Evidentemente no solo, ya que además de las redes informales de influencia, se ha producido la articulación de diversas organizaciones de mujeres y feministas con asociaciones profesionales todas y cada una de ellas formal e institucionalmente estructuradas.

El tercer modelo. La Cogestión

Es un modelo desconocido, en proceso de experimentación, poco ensayado por lo que sólo me referiré a algunos de los rasgos que me parecen más interesantes y prometedores para superar la dicotomía entre la democracia participativa y la democracia representativa. Un modelo que aspira a la *cogestión* de la cosa pública entre aquellas que han obtenido la representación y legitimidad que dan los votos y aquellas que se organizan en la sociedad civil en asociaciones de mujeres y en el MF.

Podemos encontrar algunas experiencias en el MF. En la ciudad de Donostia el MF, se ha atrevido a participar en un proyecto municipal como es la creación de la Casa de las Mujeres. Un modelo que no renuncia a la participación política institucional pero que no reduce ésta a participar una vez cada cuatro años en un proceso de delegación de responsabilidad en unos representantes poco acostumbrados a contar con la ciudadanía en la gestión cotidiana de la cosa pública.

La cogestión de la Casa de las Mujeres por parte del consistorio municipal y del MF y de mujeres es un claro ejemplo, entre otras cosas de cómo a través de las instituciones se puede ampliar la participación política de las mujeres con fórmulas que van más allá de la representación electoral o de la mera información y consulta que se lleva a cabo en los Consejos de Igualdad. La cogestión es un camino en el que se desarrollan alianzas y aprendizajes conjuntos entre mujeres y feministas de ámbitos diversos, que contribuyen a democratizar la concepción y la práctica política.

BIBLIOGRAFÍA

Amorós, Celia (1985). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona, Anthropos; (2008). «El Feminismo como proyecto filosófico-político», en: Quesada, Fernando Ed. (2008). *Ciudad y ciudadanía: Senderos contemporáneos de la filosofía política*. Madrid. Trotta.

Barrère, M^a Angeles (2013). «Versiones de la democracia, feminismos y política radical» en: Mestre i Mestre, Ruth y Zuñiga Añasco, Yanira (Coords.) (2013). *Democracia y participación política de las mujeres*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bataille, Philippe y Gaspard, Françoise (2000). *Cómo las mujeres cambian la política y por qué los hombres se resisten*. Buenos Aires. Ediciones de la Flor.

Diz, Isabel y Lois, Marta (2012). *¿Han conquistado las mujeres el poder político?*. Madrid. Catarata.

Fdz. Boga, Mertxe (2012) *Las escuelas de empoderamiento*. Trabajo inédito realizado dentro del marco de los másteres de Agentes de Igualdad y Estudios Feministas y de Género de la UPV-EHU.

Greppi, Andrea (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta.

Guerra, María José (2001). *Teoría feminista contemporánea: Una aproximación desde la ética*. Madrid. Instituto de Investigaciones Feministas. Universidad Complutense de Madrid.

Martinez, Eva y Novo, Ainhoa (2002). «La política autonómica para la igualdad entre mujeres y hombres: un análisis desde las relaciones intergubernamentales» en: Grau, M. y Mateos, A. (eds) (2002). *Análisis de políticas públicas: enfoques y casos*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

Mestre i Mestre, Ruth y Zuñiga Añasco, Yanira (Coords.) (2013). *Democracia y participación política de las mujeres*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sevilla, Julia (2004). *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Valencia: Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de València.

**DE LA FICCIÓN JURÍDICA A LA
REALIDAD INSTITUCIONAL:
GRUPOS PARLAMENTARIOS Y
REPRESENTACIÓN POLÍTICA**

JUAN CANO BUESO

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Almería
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía*

1

El principio representativo de los Parlamentos medievales estaba construido sobre fundamentos del Derecho privado. La técnica al uso se amparaba en los contratos de comisión o de mandato, encontrándose perfectamente delimitados los sujetos de la representación y el ámbito de la misma, generalmente contenido en los «cuadernos de instrucciones». Consecuencia lógica de esta modalidad de representación era la responsabilidad, incluso patrimonial, por los perjuicios que se derivasen de sobrepasar el contenido del mandato y, por supuesto, la revocación del mismo. El desarrollo democrático en Inglaterra y la vía revolucionaria burguesa contra el Antiguo Régimen en el continente propiciaron la transformación de una modalidad de mandato a otra. En efecto; en virtud de la doctrina de la soberanía nacional, los diputados dejan de representar a los electores para convertirse en representantes de la Nación entera. Pero como la Nación -única soberana- no puede actuar sino a través de representantes, su mandato está vinculado a la Nación por lo que los elegidos no podrán ser revocados por los electores.

2

Esta exitosa construcción jurídica funcionó también en el plano ideológico y político. La nueva representación burguesa vendría a ser la traslación en el nivel político y parlamentario de la opinión pública burguesa, configurada como resultado de la discusión libre entre particulares. Si esta opinión pública burguesa tiene su fundamento en la libre discusión entre ciudadanos libres, carecería de toda lógica que el Parlamento, lugar de discusión y formación de esta opinión pública, no dotase de libertad a sus diputados a través, precisamente, de la técnica del mandato representativo.

La concepción política liberal, plenamente vigente hasta los años treinta del pasado siglo, será combatida no sólo por las teorías neo-hegelianas (la necesidad de que el Estado armonice las desigualdades y disfunciones de la sociedad civil), sino por la revisión crítica a que obliga la presión del proletariado y la aparición en escena de partidos, asociaciones y sindicatos, cuyo reconocimiento no se operará hasta el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Estos nuevos actores seguirán conviviendo en nuestros textos constitucionales con el reconocimiento del mandato representativo o, si se prefiere, con la prohibición del mandato imperativo. La contradicción entre realidad política subyacente y realidad jurídica constitucionalizada sigue, pues, sin resolverse.

En el viejo Estado constitucional el Parlamento se nutría de diputados que, dotados de cierto status personal y reclutados por sistemas de voto restringido, gozaban de especial consideración y respetabilidad, se consideraban representantes de la Nación entera, encarnaban la «voluntad general» y tomaban sus decisiones con ilimitada libertad. Lejos quedaban, pues, los «cuadernos de instrucciones» y el mandato imperativo propio del Antiguo Régimen. Se presumía que los diputados, libres de toda consigna, podían formar la voluntad estatal sin estar sometidos a la condición de man-

datarios. En consecuencia, a través de la capacidad de convicción y persuasión, de la habilidad oratoria, en suma, deberían los Parlamentos, mediante un libre intercambio de opiniones, producir el compromiso político que se expresaría en forma de mandato legislador con carácter general y abstracto.

Pero acaeció que este Parlamento liberal representativo, concebido como un lugar de encuentro y de intercambio de opiniones entre la propia burguesía, estructurado como órgano de la sociedad y expresión de la opinión pública burguesa, fue perdiendo su misma base social con la irrupción de las masas obreras organizadas y la participación política de las clases populares a través de la generalización del sufragio. La técnica de la representación, adecuada a una capa social homogénea -la burguesía-, se vio distorsionada como principio organizativo al tener que integrar intereses divergentes y aún opuestos a los inicialmente previstos. La disfuncionalidad se resolvió al postularse los partidos como elementos sustantivos de la acción social y política.

3

La transformación de la democracia liberal representativa en una democracia de partidos supondrá una mutación del papel del Parlamento. En efecto; el Parlamento decimonónico ejercía la función legitimadora del sistema plasmando instrumentalmente la soberanía y presentándose como el momento en que se concreta la racionalidad y universalidad burguesa. En cambio el siglo XX viene a conocer la plenitud de una realidad social diferente, estructurada sobre una nueva fundamentación económica y política, que supone una lógica institucional distinta y que termina por socavar los cimientos del parlamentarismo liberal-representativo.

Esta convulsión histórica, de amplias y complejas consecuencias, se explicita en una triple crisis: la del mandato representativo; la del carácter de generalidad y universalidad de la ley, y la crisis, en fin, de las funciones clásicas del Parlamento, especialmente de la legislativa y la de control. Todo ello en un contexto en que la tajante separación entre sociedad civil y Estado va a ser sustituida, de un lado, por un proceso de socialización del Estado (que pasa de ser mero espectador de los procesos económicos y sociales a Estado interventor en los mismos), y, de otro, por una estatalización de la sociedad por cuanto el ejercicio del poder se va a articular a través de partidos, sindicatos y asociaciones de todo tipo que vienen a sustituir a la clásica y desorganizada opinión pública burguesa.

Así las cosas, la verdadera transformación estructural del Parlamento vendrá de la mano de la irrupción del partido político en la Cámara. Frente a aquellos parlamentarios portadores de un mandato representativo que perseguían el «interés general» sin atender otros dictados que no fuesen los de su propia «conciencia», se contraponen ahora el diputado elegido en las listas de un partido político, integrado en un organigrama reglamentado de grupo parlamentario, actuando con voto disciplinado -y, a veces, hasta despojado de éste, como en los supuestos de «votación ponderada»- y comprometido imperativamente con el programa electoral sometido al sufragio de los ciudadanos. La aparición del partido político como instancia de intermediación y el encuadramiento de los diputados en Grupos pone al descubierto dos monumentales ficciones: de una parte, el mito del mandato representativo que se muta en imperativo como consecuencia del ejercicio de la disciplina parlamentaria; de otra, y en el terreno de las funciones, las dificultades para que la Cámara ejercite la actividad legislativa (ahora en manos del Gobierno), la de control (función que en lo sucesivo será ejercita-

da por la minoría) y la existencia de una mayoría parlamentaria que apoya y sostiene al Gobierno. Ello se materializa en una flagrante crisis de la división de poderes que vendrá sustituida en lo sucesivo por una tensión entre mayoría y minoría.

4

El despliegue de la actividad del Estado social de Derecho va a producir dos consecuencias de hondas repercusiones estructurales:

A. De una parte, *una creciente presencia del Poder Ejecutivo* debida a la multiplicación y complicación de los fines y tareas que el Estado debe atender. La intervención pública en la vida económica tendrá su correlato en la vida jurídica a través del incremento de las técnicas de deslegalización y la proliferación de las reservas de reglamento. La imagen de este Estado social de Derecho vigente en las democracias occidentales más avanzadas configura, por contraposición al viejo Estado liberal de Derecho, un Estado distribuidor donde el Estado, a veces empresario y siempre interventor en la regulación de la economía, condiciona por completo el proceso político, económico y social. Los Presupuestos públicos se erigen, así, en instrumentos esenciales de la política económica, documentos principales de redistribución de riqueza y prestaciones de todo tipo y elementos cardinales para la consecución de la paz social.

Nos encontramos, así, ante una nueva realidad caracterizada por la transformación de un «Estado fundamentalmente legislativo»... en un «Estado predominantemente administrativo o de prestaciones». Al ser la función prioritaria del Estado más la de actuar que la de legislar, se produce un fenómeno de traslación del lugar de la decisión del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas. La Cámara queda desplazada de la dirección política tanto por la Administración (que actúa en la sociedad desde el Estado) como por los partidos y asociaciones (que actúan en el Estado desde la sociedad), a la vez que se registra un incremento desmesurado de la potestad reglamentaria. En tal situación el Gobierno arrebató la función legislativa real al Parlamento, generando la práctica totalidad de los proyectos de ley que consigue aprobar sin dificultad en el Parlamento a través de la mayoría. Y es a ésta a quien compete el «encapsulamiento» del producto legislativo pactado por el Gobierno al que protege y vigila durante la tramitación parlamentaria a fin de que su contenido se altere lo menos posible. La Cámara -mejor dicho, la minoría en la Cámara- continúa ejerciendo la crítica del Gobierno, pero éste refuerza su posición institucional al contar con los gabinetes de expertos, la información suficiente y los mecanismos capaces de garantizar respuestas inmediatas y concretas a las demandas ciudadanas, recursos y respuestas lejos del alcance del Parlamento que se mueve con demasiada pereza en esta nueva dinámica institucional.

B. Una segunda constatación general sería la de la insuficiencia de la participación política basada en el sufragio periódico. En el Estado liberal burgués los ciudadanos se limitaban a participar en el proceso electoral a efectos de configurar un Parlamento que mediante leyes generales y abstractas expresaban la voluntad estatal. El carácter de abstracción y generalidad de la ley en el Estado liberal derivaba de la necesidad de instituir la «igualdad formal» de los sujetos destinatarios de la norma y de establecer el necesario ámbito de libertad para la materialización de los intercambios de mercancías. La mediación formal puramente jurídica que la

ley realiza en la fase del capitalismo concurrencial será sustituida por la mediación a través del contenido de la norma en la fase del Estado intervencionista. Ello comportará el tránsito del concepto de ley general a otras formas legales más concretas o especiales y la presencia de nuevos sujetos en la tarea de mediación. En el Estado social, junto al derecho individualizado de los ciudadanos a la participación, aparecen los grupos y asociaciones de intereses que tienen como función mediatizar las decisiones políticas y económicas de gobierno a través de un fluido diálogo con las tecno-burocracias correspondientes. Estamos, así, en presencia de una «extraparlamentarización» de la información, la negociación y el diálogo entre las organizaciones que representan intereses sectoriales, de un lado, y el poder político, de otro. Es más, cunde la sensación cada vez menos disimulada de que la internacionalización de la economía y la globalización de los mercados arrastran a los Gobiernos a tomar decisiones más «ratificadoras» que «correctoras» de los acuerdos adoptadas en los despachos de los grandes centros financieros.

Esta nueva situación no sólo afecta al prestigio de las instituciones, sino que altera el propio principio democrático, pues esta actividad negociadora, llevada a cabo en la privacidad, entre los vértices de las organizaciones representativas de concretos intereses y las burocracias rectoras, arrojan como resultado determinadas decisiones políticas. A ellas se llega tras una progresiva relegación de los representantes de los ciudadanos por parte de los «expertos» formalmente neutrales y de las autoridades independientes que, bajo la cobertura de la complejidad técnica de los asuntos, se han auto-investido de la capacidad de adoptar decisiones o de condicionar las mismas. De esta manera, la actividad de las asociaciones y grupos de presión se desenvuelve en la antesala parlamentaria y queda sustraída al control político. Y aun cuando aquéllas y éstas traspasan los umbrales de la Cámara, sus impulsos no se dirigen ya al Parlamento, en tanto que institución representativa, cuanto al partido político, única instancia capaz de evitar el neocorporativismo atomizado y la desagregación social a que la sociedad de nuestros días propende.

El sistema de producción de normas legales es en nuestros días, primordialmente, una instancia de participación y negociación, sólo que ésta acaece muy principalmente fuera de los muros del Parlamento. Uno de los graves problemas de la democracia de nuestros días consiste, entonces, en recuperar al Parlamento como «locus» -inevitablemente compartido con el Gobierno- donde concurren los sujetos para la composición de sus intereses. Ante carencias más importantes, lo que menos importa al momento legislativo es el rigor técnico o la depuración del ordenamiento jurídico. Lo verdaderamente relevante en sede parlamentaria es la recuperación de la participación, la materialización del pluralismo político, la legitimidad del producto resultante. Todo ello en consonancia, precisamente, con la búsqueda de la utilidad y eficacia política de la norma, tanto en su proceso de gestación paccionada como en su resultado de instrumento regulador de relaciones económicas y prestaciones sociales de todo tipo. No conviene, pues, olvidar que la ley del Estado social está necesitada de un cierto consenso en su proceso de gestación en aras de su eficacia; es decir, de su posterior efectividad y factibilidad. Se comprenderá, pues, la importancia que para la recuperación del Parlamento como lugar de la decisión tiene la información parlamentaria, es decir, la necesidad de que tanto el Parlamento y sus órganos, como los Grupos Parlamentarios y los Diputados singularmente considerados, puedan tener a su disposición los datos,

informes o documentos de todo tipo de que disponen las Administraciones Públicas.

5

Que los partidos son hoy los verdaderos motores de la vida política es algo indiscutido. En efecto; en el terreno ideológico, son los partidos quienes agrupan a los militantes atendiendo a las afinidades políticas; en el campo de la socialización de masas, ellos son también quienes tienen organización y recursos para afrontar con éxito una campaña electoral; por su parte, la legislación electoral es a ellos a quienes reconoce -junto a las agrupaciones de electores- capacidad jurídica para presentar candidaturas; en la vertiente institucional, en fin, el líder del partido es el candidato para formar Gobierno y la mayoría parlamentaria que le inviste tiene como principal función sostener y apoyar al Gobierno, provocando, por derivación, la unificación -dentro de la diversidad- de la oposición política como entidad contrapuesta. Por ello hemos antes constatado que la antigua tensión Parlamento-Gobierno viene sustituida por una nueva dialéctica que acaece entre el complejo mayoría parlamentario-gubernamental, de una parte, frente a la oposición política, de otra, tensión que se reequilibra tras cada proceso electoral. Las anteriores afirmaciones responden al funcionamiento real de nuestro sistema parlamentario de gobierno que es plenamente «grupocrático».

Importa señalar, por consiguiente, que la ficción de la representación política burguesa sigue funcionando en unas circunstancias que poco tienen que ver con las que conformaron la concepción liberal de la representación en los albores del Estado constitucional y con base en el dogma de la soberanía nacional. Con todo, lo llamativo de la situación actual es que siga siendo dado preguntarnos, en nuestra calidad de asistentes a una sesión parlamentaria, «qué tipo de razón es ésta en la que la determinación precede al debate», justamente como si hubiésemos desempolvado en el tiempo el Parlamento anterior a la revolución liberal. Lo que sorprende, cuanto menos, es el hecho de que dos siglos después del famoso discurso a los electores de Bristol, parecidas palabras podrían esgrimirse hoy si se tratara de poner de manifiesto esta gran ficción heredada del parlamentarismo burgués: el mito del mandato representativo, mutado en imperativo por virtud de la disciplina organizada por el Grupo parlamentario, expresión del partido en el Parlamento.

En concordancia expresa o tácita con la mayoría de las constituciones extranjeras y, desde luego, asumido también por nuestros Estatutos de Autonomía, el artículo 67.2º de nuestra Constitución establece la prohibición del mandato imperativo. Si se tratara de ejemplificar la falta de adecuación de una norma constitucional a la realidad política subyacente, acaso no exista un ejemplo más palmario en los textos fundamentales que esta construcción ya histórica del mandato representativo. No en su origen y sentido, pero sí en sus consecuencias políticas, la realidad es que el problema de la representación parece haber recorrido el túnel del tiempo, en una suerte de salto del Estado pre-liberal al Estado social.

Puesto que los diputados no son hoy representantes del pueblo sino mandatarios de los partidos, el problema se desplaza a que el partido interprete correctamente la voluntad de los ciudadanos y sus demandas sociales, para que a través de éste quien tome cuerpo y gobierne sea verdaderamente el pueblo. El partido ha quebrado la relación representativa del liberalismo burgués partiendo en dos la antigua relación representante-representado: El resultado final de esta fractura es la relación partido-di-

putado, de una parte, y, de otra, la relación partido-elector. El diputado, por tanto, ha dejado en gran medida de responder ante el elector para hacerlo ante el partido, que es, a fin de cuentas, a quien debe su acta y su posible reelección. La auténtica relación representativa ha quedado circunscrita hoy a la relación partido-elector.

6

La realidad de la práctica parlamentaria del momento presente consiste en que el partido, a través del grupo parlamentario, condiciona completamente la actividad política del diputado. Y las transformaciones habidas en la democracia representativa han desembocado en que el mandato de los diputados no es un mandato popular sino de partido, particularmente apreciable en los sistemas electorales de lista cerrada y bloqueada, por más que la prohibición constitucional del mandato imperativo contradiga flagrantemente esta situación de hecho. Ciertamente que desde la perspectiva jurídica- constitucional, según ha interpretado el Tribunal Constitucional, el titular del mandato es el diputado, en consonancia con la democracia representativa que formalmente se consagra. Pero desde el plano de la funcionalidad institucional y del sistema electoral la democracia de partidos imputa la actividad intra y extraparlamentaria del diputado individualizado a la formación política a la que verdaderamente representa, produciéndose de esta forma la mutación del mandato representativo que constitucionalmente se predica en mandato imperativo sujeto a las instrucciones del partido. Esta mutación constitucional de nuestro ordenamiento, esta desconexión entre norma jurídica y realidad política, viene siendo pacíficamente aceptada desde el punto y hora en que los diputados -por la fuerza de los hechos- han renunciado voluntariamente al uso de las facultades que constitucionalmente les asisten, por lo que en puridad jurídica no se puede culpar a los partidos y a los Grupos Parlamentarios de violar la Constitución por vulneración del mandato representativo.

La prueba de cuanto decimos se obtiene apenas se produce el supuesto de ruptura del acatamiento voluntario del representante respecto de las instrucciones del partido. En tal situación de ruptura, la restauración del orden normativo acoge el principio de la representación, que es el constitucionalmente consagrado a juicio del supremo intérprete de la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, desde sus ya lejanas sentencias 5/83, de 4 de febrero, y 10/83, de 21 de febrero, donde postergando el determinante papel de los partidos, dejó establecida la interpretación de la representación política contenida en el artículo 23 CE y proclamada la validez de la relación elector-elegido como única jurídicamente vinculante. Y aunque, por lo que se refiere al sujeto representante, ya hemos dicho que el artículo 66.1º CE confiere tal condición al órgano (las Cortes Generales), es lo cierto que los representantes a que alude el artículo 23 CE son para la jurisprudencia los sujetos individualmente considerados que ostentan la representación de todo el cuerpo electoral y no sólo de quienes le votaron. La prohibición del mandato imperativo y de la revocación del cargo por los partidos (SS.T.C 5/1983 y 10/1983) configura, formalmente, una concepción de la representación que, a pesar de los cambios operados en el Estado social, no se diferencia esencialmente de la que acogía el constitucionalismo liberal.

Esta posición ha seguido siendo reiterada por el Tribunal Constitucional (p. e. STC 298/2006), sin que quedase afectada por el hecho de que las elecciones en España se efectúen por el sistema de listas cerradas y bloqueadas, «pues una cosa es que el elector no pueda realizar cambios en la candidatura y otra bien distinta que los nombres

que en ella figuren sean irrelevantes para la definición que cada cual ha de hacer ante las urnas. La elección es pues de personas...y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido». (STC 167/1991).

A pesar del mantenimiento central de su doctrina respecto a que los representantes lo son de los electores y no de los partidos, es lo cierto que alguna brecha ha empezado a abrirse a favor de la legitimación procesal y de la titularidad del derecho fundamental del art. 23 a favor del Grupo Parlamentario. En efecto, los titulares del art. 23.2 CE, afirmará el Tribunal, son «los ciudadanos, primero como candidatos a un cargo representativo, y luego como parlamentarios, y, en su caso, incluso los Grupos Parlamentarios en que estos se integran y que ellos mismos constituyen, en la medida en que resulten menoscabados sus derechos...» (STC 36/1990). Esta última línea jurisprudencial a favor del reconocimiento del papel del Grupo Parlamentario se va progresivamente consolidando (STC 163/1991), y si bien, en un primer momento, el Tribunal llega a señalar «la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades» entre el Grupo Parlamentario y el Partido Político (STC 36/1990), con posterioridad llega admitir la conexión existente entre partido político y grupo parlamentario «como proyección en las Asambleas de las distintas agrupaciones que se han enfrentado en los procesos electorales... , dentro de una realidad política y parlamentaria indiscutible». (STC 361/2006).

7

Pero está en la naturaleza de la democracia de partidos y en la racionalización parlamentaria que impone la reglamentación actual del funcionamiento de las Cámaras, la disminución real de la capacidad de actuación libre del diputado individualmente considerado. De ahí que los partidos, de hecho, adquieran la doble condición de representante y de representado. Aun más, un sector del pensamiento doctrinal ha llegado a afirmar que el mandato de los diputados es un mandato de partido, a quien corresponde la titularidad del mismo. Por ello, se ha podido escribir por la mejor doctrina que nos enfrentamos a una fuerte contraposición entre realidad política y formalidad jurídica.

En tales circunstancias, y con los datos que la realidad político-constitucional nos suministra, el esfuerzo intelectual y político debe orientarse hacia la adaptación de aquella clásica conceptualización liberal del representante a una teorización democrática de la representación política. Por cuanto el pueblo -como titular de la soberanía- es real en su existencia y plural en su conformación, necesario resulta dotar de contenido democrático a la relación representativa y encontrar los mecanismos jurídicos que garanticen su existencia. Ello conduciría a postular la implantación de ciertos límites a la libertad del representante para mantener la congruencia de que, lejos de representar al todo, la lista de diputados de un partido concreto representa a sus electores, opción cuya dificultad estriba en que la misma debe diseñarse sin violentar la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional.

Supuesta como válida la hipótesis de que cada representante -o grupo de ellos- lo es de sus electores, congruente resulta que aquél actúe la voluntad de éstos, aunque la decisión final del órgano sea la resultante de la aplicación del principio de la mayoría.

Pero tal libertad del representante colisiona frontalmente con el principio de la prohibición del mandato imperativo y el derecho de permanencia en el cargo al margen de la voluntad del partido y, eventualmente, del elector. Conocida la controversia entre el representante y el partido en cuyas listas fue elegido (S.S.T.C. 5/1983, 10/1983, citadas), ya sabemos que el Tribunal Constitucional reconoce el derecho fundamental del representante a permanecer en el cargo al margen de la voluntad del partido, lo que en nuestra realidad política, entendido libremente y sin matices, no deja de ser un elemento de perturbación del sistema de reclutamiento previsto en la legislación electoral vigente, además de facilitar fenómenos de «transfuguismo» político y hasta de corrupción de la vida pública. En tales circunstancias es preciso escrutar la posible imposición de ciertas limitaciones a la plena libertad del representante así como las causas del debilitamiento de su derecho de permanencia en el cargo. En suma, la teorización de otros modos de representación, cuyo titular también es el ciudadano y que se aproximaría al derecho a participar mediante representantes, no entendido como derecho al voto, sino como derecho a que esa voluntad de los representados, expresa en el voto, se haga presente en el órgano, por medio de un representante que cumple con la esencia de su función representativa. Estaríamos entonces, quizás, ante una salvable colisión de derechos y, sobre todo, ante un conjunto de límites a la libre actuación del diputado, impuestos por diversas exigencias derivadas del principio democrático.

8

La crisis económica que desde el año 2007 arruina las economías capitalistas occidentales -muy particularmente en el sur de Europa- ha fraguado en paralelo una crisis social y política que amenaza algunos de los fundamentos de la representación política, tal como los hemos venido conociendo en España desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La facilidad con que en las redes del espacio globalizado circula la economía financiera, la opacidad con que se adoptan las decisiones en las instancias de la Unión Europea y la falta de transparencia y de explicaciones suficientes por parte de los gobernantes en las traumáticas decisiones que se vienen adoptando en España, han propiciado un clima político de aversión y desconfianza hacia nuestros representantes.

Ello ha facilitado el surgimiento de movimientos más o menos espontáneos, de carácter puramente asambleario, que pretenden deslegitimar a esas instituciones parlamentarias que, a decir de ellos «no nos representan». Así, el movimiento denominado «15M» o los grupos espontáneos que luchan contra el lanzamiento de los titulares de viviendas por parte de las entidades financieras («Plataforma de afectados por la hipoteca» y sus campañas «Stop, desahucios», «Dación en pago»), no son sino expresiones de contestación a los canales tradicionales de la representación y a las formas, percibidas ahora como anquilosadas, de participación en los cambios legislativos y en las decisiones políticas.

Podría tal vez estimarse que estos fenómenos no son nuevos y que arraigan en ciertos espacios contraculturales que siempre han habitado en los alrededores del sistema. Sin embargo, es un hecho cierto que el prestigio de los representantes políticos de la transición ha ido cayendo al punto que los últimos estudios de opinión pública señalan hoy a la «clase política» como una de las primeras preocupaciones de la ciudadanía española.

Es evidente que las políticas de ajuste, en cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, guardan bastante relación con el problema. En efecto, el contenido, la forma y el modo en que se tramitó la reciente reforma del artículo 135 de la Constitución española ha desacreditado al Parlamento y a los partidos impulsores de la reforma. Y ello ha contribuido a que la ciudadanía perciba hoy la introducción del principio de estabilidad presupuestaria como un ataque directo al Estado social y al sector público que ha venido prestando los servicios esenciales a la comunidad de manera universal y gratuita (sanidad, educación, servicios sociales, etc.).

No será fácil recuperar la confianza en las instituciones y en los representantes surgidos de las elecciones periódicas a través de papeletas que se expresan en listas cerradas y bloqueadas. Las medidas que algunos Parlamentos, verdaderamente preocupados por esta cuestión, han adoptado en los últimos años no han conseguido el efecto perseguido de aproximar el tiempo real al tiempo parlamentario. El Parlamento de Andalucía, por ejemplo, fue pionero en introducir las comparecencias de agentes sociales en el procedimiento legislativo, las preguntas de origen ciudadano, la oficina de control presupuestario o el acceso a una mayor y mejor información a través de las nuevas tecnologías. También fue el primero en establecer medidas de transparencia como la creación del registro de las declaraciones de bienes, intereses y actividades de los diputados. Y más recientemente su Presidente ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar nuevas iniciativas para incrementar la visibilidad de los representantes y la participación de la ciudadanía, tales como consultas populares, encuestas, nuevos procesos deliberativos y, sobre todo, el denominado *Escaño 110* (109 son los diputados) que propiciará la intervención en Pleno y en Comisión de los promotores de iniciativas legislativas populares.

Toda la imaginación será poca si queremos preservar la democracia representativa a la que se refiere nuestra Constitución (Montesquieu, Sièyes), aunque debamos complementarla con ciertas técnicas propias de la democracia de identidad (Rousseau). Todo ello sin perder de vista la amenaza que supone la «democracia plebiscitaria», domésticamente ejercida a través de un terminal de ordenador, que algunos presentan como el paradigma de la «democracia perfecta». Sólo que en este último caso, no se acierta a adivinar que papel jugaría el Parlamento ni el ejercicio de la actividad política en el espacio público; tampoco se despeja en qué marco de desenvolvería la función agregativa de intereses, el principio de publicidad parlamentaria, la presencia de las minorías en el procedimiento, la explicitación del valor superior del pluralismo político ni la tarea, en fin, de racionalización, amortiguación y modulación de opiniones, decisiones y hasta pasiones que ejerce la hoy tan denostada «clase política».

SORTU EN LA ENCRUCIJADA
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL DE ESTRASBURGO EAE-ANV C
ESPAÑA, DE 15 DE ENERO DE 2013

ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universitat de València

1. LA HOJA DE RUTA MARCADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A SORTU

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra España, de 15 enero 2013, en la que el Tribunal no ampara a dichas formaciones ilegalizadas, constituye un espaldarazo más a las autoridades españolas en su empeño de no dejar entrar en las instituciones a aquellos que en democracia desprecian las reglas de juego y se convierten en el brazo político de los terroristas. Igualmente, supone una clara advertencia dirigida a Sortu. Tras su polémica legalización, esta formación política está tensando la cuerda y parece despreciar los esfuerzos que desde el bando democrático se hacen para integrarla en su seno. Alinearse con los verdugos, mantener un lenguaje ambiguo de lo que ETA ha supuesto y supone todavía, una banda de asesinos, y equidistante al equiparar víctimas de los verdugos con la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad puede conducir en un futuro a su ilegalización.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 138/2012, de 20 de junio (caso Sortu) extralimitándose en sus funciones pero con intención didáctica no exenta de claras dosis de advertencia da una serie de consejos a Sortu, en particular, y a la Izquierda Abertzale, en general, para mantenerse en la senda democrática: no deberán realizar ningún tipo de equiparación entre la violencia terrorista y la coacción legítima de un Estado de Derecho. Tampoco deberán intentar equiparar el sufrimiento infligido a las víctimas de la violencia terrorista y el eventual efecto aflictivo asociado al cumplimiento de la pena impuesta a los terroristas. Igualmente les está vedado otorgar a los terroristas cualquier tipo de legitimación, justificar el terrorismo como método político o utilizar la situación latente del terrorismo como chantaje para la consecución de objetivos políticos por las vías de la presión política y social. Tampoco exculpar o minimizar la violación de derechos fundamentales que comporta la violencia terrorista, ensalzar a los autores de acciones terroristas o presentarlos como víctimas o héroes. Por último, no podrá supeditarse el rechazo a la violencia terrorista a la consecución negociada de objetivos políticos.

Si Sortu se mantiene dentro de la legalidad, los postulados políticos defendidos antaño con las armas ahora lo serán con métodos democráticos y ello, sin duda, es positivo tal como ha afirmado el TEDH en más de una ocasión: si los terroristas no tienen el monopolio de ese proyecto su fuerza se debilita ya que pierden gran parte del apoyo social que tenían cuando eran los únicos valedores de dicho proyecto.¹

El caso ANV es ejemplo de quien ha despreciado los avisos y ha persistido en su actitud antidemocrática. Se salvó en un primer momento de ser ilegalizada y ello a partir de una serie de decisiones controvertidas de las autoridades españolas pues en vez de instar su ilegalización, se optó por anular un gran número de candidaturas electorales. En ese momento, los tribunales españoles advirtieron ya de la existencia de una conexión con Batasuna, eso sí, insuficiente según ellos, para promover la ilegalización. ANV pudo haber rectificado pero persistió en su empeño antidemocrático lo que le

¹ En este STEDH Yazar, Barats, Askoy y Partido del Trabajo del Pueblo (HEP), de 9 de julio del 2002.

valió ser ilegalizada a la postre. Claro aviso a navegantes. Y todo ello respaldado por el Tribunal de Estrasburgo.

2. LA LEY ORGÁNICA DE PARTIDOS POLÍTICOS ANTE ESTRASBURGO

La sentencia que considera que la ilegalización de ANV no vulnera el CEDH es la última de las dictadas por Estrasburgo en relación con la aplicación de la Ley Orgánica de Partidos políticos (LOPP). Hasta ahora ha habido un respaldo sin fisuras por parte de Estrasburgo a la actuación de las autoridades españolas en esta cuestión. Recordemos en este sentido los siguientes casos:

- Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España. En su sentencia de 30 junio 2009, el TEDH concluye que la disolución de estas formaciones políticas por dar su apoyo a los terroristas era una medida prevista en la ley y necesaria en una sociedad democrática para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades ajenos.
- Caso Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros contra España. En su sentencia de 30 de junio de 2009, el TEDH no considera que se haya violado el CEDH la anulación de una serie de candidaturas de agrupaciones electorales por quedar probada su continuidad con formaciones políticas ilegalizadas.
- Caso Aukera Guztiak contra España. En la Decisión de inadmisibilidad de 9 febrero 2010 el TEDH considera que no vulnera el derecho a unas elecciones libres la prohibición de concurrir a las elecciones tras probarse que esta agrupación electoral era continuidad de los partidos ilegalizados Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok.
- Caso Herritarren Zerrenda contra España. En la sentencia de 30 de junio de 2009 se concluye que no vulnera el CEDH la anulación de candidaturas de la agrupación en cuestión por quedar probada su conexión con los partidos ilegalizados Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok.
- Decisión de inadmisibilidad Aukera Guztiak contra España, de 9 febrero 2010. el TEDH considera que no vulnera el derecho a unas elecciones libres la prohibición de concurrir a las elecciones tras probarse que esta agrupación electoral era continuidad de los partidos ilegalizados Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok.
- Caso Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra España, de 7 de diciembre de 2010, al que haremos referencia a continuación.

3. LA ANULACIÓN DE CANDIDATURAS ELECTORALES Y LA SETDH EUSKO ABERTZALE EKINTZA-ACCIÓN NACIONALISTA VASCA (EAE-ANV), DE 7 DE DICIEMBRE DE 2010

EAE y ANV ya sufrieron en 2010 una decisión desfavorable por parte de Estrasburgo. En aquel caso no se trataba de ilegalización de las formaciones políticas sino de la anulación de candidaturas electorales.

El caso ante los tribunales españoles fue controvertido. La vía escogida fue solicitar la anulación de los acuerdos de las respectivas Juntas Electorales en los que se proclamaban las candidaturas presentadas por el partido en cuestión. Esta opción no está exenta de polémica desde el momento en que lo que se procura es apartar de la

contiene electoral a determinadas candidaturas de un partido sin solicitar, simultáneamente, la ilegalización del partido político que las promueve y acoge.²

Tras el análisis de las pruebas, concluyó el Tribunal Supremo que un total de, ni más ni menos, 133 candidaturas de ANV estaban contaminadas por Batasuna/ETA, por lo que anuló su proclamación. Reconoció el Tribunal Supremo «la existencia de una utilización fraudulenta al menos parcial del partido ANV» pero insuficiente, en opinión compartida por el Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, para instar su ilegalización. Ante este número tan alto de candidaturas anuladas cuesta mucho trabajo pensar que el partido político era ajeno o no responsable de esta situación. Recurrida esta anulación ante el Tribunal Constitucional, éste en su sentencia 112/2007, de 10 de mayo de 2007 denegó el amparo aunque reconoció la existencia de un instrumentalización, eso sí, parcial de ANV. El Tribunal Constitucional señaló que estábamos ante un partido político legal pero que existía «la sospecha de que su primera actividad tras un largo período sin mayor presencia en la vida política fuera la de constituirse en instrumento para el acceso de un partido ilegalizado a las instituciones públicas», aunque dicha sospecha era insuficiente para tacharlo de mero continuador de Batasuna. Ello no obstante, a la vista de los hechos asumidos por el Tribunal Constitucional cuesta mucho llegar a semejante conclusión.

Efectivamente, en primer lugar tenemos 133 candidaturas contaminadas, un elevado número para pensar que sólo se trataba de una instrumentalización parcial. Y es que, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, se trata de un partido político, no de agrupaciones electorales. Utilizar la técnica prevista por la normativa electoral para la invalidación de agrupaciones electorales con el fin de anular una serie de candidaturas de un partido es calificada por el Tribunal como «extravagante» ya que todas las candidaturas formalmente lo son de un partido político lo que «no permite trazar diferencias entre las mismas ni conferirles una existencia separada o autónoma». Para intentar salvar la cuestión, el Tribunal advierte que como estrategia nueva, Batasuna procura «hacerse con la estructura de otro partido de manera gradual y, sin llegar a hacerlo suyo por completo, adquirir en él una posición dominante o, cuando menos, significativa. En tal supuesto, la inexistencia de una dirección unitaria en el partido podría tener su consecuencia en la autonomía de las candidaturas por él formalizadas, reducidas respectivamente a unidad en centros directivos diferenciados».

El caso se nos antoja más de laboratorio que aplicable al mundo real. Es decir, la estrategia no es hacerse con el partido legal sino que, sin que la dirección oficial se dé cuenta, asumir una «posición dominante» dentro del partido con una dirección *de facto*. El Tribunal Constitucional afirmará que dentro de ANV existió «*de facto*» otro partido político aunque sin alcanzar «el punto en que la trama defraudatoria se confunda con la dirección formal del partido» por lo que la ilegalización del partido «pudiera haber resultado desproporcionada». Nos encontramos con ANV, un partido sin actividad que, en un momento determinado, adquiere una actividad frenética y presenta candidaturas a las elecciones municipales, con una dirección oficial ciega y sorda a lo que está sucediendo en el seno del propio partido y en concreto en 133 candidaturas, y otra dirección de facto, Batasuna, que campea por sus reales por el partido.

² En este sentido TAJADURA y VÍRGALA califican las demandas de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado de «pintorescas» que conllevaron una fusión de procedimientos diferentes lo que unido a la premura del proceso electoral terminó produciendo «una especie de media ilegalización de un partido sin las garantías procesales completas que debería haber tenido ANV». CORCUERA ATIENZA, J., TAJADURA TEJADA, J. y VÍRGALA FORURIA, E., *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 114.

Llegar a esta conclusión casa mal con el funcionamiento interno real de los partidos políticos, caracterizado por un control de la dirección del partido sobre aquellas cuestiones más trascendentales, entre las que se encuentra, sin duda, la confección de las candidaturas para concurrir a las elecciones. Es muy difícil de asumir que en un partido de implantación territorial reducida, País Vasco y Navarra, proveniente de la izquierda abertzale caracterizada tradicionalmente por el control férreo por parte de la dirección de actividades y mensajes, su dirección no fuera, al menos, conocedora de lo que estaba sucediendo. Pero es que resulta que para anular las 133 candidaturas contaminadas por haber en los puestos de salida destacados miembros de Batasuna, se tiene en cuenta como indicio objetivo la trayectoria del partido oficial, no la del partido *de facto*. El propio Tribunal Constitucional reconoce que ANV, y cabe deducir que su dirección oficial, se había dedicado en anteriores comicios a pedir el voto para las agrupaciones electorales constituidas con el fin de suceder y continuar la actividad de los partidos declarados ilegales. A lo que se añade, como nuevo indicio, la firma de un protocolo de colaboración en fecha 24 de enero de 2003, esto es, en fechas próximas a las sentencias de ilegalización de Batasuna, de destacadísimos dirigentes de ésta con miembros de ANV para intentar, en la medida de lo posible, frenar parte de los efectos de la ilegalización de Batasuna. Es imposible que estas actividades fueran desconocidas para la dirección oficial del partido, más bien al contrario, todo parece indicar que eran por ella impulsadas. A ello hay que sumar, como nueva prueba, la incautación en Francia de varios documentos a uno de los máximos responsables de ETA, en los que se conectaba de manera sucesiva la ilegalización de Batasuna, con la congelación para un momento posterior de las siglas que dan nombre al partido recurrente en amparo, es decir a ANV. Aplicando un juicio de razonabilidad es difícil concluir que ANV desconociese estar controlado o contaminado por Batasuna.

El Tribunal Constitucional se mueve en un mar de inconcreciones pues a la vista de lo anterior afirma que existen «elementos probatorios objetivos a partir de los cuales la Sala considera que revelan de forma inequívoca y manifiesta la instrumentalización de las candidaturas del partido político recurrente en amparo por los partidos políticos ilegalizados». Se admite, con el Tribunal Supremo, que estamos ante una «estrategia diseñada por Batasuna» y que «el proceso de conformación de las candidaturas electorales de ANV que nos ocupan ha sido gestado y dirigido en todo momento por miembros relevantes de la extinta Batasuna como mecanismo de sucesión, una vez más, de los partidos políticos ilegalizados, esta vez haciendo uso de determinados elementos orgánicos de un partido político legal», aunque solo sea parcial. Difícil mantener estas afirmaciones y no haber instado la ilegalización del partido ANV, extremo que se llevó a cabo con posterioridad pero por la vía independiente de interponer una nueva demanda declarativa de ilegalización y no un incidente de ejecución de sentencia, lo que, como veremos, es más que discutible.³

En la sentencia de 7 diciembre 2010, el TEDH dio por buenos los argumentos de los Tribunales españoles y declaró que la anulación de las candidaturas no vulneraba el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, tras poner de manifiesto que «las autoridades judiciales acordaron la anulación de las candidaturas de forma individua-

³ Más complicado de explicar, todavía, es lo sucedido en relación con Askatasuna. En este caso, la impugnación de candidaturas alcanzó al cien por cien de las candidaturas proclamadas. Se aportó un importante número de pruebas que constataban la conexión de Askatasuna con Batasuna/ETA: documentación requisada, conexiones personales de miembros destacados de Askatasuna con Batasuna y sus sucesores, identidad literal de los estatutos de Askatasuna con los de Batasuna, miembros de ETA candidatos de esta formación política, etc.

lizada y, tras un examen contradictorio en el que el partido demandante pudo formular alegaciones, constataron la existencia inequívoca de la conexión de algunas de tales candidaturas con los partidos políticos declarados ilegales», concluyó que «las jurisdicciones internas españolas acreditaron suficientemente que las candidaturas en litigio del partido demandante perseguían asegurar la continuidad de las actividades de Batasuna y Herri Batasuna, partidos que habían sido ilegalizados debido a su apoyo a la violencia y a las actividades de la organización terrorista ETA.»

4. LA DISOLUCIÓN DE ANV Y LA SENTENCIA EUSKO ABERTZALE EKINTZA-ACCIÓN NACIONALISTA VASCA (EAE-ANV) CONTRA ESPAÑA, DE 15 ENERO 2013

Pasado algo más de un año desde la anulación de las candidaturas por parte del Tribunal Supremo, Auto de 5 de mayo de 2007, el propio Tribunal dictaba su sentencia de 22 de septiembre de 2008 declarando ilegal dicha formación política. El Tribunal Constitucional por sentencia de 29 de enero de 2009 desestimó el recurso de amparo presentado por la formación política con lo que se abría la puerta a la presentación de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como sabemos, los cauces para ilegalizar una formación política son dos: el primero, el de la demanda declarativa de ilegalización, es decir, iniciar una vía independiente de anteriores ilegalizaciones por no tener que ver el partido que se pretende ilegalizar con los ya ilegalizados; el segundo, el del incidente de ejecución de sentencia por entender que existe una sucesión fraudulenta entre los partidos ya ilegalizados y el partido en cuestión. Es decir, el partido que se pretende ilegalizar es el mismo que ya se ha ilegalizado con anterioridad pero con otra denominación (misimos perros con distintos collares). Si bien el Abogado del Estado consideró como alternativas ambas vías, el Ministerio Fiscal optó por la primera ya que, en su opinión, no aparecía perfilada con nitidez la sucesión o continuidad de ANV con Batasuna. Ello determinó que fuera la primera de las vías mencionadas la seguida, aunque el Tribunal Supremo en su sentencia dejó claro que también hubiese sido factible la segunda: «los hechos en que las demandas se fundamentan no sólo son susceptibles de incardinarse dentro de las causas determinantes de la ilegalización y consiguiente disolución del partido político contra el que aquéllas se dirigen -esto es, las previstas en los artículos 9.2 y 3 de la LOPP- sino que, además, describen un fenómeno si no de sucesión o continuidad de un partido por otro sí de la utilización por un partido ilegalizado de la estructura de otro partido de apariencia legal para continuar con los mismos objetivos que determinaron la ilegalización, lo que encajaría en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 9.3.f) LOPP, con la particularidad de que la colaboración con esa entidad o grupo a que se refiere el precepto es con un partido político ya ilegalizado por dar el apoyo político al terrorismo de ETA». El Tribunal Constitucional, por su parte, en la sentencia 31/2009, de 29 de enero, dará por acreditada «la relación política existente entre el partido demandante de amparo, de una parte, y Batasuna y el grupo terrorista ETA, de otra» a lo que hay que sumar, además, «la existencia de una relación económica entre uno y otros, de suerte que la continuidad advertida entre el partido ahora disuelto y el que lo fue en su día por su instrumentalización al servicio de ETA se ha demostrado, para la Sala del art. 61 LOPJ, perfeccionada en todos los órdenes, hasta el punto de concluir en la identidad material de los sujetos implicados, más allá de las diferencias formales arbitradas, justamente, con el propósito de ocultar esa única realidad sustantiva».

En el caso de optar por el incidente de ejecución de sentencia, hay que probar la existencia de una sucesión fraudulenta por lo que la actividad propiamente política de la formación en cuestión pasa a un segundo plano. En cambio, si se opta por un procedimiento de ilegalización *ex novo*, la actividad política del partido pasa a primer plano. Aunque se utilizó esta segunda vía, los argumentos de los tribunales españoles en este caso pivotaron entre ambos extremos. Se reconoció, por una parte, que este partido colaboraba con Batasuna siendo la utilización de forma fraudulenta de candidaturas electorales una muestra de ello, aunque no la única, y, de otra, se aportaron nuevos datos sobre la actividad política de ANV que mostraban claramente que la formación política apoyaba con su actividad la actuación de la banda terrorista.⁴

El Tribunal de Estrasburgo dio por válidos los argumentos de los tribunales españoles. Constató que la formación ilegalizada, según sus estatutos, promovía, para lograr sus objetivos, acciones encaminadas a «la constitución de una sociedad democrática y no violenta». Ello no obstante, advirtió el Tribunal que una cosa es lo que digan los Estatutos de un partido y otra la actividad del partido. Para el Tribunal, la actividad de ANV echaba por tierra las afirmaciones contenidas en sus Estatutos. En cuanto a qué hechos fueron tenidos en cuenta para su ilegalización, el Tribunal de Estrasburgo concede gran importancia a aquellos de los que se desprende una conexión con Batasuna y que propiciaron «un clima de confrontación civil» tales como: campañas de intimidación a candidatos electos para que no tomaran posesión de sus cargos, uso de símbolos que coinciden con los utilizados por Batasuna, uso de sus candidaturas para colocar a miembros de la ilegalizada Batasuna, homenajes a presos miembros de ETA o militantes de ETA fallecidos, incluso se tubo en cuenta «los comportamientos adoptados o los documentos y carteles emitidos por terceras personas o por partidos políticos distintos al partido político en causa» que supongan un apoyo de Batasuna a ANV.⁵

5. EL CASO ANV: SEGUNDO AVISO A SORTU

El primero fue, como dijimos, la hoja de ruta marcada por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número 15 de la STC 138/2012, de 20 de junio.

Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu constituyeron, sin duda, un auténtico balón de oxígeno para la llamada Izquierda Abertzale. Una oportunidad que no deberían malograr. El Tribunal Constitucional fue contundente en dos cuestiones trascendentales: por una parte, consideró meras sospechas los indicios sobre los que se había basado el Tribunal Supremo para ilegalizar Bildu y denegar la inscripción a Sortu y consideró que los Estatutos de esta segunda formación contenían una declaración inequívoca de condena del terrorismo por más que algunas de las frases que se contienen en él pueden ser tachadas de ambiguas o equidistantes. Efectivamente, en su sentencia 138/2012, de 20 de junio consideró que en los Estatutos de esta formación no existía atisbo alguno de equidistancia entre la violencia terrorista y la actuación de cuerpos y fuerzas de seguridad y jueces y tribunales que la persiguen o el sufrimiento de víctimas y terroristas. Ello no obstante, algunas de las expresiones utilizadas, correctas en opinión del Tribunal Constitucional si parecen incorporar dosis calculadas de ambigüedad y equidistancia. Así junto a expresiones inequívocas tales

⁴ Aunque para el Tribunal Supremo, sentencia de 22 de septiembre de 2008, nada impide que por el cauce ordinario (la demanda del artículo 10.2. c) LOPP se pueda examinar la existencia de fraude de Ley del artículo 12.1. b) el artículo 12.1. b), por apreciarse la continuidad o sucesión de un partido declarado ilegal o disuelto.

⁵ Vide párrafos 71 a 76 de la sentencia.

como que el partido tiene «una posición clara e inequívoca de actuación por vías exclusivamente políticas y democráticas» se contienen en los estatutos otras tales como: que el partido declara «su voluntad y deseo de contribuir (...) a la definitiva y total desaparición de *cualquier clase de violencia*, en particular, la de la organización ETA; a la superación de las consecuencias de *toda violencia y terrorismo*, en pro de la paz, justicia y reconciliación de la sociedad vasca; al *reconocimiento y reparación de todas las víctimas originadas por las múltiples violencias* que han tenido presencia en nuestro pueblo en las últimas décadas» que es dudoso que merezcan aquel calificativo.⁶

Esa contundencia ha dado alas a estas formaciones políticas ya que dejó el marcador a cero. Ni los hechos que se tuvieron en cuenta en ese momento para su ilegalización o denegación de su inscripción pueden ahora considerarse indicios incriminadores ni las expresiones contenidas en los Estatutos que podían ser tachadas de ambiguas o equidistantes pueden ser esgrimidas en un futuro como prueba de apoyo a ETA. Gran parte del problema radica en que la LOPP no considera medidas menos gravosas a la ilegalización. Habida cuenta de la gravedad de la consecuencia así como la falta de medidas intermedias obliga a que el apoyo a ETA-Batasuna y/o la sucesión fraudulenta de este entramado quede fijado con meridiana claridad. Ya que el Tribunal Constitucional entró a analizar una por una las pruebas lo que constituyó en opinión de algunos magistrados un exceso de jurisdicción⁷ podía haber intentado una solución intermedia: otorgar el amparo pero reconocer la existencia de indicios, aunque insuficientes, para llevar a cabo, según el caso, la ilegalización o la denegación de la inscripción. Desde que Bildu y Sortu recibieron el amparo del Tribunal Constitucional parecen haber dejado de lado la prudencia. ANV persistió en su error y pagó las consecuencias con su ilegalización.

Señala el TEDH en la sentencia ANV c. España, de 15 de enero de 2013 que «toma nota de la jurisprudencia constitucional según la cual, si la negativa a condenar explícitamente el terrorismo no puede considerarse en sí misma como un indicio suficiente para acreditar la voluntad fraudulenta de disolución judicial de un partido político, la existencia de una condena explícita del terrorismo es un contra indicio capaz de poner en duda la realidad de tal voluntad». La cuestión de la declaración de condena como contraindicio ha suscitado cierta controversia en el seno del Tribunal Constitucional. Si la declaración de condena es inequívoca funciona como contraindicio de los indicios incriminadores. Lo dirá en la sentencia 99/2004, de 27 de mayo, y lo repetirá en la sentencia 68/2005, de 31 de marzo, en los siguientes términos: «la condena inequívoca, constituye un contraindicio *capaz* de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes».⁸ Sin embargo, El Tribunal junto a la expresión contraindicio «capaz» utiliza la de contraindicio «suficiente». En la STC 31/2009, de 29 de enero, señala que la «condena del terrorismo ... en un proceso de ilegalización de un partido al que se imputa la connivencia con ETA, hubiera sido un contraindicio *suficiente* para contrarrestar otros elementos de convicción razonablemente adecuados para fundamentar la convicción judicial de que un partido político actúa y se conduce como un mero instrumento de la violencia terrorista».⁹

⁶ Vide en este sentido votos particulares de los magistrados Aragón Reyes y Rodríguez-Arribas

⁷ Vide votos particulares de los magistrados DELGADO BARRIO, RODRÍGUEZ ARRIBAS y ARAGÓN REYES a la STC 138/2012, de 20 de junio, caso Sortu.

⁸ Vide en el mismo sentido STC 31/2009, de 29 de enero.

⁹ La primera vez que se utiliza esta expresión es en la STC 99/2004, de 27 de mayo.

Esta segunda expresión es utilizada en la sentencia 138/2012, de 20 de junio, caso Sortu. La cuestión es si ambos términos vienen a significar lo mismo o no. Aragón Reyes se inclina por considerar que ambas expresiones no significan lo mismo y critica en su voto particular la utilización de dicho término. Para el magistrado la utilización de la expresión «contraindicio suficiente» desvirtúa la doctrina del Tribunal Constitucional ya que «sea «capaz de» no significa [...] que sea «bastante» o «suficiente para» entender desacreditada esa realidad de una voluntad defraudatoria». Si aceptamos este planteamiento, contraindicio «capaz» exige una labor de ponderación entre indicios y contraindicio mientras que contraindicio «suficiente» no demanda ese examen comparado. No importa los graves que sean los indicios pues si existe una declaración inequívoca de condena, ésta es suficiente para anular aquellos. El contraindicio suficiente, pues, tiene una fuerza sanadora absoluta de la que no goza el contraindicio «capaz».

Sin embargo, no parece ser este el planteamiento del Tribunal. De acuerdo con la RAE el término *capaz* significa, para lo que aquí nos interesa, «apto con talento o cualidades para algo» mientras que el término *suficiente* admite, también para lo que aquí nos interesa, dos acepciones: «bastante para lo que se necesita» y «apto o idóneo». Me inclino por considerar que el Tribunal ha escogido la segunda de las acepciones de suficiente a las que hemos hecho referencia. Suficiente como apto o idóneo. Si leemos con detenimiento el fundamento jurídico de la discordia, el noveno, podemos llegar sin ninguna dificultad a esa conclusión. Así, tras hacer referencia a que la STC 99/2004 es la primera que utiliza el término suficiente y reproducir el fragmento de la sentencia al respecto: «el pronunciamiento firme e indubitado frente al terrorismo y sus instrumentos...ha de ser *suficiente*..., para diluir la capacidad probatoria de indicios que en otro caso adquieren una considerable densidad de sentido», añade: «*En otras palabras...*la condena inequívoca constituye un contraindicio *capaz* de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios». Claramente está utilizando ambos términos como sinónimos. No puede ser de otra forma. Solo así puede aplicarse la doctrina del TEDH explicitada, entre otros casos, en el caso Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok, de 30 de junio de 2009 de acuerdo con la cual los estatutos y el programa de un partido político no pueden ser tenidos en cuenta como único criterio para determinar sus objetivos e intenciones, sino que «es preciso comparar el contenido de dicho programa con los actos y tomas de posición de sus miembros y dirigentes. El conjunto de tales actos y tomas de posición, siempre que formen un todo revelador del fin y las intenciones del partido, puede tenerse en cuenta en el procedimiento de disolución de un partido político».¹⁰ Doctrina, por lo demás, seguida a pies juntilla por el Tribunal Constitucional. De esta manera en la STC 138/2012 señala que «puede no ser suficiente con el examen únicamente de los estatutos y programa político de un partido, ya que estos pueden esconder objetivos e intenciones diferentes de los que se proclaman, por lo que cabe también verificar el alcance de eventuales objetivos ocultos comparando los estatutos con los actos y tomas de postura de los miembros y dirigentes del partido en cuestión».

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 15 de enero de 2013 es una segunda advertencia a Sortu. Si cae en el error de seguir los mandatos de ETA-Batasuna desdiciendo lo dicho en sus Estatutos puede encontrarse, en un futuro, fuera del juego democrático. De acuerdo que las expresiones contenidas en los Estatutos de Sortu no podrán ser consideradas ambiguas ni equidistantes sino como declaración inequívoca

¹⁰ Vide igualmente: SSTEEDH de 3 de febrero de 2005, caso Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumanía, § 57; y de 7 de diciembre de 2006, caso Linkov c. República Checa, § 44

de condena, Tribunal Constitucional *dixit*, pero Sortu ha de tener presente que para el TEDH más importante que lo que se diga en unos Estatutos es la actividad que despliega el partido político.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En democracia es fácil participar del juego democrático. Basta defender las ideas o proyectos de forma pacífica.¹¹ Como advierte el Tribunal Constitucional en el caso Sortu a las declaraciones de condena se les puede exigir contundencia y claridad, no sinceridad. Nadie puede entrar en el fuero interno de las personas pero sí que puede exigírseles un comportamiento externo: que condenen de forma inequívoca el terrorismo y que actúen de forma consecuente con dicha condena. Si no es así no pueden estar en las instituciones. Y hay que ser rigurosos en esta exigencia pues como decía el profesor PECES-BARBA, «cualquier titubeo, cualquier debilidad, la interpretan como un triunfo».¹²

Sortu debería rectificar de una vez por todas y romper toda atadura que le liga a ETA-Batasuna. ANV tuvo ocasión de hacerlo pero persistió en su error con fatales consecuencias para ella. Como hemos dicho, un aviso a navegantes. Todo acto realizado por Sortu o, incluso, por miembros de la extinta Batasuna que demuestre esa conexión le acerca más y más al mismo final.¹³ El Estado de Derecho ha de posibilitar que los que antes apoyaban a los terroristas puedan rectificar y puedan defender su proyecto por vías democráticas. En eso radica la grandeza de la democracia y de los demócratas. Que los proyectos que antes defendían en exclusiva por los terroristas ahora se defiendan de forma democrática es un logro. En este sentido, la LOPP que para muchos era una mala ley ha cumplido su objetivo pues gracia a ella el abanico de proyectos defendidos de forma pacífica es más amplio que antes de su entrada en vigor. La LOPP no solo no ha mermado el pluralismo político existente sino que lo ha ampliado.

¹¹ No todas las ideas. En España quedan fuera las que constituyen ilícitos penales tal como se señala en la Exposición de Motivos de la LOPP.

¹² PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, «el respeto en el ámbito vasco», *El País*, 11 de junio de 2001, p. 13.

¹³ Recordar que en la STEDH de 15 de enero de 2013, el Tribunal tuvo en cuenta como elemento que probaba la conexión con Batasuna las declaraciones de los dirigentes de Batasuna a favor de ANV.

ALGUNAS NOTAS PARA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOCENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

CONCEPCIÓN COLLADO MATEO

Abogada, Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

A lo largo de la historia de la humanidad, las transformaciones sociales se han debido, en buena medida, a los grupos sociales, de un modo u otro hasta entonces oprimidos, desplazados o marginados, que fueron adquiriendo conciencia de su situación y protagonismo social. Este protagonismo y los cambios que origina se fueron expresando en propuestas ideológicas que daban cuenta de las transformaciones operadas y que impulsaron y legitimaron las nuevas propuestas y, en su caso, la toma del poder.

Como señala Carmen Magallón, «El interés de un pensamiento situado en la experiencia de un grupo históricamente discriminado radica en que es precisamente desde los grupos excluidos, desde la experiencia de la exclusión, desde donde nacen interpretaciones críticas y visiones alternativas de la convivencia cotidiana y la política, que pasan desapercibidas a la mirada hegemónica» (MAGALLÓN, 2006:1).

Una de esas interpretaciones y visiones alternativas es el feminismo que como movimiento teórico y reivindicativo y la perspectiva de género como instrumento metodológico, han puesto en cuestión, o mejor, han explicado de otra forma, los fundamentos de esas transformaciones y el protagonismo de las mujeres en ellas y han permitido otra manera de ver y explicar la realidad y consecuentemente, también plantear alternativas transformadoras.

Como ha señalado Carlos de Cabo, para un Pensamiento Crítico Jurídico - Constitucional, «mención especial requiere la aportación del Feminismo jurídico, fundamental en la materia, en cuanto sin ella la perspectiva crítica quedaría afectada, grave e ideológicamente, de parcialidad.» (DE CABO 2012: 4).

En ese entendimiento, desde la Red Feminista, como sector crítico del Derecho Constitucional, entendemos «la necesidad de reformular las bases del actual conocimiento del Derecho, especialmente del Derecho Constitucional, con la incorporación tanto a la investigación como al estudio y enseñanza de las disciplinas jurídicas, de los aportes de la teoría feminista al conocimiento, integrando las nuevas categorías desde la perspectiva de género y difundirlas en el ámbito académico, especialmente en la educación superior».¹

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La necesidad de utilizar la perspectiva de género aparece con los movimientos de mujeres y el feminismo de los años sesenta y setenta del siglo XX que fueron desvelando y aportando al conocimiento las causas de la desigualdad y discriminación universal de las mujeres y conceptualizando esa situación.²

A partir de este momento, el género, como nueva categoría analítica y central en la teoría feminista, y la recuperación del término *Patriarcado* para designar el sistema completo de poder en donde las mujeres están sistemáticamente minorizadas (VAL-

¹ Red Feminista de Derecho Constitucional, Objetivos, <http://www.feministasconstitucional.org/>.

² No se trata de recordar ahora los orígenes del pensamiento feminista ni cómo, desde sus inicios, ha ido aportando causas para explicar la desigualdad y discriminación universal de las mujeres, sino que ahora se trata de señalar cuando se asume la necesidad de la utilización de la perspectiva de género en todos los ámbitos.

CARCEL, 1994: 44), irrumpen en el ámbito científico y académico y, en España en los años ochenta del siglo XX, obras como *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, de Celia Amorós, dan cuenta de ello y marcarán el camino.

Partiendo de distinguir, básicamente, *el sexo* como las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos fisiológicos entre los seres humanos, y *el género* como las diferencias culturalmente construidas sobre el sexo, *la perspectiva de género* (o enfoque de género) es un sistema de análisis que nos permite comprender que la situación de las mujeres sólo puede ser explicada a partir del sistema de valores determinado por el género.

Esta nueva categoría analítica, nos permite distinguir el plano biológico del nivel cultural y social en que se inscriben los comportamientos humanos y nos permite desvelar las consecuencias que la situación de los hombres y de las mujeres, culturalmente pautada, tienen para mujeres y hombres. El género, aunque adopte distintas expresiones según las sociedades, como construcción social e históricamente determinada, da cuenta de las expectativas y valores que una sociedad asocia al hecho de ser mujer o varón y se concreta a través de roles o expectativa social y de estereotipos que, en cuanto ideas, creencias, prejuicios, actitudes y opiniones sociales preconcebidas que se tienen sobre las pautas y reglas de comportamiento respecto a una persona o grupo, en función de la edad, sexo, etnia u otras características, mediante su repetición frecuente, se fijan, se transmiten y se perpetúan.

Actuamos en la inmediatez de lo aprendido, de lo que se supone que es normal, de lo que se espera de nosotras sin pararnos a veces a reflexionar el porqué de nuestros comportamientos, que reproducimos una y otra vez, según los roles impuestos o imperantes.

Como señala la *Ley de Igualdad*, a pesar de las indudables transformaciones sociales, culturales y legales, la situación de subordinación y exclusión que han padecido las mujeres en todos los tiempos, la pervivencia (cuando no perpetuación) de determinados estereotipos y roles tradicionales, junto con la perenne infravaloración de la actividad femenina, limitan en la práctica la capacidad de las mujeres para ejercitar plenamente y en igualdad con los varones, los derechos, de las que son titulares.

Se trata por tanto, de desvelar cómo las diferencias de género influyen en todos los pensamientos, actitudes y comportamientos, de tal forma, que todos los conocimientos e instrumentos que utilizamos, en nuestra actividad docente o cualquier otra, han venido y vienen determinados por la construcción social del género.

PATRIARCADO Y RELACIONES DE GÉNERO

El género, como nueva categoría analítica, se muestra fundamental para los estudios del derecho, ya que si entendemos al derecho como uno de los instrumentos esenciales para regular los poderes e intereses sociales y para institucionalizar relaciones de poder, es el género el que ha permitido distinguir y definir, entre las diferentes posibles relaciones de poder social, las relaciones de mujeres y hombres como *relaciones de género* o *sistema sexo/género*, creadas por la estructura político-social que denominamos *Patriarcado* y, tras las aportaciones de la feminista norteamericana Joan W Scott, que define el género como «un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en la diferencia que distingue los sexos» y «es una forma primaria de relaciones significativas de poder» (SCOTT, 1990: 44), el género también «como categoría discursiva y objeto significativo, y no solamente como relación social» (LUNA, 2002: 3).

El feminismo recuperó el término *Patriarcado* para designar el sistema jerárquico de relaciones sociales, políticas y económicas que, tomando como excusa la diferencia biológica sexual y su significado genérico, establece, reproduce y mantiene al hombre como parámetro de la humanidad otorgándole una serie de privilegios e institucionalizando el dominio masculino sobre las mujeres. Esta dominación se manifiesta, de diferentes maneras y en distintas sociedades, en todos los ámbitos en que se desarrolla la vida, y se entrelaza con otros factores como la preferencia sexual, la edad, la etnia, la posición social, la religión o la discapacidad. Aunque existan otras relaciones opresivas entre los hombres y algunas mujeres (y también algunas mujeres opresoras con poderes y privilegios), el fin último del sistema patriarcal es el mantenimiento y perpetuación de la superioridad y el poder masculino sobre las mujeres.

El *Patriarcado*, como estructura político-social que valora a los hombres más que a las mujeres y somete a la dominación masculina a todas las mujeres, es una estructura que ha pervivido y todavía pervive y, como estructura invisible «no escrita pero inscrita en la sociedad» (SAU 2006: 1), esa dominación real y simbólica a lo largo de la historia y según las distintas sociedades, el tiempo y lugar, se ha manifestado de formas distintas pero, en todas ellas, las mujeres están expuestas y padecen distintos grados y tipos de dominación u opresión patriarcal, algunas comunes y otras no.

Como sistema de dominación, las características del patriarcado se expresan en usos, costumbres, tradiciones, normas y hábitos familiares y sociales, ideas, prejuicios, símbolos, cuya enseñanza-aprendizaje en los distintos espacios de socialización (familia, escuela), asegura su transmisión de generación en generación; define roles y crea estereotipos sexuales que los hace aparecer como naturales y universales, con la filosofía y la religión como elementos legitimadores y con las normas jurídicas que institucionalizan esas relaciones de dominación/sumisión.

La perspectiva de género es una nueva manera de mirar la realidad que nos permitirá comprender mejor que la discriminación que, en mayor o menor medida, sufren las mujeres en todos los lugares del mundo, responde a las relaciones de poder social, producto de la estructura social patriarcal, que hemos denominado *relaciones de género o sistema sexo/género*, construidas cultural e históricamente, en todos los ámbitos, donde se produce la confusión entre sexo y género, entre naturaleza y cultura; que este fenómeno es de carácter estructural (discriminación estructural y universal), pues afecta a todos los ámbitos de la vida social, que no se reduce a comportamientos o prácticas individuales o concretas y que, si no se actúa contra el mismo, tiende a perpetuarse y reproducirse.

Esta nueva manera de mirar la realidad, es asumida progresivamente por la ONU y, a partir de 1975, en el que las Naciones Unidas proclaman «El Decenio de la Mujer», a lo largo de más de 30 años, se sucedan cuatro Conferencias Mundiales sobre las Mujeres, de la ONU: México (1976), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

En este período la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)*, ONU, 1979 (ratificada por España en 1983), supuso un hito en la toma de conciencia internacional de la específica desigualdad y discriminación de las mujeres y la entrada de la discriminación de las mujeres en la agenda jurídico-política.

La *CEDAW* define discriminación contra la mujer, como «Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su

estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o cualquier otra esfera» (Art.1), y declara que los derechos de las mujeres incluyen todos los derechos políticos, económicos, sociales y culturales que conforman una sociedad e insta a los Gobiernos a establecer, formalmente, la igualdad de derechos y combatir la desigualdad de oportunidades, para garantizar el ejercicio de todos los derechos y libertades para cualquier persona.

Con posterioridad a su aplicación en la investigación, el término género apareció en el marco de la *II Conferencia* (Nairobi 1985) en donde, por primera vez, se incluyó el maltrato contra la mujer entre las formas de discriminación y, en 1992, la *Recomendación General 19*, ONU, relativa a la CEDAW, también, por primera vez, se reconoce formalmente la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación, e instó a los gobiernos a que adopten medidas preventivas y de protección en materia de violencia contra las mujeres.

Este relevante giro conceptual se acompañó, en la *II Conferencia Mundial de los Derechos Humanos*, celebrada en Viena en 1992, con el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un grave atentado contra los derechos humanos y, en 1993, la *Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas* de 20 de diciembre sobre *Eliminación de la violencia contra las mujeres*, proclamó que «la violencia sobre las mujeres constituye un obstáculo para alcanzar la igualdad, una violación de los derechos humanos y un reducto de anacrónicas concepciones basadas en relaciones de superioridad / inferioridad entre los hombres y las mujeres» y, por primera vez, se señala que la violencia que se ejerce contra las mujeres es violencia de género. Este cambio terminológico lleva aparejado la asignación de responsabilidades a los Estados por actos de violencia contra las mujeres (Resolución 45/1994, de la Comisión de los Derechos Humanos).

A partir de la *IV Conferencia* (Beijing 1995), el concepto género fue utilizado ampliamente e integrado en el lenguaje de Naciones Unidas, junto con la transversalidad de género (mainstreaming), poniendo de manifiesto la necesidad de incorporar la perspectiva de género (la influencia del género) en cualquier actuación política y, en 1998, la Comisión de la Condición Jurídica de la Mujer de la ONU, advirtió de la importancia de introducir la perspectiva de género en todas las políticas públicas.

En la *Plataforma de Acción* de Beijing el término *género* se utiliza para aludir a las relaciones y la asignación de papeles sociales diferenciados entre hombres y mujeres. «El uso de este vocablo invoca dos premisas fundamentales: Si bien las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer parecen sustentar una determinada distribución de papeles en la sociedad para cada sexo, esta asignación no se desprende directamente de las diferencias biológicas, sino que se construye como un hecho determinado por el contexto social, político y económico. En este sentido, puede decirse que la diferenciación biológica entre hombres y mujeres ha sido utilizada para cimentar una construcción social que establece dos tipos de personas y modos de vida con formas asociadas de ser.»

«La diferenciación entre hombres y mujeres da lugar a un orden jerárquico basado en la supremacía de los hombres y lo masculino y en la desvalorización y subordinación de las mujeres y lo femenino. Ésta se expresa en la construcción de estereotipos de género, en la definición de ámbitos sociales de acción para hombres y mujeres, así como en un acceso desigual al poder, las oportunidades y los recursos.»

Esta explicación de género es un buen resumen de lo que la teoría feminista había venido elaborando, en la medida en que señala uno de los elementos fundamentales para definir las relaciones de poder entre mujeres y hombres, como relaciones de género, que implican, en resumen, superioridad masculina inferioridad femenina, en todos los ámbitos.

En cuanto a la violencia contra las mujeres, los Párrafos 113 y 118 de la Plataforma de Acción de Beijing la definen como violencia de género: «La expresión violencia contra la mujer se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada» (P 113), (a continuación, señala formas, entre otras, que puede tener la violencia contra la mujer) y, «La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales...» (P 118).

En el Período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI* (2000), se proclamó que «Los compromisos contraídos por los gobiernos en Beijing reflejan la comprensión de que la igualdad de la mujer debe ser un componente central de cualquier intento de resolver los problemas sociales, económicos y políticos del mundo. En consecuencia, si en el pasado las mujeres lucharon para que la igualdad entre los géneros formara parte del temario de la comunidad internacional, la igualdad entre los géneros es hoy uno de los principales factores que conforman ese temario» y el *Informe del Comité Especial Plenario de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, concluyó que «el hecho de que no se comprendan suficientemente las causas profundas de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas obstaculiza las actividades que se realizan para eliminar dicha violencia».

En diciembre de 2003, la Asamblea General de la ONU ordenó que se elaborara un estudio a fondo sobre todas las formas y manifestaciones de la violencia contra la mujer (*rel.58/185*) que pusiera de relieve la persistencia y la inaceptabilidad de todas las formas de violencia contra la mujer en todas las partes del mundo.

Este estudio, presentado a la Asamblea por el Secretario General en octubre de 2006 con el título «*Fin a la violencia contra la mujer: hechos, no palabras*», constata que la violencia contra la mujer persiste en todos los países del mundo como una violación generalizada de los derechos humanos y es uno de los obstáculos principales para lograr la igualdad de género. El panorama general ofrecido es que, a pesar de la atención cada vez mayor que se presta a los derechos de las mujeres, ha habido escasos progresos en la reducción de la violencia contra las mismas, y pone de manifiesto que esta violencia es de carácter mundial y sistemática y que está arraigada en los desequilibrios de poder y la desigualdad estructural entre hombres y mujeres, y es una forma de discriminación contra las mismas, pues la violencia contra la mujer, «no era el resultado de actos individuales de mala conducta realizados al azar, sino que estaba profundamente arraigada en relaciones estructurales de desigualdad entre las mujeres y los hombres... y el papel de la violencia contra la mujer, como forma de discriminación y mecanismo para perpetuarla.» Por último, este estudio plantea que es necesario comprometer, más eficazmente, a los hombres en la labor de prevenir y eliminar esa

violencia y hacer frente a los estereotipos y las actitudes que perpetúan la violencia masculina contra la mujer.

Finalmente, en julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha creado la Entidad de la ONU para *La Igualdad de Género y el empoderamiento de la Mujer, ONU Mujeres*, con inicio en enero 2011 pues, según se razona, durante varios años, la ONU se ha enfrentado a serias dificultades en sus esfuerzos por promover la igualdad de género en el mundo, incluyendo una financiación inadecuada y ningún motor reconocido que dirija las actividades de la ONU en materia de igualdad de género. Las desigualdades entre los géneros están muy arraigadas en las sociedades. Las mujeres no tienen acceso a un trabajo decente y se enfrentan a la segregación ocupacional y a las diferencias en los salarios por su sexo. A veces también se les niega el acceso a la educación básica y a los servicios de salud. Las mujeres de todas las regiones del mundo son víctimas de violencia y de discriminación y están mal representadas en los procesos de toma de decisiones.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. *Ley 30/2003 de 10 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno*. Introdujo una modificación en los artículos 22 y 24 de la *Ley 50/1997 de 27 de noviembre de 1997 del Gobierno*, por la cual, los proyectos de ley y disposiciones reglamentarias, irán acompañadas de un informe, sobre el impacto por razón de género, de las medidas que contienen.

De este modo, el Gobierno asume la responsabilidad de aportar información sobre la incorporación de la perspectiva de género y la valoración de los efectos que las normas aprobadas van a tener, de forma separada, sobre los hombres y las mujeres, considerando, especialmente, las desigualdades y discriminaciones por razón de sexo (discriminaciones por razón de género) existentes. Esta responsabilidad ha de quedar plasmada en un documento que se denomina: *Informe de Impacto de Género*.

La *Guía para informes de impacto de género*, de acuerdo con esta Ley,³ define la perspectiva de género como un sistema de análisis que permita desvelar las consecuencias que estas diferencias de género tienen para mujeres y hombres. Denomina desigualdades de género a las situaciones de desigualdad social entre hombres y mujeres, que sólo pueden ser explicadas a partir del sistema de valores determinados por el género y señala que existen grandes diferencias en las condiciones sociales entre hombres y mujeres como muestran las fuentes estadísticas relativas a los diversos ámbitos sociales: educación, empleo, participación social y política, riqueza, salud, etc. y que, para comprender adecuadamente estas desigualdades, es necesario comprender conceptos como sexo y género o roles y estereotipos, que sirven para analizar estas diferencias.

Así mismo señala que el conjunto de roles y estereotipos asignado a hombres y mujeres, ha tenido consecuencias para ambos y esta división de roles ha tenido consecuencias en la esfera laboral. Finalmente, como consecuencia general, señala que existe una gran diferencia de acceso a los recursos y de desarrollo personal para uno y otro sexo, en función del ámbito en el que nos encontremos, por lo que es preciso

³ *Guía de aplicación práctica para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el gobierno de acuerdo a la Ley 30/2003*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2005.

tener en cuenta que las normas deberán atender a una regla de eficacia basada en la universalidad de resultados. Es decir, que beneficie por igual a hombres y mujeres.

Siguiendo esta *Guía*, sexo se refiere a las características biológicas diferenciales que existen entre mujeres y hombres; dichas características son de orden físico e indican el sexo: masculino y femenino y, resulta evidente que el nacimiento determina una serie de rasgos anatómicos sobre los que el individuo no tiene capacidad de decisión; el género, como construcción cultural sobre el sexo, se refiere al conjunto de expectativas que la sociedad deposita en relación a los distintos comportamientos que deberían tener hombres y mujeres; supone unas formas de comportamiento distintas para mujeres y hombres. Así, por ejemplo, en cuanto a la asignación de responsabilidades se espera que los hombres mantengan mayor protagonismo en el mundo del trabajo, mientras que de las mujeres se espera que ejerzan esa responsabilidad en el ámbito doméstico (aunque dispongan de un trabajo retribuido). Por lo tanto, el género es una circunstancia social que depende de las distintas culturas y creencias. En este caso, los individuos sí conservan cierto margen de actuación, en la medida que lo adaptan a «su» particular forma de entender lo que «debe ser» un hombre o una mujer y, cuando hombres y mujeres establecen sus interacciones en función de las expectativas sociales, las denominamos relaciones de género.

El género, (o expectativa social) se concreta a través de roles que son funciones, tareas, responsabilidades y prerrogativas que se generan como expectativas o exigencias y, una vez asumidas por la persona, ésta construye su personalidad en función del mismo y su entorno le exige que lo cumpla. Por ejemplo: que las mujeres sean las que se encarguen siempre del cuidado de los niños y niñas, personas mayores o enfermas, como exigencia social o que socialmente se entienda «mejor» que una trabajadora (rol) pida un permiso por enfermedad de una hija, que un empleado (rol) solicite el mismo permiso, y se entienda el trabajo a tiempo parcial como salida adecuada para las mujeres.

En cuanto a los estereotipos la *Guía* señala que con este término se alude a una batería de ideas y creencias que circulan socialmente y que se fijan, mediante su repetición frecuente, y logran adquirir rango de realidad, aunque, si nos detuviéramos en sus contenidos, veríamos que se basan más en prejuicios que en un análisis riguroso; que son ideas, actitudes y valores preconcebidos que se tienen respecto a una persona o grupo en función de la edad, sexo, etnia u otras características que suelen ser rígidas y presentan una gran resistencia al cambio y que convivimos a diario con multitud de estereotipos sobre razas, grupos de población y, desde luego, sobre hombres y mujeres.

2. *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Mediante esta ley se aborda por primera vez en nuestro ordenamiento, la violencia contra las mujeres, desde la perspectiva de género, al ser su objeto «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»..., (artículo 1.1.) acogiendo el concepto de discriminación estructural.

3. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. En su Exposición de Motivos, señala alguno de aquellos ámbitos en donde resulta patente la pervivencia de discriminación por razón de sexo: menor nivel de empleo, las profesiones mayoritariamente ocupadas por mujeres son categorías inferiores, dificultades de promoción, menor salario y el trabajo a tiempo parcial (casadas, edad, hijos, ancianos), escasa representación en puestos de dirección o representación

política, la violencia contra las mujeres, que muestran cómo la igualdad plena y efectiva precisa de nuevos instrumentos jurídicos (II 1º), pues «El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado insuficiente» (II), por lo que, «Resulta necesaria ... una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla», exigencia que «se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres...» (II 2º). Incorpora el «acervo comunitario» que desde el antiguo artículo 111 del *Tratado de Roma* se ha ido desarrollando, transponiendo tres Directivas sobre igualdad de trato y acogiendo, como principio fundamental de su texto, la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio (I 4º y III 1º) y prevé un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas... y «la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género» (III 4º).

Sin detenernos en el acervo comunitario, sí conviene destacar *La Recomendación del Comité de Ministros de UE, CM/Rec (2007/17) de 21 de noviembre, Sobre normas y mecanismos de igualdad* que, tras proclamar que «la igualdad de mujeres y hombres es un principio que emana de los derechos humanos, una condición esencial de la democracia y un imperativo de la justicia social», señala que «la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres forma parte integrante del proceso que conduce a una verdadera democracia»; que «como requisito previo», «debe garantizarse la participación plena de todos los miembros de la sociedad, mujeres y hombres, en todos los ámbitos de la vida» y que «las democracias deben llegar a ser conscientes del género y mostrar su sensibilidad al respecto». Considerando, además, la naturaleza específica de la discriminación contra la mujer que, debido a su carácter estructural y horizontal, se encuentra en todas las culturas y comunidades, todos los sectores, niveles y ámbitos, durante toda la vida, así como la necesidad de atacar esta discriminación de forma íntegra y sistemática para conseguir una igualdad plena entre mujeres y hombres... significa, «la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género».

4. *Real Decreto 1083/2009 por el que se regula la Memoria del análisis de Impacto Normativo con el objetivo de mejorar la calidad de las normas*, cuyo objeto es desarrollar las previsiones contenidas en los artículos 22.2 y 24.1.a) y 24.1.b), párrafo segundo, de la *Ley 50/1997 del Gobierno*, establece que dicha memoria deberá contener, entre otros, el apartado e) de Impacto por razón de género, en el que «se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera».⁴

5. *Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*. Prevé la implantación de la perspectiva de género como categoría transversal en todo el proceso de creación y transmisión del conocimiento.

⁴ *Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo*. Ministerio de la Presidencia. 2010.

Un magnífico ejemplo de la asunción de la perspectiva de género y de las relaciones de género, es el último Informe del Consejo Económico y Social, *Tercer Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española 2004-2010*, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 30 de noviembre de 2011.⁵

A modo de conclusión, si se quiere avanzar en una enseñanza e investigación en igualdad, todo nuestro trabajo y actuaciones deberán ser abordados desde esta perspectiva, con el fin de evitar esa invisibilidad de la desigualdad que perpetúa situaciones discriminatorias.

Para ello, en el *Debate sobre el estado de la igualdad en tiempos de crisis* (IX Encuentro de la Red Feminista de Derecho Constitucional, junio 2012),⁶ analizamos como el *patriarcado*, y sus instrumento de dominación (filosofía, religión, derecho), ante los logros de la igualdad de las mujeres, no sólo no ha permanecido inerte, aunque en formas distintas (no todas, baste recordar la violencia de género) a las que nos tenía acostumbradas, sino que, a partir de las últimas modificaciones en el derecho de familia (matrimonio y otras), y especialmente a partir de leyes para la igualdad efectiva como la *Ley Integral, la Ley de Igualdad y la Ley para la salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, se ha venido manifestando, la que denominamos reacción patriarcal, ante la nueva realidad de las mujeres y sus efectos en el modelo de familia patriarcal (y cristiana).

Como ha escrito Susan Faludi, «La reacción patriarcal no se desencadena porque las mujeres hayamos conseguido la plena igualdad, sino porque parece posible que podamos conseguirla».

APUNTE BIBLIOGRÁFICO

AMORÓS, C. (1985), *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Antrhopos. Barcelona.

DE CABO, C. (2012), *Propuesta para un constitucionalismo crítico*. Contestación a la laudatio en su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante. Página web UA.

LUNA, L. (2002), *La historia feminista del género y la cuestión del sujeto*. Barcelona. Mujeres en Red. www.mujeresenred.net/f-lola_luna-sujeto.html. Consultado marzo 2013.

MAGALLÓN, C. (2006), Conferencia *Nacionalismo, mujeres organizadas y procesos de paz: la resolución 1325 del Consejo de Seguridad*, Fuerteventura, www.fuerteventuradigital.com/.../2006/.../21. Consultado marzo 2013.

SAU, V. (2006), *Patriarcado*, Barcelona, zubiakeraikitzen.blogspot.com/.../patriarcado... Consultado marzo 2013.

SCOTT, JW. (1990), *El género, una categoría útil para el análisis histórico*, en *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*. James y Amelag y Mary Nasch (eds), Edicions Alfons el Magnanim. Valencia, Institució Valenciana d'Estudis i investigació.

VALCÁRCEL, A. (1994), *Feminismo y poder político*, Foro Internacional «Mujer, Poder Político y Desarrollo», Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales/ Instituto de la Mujer.

⁵ Consejo Económico y Social de España, Colección Informes, 1/2011.

⁶ <http://www.feministasconstitucional.org/>

**LOS DERECHOS SOCIALES EN
EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA
DE LA COMUNITAT
VALENCIANA:**

**MANDATOS VESTIDOS DE DERECHOS
A LA LUZ DE LAS SSTC 247/2007,
DE 12 DE DICIEMBRE Y 31/2010, DE
28 DE JUNIO**

JAVIER CRUZ ROS
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

**II. LA REGULACION DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA
VALENCIANO: RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y ESTABLECIMIENTO DE PRINCIPIOS**

**III. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ FUE DE LOS DERECHOS
SOCIALES ESTATUTARIOS?**

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción

La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana llevada a cabo en abril de 2006,¹ ha supuesto, entre otras muchas novedades significativas, la inclusión en su articulado de una declaración o catálogo de derechos, predominantemente de carácter social.² Así, su nuevo Título II -que aparece bajo la rúbrica «De los derechos de los valencianos y valencianas»- incorpora un conjunto de cláusulas referidas a derechos pero también, y a pesar de la dicción de su Título, a principios rectores y mandatos de contenido social dirigidos a los poderes públicos en el ámbito autonómico valenciano.³ Para ello, parte del reconocimiento genérico de los derechos sociales de los valencianos remitiéndose sin embargo a una ley de Les Corts para la elaboración de una Carta de derechos sociales de la Comunitat Valenciana (artículo 10.1 y 2). No obstante, en el propio se introducen algunos preceptos destinados a consagrar derechos y principios de contenido social como los referidos a la vivienda (artículo 16), a los discapacitados o dependientes (artículo 13), o aquellos otros relacionados con la protección de sectores especialmente desfavorecidos (artículo 15); y además, -si bien fuera del citado Título II-, también cabe encontrar otros derechos que inciden en el ámbito social como los relativos a la protección de la salud de los valencianos (artículo 54.6) o aquellos que redundan en la esfera laboral (artículos 53.2 y 80).⁴

Partiendo ahora de la legitimidad de la inclusión de derechos y principios en los Estatutos como consecuencia de la interpretación constitucional (SSTC 247/2007, de 12 de diciembre⁵ y 31/2010, de 28 de junio),⁶ lo cierto es que la consagración de estos derechos y principios rectores de carácter social constituye una expresión de los contenidos del Estado social, a cuya construcción, dentro del marco competencial propio, han venido contribuyendo de manera decisiva las Comunidades Autónomas. Y aunque parezca claro que estos derechos y principios vienen a desarrollar y concretar principios rectores de la política social y económica recogidos, en su mayoría, en el Capítulo III

¹ Vid. Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

² Para un amplio estudio, análisis y alcance de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, elaborado con motivo de la conmemoración del trigésimo aniversario del Estatuto de Autonomía valenciano, *vid.*, por ejemplo, GARRIDO MAYOL, VICENTE (2012). También, puede consultarse del mismo autor, GARRIDO MAYOL, VICENTE (2005). Sobre los contenidos de los derechos adicionales al Estatuto de Autonomía valenciano, *vid.* SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO (2007) y TUR AUSINA, ROSARIO (2005).

³ Resulta significativo como «en dicho Título II confluyen, junto a los de carácter social, otros derechos y principios de las más diversas categorías (de participación, culturales, etc., incluso mezclados en ocasiones en un mismo precepto) lo que pone de manifiesto la heterogeneidad de los contenidos del citado Título» (GARRIDO MAYOL, 2012: 78-79; SÁNCHEZ FERRIZ, 2011, 2007; TUR AUSINA, 2005).

⁴ Con ello se pone de manifiesto «la falta de sistemática que impregna todo el Estatuto valenciano» (Álvarez Conde, 2007: 384; Sánchez Ferriz, 2011, 2007; Catalá i Bas, 2005; Tur Ausina, 2005)

⁵ Vid. STC 247/2007, de 12 de diciembre, promovido por el Gobierno aragonés frente a la nueva redacción del art. 17 del Estatuto valenciano.

⁶ Vid. STC 31/2010, de 28 de junio, promovido por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos del Estatuto de Cataluña.

del Título I de la Constitución,⁷ su incorporación en el texto estatutario no deja de ser una cuestión baladí por dos cuestiones de distinto alcance. La primera de ellas adquiere una relevancia en un plano más abstracto y es que la referencia estatutaria a esos derechos pone en valor la importante proyección de integración que tienen los mismos al establecer una relación directa con la ciudadanía. Efectivamente, ahora la sociedad está presente en el nuevo Estatuto gracias precisamente a los derechos y principios contenidos en el mismo, superándose con ello la concepción estancada que se tenía de los Estatutos de Autonomía en tanto que normas exclusivamente definidoras de aspectos institucionales, competenciales y financieros de las diversas Comunidades Autónomas (BALAGUER CALLEJÓN, 2009; 2008a; 2008b; CASTELLÁ ANDREU, 2007). Junto a ello, merece destacarse otro aspecto que debe ser valorado positivamente. La introducción de derechos y principios de contenido social en el Estatuto valenciano constituye un paso más en el proceso evolutivo del Estado social autonómico, profundizando y consolidándose así la proyección que éste tiene en dicho ámbito (APARICIO Y PISARELLO, 2007).

La segunda y, según mi parecer, mucho más significativa por las consecuencias que lleva aparejadas, es el reforzamiento a nivel autonómico de los derechos sociales proclamados en el Estatuto de Autonomía. En este sentido, la transformación en derechos de algunos contenidos sociales de la Constitución, dotándoles de rango estatutario y convirtiéndolos ahora en indisponibles para el legislador autonómico, supone reforzar sus garantías. De esta forma, estos derechos, tradicionalmente situados en la esfera de lo que es política y económicamente oportuno, pasan a convertirse en normas preceptivas de la actuación de los poderes públicos autonómicos cuya modificación requerirá de un procedimiento de reforma del propio Estatuto (Expósito Gómez, 2011).

Ha de reconocerse sin embargo que mayores dudas suscita el hecho de que el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, al concretar determinados principios rectores constitucionales o específicos aspectos de ellos, formulados -como acabo de indicar- en el plano estatutario mediante derechos sociales, hubiera dotado a los mismos del régimen jurídico propio de los derechos subjetivos en su ámbito competencial, esto es, exigibles como tales ante los poderes públicos, y ejercitables de modo directo e inmediato ante los órganos jurisdiccionales.

Así, de una parte, la formulación normativa de estos derechos sociales requiriendo, salvo contadas excepciones, de la actuación del legislador ordinario para su concreción y determinación de su alcance pone de manifiesto que aunque tengan la formulación jurídica de derechos carecen de aplicabilidad directa ante los órganos jurisdiccionales. De otra parte, la falta de clasificación que distinga derechos y principios junto con la ausencia de previsión acerca de la eficacia jurídica y alcance que cabe otorgar a sus distintos enunciados de modo similar al contenido en el artículo 53 de la Constitución respecto a los derechos y principios rectores hace verdaderamente difícil poder concluir en otro sentido distinto al aludido anteriormente (TUR AUSINA, 2005).

Esta debatida cuestión no obstante se ha venido a resolver en sede constitucional en relación con la adecuación del artículo 17.1 del Estatuto valenciano y de numerosos preceptos del Estatuto catalán⁸ a la Constitución española al formularse en ambas sentencias una doctrina de alcance general. A modo de síntesis, puedo adelantar que

⁷ Vid. *infra*. epígrafe II.

⁸ Por lo que se refiere al Título I -dedicado a los derechos, deberes y principios rectores-, los artículos cuestionados por no ser conformes a la Constitución fueron el 15, 20, 21.1 y 2, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41.5, 50.4 y 5, y 52.

el Tribunal Constitucional concluye que los derechos estatutarios de contenido social se configuran como simples principios rectores o mandatos dirigidos a los poderes públicos autonómicos, singularmente al legislador, cuya actuación será determinante para la individualización de auténticos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos.

Introducidas así las consideraciones precedentes, en este trabajo, trataré de exponer, mediante una breve referencia, los derechos de contenido social que con mayor o menor precisión y acierto se han incorporado en el Estatuto de Autonomía valenciano tratando de determinar la verdadera naturaleza y alcance de los mismos para, a continuación, analizar y conocer cuáles son los argumentos esgrimidos por el máximo garante constitucional en las sentencias 247/2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio, que le llevan a concluir en el sentido anteriormente mencionado, revelándose con ello un sorprendente desenlace: la devaluación de sus contenidos y atenuación de su fuerza normativa.

II. La regulación de los derechos sociales en el Estatuto de Autonomía valenciano: reconocimiento de derechos y establecimiento de principios

Como ya he apuntado anteriormente, la desafortunada falta de sistemática que presenta el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, hace algo complicado ordenar los derechos sociales que figuran tanto en el Título II como en otros preceptos diseminados a lo largo de todo el texto estatutario (SÁNCHEZ FERRIZ, 2007). Por otra parte, si bien en la denominación del Título II se alude a los derechos de los valencianos y valencianas, de la atenta lectura de los enunciados contenidos en el mismo se pone de relieve que dentro del citado Título aparecen regulados, tanto derechos como principios y mandatos dirigidos al legislador y al resto de los poderes públicos autonómicos.

Con carácter previo, y antes de exponer los derechos de contenido social que de forma particular se han introducido en el Estatuto de Autonomía valenciano, merece destacarse no obstante la cláusula general de carácter declarativo prevista en el artículo 8, relativa a los derechos que ostentan los ciudadanos de la Comunitat Valenciana, siendo éstos, los de la Constitución y los reconocidos en el ordenamiento de la Unión Europea y los convenios internacionales ratificados por el Reino de España, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales o la Carta Social Europea, estando los poderes públicos valencianos vinculados por los mismos. Si bien es cierto que esta cláusula no conlleva consecuencias jurídicas nuevas y significativas, no puede obviarse tampoco que la misma supone una actualización de su predecesora al momento histórico en el que es aprobada la reforma del Estatuto de Autonomía valenciano al incorporar ahora una remisión expresa a los convenios internacionales que en materia de derechos han sido ratificados por España.

Comenzando ahora sí la disección jurídica de los derechos regulados en el Título II, sabido es que se corresponden, en su mayoría, con los derechos sociales. Así las cosas, es el artículo 10 el que parece que se dedica propiamente a los derechos sociales. Por lo que se refiere a su apartado 1º, en el mismo se efectúa un reconocimiento genérico de los derechos sociales de los valencianos, remitiéndose no obstante, en su apartado

2º, a una ley de Les Corts para la elaboración de una Carta de derechos sociales,⁹ como «expresión del espacio cívico de convivencia de los valencianos», si bien lo hará, según establece el apartado 3º, respetando el legislador autonómico unos criterios de referencia obligada, tanto en lo que se refiere a los fines y objetivos como en lo relativo a los grupos sociales que deben ser atendidos de un modo especial. De esta forma, se alude a la defensa integral de la familia; la protección específica y tutela social del menor; la no discriminación y derechos de la personas con discapacidad y de sus familias; el derecho a la participación y protección de las personas mayores y de los dependientes; la atención integral a las personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social; la igualdad entre los hombres y mujeres en todos los ámbitos; la protección social contra la violencia de género y actos terroristas; y los derechos y la atención social de inmigrantes. Por último, en su apartado 4º dirige un mandato a los poderes públicos autonómicos para que los derechos sociales se apliquen real y efectivamente, tanto desde su consideración individual como colectiva, ya sea bien como grupo o colectivo determinado.¹⁰

No obstante, el Estatuto valenciano recoge otros artículos que, directa o indirectamente, se refieren a los derechos sociales. Se trata de determinados derechos -aunque, a mi juicio, salvo contadas excepciones,¹¹ básicamente y en puridad regulen principios rectores, más que derechos *stricto sensu*- que son incorporados al texto estatutario como concreción de algunos principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución singularizando aspectos específicos sobre la acción pública a desarrollar por los poderes públicos autonómicos en el ámbito social. En este sentido, el artículo 13 configura el derecho de las personas con discapacidad y de los dependientes como desarrollo de la dimensión social y prestacional que posee el Estatuto conforme a las competencias asumidas, complementando así los perfiles genéricos de este principio rector constitucional (artículo 49 CE), realizando además la misma remisión general que para el conjunto de los derechos sociales a la futura Carta de derechos sociales. De esta forma, establece el derecho de aquellos a las prestaciones públicas para asegurar su autonomía, integración y participación en la vida social, garantizándose además por la Generalitat el uso de la lengua de signos propia de los sordos, la cual debe ser objeto de enseñanza, protección y respeto. Continuando con la dimensión social y prestacional, el artículo 15 reconoce el derecho a la solidaridad¹² y a una renta de ciudadanía para atender situaciones de necesidad con objeto de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, refiriéndose en similares términos a la asistencia social a las personas que sufran marginación, pobreza y exclusión social como ámbitos de atención primordial que serán objeto de la ley que regule la Carta de derechos sociales. Y el artículo 14 recoge un mandato dirigido a los poderes públicos a fin de que velen por los derechos y las necesidades de las personas que sufran daños derivados de catástrofes naturales y sobrevenidas, reforzándose con ello la dimensión asistencial de los poderes públicos autonómicos.

⁹ Vid. Ley 4/2012, de 15 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana.

¹⁰ Pues hay que indicar que la vinculación establecida en el artículo 8.2 del propio Estatuto valenciano sólo es en relación con los derechos constitucionales y los reconocidos en los tratados internacionales y en el ámbito de la Unión Europea, sin hacer mención a los de carácter estatutario.

¹¹ Vid., por ejemplo, artículo 13.3.

¹² Aunque no hay duda de que «menciona un principio, o si se quiere, un valor» (SÁNCHEZ FERRIZ, 2011: 70) -pero no un derecho como se recoge estatutariamente-.

El artículo 16 contempla el derecho de acceso a una vivienda digna, el cual nace de otro principio rector constitucional (artículo 47 CE), estableciendo la promoción del acceso a este bien mediante ayudas y determinando la prestación de una especial atención a los jóvenes y otros colectivos más necesitados o en una situación social de desventaja.

Además, en el marco de las previsiones contenidas constitucionalmente (artículo 45 CE), el artículo 17.2 configura el derecho a gozar de una vida y un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, a cuyo fin establece que la Generalitat lo protegerá, así como la diversidad biológica, los procesos ecológicos y otras áreas de especial importancia ecológica. Con ello el Estatuto se posiciona sobre una de las cuestiones más relevantes para las actuales sociedades modernas así como para todos los gobiernos y administraciones públicas.

Por otra parte, el artículo 11 proclama el derecho a la igualdad de condiciones de mujeres y hombres en todos los ámbitos en los que participen, y a la compatibilización de la vida laboral y familiar, incidiendo así con especial intensidad en los contenidos del Estado social. Sigue de esta manera la forma constitucional de su consideración como valor superior (artículo 1.1 CE), principio y derecho que proscribe la discriminación por razón de género (artículo 14 CE), proyectándose como derecho a la igualdad entre las mujeres y hombres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo (artículo 10.3), y a su vez, derecho relacional para la garantía de otros derechos, al utilizarla en relación con el derecho al trabajo (artículo 80).

Fuera del referido Título, no obstante, quedan formulados otros derechos sociales, consagrados ya a nivel estatal, como los regulados en el artículo 80 o en el artículo 53.2, los cuales hubieran tenido una mejor cabida en el Título II, al garantizar el primero el derecho a un trabajo digno, bien remunerado, estable y en condiciones de igualdad y seguridad, que permita la conciliación de la vida laboral y familiar y el desarrollo humano y profesional de los trabajadores; el derecho a los trabajadores a tener una jornada laboral que limite la duración máxima del tiempo de trabajo y en condiciones que permitan períodos de descanso diario y semanal; y el derecho a las vacaciones anuales retribuidas. Asimismo, y para hacer posible la compatibilidad entre la vida profesional y familiar, establece el derecho a ser protegida por la ley frente al despido motivado por la maternidad; a un permiso retribuido por causa de maternidad en la forma que determine la ley; y a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un hijo reconociéndose, por último, el derecho, esta vez predicado, de los valencianos al acceso a los servicios públicos de empleo y formación profesional; y con idéntica formulación, el segundo garantiza el derecho a una formación profesional adecuada, a la formación permanente y a los medios apropiados de orientación profesional que les permitan una elección fundada de carrera, ocupación o profesión. Además, ligado a los derechos sociales en el ámbito laboral, el Estatuto, en su artículo 19.1, identifica otras dimensiones de acción para los poderes públicos autonómicos en el marco de sus competencias, enunciando así algunos objetivos a alcanzar por los poderes públicos y los instrumentos a utilizar para ello. En este sentido, a fin de lograr un desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible, la Generalitat empleará como medios para conseguirlo, entre otros, la formación permanente, la producción abiertamente sostenible y una ocupación estable y de calidad en la que se garantice la seguridad y la salud en el trabajo. En suma, se advierte de nuevo, si bien ahora en el marco del dere-

cho al trabajo, el compromiso de los poderes públicos autonómicos con la proyección del Estado social.

Finalmente, en esta sucinta exposición de los derechos de contenido social introducidos en el Estatuto de Autonomía valenciano, debe hacerse referencia a los derechos relativos a la protección de la salud. Así, abarcado por el principio constitucional rector consagrado en el artículo 43, el artículo 54.6 reconoce y garantiza el derecho a conocer los tratamientos médicos a los que sean sometidos los ciudadanos, así como sus posibles consecuencias y riesgos y a dar su aprobación a aquellos de manera previa a su aplicación, siendo éste en consecuencia una concreción de aquel.

Por lo que se refiere a la delimitación de los derechos y/o principios rectores analizados, como ya expuse anteriormente, todo parece apuntar, salvo alguna excepción, que del contexto y de sus formulaciones normativas, las cuales parten de la afirmación de la garantía o el compromiso del derecho y establecen un mandato al legislador, poseen una evidente vocación de principio rector. No obstante, ha de reconocerse que esta cuestión suscita dudas más que razonables en cuanto a una resolución esclarecedora en torno a la misma. En este sentido, falta un criterio claro y coherente en el estatuyente sobre la distinción y la conveniencia de proclamar una u otra categoría jurídica. Además, la ausencia de una clarificación interna así como una adecuada sistemática del conjunto de derechos y principios rectores recogidos a lo largo de todo el texto del Estatuto, y en particular, en su Título II, cuya rúbrica además no es precisamente modélica desde esa perspectiva sistemática deseable, incrementa significativamente esta incertidumbre (TUR AUSINA, 2005). Por otra parte, cabe apuntar que el Estatuto tampoco establece previsión alguna acerca de la eficacia jurídica y alcance que cabe otorgar a sus distintos enunciados, cimentado siquiera de forma similar al contenido en el artículo 53 de la Constitución respecto a los derechos y principios rectores. No obstante, lo que sí resulta notorio es que difícilmente se puede proclamar la existencia de auténticos derechos subjetivos -a excepción de algún precepto como se verá más adelante-, pues la mayoría de las formulaciones realizadas en el Estatuto no llegan a establecer un nivel de concreción en su establecimiento que pudiera permitir la identificación de algún elemento propio del derecho reconocido o garantizado (artículo 17.2) e incluso, en la mayoría de los supuestos, su desarrollo y concreción es diferido a una ley autonómica (artículos 11, 13.1 y 3, 15, 16 y 17.1 en su 2º párrafo) por lo que éstos únicamente adquirirán tal condición cuando sean desarrollados por el legislador autonómico.

En suma, es posible afirmar que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana incorpora, si bien de forma dispersa, tímida e imprecisa, algunos derechos, principios y mandatos de carácter social, remitiéndose no obstante al legislador ordinario para la elaboración de una Carta de derechos sociales. Sin embargo, la técnica jurídica empleada, a todas luces deficiente, así como la ambigüedad utilizada en sus formulaciones estatutarias, no permite delimitar con exactitud ni la naturaleza, en el sentido de si son derechos o principios rectores, ni tampoco el alcance o la eficacia de los mismos. No obstante, como a continuación me referiré, el Tribunal Constitucional ha terciado a fin de imponer su *auctoritas* -aún a riesgo de rozar en ocasiones su discurso jurídico la incongruencia- en todas estas cuestiones, precisamente en relación con el Estatuto valenciano, lo que ha venido a despejar, no sin perplejidad, las dudas surgidas hasta ese momento.

III. La interpretación del Tribunal Constitucional: ¿qué fue de los derechos sociales estatutarios?

En el epígrafe introductorio ya quedó despejada la tesis central de las sentencias 247/2007, de 12 de diciembre y 31/2010, de 28 de junio; ahora trataré de examinarla con cierto detalle. La idea de la que se parte es que el Estatuto de Autonomía es la legítima y concreta fuente para establecer verdaderos derechos subjetivos en lo que se refiere a «la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias», esto es, los contenidos previstos en el artículo 147.2.c) CE. Pero, por el contrario, no ocurre lo mismo cuando se refieren a «las competencias asumidas» (artículo 147.2.d) CE), pues en este caso las formulaciones estatutarias que consagran derechos relacionados únicamente a las competencias atribuidas a una Comunidad Autónoma, como son los derechos sociales, señala el Alto Tribunal, «requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse [...] como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya» (STC 247/2007, FJ. 15.c). En este punto, conviene recordar que el artículo 147.2.d) CE habilita a los Estatutos de Autonomía para atribuir competencias a las Comunidades Autónomas que han de ejercer los poderes públicos autonómicos. Pues bien, para ello, sostiene el máximo garante constitucional, puede imponerles a éstos «de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan». En todo caso -continúa afirmando el Tribunal- lo relevante es que, dichos mandatos, aunque vinculen a los poderes públicos autonómicos carecen de «justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico [por el legislador autonómico], pues sólo entonces se configuran los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos [...]» (STC 247/2007, FJ. 15.c).

Sin duda alguna, por esta vía el Tribunal Constitucional degrada los derechos sociales recogidos en el texto estatutario a simples principios rectores, pues a pesar del *nomen*, éstos no son, en puridad, verdaderos derechos, sino que operan como mandatos, orientaciones u objetivos de actuación de los poderes públicos autonómicos en el ejercicio de sus competencias. Es quizá por ello, y a la vista de la disfunción que origina dicha conclusión, que en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, el último garante de la Carta Magna matiza su doctrina al declarar que: «[...] bajo la misma categoría «derecho» pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término «derecho» se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben

finés sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado» (STC 31/2010, FJ. 16).

Ciertamente, no le falta razón al Tribunal Constitucional al señalar que cuando el Estatuto se refiere a «derechos» no siempre se ajusta a lo que se entiende como tales, sino que «puede comprender realidades normativas muy distintas», en especial, mandatos -entiéndase bien, principios rectores- dirigidos a los poderes públicos.¹³ Pero este contexto no impone bajo mi punto de vista la inexorable necesidad de privar a todos los derechos sociales proclamados en el Estatuto de su carácter y condición de derechos.¹⁴ (Cámara Villar, 2011; Tur Ausina, 2008).

Por otra parte, en lo atinente a la justiciabilidad directa de los derechos sociales estatutarios, condicionándolos en todo caso a la concreción de su régimen jurídico por el legislador autonómico, pues, como sostiene el Alto Tribunal, solamente así se configuran los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, ha de partirse del reconocimiento del derecho en el propio texto estatutario, difiriendo sin embargo su desarrollo y concreción al legislador autonómico en términos que permitan su plena operatividad y eficacia jurídica. Pero este último hecho no debe hacer olvidar que estas formulaciones de derechos vienen acompañadas de un contenido mínimo o nuclear que ha de garantizarse por el legislador en su ulterior desarrollo normativo. Atendiendo a lo expuesto, cabe entonces deducir que la remisión a una ley no debiera implicar la negación del carácter y condición de derecho a las prescripciones contenidas en sus enunciados (Cabellos Espírrrez, 2008). Aceptar tal consecuencia implicaría reconocer que la existencia de un derecho se somete a su capacidad o no para ser susceptible de justiciabilidad directa ante los órganos jurisdiccionales (Cámara Villar, 2009). E interesa subrayar en este sentido que «muchos de los derechos proclamados en la Constitución incorporan una remisión al legislador sin que, por esta razón, se hayan visto menguados en su valor ni consideración como tales derechos constitucionales generando una eficacia directa por sí mismos y sin esperar a la intermediación legislativa que requeriría su plena operatividad» (Expósito Gómez, 2011: 496; López Menudo, 2009; Solozábal Echavarría, 2009).

Incluso, según mi parecer, cabe reconocer en el Estatuto valenciano, si bien fuera de su Título II, la existencia de derechos de carácter social susceptibles de eficacia directa, por cuanto pueden determinarse en ellos, no ya sólo los contenidos mínimos o nucleares propios del derecho que reconocen, sino además los elementos propios del derecho, esto es, su alcance declarado, lo cual pone de manifiesto, dejando ahora al margen los derechos de ámbito institucional *ex* artículo 147.2.c) CE, la presencia en el Estatuto de verdaderas facultades subjetivas de actuación o pretensiones a favor

¹³ Así ocurre con numerosas formulaciones contenidas en el Título II del Estatuto valenciano donde se proclaman, por ejemplo, los derechos que le asisten a las personas que hayan sufrido daños causados por catástrofes naturales y sobrevenidas (artículo 14); el derecho a la solidaridad y a una renta de ciudadanía para atender situaciones de necesidad con objeto de combatir la pobreza y facilitar la inserción social (artículo 15); el derecho de los valencianos al acceso a una vivienda digna (artículo 16); o el derecho de todos a gozar de una vida y un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado (artículo 17.2).

¹⁴ Y del mismo modo, este es el parecer que reflejan algunos votos particulares en la sentencia 247/2007, de 12 de diciembre. Así, el magistrado Conde Martín de Hijas señala que para enjuiciar la constitucionalidad de una declaración de derechos en los Estatutos de Autonomía debe tenerse en cuenta «la estructura normativa del precepto estatutario y el contexto en que se inserta el factor jurídicamente relevante», y no, como es el parecer emitido por la mayoría, resolverse «dando por sentado de que en todo caso la declaración de derechos, con independencia de la veste, es un simple mandato al legislador autonómico». (STC 247/2007, de 12 de diciembre, voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas, apartado 4).

del ciudadano y frente a los poderes públicos autonómicos.¹⁵ Ante esta constatación, la negación de su justiciabilidad directa en todo caso y su conversión necesaria en principios cuando los derechos estén vinculados al ámbito competencial, como ocurre con los derechos sociales, además de rozar la incongruencia, deja de estar justificada.

En definitiva, «mas allá de que la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, se haya dictado respecto a un concreto y peculiar derecho, el del agua, y que para tal caso se considere plenamente justificado el parecer del máximo garante constitucional por cuanto es imposible pensar en una acción directa de los ciudadanos valencianos a una determinada cantidad de agua -dado que éste es por esencia un bien escaso y limitado-» (SÁNCHEZ BARRILAO, 2008: 126), considero sin embargo injustificado tal parecer con carácter abstracto a nivel general cuando, de un lado, existen derechos sociales estatutarios suficientemente definidos en el Estatuto como para poder ser invocados directamente por los ciudadanos ante los órganos judiciales-aunque sean los menos-; y de otro, el hecho incuestionable de que los derechos sociales enunciados en el Estatuto estén ciertamente necesitados de desarrollo para poder ser plenamente eficaces -en muchos casos ya existente- no les priva de su carácter y condición de auténticos derechos.

Pese a lo dicho, la conclusión del Tribunal Constitucional es la misma, ya que de forma categórica afirma que los derechos estatutarios de carácter social, y en general aquellos que se encuentren vinculados a su ámbito competencial, «no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos» (STC 31/2010, FJ 16), operando, por tanto, como pautas de actuación de los poderes públicos autonómicos en el ejercicio de sus competencias.¹⁶

IV. Conclusiones

Tras lo expuesto anteriormente, se puede concluir afirmando que la inclusión de un catálogo de derechos, entre los que destacan los de carácter social, en el Estatuto de Autonomía valenciano, pionero en el proceso de reformas estatutarias iniciado en la década de 2000, constituye un importante impulso en el proceso evolutivo del Estado social y autonómico. Al menos, con carácter formal, se reconocen una serie de derechos de corte social a los ciudadanos valencianos, configuradores de la relación entre los poderes públicos y aquellos en el ejercicio de sus potestades y competencias en esta materia, y definidores de las nuevas demandas y retos sociales de la sociedad valenciana, constituyendo, en suma, un paso más hacia una mayor profundización y, a su vez, consolidación del Estado social en el ámbito autonómico (APARICIO Y PISARELLO, 2007)

Sin embargo, la deliberada ambigüedad del estatuyente en la formulación de sus enunciados así como de los propios contenidos incorporados a la declaración de derechos; e incluso a notoria falta de sistemática -pues no existe clasificación alguna que distinga derechos y principios- y de las garantías establecidas al respecto, han venido a cuestionar, no ya sólo la operatividad práctica de estos derechos estatutarios, esto

¹⁵ En efecto, algunos derechos regulados en el Estatuto permitirían su exigibilidad directa e inmediata ante los órganos judiciales. Así, se puede citar por ejemplo, el derecho de los valencianos al acceso a los servicios públicos de empleo (artículo 80.5) o el derecho de los ciudadanos a conocer los tratamientos médicos a los que se sometan, sus posibles consecuencias y riesgos, y a dar su aprobación a aquellos de manera previa a su aplicación (artículo 54.6).

¹⁶ A estos efectos resulta oportuno destacar la opinión de CASCAJO CASTRO quien sostiene no obstante que «esta interpretación es de puro compromiso, y en esta medida, está abierta aún a un cambio, porque las soluciones de compromiso son siempre susceptibles de evolución, cuando se alteran los equilibrios en juego». (CASCAJO CASTRO, 2009: 25).

es, el alcance jurídico y efectividad de los mismos, sino hasta su verdadera naturaleza, en el sentido de si son auténticos derechos o meros principios rectores dirigidos a los poderes públicos autonómicos.

En esta última dirección parece haber apuntado, el Tribunal Constitucional, removiendo los cimientos en que se fundamentaban las declaraciones estatutarias de derechos que las mismas se resientan. Tras la desconcertante interpretación de la sentencia 247/2007 en relación con las declaraciones de derechos estatutarios proyectados en el ámbito de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, la cual declaraba constitucional su inclusión en el Estatuto, si bien a cuenta de devaluar normativamente su contenido -pues a pesar de la veste de que se revistan, no son auténticos derechos, sino simples mandatos o principios rectores- y atemperar, claro está, su fuerza normativa, la sentencia 31/2010 merece idéntico juicio (MORCILLO MORENO, 2012). Aquel pronunciamiento elaboró, al hilo del derecho al agua, toda una doctrina sobre dichos derechos estatutarios de alcance general -pues se vio igualmente reflejada sobre el Estatuto catalán- que, desde mi punto de vista, resulta injustificable, por más que, para el caso valenciano, pudiera resultar extensible la misma a muchos de los derechos proclamados en el texto estatutario, pues en realidad, han sido establecidos con una evidente vocación de principios rectores.

Desde esta perspectiva, podría decirse en definitiva que después de la reforma del Estatuto de Autonomía valenciano de 2006 los derechos sociales de sus ciudadanos se encuentran como al principio, sin mayores consecuencias jurídicas para éstos. Además, en un panorama de crisis como el actual, donde el entusiasmo popular ha dado paso a una constante y agria erosión política, donde la inversión en derechos sociales ha sido sustituida por recortes económicos y donde los obstinados «excesos de ambigüedad» en las redacciones estatutarias han sido puestos en evidencia y neutralizados -tal vez no de la mejor forma- por el máximo garante constitucional, parece difícil pensar lo contrario; si bien, a la sumo, en una situación de espera hasta una próxima evolución (MORCILLO MORENO, 2012). Y no cabe duda que el éxito de dicha empresa dependerá en gran medida, cuando llegue, de la prudencia y el rigor legislativo.

V. Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE (2007). *Reforma constitucional y reformas estatutarias*. Madrid: Iustel.

APARICIO WILHELMI, MARCO Y PISARELLO PRADOS, GERARDO (2007). «El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de las protección de los derechos?», en: *El Clip*, nº 42 (pp. 1-14).

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO (2008a). «Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados», en: *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 13 (pp. 11-31).

_____ (2008b). «Efectividad de los principios rectores y de los objetivos básicos», en BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO [dir.]; ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS; CÁMARA VILLAR, GREGORIO Y MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO (2008): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos* (pp. 137-146). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

_____ (2009). «Los derechos sociales en los nuevos Estatutos de Autonomía», en *La actualidad de los derechos sociales. Colección Derechos Humanos «Francisco de Vitoria»* (pp. 11-26). Vitoria: Ararteko.

CABELLOS ESPIÉRREZ, MIGUEL ÁNGEL (2008). «La relación Derechos-Estado Autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano», en: *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, nº 7 (pp. 106-144).

CÁMARA VILLAR, GREGORIO (2009). «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, enero-abril (pp. 259-298).

_____ (2011). «Veste y realidad de los derechos estatutarios», en: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), nº 151, enero-marzo (pp. 57-107).

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS (2009). «Los derechos sociales, hoy», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 38 (pp. 21-42).

CASTELLÀ ANDREU, JOSEP MARÍA (2007). «Hacia una protección «multinivel» de los derechos en España. El reconocimiento de los derechos en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (nueva serie), nº 120, septiembre-diciembre (pp. 723-741).

CATALÀ I BAS, ALEXANDRE HUGO (2005). «La inclusión de una Carta de Derechos en los Estatutos de Autonomía», en: *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 4 (pp. 181-204).

EXPÓSITO GÓMEZ, ENRIQUETA (2011). «Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27 (pp. 481-502).

GARRIDO MAYOL, VICENTE (2005). «Oportunidad, constitucionalidad y relevancia de la reforma del Estatuto valenciano», en: *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, vol. I, nº 47/48 (pp. 81-95).

_____ (2012). «El Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana y sus reformas», en: *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 57 (pp. 54-99).

LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO (2009). «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», en: *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 73 (pp. 71-190).

MORCILLO MORENO, JUANA (2012). «La devaluación de los derechos estatutarios y sus garantías», en: *Revista de Administración Pública*, nº 188 (pp. 99-114).

SÁNCHEZ BARRILAO, JUAN FRANCISCO (2008). «La garantía jurisdiccional de los derechos estatutarios», en BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO [dir.]; ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS; CÁMARA VILLAR, GREGORIO Y MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO (2008): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos* (pp. 115-136). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO (2007). «Comentario al Título II del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006», en: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 18 (pp. 367-385).

_____ (2011). «Acotaciones sobre la Carta Valenciana de los Derechos sociales prevista en el Estatuto de 2006», en: *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 56 (pp. 55-93).

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ (2009). «Igualdad y Estado Autonómico», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13 (pp. 165-178).

TUR AUSINA, ROSARIO (2005). «La introducción de un Catálogo de Derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana», en: *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, vol. I, nº 47/48 (pp. 181-258).

_____ (2008). «Reflexiones en torno a los derechos a raíz de las recientes reformas de los Estatutos. Particular referencia a la vivienda», en: *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, nº 3 (pp. 107-118).

THE «ADDED VALUE» OF THE CHARTER «IN RELATION TO» THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

PEDRO CRUZ VILLALÓN*

* Advocate General, Court of Justice of the European Union. The article expresses the author's personal views only. The contribution is based on a presentation given at the Court of Justice of the European Union on 26 November 2012 on the occasion of the visit of a delegation from the European Court of Human Rights. The style of the presentation has been maintained.

I should begin my presentation by explaining how I have understood the proposition «the added value of the Charter in relation to the ECHR», particularly at a time when the legally binding Charter of Fundamental Rights of the European Union, to give its full title, approaches its third year of age.

In my view, there cannot be much doubt that the «added value» alluded to is the added value of the Charter for the EU, and not so much for the ECHR. To put the title in the form of a question: «What does the European Union gain with the - legally binding - Charter? From this perspective I consider it perfectly understandable for the European Court of Human Rights to be curious about how we in the CJEU envisage the role of the Charter in the «constitutional structure» of the Union. It is perfectly logical to inquire what, if anything, has changed, or is changing, or finally is about to change since the Charter has acquired the same legal force as the founding Treaties, in particular from the point of view of the CJEU or, more exactly, from that of one of its members.

Well, this is admittedly a very broad question. And I am quite confident that the time that has been allocated to our discussion is well justified. I regard it as my task to provide a couple of general propositions for further discussion, even at the risk of appearing somewhat simplistic.

My main proposition - and answer to the question I posed - is that the Charter is slowly but decidedly bringing about «paradigm shift» in the area of fundamental rights in EU law. The pace of this change may be faster or slower but progress, even though slow progress, is clearly perceivable.

The pre-Lisbon paradigm was a situation in which fundamental rights were guaranteed by general principles, with a strategic role for judge-made law. This situation did not come about because of any kind of preference but out of sheer necessity, stemming from the lack of a bill of rights in the European Union.

This is, from my point of view, important. Not to have a bill of rights is seen as a shortcoming in our legal culture. We in the EU turned our attention to general principles as a forced reaction.

Allow me to say a few words on the Charter and the Convention. Now that the EU Charter is a legally binding document it is worth noting that the adjective «European» that qualifies both catalogues of rights is to a certain extent misleading. It could appear as if «Europe» had a double standard of rights and freedoms, thus giving way to the notion that one of the two might be redundant. Why, on the one hand, have a - legally binding - EU bill of rights at the moment when the European Convention on Human Rights is proclaimed to be part of the EU legal order? And, why on the other, provide for accession of the EU to the Convention at the precise time when the Union declares the legally binding character of the Charter, on an equal footing with the Treaties?

I do not think that there is too much doubt about the value of having both documents. Even so, I think that the qualitatively different function of both bills of rights should be emphasized.

The EU has kept, presently keeps and is called upon to keep in the future a «special relationship» with the European Convention on Human Rights. That belongs to its genetic code and is provided for in article 6 TEU. The Convention has been - as a bill of rights - the paramount source of inspiration for the CJEU when it comes to rights and liberties.

In this respect, the Union is not alone. There may be Member States where the Convention has constitutional value (Austria), or where there is a mandate of «interpretation in conformity with» (Spain), but for all Member States the Convention has been an extraordinarily important point of reference.

Nevertheless the case of the EU is particular, as it is not a State party to the Convention. This notwithstanding, in practical terms, the Union had «adopted» the Convention as its «bill of rights». Surely it had done so in parallel to the «common constitutional traditions» of the Member States. But it is a fact that *written rights and liberties* have an advantage when confronted with unwritten judge-made ones. The Convention accordingly has largely acquired the upper hand with respect to general principles.

The TEU contains explicit provisions both with respect to the Charter and the Convention: As the Charter becomes written law, the Convention is declared to be a part of the EU legal order. It is true that, in the same way as the «shared constitutional traditions» the Convention is pronounced part of the EU legal order as «general principles». But there is something of an oxymoron in this proposition: One may well dress up a constitutional tradition in the garb of a general principle, since both are unwritten. But the Convention cannot easily enter the EU legal order as a general principle. So there is a real difficulty in ascertaining how the Convention presently, that is, before the accession, relates to the EU legal order.

Let us remember that Article 6 TEU undoubtedly appears as the «source code» of the post-Lisbon EU in the matter of rights and freedoms. It is the paramount law, to put it in more classical terms. But there is a certain apparent degree of schizophrenia in it, which makes it urgent to engage in some interpretative work. In particular, there is strong tension between its first and the third paragraph.

Suffice it to say that the Charter has the same legal force as the treaties «because» article 6 TEU says so and only because of that. But this is just the beginning of our interpretation.

«Bills of rights» are never created «ex nihilo», and that is the sense of paragraph 3, which provides the «genetic code» of EU rights, the genetic code of the Charter, as inserted in the Treaties themselves. In my point of view, paragraph 3 does not change the nature of the Charter. The Union has a bill of rights on its own. Not as part of the Treaties in the sense of the second part of the Constitutional Treaty, but as part of its «bloc de constitutionnalité», in a way not very different from the one the 1958 French Constitution and the 1789 French Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

In my view, what Article 6 TEU implicitly proposes is a shift from the former non written judge-made paradigm to the continental bill of rights model, but essentially nothing more. The shift is already in progress.

Different authors have pointed out how the Charter is evolving as the primary source of EU rights, while the «*ancien régime*» still embodied in article 6, paragraph 3, quietly retreats to the background.

When reading all the different *caveats* regarding the legally binding Charter, one cannot help but think that it was right to wonder whether the Charter would succeed in getting «a place in the sun», that is, a role of its own in the field of the EU's fundamental rights. Now, in three years time, the Charter has done better than that. I shall try to explain this.

The Charter was not conceived nor brought to life in order to bring about a revolution in the area of fundamental rights and freedoms in the EU (and not even a «rupture»). The Charter is even adamant in this respect: The «substance» of the rights and freedoms should not suffer any change at all. As it is perfectly known, a set of different «locks and bolts» has been set up to safeguard this status quo.

And in fact, the rights and freedoms that the citizens of the Union - and more in general the addressees of the different acts of the Union - enjoy are «the same» both before and after December 1st 2009: They have not changed, or more precisely put, if there has been any change it has not been as a consequence of the substance of the rights proclaimed in the Charter.

The case law of the CJEU has been loyal to this principle. In my opinion, the CJEU has not developed the rights and freedoms, as to their substance, in a way that would have been impossible for the Court to do without the post-Lisbon Charter or even without the Charter altogether.

Nevertheless the Charter was about more than «visibility». The Charter «recasts» the different rights and freedoms in a previously non-existing unique legal document, in a largely different language, guided and ordained by a largely different «source code».

To enact a bill of rights in a situation in which those rights were, before, protected as general principles is like translating the Bible to the vernacular languages in the way that took place in Europe in the course of the 16th century. Much as the translations made the bible accessible to the common people, the bill of rights puts the rights at the disposal of - primarily - the EU citizens. Instead of the rather opaque notions of «general principles» and «shared constitutional traditions», the Charter provides citizens with very clear propositions uttered in very few words. It is not absurd to argue that in the not so far future anyone in the EU will be able to «take» or invoke «the 47th», that is, judicial protection, much as a U.S. citizen may nowadays «take the Fifth», that is, appeal to the Fifth amendment to the U.S. Constitution.

Of course, due attention is to be paid to «the explanations», as article 6 TEU provides. In this sense, our *bible* is still the «annotated bible» that the Roman church required in the past, in order to repress free interpretation. But over time these kinds of additions to the Charter shall be seen as constitutional archeology.

My remarks have already shown that there is a high degree of complexity in the relationship of the Union and consequently of the Charter with the European Convention on Human Rights. But I think that two additional points should be made.

On the one hand, there is or there shall be the status of the Union as a contracting party to the Convention. In this perspective the Union pursues an aim which is not very different from the one of pursued by the other contracting parties. In my view what a contracting party seeks by adhering to the Convention is, as I have recently put it, «a Court of Auditors» in the matter of rights and freedoms. A number of particular provisions might well have to be drafted in order to take account of the fact that the Union is the only contracting party that is not a State. But for the rest, the service that

the Union is asking from the ECtHR is not different from the one that is requested from the other parties. And that is the end of it.

On the other hand, though, the Convention is being placed at the core of the EU system of fundamental rights by virtue of article 6 TEU. I propose to see this phenomenon as a reinforced mandate of interpretation of EU law in conformity with the Convention. And then there is the «identity clause» (or better perhaps, «at least identical» clause) of article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The ECJ is asked, I would say, «not to deviate» from the Convention, but not as a consequence of the upcoming accession but as a direct consequence of the present status of the Convention in the EU legal order. In this sense, a principle of «non-deviation» both with respect to the Convention and its interpretation by the ECtHR, might be formulated. The Union is called upon to be exemplary in following the ECtHR.

In the whole, and summing up: I see the «polity» that is the Union in a moment of adaptation in the matter of fundamental rights. Over roughly half a century the Union has built up a very complex and at the end distinctly peculiar system of protection of fundamental rights and freedoms, both in substance and as to remedies. It has been a system essentially based on non-written general principles, with a very marked presence of judge-»made» law. Now, in the coming years we shall see the Union engaged in a shift towards a model of «constitutional rights», largely comparable to the one of most of the Member States. For the CJEU this essentially means to abandon the logic of creativity flowing from the notion of general principles for a logic of interpretation of the written law, the interpretation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

L'ETAT MAROCAIN À TRAVERS LE PROJET DE CONSTITUTION DE 1908

ABDELMALEK EL OUAZZANI

Professeur de Science Politique et de Droit Constitutionnel
LRCID-URAC 59 Faculté de Droit - Marrakech

Au-delà de son aspect descriptif et normatif, un texte constitutionnel peut renseigner également sur l'état de la société avant lui et dont il entend organiser les pouvoirs, les institutions et les droits.

Un projet de constitution vise non seulement à réorganiser les pouvoirs publics, à affirmer des droits et des obligations, à encadrer la relation entre l'Etat et les citoyens ; il peut - et il le fait souvent quoique de manière indirecte - également révéler certains aspects de l'état social qu'il entend réformer, voire établir une coupure avec lui.

Si la constitution est un symbole avant d'être une loi, si, souvent « elle apparaît comme l'acte fondateur d'un Etat (...) son symbolisme se manifeste aussi à l'occasion d'un changement de régime. Elle est alors l'acte fondateur d'un régime. Les nouveaux maîtres d'un pays veulent souligner leur rupture avec le régime précédent et marquent, par l'élaboration de la constitution, le début d'une étape de la vie de la nation, l'entrée dans une ère nouvelle ».¹

Une des manières possibles de lire alors le texte d'un projet de constitution est de s'intéresser à ce qu'il veut instituer et qui n'existait pas avant ou, plus encore, à ce qui existait et avec lequel elle veut opérer une coupure, surtout dans le cas de projets constitutionnels comme ce lui de 1908 dont un tas d'articles commencent par la formule « il est interdit ».

Comment alors lire un tel texte que tous les analystes qui s'y sont intéressés présentent, assez souvent en bribes, comme un projet moderniste, comme un texte fondateur du constitutionnalisme marocain ?

On peut assurément y voir un texte aspirant à fonder un nouveau type de société et un nouveau type d'exercice du pouvoir politique, un projet d'institutionnalisation de ce dernier.

On peut également y voir un miroir de la pratique du pouvoir et avec laquelle il veut rompre.

Mais avant, il faut d'abord placer ledit texte dans son contexte historique (I).

Seulement, enfin, il sera possible d'évaluer ce qu'il propose (III).

Il faudrait, toutefois, ne pas oublier qu'en dépit de ce qu'était la pratique du pouvoir, celui-ci n'était pas dépourvu de référentiel; ce dernier était naturellement celui de la conception du pouvoir dans l'islam sunnite.

I - LES ORIGINES DU PROJET DE CONSTITUTION DE 1908

Aux origines d'un projet tel que celui de 1908, il faudra sans doute voir une influence d'abord externe puisque l'année 1908 a surtout été celle de la révolution des *Jeunes Turcs*.

Ce n'est pas faire abus à l'histoire que de considérer que, devant la situation politique que vivait le Maroc, le ou les rédacteurs du projet se soient inspirés du mouvement des *Jeunes Turcs* qui avaient mis au centre de leurs revendications la restauration de la

¹ Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, DELTA, 2004, p.49

constitution de 1876 (tanzimat) qui avait été suspendue par le *Sultan Abdulhamid II* en février 1878. Reprochant au sultan le déclin de l'empire ottoman qui commençait à se désagréger,² les *Jeunes Turcs* (qui étaient en fait de jeunes intellectuels et militaires d'origines diverses, Arméniens, Turcs, Grecs, Bulgares, etc.) qui dans un premier temps avaient pris Salonique (1908),³ finirent par prendre le pouvoir à Istamboul en 1909 et gouverner l'Empire jusqu'en 1918. Ils obligèrent le Sultan *Abdulhamid II* à abdiquer et mirent à sa place *Mehmet V* qui ne gouverna jamais vraiment.

Le mouvement *Jeunes Turcs*, surtout à travers la revendication constitutionnaliste, eut un impact certain sur les élites du monde musulman qui étaient également soumises à l'influence du mouvement réformiste animé essentiellement par *Muhammad Abduh* bien que ce dernier, lors de son voyage en Algérie en 1903, ne prônât pas des idées nationalistes.⁴

Cette influence directe fut manifeste sur les élites tunisiennes et algériennes, ainsi que sur les intellectuels d'Égypte et de Syrie.

Pourquoi alors en exclure les jeunes « intellectuels »⁵ marocains qui ont été à l'origine du projet de constitution?

En Tunisie, il s'était développé, plus tôt que les autres pays du Maghreb, un mouvement réformateur influencé d'abord par ce qui se passait en Turquie, surtout par l'esprit des « Tanzimat », mouvement de réforme de l'État, commencé sous le Sultan Abdülmeçit Ier, en 1839 incarné dans la constitution de 1876 octroyée aux sujets de l'empire par le Sultan Abdülhamid.

Sur le plan, interne cet esprit réformateur fut inauguré en Tunisie sous le règne d'*Ahmed Bey* et concrétisé, notamment, par l'octroi de la constitution de 1861. Et bien que celle-ci fût suspendue en 1864, elle marqua dans la culture politique de l'élite tunisienne la revendication constitutionnaliste comme valeur centrale.⁶ C'est ce qui explique d'ailleurs que le premier parti nationaliste se soit nommé parti libéral constitutionnel.

Khayr ad-dîn qui était premier ministre sous Ahmed est considéré à juste titre comme le premier des réformateurs maghrébins. Son héritage n'a jamais cessé d'être revendiqué par les nationalistes tunisiens.

Pour *Khayr ad-dîn*, une régénération de la société tunisienne passe par l'emprunt à l'Occident de ce qui sa puissance. Les emprunts aux autres civilisations sont inévitables et nécessaires ; et si les Musulmans veulent contrecarrer la puissance et la

² L'Autriche a annexé en cette année la Bosnie Herzégovine ; la Crète s'est détachée de l'Empire pour rejoindre la Grèce et la Bulgarie proclama son indépendance.

³ Il faut ici rappeler que si Mustapha Kemal est devenu le symbole du Mouvement Jeune Turc, il n'en était pas un des fondateurs ; ce mouvement a été créé en 1889 alors que M. Kemal n'avait que huit ans.

⁴ En effet, puisqu'il affirma qu'« il est généralement admis que la France cherche à pratiquer une politique susceptible d'établir un climat de confiance entre elle et les populations d'Algérie » : et dans une lettre envoyée de Palerme au Cheikh abdelhalim ben Smaya (mufti d'Alger), il écrivit : « Je ne saurai m'empêcher de vous mettre franchement en garde contre la discussion de la politique du gouvernement (français) ; Les hommes ont besoin de la lumière de la science, de la sincérité dans les œuvres, de l'application dans le travail afin qu'ils vivent en paix et en sûreté avec leurs voisins parmi les ressortissants des autres nations ».

Cf Ali Merad, L'enseignement politique de Mohammed Abduh, in *Revue Orient*, n°28, 4ème trimestres, pp.104 à 107. Si donc influence il y a, elle ne se manifestait que dans la nécessité de se réformer.

⁵ Nous mettons le terme entre guillemets non pas pour dénier la qualité d'intellectuels aux jeunes nationalistes de l'époque, s'il s'en trouvait, mais parce que nous n'avons pas d'éléments pouvant militer pour l'existence de telles individualités.

⁶ Sur ce thème, consulter notamment, Michel Camau, *Pouvoir et institutions au Maghreb*, Tunis, Editions du CERES, 1978.

domination de l'Europe, il faut qu'ils la combattent avec ses propres armes, à savoir la science et la technique modernes et *un système politique qui assure la paix sociale, la justice et la liberté.*⁷

Rupture avec l'esprit conservateur des Ulama zeytuniens, assimilation de valeurs occidentales mais en conformité avec la foi musulmane et l'adoption d'un système politique de type libéral sont devenus, après Kayr ad-dîn, un leitmotiv dans le discours nationaliste tunisien.

Ce sont surtout des ulama réformistes qui ont porté ce discours, notamment le sheikh *Muhammad Bayram et Muhammad es-sanussi*, tous deux anciens collaborateurs de Kay ad-dîn et qui se sont alliés aux Saddikiens,⁸ jeunes lauréats de l'enseignement moderne du collège Sadiki, fondé par le Bey Es-Sadok, devenu pépinière des nationalistes modernes.

Les sheikhs Bayram et es-sanussi organisèrent la visite de Muhammad Abduh en Tunisie du 6 décembre au 4 janvier 1884.

Un des Ulama réformistes fera le pont entre l'enseignement réformiste de Muhammad Abduh et la revendication nationaliste ; il s'agit du *Sheikh Thaalbi*.

Ce dernier milita pour le rétablissement du constitutionnalisme en Tunisie sous le Protectorat. Il fut très attiré par les idées de *Mustafa Kamel Pacha*, chef du mouvement «Jeunes Egyptiens» qu'il avait eu l'occasion de rencontrer après un voyage en Egypte.⁹ Il entama en 1903 un voyage en Algérie et au Maroc.

Il oeuvrera plus tard, au lendemain de la Première Guerre mondiale, à constituer le mouvement «Jeunes Tunisiens», avec des personnalités comme *Chedli Kairallah* ou *Ahmed Sakka* qui fut envoyé à Paris pour plaider la cause tunisienne auprès de la Gauche française et des libéraux anticolonialistes. *Thaalbi* le rejoint et fit sortir un pamphlet, «*la Tunisie Martyre*»,¹⁰ dont l'une des principales revendications fut *l'instauration d'un régime libéral Constitutionnel fondé sur la séparation des pouvoirs et la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée dont les 5/6èmes seraient élus au suffrage universel.*¹¹

La revendication de *Thaalbi* et celle des premiers nationalistes va être reprise, avant d'être radicalisée par les jeunes élites nationalistes, toutes sorties de l'enseignement moderne, qui se rebellant contre l'ancienne garde du parti libéral constitutionnel, vont s'en emparer au congrès de Ksar Helal en 1934 : il en est sorti le Néo-Destour. Et là encore la dénomination montre la centralité de l'idée constitutionnaliste dans l'action et le discours politiques tunisiens d'avant l'indépendance.

⁷ Pour plus de détails, voir Khya ad-dîn, Essais sur les réformes nécessaires aux Etats musulmans, Aix en Provence, Edisud, 1987

⁸ Anciens élèves du Collège Sadiki, regroupés au sein de l'association « sadikia » constituée le 23 décembre 1905 sous la présidence Khairallah ben Mustapha.

⁹ Dans le dernier quart du XIXème siècle, Al Afghani et ses disciples étaient très actifs et leurs idées s'étaient répandues en Egypte et dans le reste du monde islamique, notamment après la parution du journal « Misr », créé par Adib Ishaq, en 1877, à l'instigation de son maître. Mohammed Abduh et Abdellah An-nadim, en d'Al Afghani, faisaient partie de la rédaction dudit journal. Et « le parti d'Al afghani « al hizbal wattani al hurr » appelait, à travers le journal, la fin du despotisme et l'instauration d'un régime shuri (autrement dit : constitutionnel et représentatif) ». Cf. Mustapha Khayati, « un disciple libre penseur de Al Afghani: Adib Ishaq », In: Revue du monde musulman et de la Méditerranée, N°52-53, 1989. pp. 140.

¹⁰ Il avait déjà fait publier en 1905, en collaboration avec César Benattar et El-Hadi Seba'i un livre intitulé L'esprit libéral du Coran, Editions Ernest Leroux, 100 pages.

¹¹ Pour plus de détails, consulter notamment Mahjoubi (Ali), Les origines du mouvement national tunisien (1904-1934), Thèse en Histoire, Université de Nice, 1980, 2vol.

Mais ce qui nous intéresse encore plus dans ce rappel, c'est de dire que l'influence du mouvement jeune turc et celle du réformisme a, par le mouvement d'échanges, dépassé les frontières et est certainement arrivée jusqu'au Maroc, et Tanger ou Fès plus qu'ailleurs.

Il faut donc relier l'idée du projet à ces influences.

- Le mouvement « jeunes turcs » a aussi affecté les jeunes algériens, issus de l'école française de la Troisième République, au même titre qu'il a touché et influencé les jeunes tunisiens ; pourquoi cela ne serait-il pas alors le cas de jeunes marocains ? Le fait que le projet ait été publié à Tanger plutôt qu'à Fès ne serait-il pas significatif ? Même si cette ville était la capitale politique du Maroc, c'était Tanger la capitale diplomatique et le lieu de confrontation des idées.
- Le mouvement des « *Jeunes Algériens* », lui, a été plutôt retardataire puisqu'il ne va se manifester qu'aux lendemains de la Première Guerre Mondiale, avec à leur tête l'Emir Khaled, petit fils de l'Emir Abdelkader.

Mais il faut préciser que contrairement aux Tunisiens, les Jeunes Algériens, à cette époque, ne revendiquaient que la citoyenneté française et l'égalité des droits, sans être pour autant obligés de renoncer à leur statut personnel.

Le problème de la constitutionnalisation ne se posera donc que plus tard et pas de la même manière qu'en Tunisie.

Mais alors qui pourrait-on voir précisément derrière le projet ?

Il est toutefois difficile, pour le cas du Maroc, de parler de l'existence d'une catégorie d'intellectuels modernistes, imbus d'esprit constitutionnaliste en 1908.

Même Abdallah Laroui, qui reste pour nous une référence en la matière, ne parle que des Ulama lorsqu'il traite des ordres (Sharifs, Ulama, a'yan, khassa).¹² Parmi ces Ulama, Laroui met en exergue la place particulière qu'occupe le corps professoral de l'Université al-Qarawiyyine de Fès, chaque fois symbolisé par une figure de maître (*Muhammad b.al-Madani Gannun* pour la période allant de la fin du XIXème siècle à 1912) ; ce corps avait d'autant plus de prestige, selon Laroui, « qu'il était autonome par rapport au pouvoir politique ».¹³

Laroui relate, toutefois, l'existence de relations avec l'étranger à travers les voyageurs, notamment orientaux.¹⁴

D'autres études relatent la vie et l'œuvre de certains lettrés du nord du Maroc, notamment de la ville de Tétouan mais parmi les personnes citées, il n'y en a pas qui soient vraiment porteuses d'un discours moderniste, et a fortiori constitutionnaliste.

Ainsi, l'ouvrage du professeur Idriss Khalifa, « *Le mouvement scientifique et culturel à Tétouan du Protectorat à l'indépendance* » *al-haraka al-'ilmiya wa at-thaqafiya mina al-himaya ila al-istiqlal*¹⁵ traite de personnalités aussi éminentes que *Abdessalam Bennouna* dont le rôle nationaliste n'est plus à démontrer puisqu'il a constitué un pont entre nationalistes arabes et marocains, surtout à travers les liens qu'il a tissés avec l'Emir Chakib Arsalane mais ceci s'est passé dans les années trente ; Bennouna, lui est né 1880 : en 1908, il n'avait donc que vingt ans. Et tout ce que nous en dit Idriss

¹² cf. Les origines sociales et culturelles du nationalisme marocain (1830-1912), Editions du Centre Culturel Arabe, 2001, pages 91 à 111.

¹³ idem, p.196

¹⁴ Idem, p.207-208 (Développer plus)

¹⁵ *al-haraka al-'ilmiya wa at-thaqafiya mina al-himaya ila al-istiqlal*, Editions Ministère de la Culture et des Affaires islamiques, Imprimerie Fedala, non daté, 2 volumes.

Khalifa, c'est qu'il étudia les sciences coraniques auprès de maîtres faqih comme *al-baqqali, ibn al-abbar, zuaqi, R'houni*, qu'il apprit l'espagnol et le maïtrisa, qu'il lisait tous les journaux espagnols. Il ajoute aussi qu'il partit pour l'Orient en 1913, devint ministre des finances dans le gouvernement chérifien en 1922.. Autant dire qu'aucun lien ne lie une personnalité aussi connue dans le nationalisme du nord du Maroc avec le projet de 1908.

Toutes les autres personnalités abordées dans l'ouvrage sont soit des fuqaha au sens traditionnel du terme, n'ayant aucun lien avec le nationalisme, soit, pour ceux qui en ont, trop jeunes en 1908 ; c'est, par exemple, le cas du cheikh al-Makki Naciri, né en 1906, Thami El Ouazzani, né en 1905, Abdellah Guennoun, né en 1905 ou encore Abdelkhalek Torrès, né en 1910. Pour les reste du Maroc, les leaders du mouvement nationaliste comme Allal al-Fassi, né en 1910, Mohammed ben al-Hassan El Ouazzani, Balafrej, le même constat peut être fait.

Les Algériens, eux, étaient fort nombreux au Maroc ; ils étaient estimés, à la fin du XIXème siècle, à 5000 dans la seule ville de Fès et à 20 000 dans tout le Maroc par les services consulaires français qui les considéraient comme toujours étant sujets français. Il y avait parmi eux aussi bien des Ulama que des Sharifs.¹⁶ C'est dire qu'il s'agissait, en l'occurrence, de personnes ayant contact avec ce qui se faisait aussi bien en Algérie que dans le monde arabo-musulman; la guerre de l'Emir Abdelkader a eu comme effet de pousser beaucoup d'Algériens à l'exil, et, après sa défaite, un certain nombre d'entre eux l'ont suivi à Damas. Ce qui a renforcé les liens avec l'Orient et les idées qui en provenaient.

Il est clair, pour nous, que l'influence de l'exemple turc est indéniable. Le fait que le projet ait été publié dans l'hebdomadaire «*Lisan al-maghrib*» est significatif à cet égard. En effet, ce sont deux frères, Arthur et Farajallah Nemmour, originaires de Palestine, qui avaient fondé cette revue dont le premier numéro est paru le 28 février 1907.

Les deux frères constituent ainsi le chaînon entre le Maghreb et l'Orient, spécialement les idées constitutionnalistes des Jeunes Turcs.

Les frères Nemmour avaient séjourné en Tunisie, avant d'en être expulsés par les autorités du Protectorat; ils y avaient même fondé un hebdomadaire «*al-bassira*» qui fut interdit.

Avant de venir s'installer à Tanger, ils séjournèrent un temps à Paris, à Londres et à Istanbul.

Lisan al-maghrib supporta le mouvement «hafidiste» (Celui de Moulay Abdelhafid).

Il était par ailleurs soutenu par le «Comité Union et Progrès» d'Istanbul;¹⁷ ce qui confirme le lien avec les Jeunes Turcs.

Il faut d'abord rappeler que jusqu'en 1968, ce texte était resté inédit ; il ne fut dévoilé que par Alla El Fassi qui le découvrit dans la bibliothèque de son oncle¹⁸ ; même lui n'avait pas pu en déterminer le ou les auteurs. Le fait qu'Allal El Fassi invoque l'influence de la presse arabe de Tanger dirigée par des Syriens sur certains lettrés de Fès n'apporte que très peu d'éclairage sur les liens éventuels entre ces derniers et le texte.

¹⁶ Idem, p.206

¹⁷ Cf; La presse arabe, Editions Maisonneuve-Larose, p.67

¹⁸ Laroui, Les origines..., Editions Centre Culturel Arabe, p.378

Laroui démontre l'influence des idées réformistes sur certains lettrés marocains, dont Abdelhafid El Fassi et Abdelhai Kettani mais ne tranche pas la question.¹⁹

Et le fait que le projet ait coïncidé avec l'arrivée au pouvoir du Sultan Abdelhafid ne devrait pas, à notre sens, pousser à voir l'emprunte d'un quelconque « mouvement hafidite » qui était plus un mouvement exprimant le rejet du Sultan 'Abdelaziz.

Une fois devenu Sultan, Abdelhafid lui-même ne montra aucune véritable volonté de réforme touchant la nature du pouvoir. Bien au contraire, il exerça ce dernier avec un autoritarisme que son prédécesseur n'avait pas exercé. Et c'était Abdelaziz qui avait voulu réunir une assemblée de notables élus, représentant les tribus afin de l'aider à gérer la difficile situation dans laquelle se trouvait le pays.²⁰

Pourquoi alors donner une si grande importance à un texte que tout le monde ignorait jusqu'en 1968, surtout les élites nationalistes?

Quel intérêt peut alors avoir le projet de 1908?

III - LE PROJET DE 1908 : CONSTRUIRE UN ETAT « MODERNE », « RUPTURE AVEC L'ETAT PATRIMONIAL »

Ce que nous nous proposons de faire au début de ce travail, c'est de lire le texte du projet, non pas à travers ce qu'il veut normativiser mais plutôt ce qu'il veut interdire car ce texte, au-delà de sa valeur fondatrice du constitutionnalisme marocain ou pas, a pour valeur de miroir dans lequel se reflètent les pratiques politiques de l'Etat marocain avant sa réforme par le Protectorat.

Or ce sont justement les pratiques que ce texte veut abolir qui démontrent à quel point il est difficile de parler d'Etat, au sens moderne du terme, s'agissant du Maroc d'avant le protectorat.

Un détours par la théorie, afin de savoir précisément de quoi nous parlons, s'avère nécessaire.

1. QU'EST-CE QU'UN ETAT MODERNE ?

Si l'on considère, avec Norbert Elias,²¹ que l'Etat moderne c'est d'abord le monopole de l'utilisation de la force au profit d'un centre politique, mais le monopole fiscal qui lui permet d'entretenir cette force, nous nous rendons compte que l'Etat makhzénien, que les Occidentaux appelaient à raison « l'empire chérifien »²² était loin de constituer un Etat moderne au sens weberien du terme.

Le Maroc ne connaissait même pas encore de société moderne. Elias définit celle-ci ainsi : « *La société que nous appelons la société moderne est caractérisée, surtout en Europe occidentale, par un niveau bien déterminé de la monopolisation. La libre disposition des moyens militaires est retirée au particulier (aux féodaux) et réservée au pouvoir central, quelle que soit la forme qu'il revêt ; la levée des impôts sur les revenus et les avoirs est également du domaine exclusif du pouvoir central. (...) Les deux monopoles se tiennent la balance, l'un étant inconcevable sans l'autre. Si l'un disparaît, l'autre disparaît du même coup* ». ²³

¹⁹ Idem, p.381

²⁰ Idem., p.377

²¹ Norbert Elias, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Editions Calman Lévy, 1975

²² Eisenstadt différencie justement « empire » et « Etat »....

²³ Elias, op.cit, p.25

Et si l'on se réfère à la définition weberienne de l'Etat, qui relève bien sûr de l'idéaltype, il est bien clair que le Maroc d'avant le protectorat n'avait en guise d'administration qu'un ensemble de serviteurs du sultan et en guise d'armée, des corps levés au gré des besoins, sur les tribus, enrôlés dans les *m'halla*, le temps.

La définition que donne Weber de l'Etat moderne : « *l'État moderne, écrit-il, est un groupement de domination de caractère institutionnel qui a cherché (avec succès) à monopoliser, dans les limites d'un territoire, la violence physique légitime comme moyen de domination et qui, dans ce but, a réuni dans les mains des dirigeants les moyens matériels de gestion. Ce qui veut dire qu'il en a exproprié tous les fonctionnaires qui, suivant le principe des « états », en disposaient autrefois de leur propre droit et qu'il s'est substitué à eux, même au sommet de la hiérarchie* ». ²⁴

Weber constate donc, comme Norbert Elias, après lui, que *l'Etat moderne s'est constitué par un processus de monopolisation* qui consisté en l'expropriation par le prince de toutes les puissances privées indépendantes qui, à « côté de lui, détiennent un pouvoir administratif, tous ceux qui sont propriétaires de moyens de gestion militaires, financiers, et toutes sortes de bien susceptibles d'être utilisés politiquement ». ²⁵

Toute l'histoire marocaine, si elle atteste de l'existence d'un Empire qui a étendu sa puissance jusqu'en Andalousie, atteste également d'une recherche constante de l'établissement des deux monopoles dont parle Norbert Elias comme base de l'Etat moderne : le monopole de la force militaire et le monopole fiscal. ²⁶

L'Etat marocain d'avant le XXème siècle est à ranger dans la catégorie de l'Etat patrimonial dont parle Weber ou encore dans la catégorie plus large d'empires dont parle Samuel N. Eisenstadt.

L'État patrimonial est défini par Max Weber comme l'espace dans lequel le chef organise son pouvoir politique comme l'exercice de sa gestion domestique. La domination patrimoniale se fonde sur un pouvoir personnel basé sur un mélange de tradition et d'arbitraire. Cette notion mise en évidence par Max Weber demande à être placée dans son contexte d'origine.

Les définitions ci-dessus n'ont d'autres objets que de permettre de situer théoriquement la nature de l'Etat marocain d'avant le protectorat et aux pratiques auxquelles le projet de 1908 voulait mettre fin.

2. L'IMAGE DE L'ETAT MAROCAIN À TRAVERS PROJET CONSTITUTIONNEL DE 1908

Concernant la nature de l'Etat, le texte du projet de 1908 parle de Royaume (article 7), de Sultanat (article 10) mais aussi d'Etat chérifien (article premier) ; Cette dernière expression laisse suggérer qu'il est attaché à la dynastie des chorfa alaouites, descendants du prophète, et spécialement à la personne du monarque qui, en plus d'être chérif, est « l'imam des Musulmans et le défenseur de la religion » (article 6). En tant qu'« *imam chérifien* » et qu'« *héritier de la baraka* », tout sujet lui doit respect et obéissance (article 7). La sacralité de la personne du Sultan est ainsi expressément consacrée par le projet constitutionnel. Mais ce dernier ne fait que confirmer ce qui était intégré par la culture marocaine, quant au statut des chorfa depuis des siècles. C'est à ce titre de chérif qu'Idriss Premier, fondateur de la première dynastie du Maghreb al-aqsa, doit la bey'a dont il a été l'objet alors qu'il venait d'arriver d'Orient.

²⁴ (Le savant et le politique, p.37, LCSS).

²⁵ (Le savant et le politique, p.36 LCSS).

²⁶ Norbert Elias, op.cit, pp.82 et suivantes

Le projet ne parle pas non plus de « citoyen » car le concept de citoyenneté ne faisait pas encore partie du vocabulaire politique marocain ; seuls existaient des sujets.

Ces derniers étaient liés à la personne du Sultan par ce qui fut défini, par la Conférence de Madrid de 1880, de « lien d'allégeance perpétuelle ». Ce principe allait, comme nous le savons, devenir le fondement même de la nationalité marocaine lorsque le Code de la nationalité fut adopté en 1958.

La conférence de Madrid l'adopta pour mettre des limites au système des protections issu des capitulations et dont la conséquence était que nombres de sujets du Sultan échappaient complètement à son autorité.

Le projet propose que la qualité de Marocain soit reconnue à tout sujet du Sultan, musulman ou non (article 12). Il parle donc de « sujets » et non pas de « citoyens ».

Nous pouvons d'ores et déjà remarquer que l'obéissance n'est pas fondée sur le droit mais sur la qualité religieuse et généalogique du titulaire du pouvoir.

3. PRATIQUES QUE LE PROJET VISAIT À INTERDIRE :

Ce sont les pratiques mêmes que le projet vise à interdire qui sont révélatrices de la nature du pouvoir, de celle de l'Etat au Maroc avant le protectorat et des pratiques du Makhzen.

Tout d'abord, le projet vise à interdire toute *confiscation ou la séquestration des biens individuels sans que celle-ci soit motivée par l'utilité publique* (art 23 et 24).

Il était d'usage que le Makhzen, c'est-à-dire, le Sultan et ses agents, que ce soit au niveau central ou au niveau local, pouvaient, quant ils le jugeaient bon, confisquer les biens d'autrui sans aucune procédure et au gré des circonstances. La confiscation des biens était souvent une sanction que le Makhzen infligeait aux individus et aux groupes à l'occasion d'une rébellion, lorsqu'il s'agissait d'une tribu, ou à l'occasion d'une disgrâce lorsqu'il s'agissait d'un agent du Makhzen.

Ainsi, lorsque Ahmed ben Moussa, connu sous le nom de *Ba H'mad*, mourrut, le Sultan Moulay Abdelaziz fit arrêter, le lendemain de sa mort, ses deux frères qui étaient ministre de la guerre et ministre des finances.

Non seulement, il fit cela mais leur confisqua tous leurs biens, ainsi que ceux du Grand vizir qui avait tenu le royaume, et le jeune Sultan avec, sous sa tutelle depuis la mort de Moulay Hassan.

Moulay Abdelaziz fit cela, suivant le conseil d'un jeune secrétaire de Ba-H'mad qui deviendra à son tout le puissant Mehdi El Menebhi.

Gabriel Veyre, qui vécut « dans l'intimité du Sultan », ²⁷ nous dit de lui qu'il était un homme venant de la tribu des M'nabha, non loin de Marrakech, enrôlé dans l'armée du Sultan, puis choisi par Ahmed Ben Moussa, dit « Ba Hmad », pour servir de secrétaire et de coursier de ce dernier auprès du Sultan ; il savait lire et à peine écrire ajoute-t-il.

Mais cela importait peu car les agents du Makhzen étaient recrutés pour d'autres critères que la compétence ou le savoir ; c'était la fidélité au maître qui comptait le plus.

El Menebhi, lui-même, incapable de mettre fin à la révolte du Rougui, Bou H'mara, finit par tomber en disgrâce ; de retour de la Mecque, il faillit être arrêté sous les ordres de ses rivaux ministres, auxquels Moulay Abdelaziz avait laissé toute latitude de déci-

²⁷ Gabriel Veyre, Dans l'intimité du Sultan, Editions Afrique Orient, 2009, pp.42 et suivantes

der de son sort; il n'arriva à échapper à l'arrestation et à la confiscation des ses biens à Tanger que grâce à la protection de la Légation anglaise.²⁸

Le projet voulait aussi interdire *la violation du domicile* qui était non seulement courante, mais qui se faisait à chaque fois que le Makhzen arrivait à vaincre une tribu rebelle ou à faire tomber en disgrâce une personnalité autrefois influente.

Il était d'usage qu'à chaque fois que le Makhzen ou ses agents faisaient la guerre à une tribu - ce qui était leur occupation quasi-permanente - ils livraient la tribu au pillage et au partage de ses biens. C'est ce que visait à interdire le projet de constitution de 1908 : « *Il n'est pas permis aux troupes du Maghzen de piller les biens d'une tribu avec laquelle elles sont en combat et de se les partager, comme il est de coutume..* »(art.31). Tout caïd ayant commis un tel acte sera responsable devant le Conseil consultatif et le Sultan.

Les Sultans du Maroc ont été de tous temps confrontés aux révoltes tribales, soit à cause des impôts qui constituaient pour eux un lourd fardeau, soit à cause de pratiques despotiques des représentants du Makhzen.

Le sultan du Maroc, et ce jusqu'en 1912, était toujours en déplacement pour soumettre des tribus rebelles, ça et là à travers tout le territoire.

Moulay Hassan, lui-même, est mort sur la route, sans doute épuisé par ses déplacements.

Toute l'historiographie nous relate la vie des sultans comme un déplacement continu pour assurer la soumission et la fidélité des tribus ; il suffit de lire, par exemple, *kitab al-istiqa fi akhbar al-magrib al-aqsa* de Naciri pour se rendre compte de l'ampleur et de la permanence de ce phénomène. On peut aussi bien lire al-mokhtar as-soussi, et spécialement son livre *hawla ma'idat al-gada*.²⁹

Un autre usage que le projet de 1908 visait à supprimer était la façon dont étaient traités les rebelles : « *Il n'est pas permis de couper les têtes des rebelles tués au cours des combats avec les forces du Maghzen, de les emporter à Fès ou autre ville, et de les pendre sur les remparts, comme il est de coutume* »

En effet, la notion de procès, au sens moderne, n'existait pas, et seule comptait la décision que voulait prendre le Makhzen quant au sort des rebelles.

Le Sultan pouvait, après avoir fait montre de sa force contre les tribus rebelles, se montrer clément quand celles-ci faisaient serment de ne plus contester son autorité.

Faut-il préciser ici que si révolte, il y avait, c'était contre l'impôt ou contre le despotisme des représentants du Sultan, presque pas contre sa personne en tant que chérif, héritier de la baraka, et en tant que *amir al-mu'minin*.

Le Sultan avait l'habitude, quand il arrivait dans une tribu, après l'avoir soumise, de renforcer son armée par de nouveaux combattants que celle-ci lui donnait en gage de soumission ; il prélevait également sur elle chevaux et nourriture. Son armée se renforçait en nombre au fur et à mesure que durait son expédition.³⁰

Le même traitement pouvait concerner certains corps de métiers qui pouvaient se révolter contre un impôt (*moks*) qu'ils trouvaient trop lourd. Ainsi, lorsque, le Sultan

²⁸ Le système des protections faisant que tout sujet marocain ayant obtenu la protection d'un Consulat étranger échappait de fait à l'autorité du makhzen ; bien que le système des protections fut réglementé, voire limité par la conférence de Madrid (1880), l'influence des légations étrangères se prolongea jusqu'en 1912.

²⁹ Récentement traduit par Alain Roussillon...

³⁰ Voir, par exemple ce que relate Naciri sur les expéditions des sultans marocains, notamment les volumes qui concernent la dynastie alaouite.

Moulay Hassan accéda au pouvoir, après la mort de son père, qu'il eut reçu la bey'a des gens de Marrakech, il voulut en faire de même à Fès. Seulement, les représentants des commerçants et artisans émirent comme condition à cette bey'a leur exemption de l'impôt, ce qui leur fut promis par les Ulama de la ville qui voulaient avant tout assurer cette bey'a. Or le gouverneur de Fès ne voulait pas de cette condition et se mit à lever l'impôt de force à l'entrée des marchés. La population se révolta contre lui, pillà sa maison et il ne dut son salut qu'en se réfugiant dans le mausolée de Moulay Idriss, en attendant l'arrivée du Sultan. Dans ce passage, relaté dans al-istiqa,³¹ nous avons beaucoup de données sur la nature du système politique marocain avant le protectorat, aussi bien concernant les conditions de la succession et de la bey'a, que sur la légitimité de l'impôt ou encore sur le degré d'acceptation des autorités locales et sur la place du sacré dans la société marocaine.

Autre usage avec lequel le projet veut rompre, c'est celui consistant à « *tuer les prisonniers et les blessés, de les dépouiller de leurs vêtements, comme il est de coutume* » (art 32). Le projet parle, bien entendu ici des prisonniers faits à la suite d'une rébellion de tribu.

Il s'agit plus de pratiques de caïds qui pouvaient se montrer extrêmement zélés et d'une cruauté exceptionnelle, comme ce fut par exemple le cas pour Issa ben Omar al-abdi qui était réputé pour cela et qui était aussi un personnage du makhzen central puisqu'il a occupé la fonction de Vizir de la Mer (wazir al-bahr).³²

Le sultan, lui, pouvait se montrer souvent plus magnanime ; il pardonnait aux rebelles dès qu'ils exprimaient leur repentir. C'est ce que montre Naciri tout au long de l'istiqa.

Enfin, le projet prônait *d'abolir le fouet et la torture, par n'importe quel moyen, et tout procédé contraire à la civilisation* (art 27).

Par ailleurs, le projet de 1908 s'avère être d'une modernité extraordinaire pour son époque et eu égard à ce qu'était la société marocaine d'alors.

Il était porteur d'une véritable philosophie des droits de l'homme et du citoyen.

Il voulait introduire la notion de citoyenneté, à côté de la qualité de sujet. Il prônait le respect des libertés individuelles (art 13 et 14), tout en introduisant la notion d'ordre public. Il affirmait le principe d'égalité de tous les Marocains devant les fonctions du Makhzen (art 17).

Il voulait instaurer l'enseignement primaire obligatoire (art 15), ainsi qu'un système de solidarité avec « les pauvres, les invalides, les aveugles et les chômeurs » en les dispensant de toute obligation et de tout impôt, au même titre que les serviteurs des lieux sacrés (art 20).

Le projet était porteur d'une véritable philosophie constitutionnelle puisqu'il voulait établir à côté du Sultan un conseil consultatif constitué d'un conseil de la Nation et d'un conseil des notables dont il organise les compétences et le travail. Le principe de l'élection était retenu pour les membres du conseil de la Nation alors que celui de la nomination était réservé aux membres du conseil des notables.

Nous pouvons noter que les attributions du Conseil des notables se rapprochent de ce que seraient aujourd'hui celles du Conseil constitutionnel. Il avait pour mission de vérifier que :

³¹ Kitab al-istiqa, op. cit, vol 8, pp.149-150

³² Sur le personnage, on peut consulter, entre autres, Mokhtar es-soussi, hawla ma'idat al-ghada, op. cit.

« 1) Le texte ne doit pas contenir une disposition portant atteinte à la religion ou contradictoire avec le Coran ; 2) Le texte ne doit pas porter atteinte à l'indépendance du royaume ; 3) le texte ne doit pas nuire aux droits du sultan ; 4) Le texte ne doit pas porter atteinte à la liberté, à la Constitution et à l'ordre public ; (...); 6) Le texte ne doit pas anéantir les droits de la Nation en général et des pauvres en particulier (art 54). »

La modernité du texte peut se vérifier à chaque article mais il y en a un qui nous paraît être symbolique à cet égard ; c'est l'article 38 qui dispose que « chaque membre des deux conseils doit prêter serment » et « jurera fidélité à l'Etat et à la Nation, à la Constitution ».

Il s'agit là de trois notions clés de la modernité politique : la Nation qui, englobe les citoyens avec leurs droits et leurs obligations, avec leur passé et leur devenir commun, la Constitution avec les règles de droit qu'elle implique et l'Etat, institution autonome et pérenne. Il ne fait pas référence à la fidélité au sultan.

Par ailleurs, la place du sultan dans la pyramide institutionnelle est celle-là même que l'on retrouvera plus tard aménagée dans l'article 19 des constitutions de l'indépendance : celle du Sultan devenu Roi, amir-al-mu'minin (art 6 cité plus haut).

Mais ce que nous venons de voir quant à la pratique du pouvoir veut dire qu'il n'y avait aucun référentiel dictant les règles devant, en principe, régir la relation entre les gouvernants et les gouvernés?

Affirmer de telles assertions serait contraire aussi bien à la réalité historique.

L'histoire marocaine est pleine de lettres de sultans incitant leurs sujets à observer les règles de la shari'a, les serviteurs du Makhzen à gouverner selon ses règles.

Mais les principes sont ce qu'ils étaient et la réalité politique ce qu'elle était.

Le simple fait de dire que le Sultan était amir al-muminin et que la relation existant entre lui et ses sujets fondait le principe de *l'obéissance* qui, sur cette base, relevait de la tradition, des croyances mais aussi de la shari'a, et doit inciter à s'intéresser à cet autre aspect de la légitimation du pouvoir.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y GÉNERO

UNA PROPUESTA EPISTÉMICA METODOLÓGICA

MAR ESQUEMBRE

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

Confieso que la elección de la temática de mi contribución al libro en homenaje a mi querida Julia Sevilla no ha sido precisamente una decisión fácil. Es mucho lo que me une a ella desde hace años y muy difícil tratar de reflejarlo en un artículo. Pero si hay un punto en el que mi trayectoria confluye estrechamente con la suya, es en la Red Feminista de Derecho Constitucional (en adelante RFDC) que ella preside, como no podía ser de otro modo, desde su fundación en 2004.¹ Tratar de superar la ausencia de la perspectiva de género en el Derecho Constitucional, que fue el principal determinante del surgimiento de la RFDC, es el objeto de mi propuesta.

En efecto, la RFDC surge ante la percepción y comprobación de un hecho en el ámbito académico y científico: las mujeres son ajenas a las ciencias sociales y jurídicas y, por tanto, al Derecho Constitucional (SEVILLA y ESQUEMBRE, 2010). Las relaciones de poder presentes en nuestras sociedades están siempre marcadas por el predominio masculino y son los hombres quienes están situados en la cima del aparato que supervisa la producción cultural y científica. Por consiguiente, las ciencias, y en concreto las ciencias sociales y jurídicas, nacen condicionadas por las perspectivas, los intereses y las experiencias de los protagonistas -las clases dominantes y su aparato de gestión- de las instituciones que rigen la sociedad: empresas, gobiernos, partidos políticos, universidades, medios de comunicación de masas, sindicatos, etc., todos ellos sólidamente en manos masculinas. En estas condiciones, el silencio envuelve a quienes están fuera de este proceso: en primer lugar, las mujeres. De hecho, las «ciencias» son lo que son en tanto que son validadas como tales -con sus métodos, aparatos conceptuales, temas- por las autoridades reconocidas como competentes y en lo que respecta a la autoridad en general, las mujeres están también casi totalmente excluidas de los puestos clave en los cuales se determinan los parámetros del conocimiento. En consecuencia, la enseñanza superior y la transmisión del conocimiento en el nivel universitario son incompletas ya que hasta la fecha no se han incorporado los estudios de género en los programas de estudios superiores (VENTURA, 2008: 156). La ciencia del Derecho en general y, obviamente, del Derecho Constitucional no escapa a esta situación (SALDAÑA, 2010). Efectivamente, partiendo del hecho de que el origen del Estado (y de otras formas de organización política anteriores) y del ordenamiento jurídico ha sido concebido y configurado por los hombres con exclusión de las mujeres, el ámbito jurídico-político ha sido y sigue siendo especialmente reacio a la inclusión de las temáticas de género -salvo en los últimos años, a propósito de la nueva normativa estatal sobre igualdad de mujeres y hombres-. A ello hay que añadir la presencia mayoritaria de profesores varones en las facultades de derecho, siendo además hombres los que conforman la dirección de las escuelas más influyentes que, en definitiva, van a marcar las líneas de actuación en las respectivas áreas del derecho, tanto en el ámbito de la docencia como en el de la investigación. Tal es así que en el plano docente y en la investigación del Derecho Constitucional, no se aplica el género de forma transversal y en lo que refiere al debate científico actual sobre el concepto y el método en Derecho Constitucional, cada vez más ausente, tampoco el género ha logrado penetrar.

¹ <http://www.feministasconstitucional.org/>

Sobre la base de los argumentos expuestos y ante la constatación de esta realidad, varias profesoras de Derecho Constitucional compartimos la necesidad de debatir sobre esta problemática, naciendo así la RFDC, cuyo objetivo principal es reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en todos los ámbitos de desarrollo de la vida humana y, en particular:

- Eliminar las discriminaciones directas, indirectas y encubiertas existentes en los ámbitos de la docencia, la investigación y el ejercicio del poder en la Universidad que afectan a todas las personas comprometidas en la lucha por la igualdad
- Promover la efectividad de la igualdad real entre mujeres y hombres y la eliminación de la desigualdad histórica que tiene su base en la discriminación por razón de sexo
- Reformular las bases del actual conocimiento del Derecho, especialmente del Derecho Constitucional, para que tanto la investigación, el estudio y la enseñanza del mismo incorpore los aportes de la teoría feminista
- Integrar a la ciencia del Derecho las nuevas categorías elaboradas desde la perspectiva de género y difundirlas en el ámbito académico especialmente en la educación superior.
- Promover la eficacia en la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales, comunitarios, nacionales, autonómicos y locales para alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en el ámbito académico

Desde el compromiso individual y colectivo con estos objetivos, pretendo aportar una propuesta para la transmisión del conocimiento en Derecho Constitucional, fruto de la experiencia investigadora y docente desde la perspectiva de género, que incorpore los aportes de la teoría feminista. Para ello abordaré primero las resistencias que el feminismo académico encuentra para su inclusión en el saber «oficial» y cómo éstas se trasladan a las ciencias jurídicas. En segundo lugar, es inevitable referirse a la metodología que permita la incorporación del paradigma feminista a la ciencia del Derecho Constitucional para, finalmente, presentar un sintético material didáctico que permite, dadas las limitaciones actuales de la docencia en términos temporales y materiales, ese objetivo.

RESISTENCIAS A LA INCORPORACIÓN DE LA TEORÍA FEMINISTA AL ÁMBITO CIENTÍFICO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Es un hecho constatado la existencia y persistencia de la desigualdad de mujeres y hombres,² sin embargo, el feminismo, como movimiento social y como teoría crítica -con probada tradición intelectual y elaboración teórica- ha encontrado y todavía encuentra muchas resistencias para su introducción en todos los ámbitos -de poder, podríamos añadir-, lo que incluye, lógicamente, al ámbito científico. Y ello a pesar de la abundante normativa, ciertamente reciente, que intenta incluir los estudios feministas en las enseñanzas universitarias (VENTURA, 2008). Las teorías «al uso» vigentes en

² Al respecto véase por ejemplo el Informe ‘Mujeres y hombres en España’, del INE de 2013. Este Informe refleja la poca presencia de mujeres en las esferas de toma de decisiones, es decir, en el ámbito del poder. Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015. Véase además el Informe Final de las consultas sobre la atención de las desigualdades, codirigidas por ONU Mujeres y UNICEF de 2013. En este reciente Informe se afirma que «Aunque las mujeres representan la mitad de la humanidad, todavía les queda mucho para tener los mismos derechos, las mismas oportunidades y la misma participación y liderazgo que los hombres. Esta exclusión, esta discriminación y esta violencia basadas en el género son uno de los mayores obstáculos a los que nos enfrentamos para hacer avanzar un desarrollo sostenible.»

cada momento en las diversas disciplinas, no sólo han ignorado (e ignoran) las aportaciones del feminismo y prescinden de la utilización del género como la categoría analítica básica de éste, sino que suelen excluir de sus análisis lo que los distintos autores han sostenido o sostienen sobre las mujeres,³ contribuyendo así a la exclusión de las mismas (MESTRE, 2008: 26) y a la perpetuación del sistema patriarcal.

Efectivamente, desde las ciencias sociales y especialmente desde las ciencias jurídicas, sólo se suele dar cuenta de los resultados o avances, es decir, de las conquistas sociales, desvinculándolas del movimiento que lo conquistó. El papel decisivo del feminismo en la abolición de la esclavitud o en la consecución del sufragio universal, por citar sólo dos ejemplos, no se hace visible. Los nombres de quienes lucharon para hacer posible la extensión y el reconocimiento a las mujeres de los derechos civiles, políticos y sociales son desconocidos. El efecto de esta ablación de la memoria -que se traslada también al ámbito político- es un déficit de legitimidad del feminismo, pues parece que las reivindicaciones de las mujeres nazcan de cero en cada generación (VALCÁRCEL, 2009: 222-224; 2004: 83-86). Se sustrae así a las mujeres de su memoria histórica como grupo oprimido pero también como protagonistas de luchas políticas y, por tanto, pierden, perdemos, legitimidad y eficacia política (COBO, 2009: 57-58). Y la memoria histórica es un instrumento necesario en la construcción de una subjetividad política que tenga como finalidad la irracionalización del sistema de dominación patriarcal.

Esto es especialmente patente en la dogmática jurídica, que ha permanecido, al menos hasta fechas muy recientes, refractaria a la admisión de la teoría feminista. Las razones pueden ser muchas y muy variadas. Entre ellas se ha apuntado que el Derecho tiene atribuidos los rasgos de la masculinidad en un contexto social donde lo valorado como positivo es ser como dice ser el Derecho: neutral, objetivo, universal... (MESTRE, 2008: 22) y el género deviene «sospechoso», una especie de intruso al que se le veda el paso porque destruiría esas características consideradas valiosas y pone en peligro un armazón sólidamente construido.

Pero, sobre todo, la explicación que parece más plausible, de acuerdo con lo que se ha dicho sobre el papel esencial que juega la memoria histórica, radica en que la dogmática jurídica, lejos de ser neutral, es política (MELERO, 2003). Y los paradigmas jurídicos dominantes hasta ahora en el Derecho público -donde se inscriben principalmente la ciudadanía y los derechos fundamentales-, el liberal y el social, se fundamentan en diferentes concepciones sobre las relaciones entre la sociedad y el Estado, sobre las funciones que le corresponden al Estado y proponen diferentes ideas de justicia (igualdad formal y libertad frente a justicia distributiva o igualdad material). Por tanto, lejos de la aparente neutralidad y objetividad del Derecho, éste reproduce la visión del mundo socialmente hegemónica, cumpliendo así una función política esencial: la legitimación e imposición del poder (de las relaciones de poder). Y esa visión del mundo socialmente hegemónica es patriarcal.

Aunque históricamente la religión y la filosofía han servido como instrumentos fundamentales (aunque no únicos) de justificación y legitimación del poder, la forma más efectiva que éste ha tenido y tiene de imponerse es el Derecho. Si bien es cierto que la función de articulación y regulación de las relaciones sociales no es exclusiva característica de las normas jurídicas y que todas las normas, jurídicas o no, constitu-

³ Así, no es extraño que se omita lo que los autores clásicos y eternamente citados sostenían sobre las mujeres. Un caso paradigmático sería Rousseau.

yen una manifestación de los poderes sociales existentes en cada estructura social histórica, las normas jurídicas presentan, frente a las demás, una diferencia fundamental: otorgan a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar a los intereses de otros individuos y grupos. Por tanto, son configuradoras de relaciones de poder y de estructuras de poder (COLLADO, 2006: 20). Y el patriarcado es un poder que ha estado y está presente en todas las estructuras sociales. Por tanto, también, y de una forma muy especial, ha estado y está presente en el Derecho.

La teoría feminista aplicada al Derecho no sólo ha desvelado la estructura de género de éste; también realiza las aportaciones necesarias para reconstruirlo a fin de eliminar la discriminación de las mujeres. En este sentido, hay que resaltar la preocupación de las teóricas feministas porque la utilización del término género por parte de la cultura jurídica dominante sirva para eclipsar el alcance explicativo en términos políticos que el citado término posee para el feminismo (LAURENZO *et al*, 2008; MESTRE, 2008)

2. SOBRE EL MÉTODO Y CONCEPCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL PARADIGMA FEMINISTA

El objetivo principal de este trabajo coincide con los objetivos de la RFDC arriba citados, pues se centra en la incorporación del paradigma feminista al ámbito de las Ciencias Jurídicas y, concretamente al del Derecho Constitucional, que necesariamente abarca la Teoría del Estado pero ello no es, ni mucho menos, tarea fácil (BALAGUER, 2005) y, por supuesto, requiere de un trabajo que va mucho más allá del que aquí se pretende. No consiste, desde luego, aun reconociendo su necesidad y utilidad, en un análisis del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y su desarrollo e implicaciones en cada ordenamiento constitucional concreto. La fuerte orientación positivista que domina en la actualidad el Derecho Constitucional (como destacados constitucionalistas han puesto de relieve a propósito de una encuesta sobre orientación y método del Derecho Constitucional, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 21, 2008) no propicia una incorporación de la teoría feminista más que de forma fragmentada y que, en muchos casos, no resiste un análisis estrictamente jurídico. Eso sucede a menudo porque en el constitucionalismo actual se prescinde del factor histórico; y para la teoría feminista dicho factor es insoslayable.

Este factor histórico se identifica con el método científico en la teoría del Derecho Constitucional, entendiendo que método y concepción del Derecho Constitucional van unidos, de tal forma que no hay neutralidad en optar por un método u otro, pues ello supone no sólo ya una cierta concepción sino una cierta concepción del Derecho Constitucional (DE CABO, 1989: 9-10; el mismo, 2008: 83 y ss.). De acuerdo con ello, no se puede deslindar el saber técnico de estudio, interpretación y aplicación del Derecho Constitucional del estudio de éste desde sus determinaciones externas, desde sus causas. De otro lado, supone vincular la ciencia del Derecho Constitucional a la satisfacción de proyectos y demandas sociales (DE CABO, 2006: 53; 2010: 9-19).

Por estas razones, para la investigación y la docencia se parte de una concepción del Derecho Constitucional que se comparte críticamente, que supone una propuesta alternativa superadora de posturas deterministas de un Derecho Constitucional meramente legitimador de la realidad existente y que, en el ámbito de la doctrina científica española, tiene su exponente en Carlos de Cabo. Ya desde su *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, el autor opta por la introducción de una aportación marxista que no ha abandonado, como pone de manifiesto su *Teoría Constitucional*

de la Solidaridad y en *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, y que, incorpora, por tanto un proyecto transformador de la sociedad. Consideramos que la introducción de una aportación feminista al Derecho Constitucional puede hacerse desde esta posición, pues no hay que olvidar que el paradigma feminista -el marco interpretativo de la realidad utilizado por el feminismo- se construye en buena medida a través de su diálogo con el marxismo. De hecho, de acuerdo con la definición de género que aquí se utiliza, éste es también una estructura en el sentido realista/materialista, es decir, una relación estructural que, a su vez, condiciona a la historia y es condicionada por ella (JÓNASDÓTTIR, 1993: 332).

3. UNA PROPUESTA PARA LA TRANSMISIÓN DEL CONOCIMIENTO EN DERECHO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Resultado de estas investigaciones con la metodología descrita, es la elaboración de un esquema didáctico que permite la explicación del Derecho Constitucional desde una perspectiva de género. Las líneas generales de dicho esquema se explican partiendo de la base de que las formas en que políticamente se han organizado las sociedades hasta llegar a la actual forma de organización política conocida (el Estado -social y democrático de Derecho-) no son ajenas a las formas o modos de producción, a las relaciones sociales o a las relaciones más íntimas entre las personas. Es imposible estudiar sólo las formas históricas de organización política sin hacer una referencia al resto de ámbitos en que discurren la vida y las relaciones humanas. Cada uno de estos ámbitos y las transformaciones en ellos operadas (que están, a su vez, relacionadas entre sí) se ven influenciados por la ideología presente y dominante en cada época (a la que denominamos, de forma amplia, vector ideológico) que contribuirá a legitimar y/o, en su caso, a transformar dichos ámbitos.

Con arreglo a dicho esquema (Figura 1), resulta posible explicar tanto el origen del moderno constitucionalismo como su evolución posterior con toda la complejidad inherente a estos procesos, integrando de forma transversal la perspectiva de género y no reduciendo el tratamiento de las relaciones entre mujeres y hombres, como suele hacerse, a un compartimento estanco y desconectado que no da cuenta de sus interrelaciones e influencias en el resto de ámbitos tradicionalmente estudiados.

Los objetivos del presente trabajo, por tanto, se relacionan con la comprensión de las relaciones de género desde el Derecho Constitucional para lo cual se considera fundamental analizar los cambios operados en la historia de la humanidad tomando en cuenta un ámbito que ha sido omitido por los estudios de la ciencia tradicional: el que hemos denominado como ámbito doméstico (en que se desarrollan las relaciones familiares o más íntimas).

En este repaso de los sistemas políticos en la historia las cuestiones giran en torno a ¿cuál era y es la posición/condición de las mujeres en la sociedad desde antes y después de la gestación del Estado Constitucional? ¿Se han producido grandes cambios históricos en todas las esferas de la vida? ¿Cómo afecta a la mitad de la humanidad? El citado esquema, por tanto, tendría dos etapas diferenciadas: la primera, de situación, desde la Antigüedad hasta el momento histórico en que se producen las denominadas «revoluciones liberales», germen u origen del constitucionalismo actual. Y la segunda, desde ese periodo revolucionario, el origen del constitucionalismo con el Estado liberal hasta la actualidad.

La metodología se centra en la utilización de la perspectiva de género aplicada al análisis de aquellos aspectos de la bibliografía básica de filosofía política occidental preponderante en la construcción de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional. Así, se ponen de manifiesto aquellos aspectos que no son comúnmente abordados por referirse al ámbito que queda fuera del marco de interpretación de la realidad que habitualmente se trasmite y al que hemos denominado «ámbito doméstico». En la explicación en clases nos detenemos en aquellos aspectos menos conocidos que, por lo general inciden de forma más directa en el «ámbito doméstico» es decir, donde se desarrollan las relaciones más personales o íntimas, si bien también pueden estar presentes otros elementos referidos a la estratificación social (ámbito privado). Y todo ello lo hacemos abordando las diferentes etapas históricas.

Para la Antigüedad, tomamos en cuenta el análisis de la bibliografía de los clásicos de la filosofía política, entre ellos Platón («La República o El Estado») y Aritóteles («Política»), en aquellos fragmentos menos conocidos que son, precisamente, los referidos al ámbito que ahora se ha ampliado y cuyo estudio nunca está presente. En el aula se promueve la lectura aplicando la perspectiva de género de las obras de los filósofos griegos más citadas en los manuales usados en la disciplina de Derecho Constitucional.

Respecto de la etapa feudal, tras la explicación de la organización social, se explica la organización política y económica tomando en cuenta la posición que ocupaban las mujeres en aquella sociedad. Se completa el estudio tomando como referencia el discurso hegemónico de la época, apreciable en el conjunto de obras conocidas como la «Querrela de las mujeres», en las que los hombres religiosos, académicos y oficiales de alto rango discutían por escrito sobre la valía de las mujeres. «De secretis mulierum» (Sobre los secretos de las mujeres), libro anónimo, que compuesto en latín a finales del siglo XIII se convirtió en un clásico de la misoginia bajomedieval. Como discurso no hegemónico o contramayoritario se oponen fragmentos de la obra «La ciudad de las mujeres» de Christine de Pizan (1405). En cuanto a la etapa de surgimiento del Estado Absoluto, las obras seleccionadas son fragmentos de *Los seis libros de la República* de Bodino y «Leviathan» de Hobbes.

La realización plena del proceso de construcción del Estado, adviene con el Estado liberal, producto de las revoluciones liberales, etapa en la que se sitúa el origen del constitucionalismo y germen del Derecho Constitucional. El constitucionalismo, como discurso jurídico político que hunde sus raíces en la Modernidad, sobre las bases de la libertad y la igualdad, es especialmente idóneo para la aplicación del paradigma feminista al que se ha hecho referencia, pues ambos apuntan a un proyecto de liberación social. Y es que las mismas abstracciones (individuo, sujeto de derechos, ciudadano, derechos...) formuladas en términos universalizadores y aparentemente neutrales que surgen como contraposición a la sociedad estamental del Antiguo Régimen y que se plasmarán ya en las primeras Declaraciones de Derechos y posteriormente en las Constituciones actuales son, precisamente, las que propician la aparición de las primeras vindicaciones sobre las que se irá articulando el discurso feminista hasta la actualidad (ESQUEMBRE, 2010: 141). En este punto se busca que el alumnado aprenda a manejar los conceptos del constitucionalismo liberal con perspectiva de género. Así, los rasgos característicos o ejes esenciales del Estado liberal (El principio de libertad; la limitación del poder: Las Declaraciones de Derechos, la organización del poder, el Estado de Derecho, la soberanía nacional y el principio representativo) son con-

templados siempre recalando cómo la construcción del sujeto protagonista de esos cambios obedece a un estereotipo masculino, alejado del modelo neutro de sujeto que normalmente se trasmite.

Junto a las Declaraciones de Derechos se aportan otras obras de carácter histórico elaboradas por mujeres donde denuncian su exclusión de las mismas. Resulta muy útil contraponer, por ejemplo, la paradigmática francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 con la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, elaborada por Olympe de Gouges en 1791. O la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de Julio de 1787 frente a la poco conocida Declaración de Intenciones de Séneca Falls de 1848, en la que las mujeres reclamaban su estatus de ciudadanas. Todas las transformaciones operadas en esta época supondrán que de la esfera o ámbito público, quedarán excluidas las mujeres y, en la esfera o ámbito privado, las mujeres estarán en una situación de dependencia, configurándose en el mismo, un espacio privado-doméstico, en el que las relaciones entre los sexos se articulan en una relación de dominación (varones) / subordinación (mujeres), cuya justificación ya encontramos en la Ilustración, sobre la supuesta adscripción de las mujeres, «por naturaleza», al ámbito doméstico.

Se analizan, en el vector ideológico, aquellas partes menos conocidas de las obras más citadas de Rousseau, Locke, Montesquieu, Descartes o Kant que ejemplifican el discurso hegemónico o mayoritario. Asimismo, se visibilizan las obras pertenecientes al discurso minoritario, incluyente de las mujeres, como las de François Poulain de la Barre, Mary Wollstonecraft o Condorcet.

La misma metodología se aplica a la evolución posterior hasta la transformación en el actual Estado Constitucional. Así, se analiza el cambio en las fuerzas productivas y sus efectos en las relaciones producidas en el ámbito del mercado: la Revolución industrial y el reflejo del cambio en el ámbito público (de la soberanía nacional a la soberanía popular), pero también en el ámbito privado-privado o doméstico, que suele estar excluido de todos los análisis. Es especialmente interesante, a los efectos de poder explicar las actuales desigualdades que todavía persisten entre mujeres y hombres, observar las transformaciones que se producen en este último ámbito y que en la actualidad están ausentes de cualquier manual al uso de Derecho Constitucional. Todo ello se acompaña de lecturas seleccionadas según el periodo histórico de estudio, donde se visibilizan tanto aquellos aspectos ocultados sobre las posiciones de mujeres y hombres del discurso mayoritario o hegemónico como el invisibilizado discurso contramayoritario o no hegemónico (por ejemplo H. Taylor y J.S. Mill).

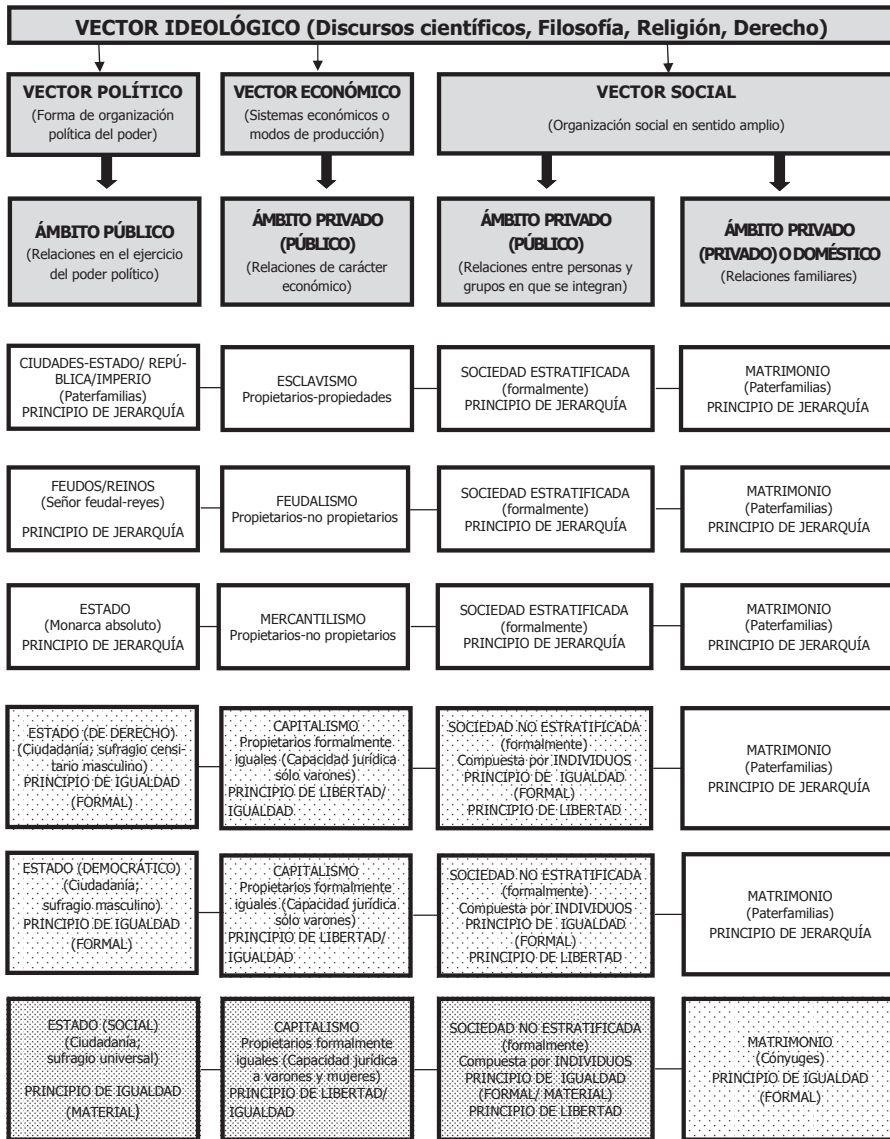


Figura 1. Esquema de elaboración propia.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALAGUER CALLEJÓN, M^a Luisa (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Valencia: Cátedra, colección Feminismos.

COBO BEDÍA, Rosa (2009). «Debates teóricos sobre democracia paritaria». En: *Nuevas rutas para Clío. El impacto de las teóricas francesas en la historiografía feminista española*. Barcelona: Icaria.

COLLADO MATEO, Concepción (2006). «Mujeres, poder y derecho», en *Feminismo/s*, n^o 8.

DE CABO MARTÍN, Carlos (1988). *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional* (vol. 1). Barcelona: PPU.

(1993). *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional* (vol. 2). Barcelona: PPU.

(2006). *Teoría Constitucional de la Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons.

(2008). «Intervención en las Actas de la Jornada sobre orientación y método del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n^o 21.

(2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta.

ESQUEMBRE VALDÉS, María del Mar (2010). «Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la tríada de derechos fundamentales», en Moreneo Atienza, C. y Moreneo Pérez, J.L. (dirs. Coords.). *Género y Derechos fundamentales*. Granada: Comares

JÓNASDÓTTIR, Anne G. (2004). *El poder del amor ¿Le importa el sexo a la Democracia?*. Madrid: Cátedra, col. Feminismos.

LAURENZO, Patricia, MAQUEDA, M^a Luisa y RUBIO, Ana (coords) (2008), *Género, Violencia y derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MELERO ALONSO, E. (2003), «La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 9.

MESTRE I MESTRE, Ruth (2008), «Mujeres, derechos y ciudadanías», en MESTRE I MESTRE, Ruth (coord.) *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

SALDAÑA, María Nieves (2010). «Los Estudios de Género en los Grados en Derecho: propuestas para un diseño curricular de la enseñanza del Derecho Constitucional con perspectiva de género en el Espacio Europeo de Educación Superior», en: *Revista de Educación y Derecho* (pp. 1-12), n^o 3.

SEVILLA MERINO, Julia y ESQUEMBRE VALDÉS, Mar (2010). «Derecho Constitucional y género. La experiencia de la Red Feminista de Derecho Constitucional», en: *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes* (pp. 68 - 85). Valencia: Servei de Publicacions Universitat de València.

VALCÁRCEL, Amelia, (2004), *La política de las mujeres*. Madrid: Cátedra, col. Feminismos (3^a ed.)

(2009) *Feminismo en el mundo global*, Madrid: Cátedra, col. Feminismos (3^a ed.).

VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN (2008). «Normativa sobre estudios de género y universidad», en: *Feminismo/s* (p. 155-183), n^o 12.

**IGUALDAD DE GÉNERO EN LA TOMA
DE DECISIONES;**

**SOBRE LA COMPOSICIÓN EQUILIBRADA DE
LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
GRANDES EMPRESAS**

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

En fechas recientes un Informe de Fondo Económico Mundial subraya que a finales del año 2012 España ha descendido 14 puestos -del 12 al 26- en el índice sobre igualdad de género. En dicho Informe se evalúan 135 países en función del grado de equilibrio social que han conseguido entre sexos. Para ello se analiza la función de los distintos países según su capacidad para cerrar la brecha de género en cuatro áreas que son consideradas clave: el acceso a la salud, la educación, la participación política y la igualdad económica. El WEF resalta que la mayoría de las economías desarrolladas han obtenido buenos resultados a la hora de reducir desigualdades en materia educativa, pero pocas los han conseguido al trasladarlo al mercado laboral, al campo de la participación política y a la igualdad de oportunidades. El descenso de España es debido principalmente a la apreciable pérdida de representación política por parte de las mujeres en cargos de responsabilidad. Nos sirve como ejemplo el actual equipo de gobierno del Sr. Rajoy que cuenta únicamente con diez ministros y tan sólo cuatro ministras.

Las líneas que siguen se han redactado con el objetivo de contribuir, desde la Universidad, en cuanto institución transmisora de valores, a dotar de un marco teórico a la intervención política; de ese modo ayudaremos a desterrar influencias represivas y dogmáticas que están llenas de prejuicios y a impulsar actuaciones que nos permitan conocer el estado de la cuestión sobre la necesidad de adoptar acciones positivas orientadas a lograr sociedades más igualitarias. Esto exige dejar a un lado legitimaciones sustentadas en criterios acientíficos -como la costumbre o los prejuicios- y demostrar que el valor superior de la igualdad consiste en ser iguales en las diferencias, para lo cual debemos ser tratados conforme a unos mismos parámetros, exigiendo la desaparición progresiva de las trabas que obstaculizan el pleno desarrollo de los seres humanos.

Pero, para poder alcanzar la democracia avanzada, proclamada en la Constitución Española de 1978, nuestra sociedad debe configurarse de tal modo que todos/as se hallen en igualdad de condiciones para participar y estar representados/as de forma equitativa en los procesos de toma de decisiones públicas y en la vida social, económica, civil, cultural...

La Constitución Española vigente proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1., como principio y como derecho subjetivo en el artículo 14 (igualdad formal ante la ley y prohibición de cualquier discriminación) y como mandato promocional en el artículo 9.2 que al reconocer la igualdad real y efectiva contiene la responsabilidad de los poderes públicos de cara a implementar los contenidos materiales de la igualdad. El legislador orgánico desarrolló estos contenidos constitucionales en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Esta ley-código de la igualdad ha marcado un hito en las democracias occidentales porque eleva al rango de normas jurídicas obligatorias gran número de políticas públicas y privadas cuyo objetivo se centra en materializar la igualdad entre mujeres y hombres en los distintos ámbitos de la vida social, política, económica...

La igualdad entre mujeres y hombres en lo referente al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, es un principio fundamental en la Unión Europea, reconocido tanto en el Derecho Originario como en las numerosas Directivas Comunitarias existentes en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres. A pesar del amplio acervo normativo a nivel internacional, europeo, estatal y autonómico, la realidad nos muestra las dificultades que las mujeres encuentran, a día de hoy, para alcanzar la ansiada igualdad sobre todo en el ámbito laboral, político y económico. Con la intención de avanzar en dichos objetivos la LOI de 2007 obliga a las empresas a adoptar medidas dirigidas a evitar discriminaciones en el ámbito laboral y en su caso a elaborar, concertar y aplicar un plan de igualdad. Las estadísticas demuestran que las empresas que llevan a cabo planes de igualdad mejoran su organización y la eficacia de los recursos humanos. Indudablemente esto repercute de forma directa en la calidad del trabajo y en los beneficios económicos. De ahí que, cualquier proyecto empresarial de calidad, actualmente, deba tener en cuenta la igualdad de oportunidades de todas las personas trabajadoras que con su actividad enriquecen los centros laborales.

La dimensión de género resulta ser una prioridad de los agentes sociales para hacer frente a las desigualdades por sexos que aún persisten en el mundo laboral. La infrarrepresentación y la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo y en la sociedad es un hecho histórico. Puesto que la igualdad entre mujeres y hombres es un principio fundador de la Unión Europea, la participación equilibrada de mujeres y hombres en las grandes decisiones políticas y económicas en la sociedad actual debe ser considerada como un elemento clave para la creación de una verdadera democracia y para contribuir al crecimiento económico.

La mejora de la igualdad entre mujeres y hombres en los Consejos de Administración de las distintas empresas debe ser entendida bajo el prisma de las políticas de integración y de la perspectiva de género en el ámbito del derecho laboral y de la negociación colectiva. La igualdad de género y la diversidad en los Consejos de Administración de las empresas es un principio democrático fundamental que tiene efectos secundarios de carácter económico, sin duda positivos. Sin embargo, hemos de distinguir el principio de igualdad de género del de diversidad pues las mujeres no son ni un grupo ni una minoría, sino una de las dos formas de manifestarse los seres humanos y constituyen más de la mitad de la población mundial y el 45% de la mano de obra europea. La participación equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de decisión de las empresas no es sólo una cuestión de diversidad, sino un requisito básico de los principios fundamentales de la democracia y los derechos humanos, tal y como queda reconocido en los Tratados de la UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE del 2000, cuyo valor jurídico vinculante se reconoce en el Tratado de Lisboa vigente desde 2009. Porque las competencias de las mujeres en la toma de decisiones están infravaloradas, son imprescindibles cambios, sobre todo en el ámbito empresarial para fortalecer la competitividad, combatir la crisis económica y crear un futuro sostenible en el devenir de la Europa unida en la diversidad.

II

El mundo de la empresa, al margen de su tamaño, se ha caracterizado desde sus orígenes por tratarse de entidades cuyos objetivos van ligados a la obtención de beneficios de carácter económico. Pero en los últimos años la gestión de las empresas

ha cambiado de enfoque, en cierto modo, porque se tiene en cuenta la asunción de responsabilidad de cara a un trato adecuado a los trabajadores implicados en los resultados empresariales, en el medio ambiente, etc. De este modo los beneficios empresariales tienen un valor añadido al implicarse en la consecución de objetivos superiores como pueden ser la defensa de los derechos humanos, los derechos laborales básicos, la promoción de la igualdad en el trabajo... Objetivos en los que deben estar interesados tanto los poderes públicos como las mismas empresas. A estas prácticas empresariales se les denomina «Responsabilidad Social Empresarial» e implican el compromiso por parte de la empresa de que en sus actuaciones se tendrán en cuenta los objetivos precisados. Así las cosas, lo que en el fondo se persigue es que el mercado valore de forma más positiva los productos y servicios de las empresas implicadas. Éstas obtienen el sello de calidad empresarial y las «etiquetas sociales» son el instrumento idóneo para dar cuenta del cumplimiento de esa forma de actuar socialmente responsable.

Ejemplos de las actuaciones públicas en defensa de las etiquetas sociales y promovido por acciones públicas aparecen, en el caso español, en el artículo 50 de la LOI donde se regula un sello empresarial de la calidad o la excelencia empresarial y para cuya obtención las empresas aspirantes deben destacar en la aplicación de políticas de igualdad entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización y en otros ámbitos como pueden ser los servicios, los productos y la publicidad en la empresa. Entre los aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de conceder el distintivo empresarial en materia de igualdad se encuentran: la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones en el ámbito de la empresa, el acceso a los puestos de mayor responsabilidad, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los grupos y categorías profesionales, la adopción de planes de igualdad y otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad. Son valorados especialmente la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa, los criterios y sistemas de remuneración y clasificación profesional, actualizados, que permitan valorar equitativamente los trabajos realizados por mujeres y hombres eliminando los efectos no deseados de la discriminación indirecta; se incluyen también las actuaciones dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los/as trabajadores/as.

Las líneas previas muestran un ejemplo claro de cómo lentamente se ha ido abriendo paso la idea de que ninguna empresa se puede calificar como socialmente responsable si no fija entre sus objetivos la igualdad real de mujeres y hombres. Las dificultades se hallan en la forma de intentar conseguirla. En el ámbito del Derecho mercantil, cuando se estudian las propuestas de Responsabilidad Social Empresarial en lo referente a la igualdad entre mujeres y hombres, siempre nos fijamos en el tema referente a conseguir la presencia equilibrada en los órganos de administración de las grandes sociedades capitalistas. Sin embargo, a la hora de analizar las propuestas de la RSE referentes a la igualdad real entre mujeres y hombres la perspectiva del análisis debe estar en relación al mismo tiempo con las dimensiones interna y externa del tema. Es obligado precisar que existen opiniones encontradas sobre si las propuestas de RSE deben tener un carácter voluntario o deben estar incorporadas en la normativa legal. Desde el mundo empresarial se defiende el carácter voluntario y unilateral en la adopción y ejecución de dichas medidas, aludiendo que es la empresa quien las adopta y una vez explícitos dichos compromisos se convierten en obligatorios.

Excluir el carácter voluntario en la adopción de esas medidas de RSE conlleva riesgos, pero también los tiene permitir que sea únicamente la empresa la que actúe y se sirviese de ellas como instrumento de sustitución de los derechos sociales regulados en la normativa vigente. Pensamos que las medidas adoptadas en función de la RSE han de colaborar para mejorar el cumplimiento de las normas, aportando un valor añadido.

Así pues, las medidas de RSE que se relacionan actualmente con la igualdad de mujeres y hombres pueden encontrarse recogidas tanto en normas jurídicas obligatorias (un ejemplo evidente aparece en España en la LOI de 22 de marzo de 2007) como en otras normas de conducta que se encuadran en el llamado «soft law»: códigos de conducta, recomendaciones, planes de igualdad...

El núcleo duro de las medidas para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito empresarial está situado en la LOI en el Título VII que regula «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas». Por su parte en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LOI se hace especial hincapié en que «en el marco de la responsabilidad social corporativa, se ha incluido el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles, concediendo para ello un plazo razonable». Es pues, el artículo 75 la norma que contiene un mandato a las grandes sociedades existentes en España para que procuren alcanzar una presencia de mujeres en sus órganos de administración que no sea menor del 40% de sus miembros. El plazo fijado es el año 2015, ocho años después de haber entrado en vigor la precitada Ley Orgánica.

Indudablemente el tema de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito empresarial nos obliga a tener en cuenta la Disposición adicional primera de la LOI, que establece que «a los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento». Se pretende conseguir un equilibrio garantizando un mínimo y un máximo de representación de ambos colectivos estableciendo cuotas que eluden la rigidez que conlleva la exigencia de una paridad estricta que obligaría al cincuenta por ciento de cada sexo representado. El tema problemático de las cuotas ha sido objeto de estudio en el ámbito del Derecho público; pero su tratamiento en el Derecho privado ha sido más bien escaso. Por ello el artículo 75 de la LOI es una de las más conocidas y pioneras manifestaciones del mismo en el derecho privado; afecta, como hemos dicho, a los Consejos de Administración de las grandes sociedades. Otros ejemplos se dan el artículo 30.2 que contempla acciones en el mundo rural desde la perspectiva de género y en el artículo 50.4 donde la presencia equilibrada es uno de los criterios favorecedores de la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad.

III

En el año 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno, aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, recoge entre sus recomendaciones la n° 15 dedicada a la «Diversidad de Género». Entre las recomendaciones en ella efectuadas destaca el acento puesto en los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas y con escasa presencia femenina, sugiriendo que hagan un esfuerzo añadido buscando posibles candidatas cuando se deba cubrir alguna vacante en el Consejo, sobre todo en el caso de los puestos independientes. Se aconseja buscar de forma deliberada mujeres

que reúnan el perfil profesional pretendido y también proceder a eliminar del procedimiento de selección los sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras. Se trata, sin duda alguna, de una típica medida de RSE, dentro del ámbito del buen gobierno corporativo.

La LOI, de 22 de marzo de 2007, dedicó el artículo 75 a regular la única propuesta concreta de medida de RSE de igualdad entre mujeres y hombres: se recomienda a las sociedades de mayor tamaño que en el plazo de ocho años procuren incorporar mujeres a sus Consejos de Administración con el objetivo de alcanzar el principio de presencia equilibrada. Aunque no es más que una recomendación tiene la virtud de comprometer a las grandes empresas a realizar acciones positivas y a reconocer la existencia del denominado techo de cristal en la cultura corporativa predominante y la necesidad de avanzar hacia su eliminación. Las empresas afectadas por el precitado precepto legal, de carácter orgánico, son las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada; con lo cual el número se reduce de forma sustancial, teniendo dichas sociedad que cumplir dos de estos tres requisitos: que sus partidas de activo superen los 2.373.997,81 euros neto, que su cifra anual de negocio supere los 4.747.995,62 euros o que tengan más de 50 trabajadores de media en la empresa.

Respecto al carácter de la obligatoriedad del cumplimiento de la recomendación del artículo 75 de la LOI se dan opiniones diversas: Unos niegan el carácter imperativo de la norma, otros la entienden como una obligación sólo en los resultados, para lo cual la empresa tendrá que llevar a cabo una serie de actuaciones que sean posiblemente objetivas y una tercera posición habla de obligación en los medios utilizados cuyo satisfactorio cumplimiento está vinculado al empleo de la diligencia debida. Con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento se debe resaltar que los mecanismos del derecho de sociedades resultan insuficientes para dar respuesta al problema. Aunque no faltan quienes opinan que, sin despreciar las dificultades existentes, pueden ser utilizadas las acciones social e individual frente a los administradores por incumplir su deber de diligencia (artículo 225 LSC) y también la acción de impugnación de acuerdos, cuando una sociedad obligada a ello no haya realizado actuaciones tendentes a lograr en el plazo de ocho años la presencia equilibrada en las renovaciones de su Consejo de administración (artículo 10 de la LOI).

Con relación al tema de las acciones positivas y el debate que el mismo conlleva debemos ser muy cautos, pues su utilización para corregir desigualdades suscita opiniones encontradas. Defiendo que las cuotas para la consecución de la presencia equilibrada en los Consejos de Administración de las grandes empresas son uno de tantos medios de acción positiva en pro de la igualdad real y efectiva. Pero, la cuota corrige únicamente el número de mujeres; de ahí que sean necesarios otros mecanismos que aporten ciertas dimensiones que vayan más allá de la cuantificación a la hora de corregir desigualdades. Para que a largo plazo el tema de las cuotas no tenga efectos secundarios perversos es preciso que se aplique un proceso de selección meritocrática que evite la sombra alargada del contraargumento de la incompetencia. Incluso es posible admitir que sea positivo el que las normativas sobre las cuotas sean instrumentos con periodos concretos de duración que persiguen disminuir las desigualdades que sufren las mujeres en los niveles más altos del mundo de la política y de las grandes empresas. No podemos negar la evidencia: a pesar de los avances de las últimas décadas con la incorporación de las mujeres al mundo laboral, muchas de ellas, aún estando más cua-

lificadas que sus compañeros varones, no pueden romper el techo de cristal al subir los peldaños corporativos.

En los difíciles momentos de una economía en crisis, con una población envejecida y un déficit de cualificación profesional, es muy conveniente aprovechar la formación de cada persona. Se dan amplias razones para participar de la idea y apoyar a las mujeres para que rompan el techo de cristal en los Consejos de Administración de las grandes empresas. Si se incorporan más mujeres al mundo laboral se contribuye a mejorar la competitividad europea, pues está demostrado que las empresas con un equilibrio de género tienen un beneficio de explotación un 56% más elevado que las empresas exclusivamente masculinas. En consecuencia, varios Estados miembros de la UE han decidido introducir las cuotas por vía legal en los Consejos de Administración. Entre los pioneros se encuentran Bélgica, Francia, Italia, los Países Bajos y España.

España ha sido tomada como ejemplo pionero en el marco de la UE por sus políticas de Igualdad y por la lucha contra la violencia de género. En el tema de las cuotas, la LOI, de 22 de marzo de 2007, establece claramente la representación equilibrada de forma obligatoria en el ámbito público y político, y las recomendaciones para su consecución en los Consejos de Administración de las grandes empresas antes del año 2015. Cinco años después no se ha conseguido el objetivo fijado pues, en el último Informe de la CNMV sólo el 4,4% de los Consejeros ejecutivos son mujeres, lo que supone el 19% de los cargos directivos. Según los últimos datos del INE, en 2010 sólo un 0,3% de las mujeres eran directoras de empresas grandes o medianas, frente al 1,1% de hombres; un 4,4% directoras de pequeña empresa, departamento o sucursal y un 9,3% en los mandos medios y como encargados de oficina o taller.

La presencia de mujeres en los Consejos de Administración de las principales empresas españolas ha aumentado de forma significativa en los últimos años. En la actualidad, en las Empresas del Ibex-35 representan el 11,5% de los miembros en los Consejos de Administración, frente al 5,14% del año 2008. A pesar del incremento el resultado no es satisfactorio ni para las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno, ni para lo preceptuado en la Ley de Igualdad de 2007 cuyo objetivo estaba fijado en alcanzar para el año 2015 al menos el 40% de representación femenina en sus Consejos de Administración. El hecho de que España fuese pionera en la regulación de esta temática sólo pone de relieve las buenas intenciones de sus recomendaciones. Es apreciable su escaso cumplimiento pues el 11,5% que las mujeres representan en los Consejos de Administración de las 35 empresas del Ibex está por debajo de la media europea y esto es debido en gran parte a la ausencia de sanciones formales para los incumplidores.

IV

En el marco de la Unión Europea la Comisión, con motivo del día Internacional de la Mujer 2010 y en conmemoración del 15° aniversario de la adopción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín y del 30° aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, efectuó una Comunicación donde se mostraba un compromiso reforzado a favor de la igualdad entre mujeres y hombres -Una Carta de la Mujer-. Siendo la igualdad entre mujeres y hombres un derecho fundamental consagrado en el artículo 2 del TU y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, es además uno de los valores compartidos sobre los que se construye la Europa Unida. Por ello se fijan una

serie de acciones para el presente mandato de la Comisión Europea que se sustentarán en una serie de principios basales para la igualdad entre mujeres y hombres. Entre ellos ocupa un lugar especial la igualdad en la toma de decisiones.

Es cierto que las mujeres aún no han conseguido el acceso pleno para compartir el poder y la toma de decisiones. Cuando en la Unión Europea se consiga el equilibrio entre sexos en la toma de decisiones políticas y económicas, tanto en el sector público como en lo privado, se podrán elaborar políticas más eficaces y construir una sociedad basada en el conocimiento sensible a las cuestiones de género, así como también se podrá convivir en una democracia más sólida y próspera. De ahí el compromiso de la Comisión de luchar para que la representación de mujeres y hombres en los cargos de poder de la vida pública y la economía sea más justa; para ello se utilizarán todos los medios de la UE fomentando el aumento de la cuota de las mujeres en cargos de responsabilidad, incluido el equilibrio en el ámbito de la Comisión.

Por su parte la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la UE en la letra N considera «que los avances hacia el logro de la igualdad de género han sido terriblemente lentos, en particular en lo que se refiere a la igualdad económica; y que los dirigentes políticos deben dejar de limitarse a hacer declaraciones biensonantes sobre la igualdad y convertirla en una de sus prioridades en sus estrategias económicas». En función de esto en el eje 3, dedicado al tema de la igualdad en la toma de decisiones, se insiste en que las mujeres suponen el 60% de los titulados universitarios pero siguen estando infrarrepresentadas en los puestos decisorios de la economía. Por ello se insta a los Estados Miembros y a la Comisión a que aborden la cuestión relativa a la igualdad de género cuando apliquen la Estrategia Europea 2020 y los programas nacionales de reforma, para lo cual se deben apoyar las campañas e iniciativas que rompan los estereotipos relativos a la escasa eficacia de las mujeres en el trabajo y a su incapacidad para el mando. Lamenta la falta de progresos con relación al incremento del número de mujeres en los Consejos de Administración de las empresas, como es buena prueba el Informe 2012 de la Comisión Europea sobre las mujeres en la toma de decisiones económicas. En la Unión Europea, por término medio, sólo hay un 13% de mujeres entre los directivos de las principales empresas cotizadas en Bolsa y solamente un 3% de los puestos de dirección están ocupados por mujeres.

Teniendo en cuenta los escasos avances realizados desde 2011 se piden medidas más concretas que una simple consulta y se solicita que en 2012 se presenten propuestas legislativas que incluyan la introducción de cuotas con el fin de aumentar de representación femenina en los órganos de gestión de las empresas hasta el 30% en 2015 y el 40% en 2020, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las responsabilidades de los Estados miembros y sus peculiaridades económicas, estructurales, jurídicas y regionales. Se insiste en la necesidad de que los Estados miembros adopten medidas, sobre todo por la vía legislativa, que se marquen objetivos vinculantes para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad de las empresas, la administración pública y los órganos políticos. Se ponen como ejemplo los relativos éxitos alcanzados en Noruega, España, Alemania, Italia y Francia. Se recuerda también que las elecciones a celebrar en 2014 para conformar el Parlamento Europeo, es una buena oportunidad para avanzar hacia la democracia paritaria en la UE. En esa misma línea, en marzo de 2011, la Comisión abrió el debate para imponer cuotas de mujeres en las empresas. Para ello instó a las compañías de mayor tamaño a

pactar mecanismos de autorregulación, pues sólo el 3% están dirigidas por una mujer y éstas sólo representan el 12% de los miembros de los Consejos de Administración. Con ese fin la Comisión Europea dio un plazo de un año para que el sector privado procediese a corregir estas desigualdades incorporando más mujeres a los puestos de responsabilidad. En el caso de no hacerlo y, ante el temor de que si no se actúa tardaremos cincuenta años en alcanzar la igualdad, se introducirán medidas efectivas, es decir, cuotas. Esta polémica medida también es apoyada por el Parlamento Europeo que insta a los Estados miembros a introducir cuotas para avanzar hacia la igualdad. Insiste sobre todo en el ámbito de las empresas que tengan participación pública. Su informe no vinculante es una propuesta de acción para los 27 Estados miembros, efectuada en el convencimiento de que esos mecanismos de regulación tienen efectos positivos en la representación de las mujeres.

Un año más tarde, en marzo de 2012, sólo 24 empresas de toda Europa se habían comprometido. Sólo uno de cada siete miembros de los Consejos de Administración, el 13,7%, de las principales empresas europeas es una mujer. Y uno de cada 30 presidentes de los Consejos, el 33,2%, pertenece al sexo femenino. El número de mujeres presidentas de Consejos de Administración de las grandes empresas ha descendido pues suponían el 3,4% en 2010 y han descendido al 3,2% en 2012. Ante lo estancado de la situación la Comisión Europea lanzó una consulta pública en marzo de 2012 para definir la posible actuación a nivel de la UE e intentar corregir el desequilibrio en los Consejos de Administración en Europa. La cuestión se centraba en decidir si seguíamos confiando nuestra suerte a la autorregulación o si son precisas normas vinculantes sobre cuotas como ya se hizo en algunos Estados miembros. Se insiste en una acción coordinada a nivel de la UE y se piensa que quizás, en un principio sea conveniente empezar por las empresas más importantes.

Ante el fracaso de la propuesta de autorregulación de 2011, se comenzó a gestar a comienzos del año 2012 la propuesta de Directiva para atajar el desequilibrio en los Consejos de Administración de las grandes empresas a golpe normativo. Su nivel de exigencia fue disminuyendo para dar respuesta y acallar las voces disidentes de distintos Estados y de poderosas empresas. También se daban las reticencias entre muchas/os Comisarias/os de países con bastante peso específico. Por ello la iniciativa llegó débil al colegio de Comisarios donde las Directivas suelen ser aprobadas por unanimidad. Por ello la vicepresidenta de la Comisión, Viviane Reding, Titular de Justicia, ante la amenaza de la posible pérdida de la votación tuvo que retirar la propuesta de Directiva a la espera de que los detalles jurídicos pendientes se solventasen y de ese modo se pudiera volver a votar desde una perspectiva política. La norma estaba jurídicamente incompleta porque en la UE no se pueden aprobar objetivos normativos si previamente no quedan fijados los medios para su consecución. De este modo la votación fijada para el 23 de octubre se pospuso al 14 de noviembre. Por fin en esa fecha la Comisión aprobó un proyecto normativo, sobre el que mayoritariamente se opina que está descafeinado en relación al proyecto inicial, y mediante el cual las empresas cotizadas y públicas de la Unión Europea deberán tener una representación femenina de al menos el 40% en los puestos no ejecutivos de sus órganos de administración antes de que termine 2020. El texto obtuvo el visto bueno del Colegio de Comisarios después de que varios de sus objetivos fueran matizados. Para salvar los impedimentos legales la nueva propuesta incluye un mecanismo de selección para los consejos de empresas que no tengan equilibrio de género: en igualdad de condiciones tendrán que elegir a los candidatos del sexo infrarrepresentado. Las sanciones en caso de incumplimiento

quedan a la libertad de los Estados miembros pero deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. De ejemplo pueden servir las multas financieras o la revocación o anulación de la designación de algún nombramiento de consejeros.

Cuando se trate de las empresas públicas la composición equilibrada de sus Consejos de Administración se adelantará al año 2018. Y, en el caso de superar la aprobación del Parlamento Europeo y del Consejo, la norma no afectará a las pequeñas y medianas empresas, es decir a las que tienen menos de 2.500 empleados o ingresos anuales inferiores a los 50 millones de euros. Sin embargo, el camino se presenta lleno de obstáculos: Gran Bretaña, Holanda, Bulgaria, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y Malta (9 países en total) enviaron en septiembre una carta a la Comisaria Reding en la que se oponían a la política de cuotas. Los votos de estos países son suficientes para bloquear la iniciativa en el Consejo. Aunque, a favor de esta propuesta normativa esté la mayoría del Parlamento Europeo y los «lobbies» feministas que operan en la UE, así como los de los que avalan esta propuesta: sirvan los ejemplos del país gallo y de Bélgica que tras la regulación han llegado a ocupar hasta un 22% de los altos cargos de representación empresarial. La flexibilidad de las cláusulas a que se pueden acoger las empresas y la fecha de caducidad -deberá expirar en 2028- de las cuotas pueden ayudar a romper ese techo de cristal. Pero el triunfo no va a ser fácil, pues la UE sólo dispone de amplio poder en asuntos agrícolas, comerciales y de competencia. En el resto de los temas se avanza muy despacio y hace falta mucha insistencia y capacidad de convicción para que se abran camino tesis novedosas no sólo a nivel de los Estados sino también en los Tratados Internacionales.

El tema de la igualdad no suscita pasiones en la UE. Los intereses económicos, el sistema productivo, la costumbre... son obstáculos difíciles de superar. Ya vemos la actual composición de la Comisión que no logra ni 1/3 de Comisarias porque los Estados miembros no presentan candidatas. Aunque la cruda realidad se imponga, romper el techo de cristal para las mujeres en los Consejos de Administración de las grandes empresas es un reto común al que se enfrenta la economía europea. Es un lujo, en estos momentos de grandes desafíos históricos, malgastar el talento femenino. Es imprescindible actuar porque la importancia de lo que está en juego impide mantener el «statu quo».

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ABELLÁN, L. *Bruselas avanza hacia las cuotas de mujeres en los Consejos*. Diario El País, 6 de marzo de 2012.

AGUDO, A. *Bruselas flexibiliza la cuota femenina en los Consejos para vencer el bloqueo*. Diario El País, 4 de octubre de 2012.

ALMUNIA, J. y REDING, V. *El techo de cristal*. Diario El País, 7 de marzo de 2012.

BALLESTER PASTOR, I. (2007). *El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de Derecho Internacional y Comunitario*. R MTAS, n° 67.

CAÑAS, G. *Esperar ya no es una opción*. Diario El País, 15 de noviembre de 2012.

DE LUIS CARNICER, P., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., PÉREZ PÉREZ, M. y VELA VELA, M. J. (2006). «La representación femenina en los órganos de decisión de las empresas. Un estudio de las 2000 mayores empresas españolas», en *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad entre mujeres y hombres*, n° 19, págs. 61-66.

DONCEL, L. *Las cuotas incendian el debate en Bruselas*. Diario El País, 28 de octubre de 2012. Bruselas paraliza la imposición de un 40% de mujeres en los Consejos. Diario El País, 24 de octubre de 2012.

EMBED IRUJO, J. M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», en *Papeles de economía española*, n° 108, págs. 64-85.

GALLEGO, J. G. (14-11-2012). *Bruselas impone una cuota femenina del 40% en Consejos de grandes empresas*.

<http://www.elmundo.es>

GARROSA, J. (13-07-2011). *Las mujeres y el techo de cristal*, http://eleuropeo.es/news/article/las_mujeres_y_el_techo_de_cristal_/01/08/11

KAHALE CARRILLO, D. T. (2012). *El distintivo empresarial en materia de igualdad*. Madrid. Editorial Síntesis.

LÓPEZ, M. P. (16/05/11). *La UE se plantea leyes para aupar más mujeres a los Consejos de Administración*.

<http://www.lavanguardia.com>

MERINO SEGOVIA, A. (2009). *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*. Albacete. Editorial Bomazo.

NOGUEIRA, R. *La igualdad que viene*. Diario El País, 10 de noviembre de 2011.

PÉREZ CARRILLO, E. F. (2009). «Introducción. Gobierno Corporativo y responsabilidad social de las empresas», en AA.VV. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas* (coord.. E. F. PÉREZ CARRILLO). Madrid, Editorial Marcial Pons.

PORTEIRO, C. y CASTILLO, M. *Cameron frena la cuota femenina*. Diario El País, 18 de septiembre de 2012.

SANGUINETI RAYMOND, W. (Director) (2011). *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva. Estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*. Albacete. Editorial Bomazo.

SENET VIDAL, M. J. (2012). «El género en la responsabilidad social empresarial. Especial incidencia en las acciones positivas del buen gobierno corporativo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, págs. 155-208. Pamplona (Navarra). Editorial Aranzadi.

---- (2007). «Equidad de género en la responsabilidad social empresarial», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 67, Serie Derecho Social Internacional y Comunitario.

---- SENET VIDAL, M. J. (2007). «Título VII. La igualdad en la responsabilidad social de las empresas», en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Igualdad*, (Direc. J. I. GARCÍA NINET), CISS, Madrid, págs. 525-556.

LA JURIDIFICACIÓN DE LOS VALORES Y LA IGUALDAD COMO VALOR EN LA UNIÓN EUROPEA

TERESA FREIXES*

* Teresa Freixes es Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet *ad personam*. Preside la *Fundació Universitària Martí l'Humà* y es *Senior Expert* de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Instituto Europeo para la Igualdad de Género.

I. LOS VALORES EN EL ORDEN JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Discrepando profundamente con las construcciones jurídicas fundamentadas en la neutralidad de las normas legales,¹ el presente trabajo se cimienta en un constitucionalismo de valores, incorporados como tales en las normas supremas, sobre las que se construyen y de las cuales derivan los textos legales. Sin duda, hoy en día, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial,² las normas de valor constitucional contienen cada vez más explícitamente sendas declaraciones de valores fundamentales del ordenamiento jurídico. Además, en el ámbito internacional, a partir del nacimiento del Consejo de Europa, fundamentado en el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, se ha producido un refuerzo de los valores, pues éstos se inscriben cada vez más en los textos de mayor valor jurídico.³ Y, en el proceso de integración europea, los valores han adquirido una creciente importancia a medida que la integración ha sido más profunda.⁴

Tras una larga discusión, cuyo hito más visible se produjo en la Convención sobre el futuro de Europa y la Conferencia Intergubernamental,⁵ que dieron lugar al Tratado de Lisboa, el Preámbulo y el Art. 2 de éste regulan los valores de la Unión. Así, el Preámbulo, en el segundo párrafo, proclama que «inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se desarrollaron los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho», otorgando a los valores un alcance universal y un contenido en derechos humanos, y democracia e imperio de la ley.⁶ Además, el Art. 2 del TUE, enumera los valores: «respeto de la dignidad humana, de la libertad, de la democracia, de la igualdad, del Estado de Derecho, así como también el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas perte-

¹ Uno de los principales exponentes de esta teoría es WHESLER en «Toward Neutral Principles of Constitutional Law». *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959.

² Precisamente por oposición a las violaciones de los derechos de las personas y a las transgresiones democráticas habidas durante esa época, el constitucionalismo de la posguerra ha querido consolidar los valores en textos jurídicos. También se han juridificado en la mayoría de las constituciones que han adoptado los Estados del antiguo bloque socialista cuando se han incorporado a los sistemas fundados en el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

³ MARRANI, D. *Rituel(s) de justice*. EME Ed., Bruxelles, 2011, págs. 53.57. También FREIXES, T. «Las consecuencias de la integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el constitucionalismo multinivel». En M. Sales (Coord.) *El sistema multinivel de los derechos fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2011.

⁴ El Tratado de la Unión Europea adoptado en la cumbre de Lisboa contiene una lista de los valores de la Unión y refuerza el procedimiento de sanción por infracción de valores (arts. 2 y 7 TEU).

⁵ El fondo del asunto se situó sobre la necesidad de tener (o no) un texto de valor constitucional, ya sea una estrictamente llamada Constitución o un tratado u otro texto que pudiera asimilarse a una norma fundamental con valor constitucional. Ver este proceso en FREIXES, T. y REMOTTI, J.C. *El futuro de Europa: Constitución y Derechos Fundamentales*. Edición conjunta de la Universidad de Valencia, la UNED, la U. de Santiago de Compostela y el Instituto Europeo de Derecho. MINIM, Valencia, 2002. También FREIXES, T. «La ratificación de la Constitución europea: análisis retrospectivo y nuevos referéndum». *Revista de las Cortes Generales*, número monográfico, 70, 71 y 72, «Unión Europea». Primer, segundo y tercer cuatrimestres 2007. Madrid, 2008.

⁶ *Tratado de la Unión Europea*. Preámbulo. Segundo párrafo:

INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.

necientes a minorías» como fundamento de la Unión, considerando que son valores comunes a los Estados Miembros y que están presentes en «una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre las mujeres y los hombres».⁷ Este doble registro, constituido por los valores como fundamento de la Unión Europea y los valores que están presentes en la sociedad europea, constituye una estructura básica para el sistema jurídico de la Unión y, como consecuencia, es necesario definir cuáles son los valores, cuál es su naturaleza y qué funciones realizan.

Con respecto a la naturaleza, la precisión de la reglamentación de la UE, con una redacción muy concreta en el art. 2 TUE, no abre un camino similar al «activismo judicial» habido en los Estados Unidos,⁸ que permitiera la creación de normas superiores derivadas del propio el Tratado; y no es tampoco adecuado acercarse a lo que la jurisprudencia alemana⁹ ha definido como la «tiranía de los valores», es decir, la aplicación indiscriminada de valores, positivizados o no, por parte del intérprete jurisdiccional.

La positivación de los valores en el Tratado de la Unión Europea implica, en contraste con estas otras interpretaciones, que se tengan que analizar valores incluidos en un texto jurídico (el Tratado) que está en la cúspide del ordenamiento de la Unión y que tiene un valor normativo directamente vinculante (*hard law*). Esto no permite, en primer lugar, evadir su aplicación, ni, en segundo lugar, hacer cualquier interpretación sobre su contenido. Por el contrario, la interpretación y aplicación de tales normas jurídicas deben hacerse en el marco del sistema jurídico de la Unión, según criterios previamente establecido en los Tratados. Como resultado, los valores adoptan un carácter institucional que debe insertarse en la estructura de las normas jurídicas y que debe presidir sus funciones.¹⁰

Contrariamente también a las doctrinas que identifican los valores como «conceptos jurídicos indeterminados»,¹¹ en el ordenamiento jurídico de la Unión, los valores han garantizado institucionalmente contenidos y funciones, puesto que vienen determinados por los propios Tratados. Ciertamente, en el Tratado de la Unión Europea, los valores son instituciones jurídicas identificables, que otorgan facultades concretas para actuar y que están protegidos por procedimientos judiciales y políticos.¹² Así, como funciones concretas que el Tratado otorga a la igualdad como valor podemos señalar que, por una parte, los valores quedan explícitamente reconocidos en el Art. 3.1

⁷ *Tratado de la Unión Europea*. Artículo 2:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

⁸ Véase, ELY, J.H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, London 1980.

⁹ BÖKENFÖRDE, B.W. «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation». En Dreieier, R. y Schwegmann, F. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden 1976.

¹⁰ BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione*. Edizioni di Comunità, Milán 1977. También FREIXES, T y REMOTTI, J.C. «Los valores y principios en la interpretación constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 35, 1992.

¹¹ Este concepto ha gozado de gran predicamento en la doctrina administrativista española. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Aranzadi, 2011.

¹² Las instituciones jurídicas pueden manifestarse mediante distintas estructuras: como valores, principios, derechos, obligaciones, etc. Ver, sobre la teoría institucional del ordenamiento jurídico, ROMANO, S. *Lordinamento giuridico*. 1918 y HAURIUO, M. « La théorie de l'institution, et de la fondation. Un essai de vitalisme social », reeditado en M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Cahiers de la Nouvelle Journée, 1933, n° 23, (reimpreso en Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986).

como finalidades de la Unión;¹³ por otra parte, cuando un Estado quiera adherirse a la Unión, debe respetar los valores del Artículo 2 y comprometerse a promoverlos (Art. 49 TUE), requisitos sin los cuales no es posible ser admitido como Estado miembro.¹⁴ Además, los valores, como instituciones jurídicas, tienen un contenido concreto, un bien jurídico subyacente, que no puede ser desnaturalizado,¹⁵ lo cual va a implicar que los valores que se contienen en el Tratado de la Unión Europea, proyecten ese contenido en toda interpretación y aplicación que se realice sobre los mismos.

¿Cómo quedan jurídicamente protegidas estas instituciones? El Art. 7 TUE establece el procedimiento de sanción por violación de valores, que permite incluso la suspensión de los derechos de los Estados infractores en las instituciones de la UE, incluyendo los derechos de voto del representante del Gobierno del Estado de que se trate en el Consejo.¹⁶ Se trata de un proceso político con consecuencias jurídicas, que

¹³ *Tratado de la Unión Europea*. Artículo 3:

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

¹⁴ *Tratado de la Unión Europea*. Artículo 49:

Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. El Estado solicitante dirigirá su solicitud al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo.

Las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone en lo relativo a los Tratados sobre los que se funda la Unión serán objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

¹⁵ La necesidad de que toda interpretación de una institución jurídica no puede desnaturalizar su contenido ha sido reconocida por el institucionalismo jurídico, desde Santi Romano hasta Häberle. Para el primero, la institución jurídica es la fuerza de los hechos sociales traducida jurídicamente (S. ROMANO. *Lordinamento giuridico*. 1918). El segundo considera que los derechos fundamentales tienen un doble carácter: el de derecho individual y el institucional (P. HÄBERLE. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997). Por su parte, HAURIOU, M. «La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social». *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 4, 1925, considera que las instituciones jurídicas tienen como fundamento una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. Para este mismo autor, en *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris 1929, Libro Primero de la cuarta Parte, «La Constitution sociale de la France», afirma categóricamente que «Les droits individuels sont à la fois de institutions juridiques objectives et des droits subjectifs» (pág. 618). También podemos situar como precedentes del institucionalismo a G. Gurvitch, con su interpretación acerca del surgimiento del derecho laboral, a la definición de garantía institucional de C. Schmitt o a la garantía de instituto de E. Wolf. Asimismo, desde postulados neoinstitucionalistas, WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal politics*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991, y MacKORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, 1978.

¹⁶ *Tratado de la Unión Europea*. Artículo 7:

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado Miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado Miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado Miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado Miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado Miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado Miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado Miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

se realiza mediante la intervención de las instituciones de la UE. Desde el Tratado de Lisboa puede utilizarse no sólo como instrumento de sanción para una violación de valores ya efectuada, sino también como medio de prevención. Cuando se trata de una violación clara y persistente de valores, a propuesta de un tercio de los Estados Miembros o de la Comisión, ésta puede ser declarada por el Consejo Europeo, previa aprobación del Parlamento Europeo, tras invitar al Estado a presentar sus alegaciones, por unanimidad y (Art. 7.2 TUE). Pero el Art. 7 TUE puede aplicarse tras constatar «que existe un riesgo claro de violación grave por un Estado miembro de los valores mencionados en el Artículo 2» y en este caso, a propuesta motivada de un tercio de los Estados Miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, tal riesgo es apreciado por el Consejo, después de oír al Estado de que se trate, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo (Art. 7.1 TUE). Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es siempre competente para proteger los valores a través de los procedimientos utilizados tradicionalmente en el ámbito europeo, especialmente mediante la clásica técnica de salvaguarda de los principios generales del Derecho comunitario.

En esencia, los valores, en el ámbito jurídico de la Unión Europea, son instituciones jurídicas identificadas en los propios Tratados, que tienen funciones concretas establecidas en los mismos y que están protegidos por sendos procedimientos dirigidos a obtener su eficacia. No se trata, pues, de valores metajurídicos que deban inferirse de textos jurídico-deontológicos o de principios generales, que únicamente tengan efectos interpretativos. En el sistema jurídico de la Unión Europea, los valores son prescriptivos, tienen contenidos concretos y producen efectos jurídicos en toda la extensión del término.

2. LA IGUALDAD COMO VALOR EN LA UNIÓN EUROPEA

La institución jurídica igualdad de mujeres y hombres, fue incorporada como valor de la Unión Europea, en el art. 2 TUE, como ya hemos constatado, en el proceso de elaboración de la malograda Constitución Europea. Sin embargo, lejos de lo que pudiera parecer, puesto que la UE presenta un importante acervo jurídico en relación con la igualdad, tal reconocimiento se realizó con grandes dificultades.

Un enconado debate tuvo lugar durante la Convención para el futuro de Europa por las resistencias que el *Presidium* de la misma ofreció a incorporar la igualdad de mujeres y hombres (o la igualdad de género) como valor de la Unión. Incluirla entre los valores era sumamente importante por varias razones. Por una parte, por la existencia de un acervo comunitario, iniciado desde los primeros años de la integración por el Tribunal de Justicia y ampliamente desarrollado a partir del Tratado de Ámsterdam, que justificaba, como en otras regulaciones, elevar a nivel de Tratado lo que se había consolidado en el Derecho comunitario y la jurisprudencia. Por otra parte, porque de los trabajos de la Convención se derivaba un refuerzo de los valores de la Unión, que deberían estar presentes en todos sus objetivos (internos y exteriores) y que, de ser puestos en peligro por algún Estado, tal riesgo justificaría la incoación del procedimiento de sanción (hoy en el art. 7 TUE). Parecía que, en tal contexto, era necesaria una referencia explícita a la igualdad de mujeres y hombre entre los valores. Sin embargo, la Convención se resistió duramente a ello, del mismo modo que hubo también

resistencia a incorporar la igualdad de mujeres y hombres por parte de la Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.¹⁷

Frente a tal resistencia, se organizaron numerosas movilizaciones de la sociedad civil y, también, de las propias Instituciones Europeas (Comisión y Parlamento),¹⁸ las cuales, finalmente, concluyeron con la inclusión de la igualdad (en abstracto) como valor común a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, entre otros por la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres.¹⁹ Esta configuración jurídica, proveniente del texto de la Constitución Europea, es la que se contiene hoy en día en el art. 2 del TUE.

Este artículo 2 TUE contiene, ya ha sido advertido, un doble registro. Por una parte enumera los valores que se reconocen en el mismo como fundamento de la Unión: dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (nótese que lo que se considera valor es la igualdad en abstracto, sin especificaciones). Por otra parte, considera que estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Considero que esta regulación contiene un «doble registro» porque por una parte manifiesta cuáles son los valores y, por otra, proclama las características de las sociedades europeas actuales. Y si dentro del primer registro, es decir, entre los valores, se incluye a la igualdad, dentro del segundo, o sea entre las características de la sociedad actual, se sitúa a la igualdad entre mujeres y hombres. Lo cual nos conduce a preguntarnos, ¿podemos considerar que la igualdad entre mujeres y hombres puede ser incluida dentro de los valores de la Unión?

¹⁷ Ciertamente, tanto los miembros de las dos convenciones que han intervenido en este proceso (los de la Convención para el futuro de Europa y los de la Convención de la Carta de los Derechos Fundamentales) como las Conferencias Intergubernamentales (la de la malograda Constitución Europea y la del Tratado de Lisboa) hubieran podido seguir la tradición comunitaria de incorporar en los Tratados los avances del Derecho derivado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero no lo hicieron. Se limitaron *grosso modo* a mantener las regulaciones previas, cambiando la redacción en algunos casos, con consecuencias interpretativas que pueden originar problemas sobre el estándar o nivel de protección de la igualdad y añadiendo algunas regulaciones que pueden mejorar la base jurídica del desarrollo de la igualdad en temas concretos. Todo ello obliga a hacer visibles, con esfuerzo muchas veces, las medidas que hoy se contienen en el Tratado de Lisboa, para poder extraer consecuencias positivas de la nueva regulación. Véase al respecto FREIXES, T. «La igualdad de mujeres y hombres en el Derecho de la Unión Europea. Una valoración tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa». En A cura di Emilio Castorina e Pasquale Policastro, *Liberty and language. The global dimension of European Constitutional Integration*. Giappichelli Editore, Torino, 2010.

¹⁸ Ante la escasez de mujeres en la Convención y la ausencia prácticamente total de la perspectiva de género en sus trabajos, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo organizó dos Conferencias, con la participación de miembros de la Convención y representantes de las organizaciones especializadas de mujeres, a fin de promover que las cuestiones relativas a la igualdad entre las mujeres y los hombres obtuvieran una regulación pertinente en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión. La Presidenta de la Comisión, Sra. Karamanou, dirigió una carta al Presidente de la Convención, Sr. Giscard d'Estaing, en la que le solicitaba la creación de un grupo de trabajo de la Convención para asegurar la perspectiva de género en sus trabajos, solicitud que no fue atendida, limitándose el Presidium a autorizar la creación de un grupo de trabajo sobre la política social, tras numerosas presiones al respecto. Por otra parte, a iniciativa de la Comisaria de Educación y Cultura Vivianne Reding, en el marco de la Acción Jean Monnet, tuvo lugar la Conferencia «Gender equality and Europe's future», en Bruselas, el 4 de marzo de 2003. En ella se solicitó que la igualdad entre las mujeres y los hombres se contemplara como un valor de la Unión en el art. 2, que se mantuviera el acervo comunitario acerca de la igualdad, la no discriminación y las acciones positivas y que se incluyeran en la futura Constitución las regulaciones específicas necesarias para que las políticas de género obtuvieran los efectos pertinentes y sirvieran de base jurídica para el posterior desarrollo en el marco del Derecho comunitario derivado. Ver todo este proceso en FREIXES, T. «La igualdad y la Constitución de la Unión Europea: elaboración del texto y criterios de interpretación». En *Las mujeres en la Constitución Europea. Estudios multidisciplinares de género*. Universidad de Salamanca, 2005

¹⁹ La descripción de este proceso se contiene en mi trabajo «L'uguaglianza e il futuro dell'Europa: una pericolosa involuzione verso l'abbandono della prospettiva di genere?». En M. Guadagnini (a cura di). *Da elettrici a elette. Riforme istituzionali e rappresentanza delle donne in Italia, in Europa e negli Stati Uniti*. Consiglio Regionale di Piemonte, 2003.

La interpretación que yo realizo al respecto es que, la segunda parte de esta configuración, la que considera que la igualdad entre hombres y mujeres es una característica de las sociedades europeas actuales, constituye una especificación de un concepto abstracto cual sería la igualdad como valor, a la cual, precisamente por su abstracción o carácter genérico, es necesario dotar de contenidos.²⁰ En este sentido, uno de los contenidos que, con toda naturalidad y sin interpretaciones forzadas, se incorporan a la institución jurídica de la igualdad como valor es el de la igualdad de mujeres y hombres, tal como la entendemos en nuestros sistemas democráticos.

Esta consideración de la igualdad de mujeres y hombres como integrada en el valor igualdad es sumamente importante. Como hemos visto, el propio Tratado de Lisboa, clarificando las condiciones de ingreso de los nuevos Estados en la UE, dispone que los Estados deben comprometerse a respetar la igualdad [los valores] para solicitar formar parte de la Unión (art. 49 TUE). También se afirma, en el mismo Tratado, que la Unión tiene como finalidad, entre otros, la promoción de sus valores (art. 3.1 TUE) y que en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores (art. 3.5 TUE).²¹ Además, recordemos, tanto la violación grave y persistente, así como el riesgo claro de violación grave justifica la adopción del procedimiento de sanción por infracción de valores (art. 7 TUE).

No cabe duda que los valores de la UE, la igualdad entre ellos, incluyendo la igualdad de mujeres y hombres, no son afirmaciones retóricas, sino que tienen un significado jurídico concreto y unas funciones determinadas, siendo imposible pertenecer a la Unión sin un compromiso con la aplicación y defensa de los valores y teniendo la garantía de que, si los valores son puestos en riesgo o son objeto de una clara y persistente violación, los Estados que provoquen tal alteración serán sancionados con la suspensión de derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate. Se trataba de dotar a la igualdad de una protección que fuera más allá de la propia de los derechos individuales, para convertirla en un elemento estructural, no sólo de las políticas europeas, sino de acceso y permanencia en la propia Unión. De ahí que la batalla por la igualdad como valor fuese tan importante.

¿Qué efectos ha producido la regulación de la igualdad como valor que incluye la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito del sistema jurídico de la Unión Europea? Aunque se hace difícil realizar una apreciación sobre ello, podemos encontrar algunos indicadores al respecto. En tal sentido tendremos que tener en cuenta las funciones que el propio Tratado de Lisboa atribuye a la igualdad como valor.

Por una parte, la igualdad constituye un valor que debe ser respetado por los Estados candidatos, los cuales deben comprometerse a aplicarlo y promoverlo con el resto de los Estados Miembros de la UE. Se trata, pues, de una condición para el ingreso en la Unión Europea, de inexcusable cumplimiento, que se mide por el grado de implicación del país concreto en el desarrollo de los principios que se derivan de la legisla-

²⁰ Para ello parto, como ya ha sido advertido, de la concepción del Derecho no sólo como un ordenamiento jurídico formal, sino como un orden jurídico que se compone de instituciones jurídicas concretas, las cuales tienen estructura, funciones, titulares, contenido, formas de ejercicio, garantías o límites. He analizado esta concepción del ordenamiento, presente en Santi Romano o Hariou, y más recientemente en McKormic o Häberle, en la primera parte de mi trabajo sobre «La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas». En E. Alvarez (Coord.) *Administraciones públicas y Constitución. Conmemoración del XX aniversario de la Constitución*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1998.

²¹ *Tratado de la Unión Europea*. Artículo 3:

5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos....

ción de la Unión en materia de género, especialmente en el ámbito del trabajo y en la representación política.²² Si hasta hace relativamente poco tiempo, las verificaciones acerca de tal cumplimiento se realizaban tanto por el Consejo de Europa como por la propia Comisión Europea, actualmente, también el Instituto Europeo para la Igualdad de Género se ocupa de confrontar las normas europeas con la realidad de los Estados candidatos. El Instrumento de Ayuda de Preadhesión (IAP), se estableció por el Reglamento (CE) 1085/2006 del Consejo, de 17 de julio de 2006, que desde 2007 sustituyó a los antiguos programas e instrumentos financieros, constituyendo la base jurídica de tales verificaciones,²³ las cuales se realizan en torno a 5 indicadores: Ayuda a la transición y refuerzo de las instituciones, cooperación transfronteriza, desarrollo regional, desarrollo de los recursos humanos y desarrollo rural. El Art. 2 del Reglamento que estableció el IAP establece explícitamente la promoción de la igualdad de género y de la no discriminación como uno de los ámbitos a tener en cuenta para las ayudas a la pre-adhesión.²⁴ Tiene un doble nivel de aplicación. Por una parte, a los países candidatos a la UE (Croacia, antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Montenegro, Serbia y Turquía), que son subvencionables en el marco de los cinco indicadores del IAP; por otra parte, los países candidatos potenciales de los Balcanes occidentales (Albania, Bosnia y Herzegovina y Kosovo conforme a la Resolución 1244/99 del Consejo de Seguridad de la ONU), los cuales son elegibles únicamente en el marco de los dos primeros aspectos.²⁵ Por consiguiente, todos los Estados candidatos o potenciales candidatos se encuentran vinculados al acercamiento de sus legislaciones a los estándares de la Unión Europea en materia de igualdad de género. No cabe duda que la consagración de la igualdad como valor constituye un refuerzo a lo que ya venía siendo exigible, en cuanto a la incorporación del acervo de género, para poder entrar en la Unión.

Por otra parte, dado que la Unión debe, como hemos constatado, proyectar sus valores, la igualdad entre ellos, en todas sus políticas, y que con el Tratado de Lisboa, con una Unión Europea dotada de personalidad jurídica (Art. 47 TUE),²⁶ es ya un

²² Un ejemplo lo encontramos en el trabajo de WERNER, S. «EU Gender Equality Principles in EU Accession. A case study of the current EU candidate countries Turkey and Croatia». Bachelor Tesis. University of Twente, 2010. La autora examina el cumplimiento de las normas relativas a la igualdad de género (hard law y soft law) en Turquía y en Croacia, como estados candidatos, durante los años 2003-2010.

²³ Este Instrumento fue establecido por el Reglamento (CE) 1085/2006 del Consejo, de 17 de julio de 2006, por el que se establece un Instrumento de ayuda Preadhesión (IPA). Tiene un doble nivel de aplicación.

²⁴ Reglamento (CE) 1085/2006 del Consejo, de 17 de julio de 2006. Art. 2:

Ámbito de aplicación

1. En los países beneficiarios enumerados en los anexos I y II, la ayuda se destinará, cuando proceda, a los siguientes ámbitos:

a) fortalecimiento de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho, incluida la aplicación de sus principios;
b) promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mayor respeto de los derechos de las minorías y promoción de la igualdad de género y de la no discriminación;
c) reforma de la administración pública, incluido el establecimiento de un sistema que haga posible la descentralización de la gestión de la ayuda al país beneficiario de conformidad con las normas establecidas en el Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002;
d) reformas económicas;
e) desarrollo de la sociedad civil;
f) integración social;
g) reconciliación, medidas de fortalecimiento de la confianza y de reconstrucción;
h) cooperación regional y transfronteriza.

²⁵ Los países se han clasificado como candidatos o potenciales candidatos a fecha de 31 de diciembre de 2012, según las informaciones ofrecidas por la Comisión Europea en http://ec.europa.eu/enlargement/countries/check-current-status/index_fr.htm

²⁶ *Tratado de la Unión Europea*. Artículo 47: La Unión tiene personalidad jurídica.

agente de primer nivel en el orden internacional al haber adquirido competencia en política exterior y de seguridad,²⁷ resulta también importante verificar en qué modo la UE promueve la igualdad como valor en el marco internacional (no entraremos en las políticas internas por ser mucho más conocidas). Podemos señalar, en este ámbito que la dimensión de género ha sido expresamente establecida en relación con la ayuda humanitaria y la protección civil, puesto que las situaciones de crisis, ya sean derivadas de conflictos o de catástrofes naturales, no son neutras desde el punto de vista de la igualdad entre los sexos;²⁸ la Comisión Europea, concretamente la Dirección General ECHO, de Ayuda Humanitaria y Protección Civil, es la responsable de llevar a término tal ayuda en situaciones de crisis. En el marco de las relaciones exteriores de la UE, la dimensión de género ha sido también incluida en EUROPEAID (Desarrollo y Cooperación) dentro de los programas temáticos «Desarrollo social y humano» y «Instrumento para la democracia y los derechos humanos».²⁹ Y los derechos de las mujeres están también presentes en la estrategia europea relativa a la denominada «Primavera árabe», especialmente para evitar que puedan ser puestos en peligro como consecuencia de la evolución que puedan tomar los acontecimientos en los países afectados.³⁰

Ciertamente, el procedimiento de sanción por infracción de valores previsto por el Tratado de la Unión Europea, que sería otro de los ámbitos a analizar en este trabajo, no ha sido, afortunadamente, puesto en marcha todavía en el seno de la Unión. Tampoco tenemos noticias de que el Parlamento Europeo o la Comisión Europea hayan discutido la posibilidad de aplicarlo en relación con la igualdad de mujeres y hombres.³¹ Son interesantes al respecto, a pesar de que se encuentran en un documento anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las previsiones de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea - Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión,³² puesto que definen con precisión cuándo se podría iniciar tal procedimiento. Por una parte, la Comisión entiende que el Art. 7 se aplicaría no sólo en cuanto los Estados Miembros actuaran en el marco previsto por el Derecho de la UE sino también en caso de violación en alguno de los ámbitos reservados a su propia acción autónoma como tal Estado, por lo que el ámbito de intervención de la Unión es mayor que el que, en general, le corresponde en el marco de los derechos fundamentales;³³ lo que significa que la igualdad como valor tiene, desde esta perspectiva, un alcance muy distinto al de la igualdad como derecho fundamental, que lo es, también, en el ámbito de la UE. Ello lleva también a que la Comisión manifieste que el Art. 7 no se dirige a la protección

²⁷ El Título V del TUE establece las «Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la política exterior y de seguridad común».

²⁸ El Informe «Recognise the strength of women and girls in reducing disaster risks!», European Commission, DG ECHO, 2012, analiza distintos indicadores relativos a la implicación de mujeres y niños en las situaciones de riesgo.

²⁹ Véase la «Guía para la integración de la igualdad de género en la cooperación para el desarrollo en la CE». http://ec.europa.eu/europeaid/sp/gender-toolkit/es/index_es.htm

³⁰ Véase la nota de prensa «EU's Ashton wants Libya to ensure women's rights», European Union. External Action, de 12 de noviembre de 2011. <http://www.euronews.com/2011/11/12/eu-s-ashton-wants-libya-to-ensure-women-s-rights/>

³¹ Sí en relación con otros valores, como ha sido el caso de Hungría en 2012, con la aprobación de una nueva Constitución y diversas leyes que las instituciones europeas entienden contrarias al acervo jurídico europeo

³² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea - Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión / * COM/2003/0606 final */.

³³ Efectivamente, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la UE dispone, en el art. 51 (ahora con valor de Tratado por expresa disposición del art. 6 TUE), que los derechos fundamentales vinculan a la Unión y a los Estados Miembros, pero a éstos sólo cuando apliquen el Derecho de la Unión.

de derechos individuales, sino a «remediar la violación mediante un enfoque político global».³⁴

Todo ello conduce a considerar que la inclusión de la igualdad como valor, en conexión con la igualdad de mujeres y hombres, tiene efectos precisos, tanto en el marco de la Unión Europea como en el de los Estados Miembros. Contar con un refuerzo de la igualdad que va más allá de la protección que esta institución jurídica tiene como derecho fundamental, para otorgarle la protección específica propia de los valores de la Unión constituye un acierto, tal como se intuía cuando se estuvo a punto de que se excluyera esta regulación jurídica en el Tratado. Que el Tratado de Lisboa haya mantenido las previsiones que finalmente se consiguieron plasmar en la Constitución Europea, es también una medida saludable, para la propia Unión y para toda su ciudadanía.

³⁴ Los derechos individuales

CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA* :

EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO OFICIAL**

NILDA GARAY MONTAÑEZ

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
nilda.garay@ua.es

* *Constitucionalismo feminista*, en reconocimiento al impulso y trabajo de la profesora Julia Sevilla en el desarrollo de un derecho constitucional más inclusivo.

** El presente es un avance de la investigación, desde el constitucionalismo crítico, sobre la influencia de la Declaración de Independencia de Haití de 1804.

RESUMEN

La perspectiva de género como un método de investigación integral permite comprender las dimensiones del derecho que se han obviado, especialmente, en el constitucionalismo androcéntrico. La existencia de un constitucionalismo feminista nacido en el seno de la Ilustración y su influencia en la gestación del Estado constitucional es el tema del presente estudio. En éste se pone énfasis en las Declaraciones de De Gouge 1791 y de Haití 1804 que recogen la influencia del feminismo ilustrado y los valores liberales.

Palabras clave: constitucionalismo feminista, igualdad, discriminación racial, feminismo, Haití, mujeres, derecho constitucional, género.

ABSTRACT

The gender perspective as an integral research method permits the understanding of those dimensions of Law that have been obviated, especially in androcentric constitutionalism. The existence of a feminist constitutionalism, fruit of the Illustration, and its influence upon the makings of the constitutional State, is the theme of this study. It puts emphasis on the Declarations of De Gouge (1791) and of Haiti (1804) which embodied the influence of illustrated feminism and liberal values.

Keywords: feminist constitutionalism; equality; racial discrimination; feminism; Haiti; women; constitutional law; gender.

INTRODUCCION

En la historia de la humanidad se pueden verificar las demandas por la igual distribución del poder entre mujeres y hombres (EVANS, 1980 y DUBY y PERROT, 2000). Sus raíces se encontrarían en la baja Edad Media, en la crítica del movimiento intelectual *La Querelle des Femmes* cuyos contenidos se plasmaron en el trabajo intelectual de Christine de Pizan, *La Ciudad de las Damas* (DE PIZAN, 2006).

A partir del siglo XVIII, etapa histórica de Occidente en la que surgió el constitucionalismo, estas demandas se expresaron en los movimientos sociales y políticos y en una corriente de pensamiento que actualmente conocemos como *feminismo*. Feminismo y constitucionalismo se desarrollaron en Occidente en el seno de la Ilustración. El primero, constituyéndose en una crítica al androcentrismo de la idea de la autonomía del hombre y el segundo como una doble vía para permitir tanto el desarrollo del capitalismo como del patriarcado. Esta doble vía jurídico-política, a la vez que facilitaría el avance del nuevo modo de producción capitalista, asentaría el tradicional sistema productivo-reproductivo llamado patriarcado. Al mismo tiempo sería la vía para proclamar la igualdad con la finalidad de darle opacidad a las relaciones desiguales que conlleva el tándem capitalismo/patriarcado.

La Ilustración, como filosofía oficial del constitucionalismo, consagró como sujeto al varón, blanco y propietario con autonomía plena, el cual, con el pensamiento

liberal, se auto-reconoció como el único ser racional con capacidades en oposición al grupo de personas varones pobres y no blancos y, especialmente, en oposición a todas las mujeres. Ésta, la Ilustración androcéntrica, serviría de sustento al liberalismo y, por ende, al constitucionalismo liberal. Ambos se convirtieron en los precedentes hegemónicos para la construcción y desarrollo tanto de los Estados liberales de derecho, de los Estados democráticos así como de los Estados sociales.

El desarrollo del constitucionalismo liberal y social caminó junto al feminismo, sin embargo, sus afanes hegemónicos propiciarían la marginación de la teoría política feminista dado que esta descubría los defectos de la moderna organización social, política y económica con resultados inquietantes porque, de hecho, la crítica feminista implicaba la deconstrucción de sistemas profundamente desigualitarios sustentados en el sistema patriarcal.¹ El carácter constructivo de aquél no sólo favoreció la vindicación de los derechos de las mujeres sino también la abolición de la esclavitud. De ahí que el feminismo sea considerado el «hijo no querido de la Ilustración» (VALCÁRCEL (2008: 20-21).

El feminismo explica que las relaciones de poder se fundan sobre la base de la desigualdad de mujeres y hombres y pone al descubierto la situación de dominación en que se encuentran las mujeres en la sociedad. Desde la antigüedad hasta la modernidad, las formas de organización del poder político y económico han sido diversas y en ellas los hombres ocupan una posición privilegiada en oposición a la situación subordinada de las mujeres. El sistema patriarcal interactúa con los distintos modos de producción. El paradigma feminista hace ver que la influencia de las relaciones de género en la organización política y en su ordenamiento jurídico conlleva una normativización de los sexos que perpetúa la desigualdad de hombres y mujeres. A través del derecho tradicional que contiene prejuicios sexistas, se ordena una sociedad basada en la marginación de las mujeres lo que trae como consecuencia la dificultad para comprender su estatus como *ciudadanas* y, por ende, considerarlas *sujeto de derechos*. Precisamente tal normativización las excluye del poder y deslegitima las acciones y las teorías que reivindicán un igual empoderamiento. Ello se evidencia en algunos esfuerzos por desprestigiar al paradigma feminista en el ámbito de la educación superior y la investigación científica.²

La forma de entender el mundo sobre la base de los sesgos de género se manifiesta en la producción científica y en la transmisión del conocimiento. Bien entrados en el siglo XXI, la academia tradicional aún los recrea limitando el desarrollo de las ciencias jurídicas y, sin duda, el contenido del derecho constitucional, que como se ha referido, tiene una vía relacionada con la igualdad que podría derivar a procesos de cambios radicales dirigidos a la erradicación de la desigualdad de mujeres y hombres e implícitamente a nuevas formas de producción.

No obstante aquellas resistencias y afanes por mantener visiones tradicionales ancladas en el sexismo, la investigación y enseñanza del Derecho con perspectiva de género están introduciendo cambios positivos en la sociedad. Por ejemplo, las contribuciones del *constitucionalismo feminista* han modificado el concepto de sufragio *universal* criticando su carácter androcéntrico y ampliándolo a las mujeres por conformar la otra parte importante del *pueblo soberano* y han construido el concepto de *democra-*

¹ Al respecto véase JONASDOTTIR (1993) cuya obra es útil para desarrollar una crítica constructiva a las bases sexistas de la tradicional teoría del Estado y del derecho constitucional.

² Por ejemplo véase BUNGE, Mario (1998) y su obra con estereotipos de género (BUNGE, 1997: 21).

cia paritaria.³ Han innovado al constitucionalismo europeo incorporando el *principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres* el cual impregna al derecho constitucional de los Estados de la Unión Europea. Actualmente, entre otros cambios que han producido, al menos en teoría, son las reformulaciones de *soberanía y democracia* que necesariamente tienen que considerar la presencia de las mujeres. Ello se puede contrastar en la denominada «primavera árabe». Por tanto, los debates giran en torno a que los procesos de transición política no se podrían concebir sin la participación de las mujeres. Y se afirma que, cualquier Constitución que no incluya las aspiraciones y perspectivas de quienes también son el cincuenta por ciento de la población de un país, no se puede llamar Constitución democrática (WILLIAMS, 2013).⁴ Recientes publicaciones incluyen este aspecto en lo referido a los procesos constituyentes actuales, lo cual significa una nueva forma de entender el derecho constitucional.⁵ No se puede dejar de mencionar la interpretación actual del principio-derecho de igualdad cuyas dimensiones reconocen que los roles de género excluyen a las mujeres del disfrute pleno de los derechos fundamentales superando a la clásica noción de la igualdad formal. En el constitucionalismo latinoamericano, cabe destacar la utilización del lenguaje inclusivo (no sexista) en los procesos constituyentes de finales del siglo XX y de la primera década del presente.⁶ Entre muchos otros conceptos reformulados por los estudios de género en el ámbito del derecho constitucional hispanoamericano, es importante tener en cuenta la noción de *despatriarcalización del Estado* que se viene utilizando desde finales de los años noventa vinculada estrechamente al de *descolonización del Estado*. También conviene resaltar la constitucionalización de la prohibición de la violencia contra las mujeres en la Constitución Boliviana de 2009 cuyo texto señala que «todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad» (Artículo 15.II). Es imprescindible mencionar los avances en el contenido de la prohibición de discriminación y, en suma, en el derecho antidiscriminatorio con perspectiva de género. Así pues, el *constitucionalismo feminista* acerca el derecho a la realidad social recogiendo e interactuando con las necesidades de quienes conforman la mitad de la población históricamente excluida.

Sobre la base de las aportaciones del paradigma feminista en el derecho constitucional, se hace aquí un breve estudio de las Declaraciones de Derechos que forman parte del proceso de positivación de los derechos fundamentales. Se centra en dos textos que recogen la influencia del feminismo y, por ende, del abolicionismo que son dos legados poco conocidos de la Ilustración. La Declaración de los *Derechos de la Mujer y la Ciudadana* y la *Declaración de Independencia de Haití*,⁷ ambos, omitidos en el estudio del derecho constitucional oficial.

³ Véase el estudio de SEVILLA MERINO (2004) así como las conclusiones de los proyectos de investigación I+D que la citada autora ha dirigido en materia de representación política desde la perspectiva de género.

⁴ Susan Williams es Profesora de Derecho Constitucional y Directora del Center for Constitutional Democracy de Indiana University.

⁵ Véase, entre otras, PANARA, Carlo (2013); SZMOLKA, Inmaculada (2012); CASTILLEJO, Clare (2011) y GARAY MONTAÑEZ (2011).

⁶ Por ejemplo, véase las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009.

⁷ En 2010 y 2011, en los Archivos Nacionales Británicos de Londres se encontró la copia impresa de la Declaración de la Independencia de Haití. Véase: The National Archives, «Haiti's Declaration of Independence discovered at The National Archives», 01 April 2013, en <http://www.nationalarchives.gov.uk/news/453.htm> y University of Duke, «Rediscovering Haiti's Declaration of Independence», Duke Office of News, April 4, 2011 en <http://today.duke.edu/showcase/haitideclaration/>

1. DERECHO CONSTITUCIONAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO. ALCANCES:

El poder en la sociedad moderna está organizado y limitado por el derecho y, en concreto, por la Constitución. De ahí que el objeto de estudio y de la investigación del derecho constitucional se centre en las relaciones de poder. La razón de esta organización y limitación se sustenta en el principio de igualdad. Entre iguales se pactan los límites y se llega a un consenso respecto de cuál será el orden social para alcanzar la convivencia pacífica. Históricamente este pacto social se ha materializado entre varones, quedando las mujeres excluidas del pacto fundacional de los actuales Estados constitucionales. Esta exclusión se ve reflejada en el derecho público tradicional que tiene su base teórica en el pensamiento político liberal. Locke, Montesquieu y Rousseau⁸ son quienes mejor representan el desarrollo de la doctrina política liberal. Un análisis crítico de la misma permite descubrir su carácter sexista, de clase y racializado. Todos coinciden en considerar no iguales a las mujeres a pesar de que la igualdad era la categoría central del pensamiento político en el que se apoyaría el Estado constitucional liberal.

Así, tras la consolidación de las Constituciones como normas que organizaban las sociedades de Occidente, las estructuras sociales basadas en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres continuaron intactas. El feminismo filosófico reivindica que los estudios constitucionales tomen en cuenta las relaciones desiguales entre ambos sexos.

Las relaciones de poder desiguales de mujeres y hombres impiden mejorar la democracia. Aún cuando consideramos haber alcanzado un alto nivel de progreso científico, no se ha logrado un modelo racional que mejore la democracia y, por ende, que la igualdad incluya a las mujeres como sujeto de derechos. No hemos conseguido el nivel de racionalidad para repensar y reinventar el derecho haciéndolo más igualitario. No obstante ello, y poniendo énfasis en el carácter esperanzador del *progreso*, cabe apelar al análisis del constitucionalismo crítico para dotarle a los derechos fundamentales un contenido realmente inclusivo.

El pensamiento crítico es, probablemente, el más perturbador de Occidente, porque tiene que ver siempre con el conflicto, con la inseguridad. Se trata de un pensamiento comprometido que busca entender el conocimiento sin alejarse de la realidad social y con una finalidad, evidentemente, liberalizadora y emancipadora⁹ (DE CABO MARTÍN, 2010a: 11-12). Dentro de las corrientes de pensamiento emancipadoras se encuentra la teoría feminista¹⁰ que cuestiona la no realización de los valores superiores democráticos de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político y ofrece propuestas innovadoras. No se trata de un pensamiento nuevo ya que, como se ha dicho, esta filosofía hunde sus raíces en la Ilustración. Así, entre algunas de sus más importantes aportaciones, es la recuperación del término *patriarcado* para explicar la existencia de un sistema de dominación que mantiene la subordinación histórica de las mujeres y que es capaz de reproducirse ideológicamente impidiendo la igualdad.¹¹ Este sistema ha coexistido y coexiste con todos los sistemas económicos (esclavismo, feudalismo y

⁸ Entre otros estudios críticos a la obra de Rousseau, véase COBO (1995) y MOLINA (1994).

⁹ El pensamiento crítico que introduce De Cabo en el derecho constitucional sobre el origen del *sujeto de derechos*, sin duda, confluye con las aportaciones de la teoría feminista, Véase: DE CABO, 2001 y 2010b.

¹⁰ Sobre la teoría feminista véase por ejemplo, en la línea del derecho constitucional, a ADOLFO POSADA (1899); desde otras disciplinas, las reflexiones de FISS (1993: 318-335); AMORÓS (1995); RUBIO CASTRO (1997); VALCÁRCEL (2008); entre otras.

¹¹ Véase BALAGUER (2005: 24).

capitalismo) ordenando las relaciones de poder entre los sexos. Capitalismo y patriarcado interactúan en una sociedad formalmente igualitaria (JONASDOTTIR (1993: 31). Por lo tanto, es imprescindible introducir el análisis del patriarcado en los estudios constitucionales. El paradigma feminista, además, ha incorporado el concepto de *relaciones de género* para explicar la desigual distribución del poder que se sustenta en la normativización del sexo. A partir de la utilización del análisis de *género*¹² se corrió el velo de las contradicciones de la igualdad liberal. Se puso en evidencia que las estructuras de la sociedad patriarcal han coexistido con el desarrollo del Estado constitucional.

El feminismo aplicado al derecho constitucional explica cómo los Estados constitucionales, que son el resultado del tránsito de los privilegios y lo divino hacia la razón, responden a un fundamento androcéntrico y sexista. El constitucionalismo con enfoque de género contiene un proyecto transformador y pacífico que data de finales del siglo XVII -durante el proceso de aparición del Estado Constitucional- y forma parte de las ideas más abiertas de democracia y solidaridad. La concurrencia de constitucionalismo y feminismo busca, de alguna manera, superar las relaciones de género y alcanzar la convivencia pacífica sobre la base de relaciones realmente igualitarias de mujeres y hombres.

Por tanto, el derecho constitucional desde la perspectiva de género (*constitutionalism from a feminist perspective*) o derecho constitucional feminista es el resultado de las aportaciones del pensamiento crítico feminista (*feminist theory*) el cual viene modificando el mundo político-jurídico. Así, el constitucionalismo feminista (*feminist constitutionalism*) ha ido construyendo nuevos conceptos a partir de las nociones de poder, justicia, libertad y solidaridad. Y, está reconceptualizando la igualdad en tanto eje del Estado constitucional.

El derecho constitucional desde un enfoque de género, al replantear la clásica teoría del poder (MACKINNON, 1983), genera reacciones del sistema dominante tal vez porque formula propuestas concretas para corregir las injustas relaciones basadas en la dinámica de dominación/subordinación. Aquellas *reacciones patriarcales* (COBO, 2011: 13-22) constituyen la negativa al acceso de las mujeres al espacio público. Negativa que afecta el carácter democrático de lo público. Ello se refleja en la flagrante omisión de las mujeres en las conocidas Declaraciones como las de 1776 y 1789.

La omisión de las mujeres significa un grave error del constitucionalismo. Omisión que ha sido reconocida como inconstitucional por el Tribunal Constitucional español al considerar que la discriminación de las mujeres tiene que ver con aquellas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que las han puesto en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (STC 128/1987, de 16 de julio). Por ello el derecho constitucional igualitario considera evidente la infravaloración histórica de las mujeres y que ésta forma parte de la realidad social a la que tiene que acercarse si pretende que la fuerza normativa de la Constitución sea real. Un texto constitucional que ignora y no nombra a la mitad de la población,¹³ que no refleja a la sociedad que pretende organizar y ordenar difícilmente podrá alcanzar eficacia.

¹² Respecto del *Género* como elemento de análisis científico véase HARDING (1988) y su traducción (2002).

¹³ Al respecto, véase el trabajo de SEVILLA MERINO, Julia (2008).

2. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

El constitucionalismo no tendría razón de ser sin los derechos y sus garantías. Presidiendo los derechos está el principio-derecho de igualdad. El análisis de la igualdad en los orígenes del constitucionalismo es fundamental para comprender el por qué las mujeres no son consideradas dentro de aquella abstracción que define a la modernidad y al Estado constitucional: el *sujeto de derechos*. Este sujeto es la piedra angular que surge en y sobre la que se construye la modernidad, el origen de nuestros actuales sistemas constitucionales democráticos. El reconocimiento como sujeto permite la individualidad y, con ella, la igualdad (ESQUEMBRE, 2010: 136).

La igualdad del constitucionalismo liberal se vinculaba estrechamente a la ciudadanía. A partir de ésta el individuo podía ejercitar sus derechos y decidir, en el espacio público, asuntos relativos a toda la sociedad ya que la ciudadanía da acceso al disfrute de derechos. Conviene recordar que, en los inicios del constitucionalismo, el reconocimiento de la ciudadanía como expresión de igualdad sólo incluyó al hombre blanco, europeo, instruido y con capacidad económica, y no al varón que no cumpliera con aquellas características ni mucho menos a las mujeres.

Sobre la base de ello, caben las reflexiones sobre si la razón de la lentitud en los procesos de cambio hacia la igualdad de mujeres y hombres se debe o no a los pilares que edifican el derecho. Si es así, habría que reformularlo desde sus raíces. Estas reflexiones estarían vinculadas a un análisis crítico de la idea del *sujeto de derechos* que conllevaría cambios radicales en el derecho constitucional.

A partir de ello sería oportuno puntualizar dos cuestiones: La primera, relativa al origen del sujeto y, por tanto, a su conformación originaria. La segunda, relativa a la sucesiva extensión del mismo a quienes inicialmente estaban excluidos (ESQUEMBRE, 2010: 136) Estas cuestiones llevarían a pensar acerca de por qué la extensión del concepto *sujeto de derechos* sólo ha tenido eficacia respecto de la igualdad entre varones y no para las mujeres. En todo caso, es evidente que las mujeres no gozan del pleno disfrute de sus derechos, tal vez porque el derecho se sustenta en un sujeto que necesariamente va a excluir a aquella persona que no sea de sexo masculino. Sobre esta base se podría afirmar que la discriminación por sexo (de las mujeres) es una forma básica de discriminación y que, a partir de ella, se recrean otras como la racial, la que precisamente es otra forma de exclusión útil para la pervivencia del patriarcado.

El concepto de igualdad se consolidó con la ideología liberal. El discurso de la Ilustración alimentó al pensamiento liberal plasmándose en las Declaraciones liberales la igualdad de todos los hombres. Es en este momento en el que la igualdad adquiere sentido, en el contexto de la modernidad y del sistema capitalista. Surgió asociada a la idea de que determinados hombres - los mismos que detentaban el poder en la Antigüedad y Edad Media - son quienes van a disponer de *razón*, de *talento* y propiedad para poder aspirar a ser libres porque son iguales. Estos hombres se concibieron a sí mismos como individuos y, por ende, como *sujeto de derechos* sobre la base del concepto de igualdad entendida ésta como la columna vertebral del derecho constitucional.

Así, en el contexto de la modernidad, con el auge del pensamiento ilustrado y la ideología liberal, los derechos se positivizaron en las denominadas Declaraciones liberales estadounidense y francesa. La doctrina constitucional suele citar especialmente a dos, las de 1776 y 1789.

La Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776, en su Preámbulo, enuncia: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son

creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad». «Hombres iguales» significaba hombres anglosajones de piel blanca, protestantes y burgueses, precisamente el tipo de personas que habían controlado el poder político colonial en el imperio británico (KNIGHT, 2010).

Por su parte, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en su Artículo primero señala: «*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*». La noción de «hombres iguales» estaba relacionada con los burgueses en la que se incluía a los del clero y la nobleza.

Nótese que la igualdad declarada omite a las mujeres. Se trataba, pues, de la igualdad formal. Tanto en las asambleas fundacionales, que más adelante dieron origen al poder constituyente, como en el proceso de positivación de los derechos no se les consideró iguales o, estrictamente, se les apartó de la ciudadanía, por ejemplo, Sieyès consideraba que las mujeres están alejadas de todo lo que tenía que ver con las procuraciones públicas (SIEYES, 2003: 108). De ahí que se ponga en evidencia su ausencia histórica en la organización del espacio público y su lento avance como ciudadanas en la historia constitucional. En este contexto, en una etapa histórica de grandes cambios políticos y económicos, Olympe de Gouges publicó en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en cuyo Artículo primero y en contestación a la igualdad sesgada manifestaba que: «La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común». De Gouges partió del supuesto rousseauiano de que «la ley debe ser la expresión de la voluntad general; sólo que en la constitución de esta voluntad no puede haber discriminación por sexos» (AMORÓS, 2000: 173). Su pensamiento igualitario tendía a ser globalizador y más inclusivo, con capacidad de universalización pues incluyó en su Declaración a todos los hombres y mujeres. Además, en su obra denunció el racismo y la esclavitud. En 1792 publicó el escrito *L'Esclavage des Noirs* (*The Slavery of the Blacks/La esclavitud de los negros*) y militó en defensa de la abolición de la esclavitud de las personas negras (BROWN, 2001: 383 y ss.).

La reivindicación de los derechos de las mujeres también está presente en el pensamiento de Condorcet y Wollstonecraft. Condorcet publicó en 1790 el texto titulado «Sobre la admisión de las mujeres en la ciudadanía» en donde considera que la exclusión de las mujeres de la ciudadanía constituye el «problema más general de la desigualdad» (SLEDZIEWSKI, 2000: 62). En 1783 redactó, además, un proyecto de instrucción pública igualitaria para ambos sexos (PULEO, 1993: 23) denominado *De la educación de las mujeres* (GUTIERREZ, 1991: 19). No olvidemos que el voto censitario de la época reconocía el derecho de representación no al individuo en tanto tal, sino a su capacidad tributaria de acuerdo con sus propiedades. Para Condorcet una Constitución no puede llamarse *republicana* si excluye a las mujeres de la ciudadanía. El derecho natural y los principios de una república exigen la participación de todos los individuos. Y como explica en *Esbozo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, la perfectibilidad de la especie humana implica necesariamente para su pleno despliegue la abolición de los prejuicios de los sexos y el establecimiento de la igualdad entre ambos (PULEO, 1993: 24). No obstante ello, en los estudios y publicaciones en materia de derecho constitucional (en concreto en el proceso de construcción del constitucionalismo) no figura el pensamiento feminista de Condorcet.

Las propuestas de igualdad real de De Gouges y Condorcet significaron la exigencia del mismo disfrute de derechos y las mismas responsabilidades para las mujeres y para los hombres. La dimensión del significado de igualdad en estos textos iba más allá del contenido de la igualdad formal porque incluía a todas las personas que componen la nación, evidenciaba que la realidad político-jurídica incluía a ambos sexos. Este pensamiento contestatario fue expulsado del sistema de transmisión del conocimiento, hecho que se puede verificar cuando se hace un análisis histórico de los derechos fundamentales.

Los textos de las Declaraciones, en tanto documentos testigos de la positivación de los derechos fundamentales, son materiales idóneos para la enseñanza del derecho constitucional. El análisis de género permite visibilizar documentos políticos que reivindicaron la igualdad de derechos de mujeres y hombres o que, de alguna manera, dejaron ver la presencia de las mujeres.

Uno de estos documentos es la ya citada Declaración de De Gouges de 1791.¹⁴ Su autora se inspiró en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del ciudadano y reivindicó derechos políticos tanto para hombres como mujeres. El otro documento es la Declaración de Independencia de Haití de 1804. Un texto político olvidado por el clásico derecho constitucional. ¿Por qué su importancia? ¿Cuál es su valor desde la perspectiva de género?

El escenario del constitucionalismo que se había iniciado en Occidente tenía como protagonista al sujeto masculino asediado por una constante violencia. Violencia que se manifestaba en las luchas de poder entre las cuatro potencias de Occidente: Francia, Gran Bretaña, España y el recientemente poderoso Estados Unidos. En aquel escenario se produjo un constitucionalismo «especial» que se nutría del pensamiento ilustrado y que recogía todo su entramado inquietante. Esto es, que recogía también la huella feminista. El constitucionalismo «especial» para Occidente es el constitucionalismo de la población oprimida. El punto de arranque de este constitucionalismo sería el que se produjo en Haití cuando en 1804 se independizó de Francia.

La Declaración de Independencia de Haití es un documento importante del constitucionalismo y del proceso de positivación de los derechos fundamentales en la periferia¹⁵ por la participación de toda la población, incluso la nativa, en la gestación de la voluntad política. Es un hecho que hasta entonces, no había ocurrido en aquella región. El proceso de independencia haitiano fue violento como los que les precedieron en Europa, adquiriendo características raciales (WALLERSTEIN, 1999: 336 y HOBSBAWM, 2009: 96 y 205). Cabe recalcar que, tal como ocurría en Occidente, el hecho racial junto con el patriarcado determinaban las estructuras sociales de las colonias en la región americana. En aquel entonces, en las teorizaciones liberales que servirían de sustento a las Declaraciones de derechos más conocidas, la población nativa, negra, mulata y las mujeres no ocuparon el mismo lugar que el hombre blanco y propietario. Por ejemplo, la Declaración estadounidense de 1776 consideró a los

¹⁴ Salvo el Manual de Derecho Constitucional de Aparicio y Barceló (2009: 586-587), la mayoría de los Manuales de esta disciplina no han incorporado esta Declaración en el estudio de la historia de los derechos fundamentales (estudio de la evolución histórica y positivación de los derechos fundamentales).

¹⁵ Recuérdese que los representantes americanos que integraron las Cortes de Cádiz llevaban en su acervo cultural la experiencia haitiana y lo mencionaron en aquellas Cortes. Por otro lado, Bolívar mantuvo contacto con los revolucionarios de Haití.

nativos como «despiadados indios salvajes» y los excluyó de lo que sería el gobierno civil -de hombres blancos- al asignarles el estatus de los «habitantes de las fronteras».¹⁶

El pensamiento político ilustrado del que germinó el liberalismo justificó con sus teorías la exclusión de los hombres de color. En 1748 Montesquieu en su *Espíritu de las Leyes* había justificado la necesidad de la esclavitud sobre la base de un discurso racializado. Afirmó que: «el azúcar sería demasiado caro si no se obligase a los negros a cultivar la caña dado el exterminio de los pueblos de América. Esos esclavos son negros de los pies a la cabeza [...]». Se preguntó cómo «Dios, un ser tan sapientísimo, haya puesto un alma en un cuerpo tan negro, y un alma buena, es aún más inconcebible en un cuerpo semejante» (MONTESQUIEU, 1820: 178). El filósofo ilustrado teorizó acerca de la ausencia de razón e los negros (MONTESQUIEU, 1820: 179)

Entre la segunda mitad del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX se consolidó la incorporación de vastas zonas nuevas a la economía-mundo capitalista. Esta incorporación nunca se produjo a iniciativa de los que eran incorporados (WALLERSTEIN, 1999: 179). A partir de 1760 se inició una fase de explosión económica para un producto de exportación: el azúcar. Esta época fue conocida como la «edad de plata del azúcar» (WALLERSTEIN, 1999: 295). Las colonias francesas y británicas fueron las mayores productoras como resultado de la explotación del trabajo de los negros esclavos trasladados del África hacia los ingenios azucareros de América. Éste era el contexto económico y social cuando estalla la revolución haitiana: el auge del azúcar, las potencias inglesa, francesa, española y estadounidense justificando la infravaloración de las personas no blancas y de las mujeres; la esclavitud en las colonias y frente a todo ello, un feminismo ilustrado que criticaba la discriminación por sexo y raza.

En efecto, la diferenciación injusta por raza y la dominación de las mujeres fueron denunciadas por el feminismo. Olimpia de Gouges, por ejemplo, formó parte de la *Sociedad Amigos de los Negros*, y es conocida su obra en favor de la abolición de la esclavitud. Hay que tener en cuenta también la aportación de Wollstonecraft, *Vindicación de los derechos de la mujer*, publicada en 1792 en la que denunciaba ambas formas de discriminación. La citada autora hizo un símil entre la producción del azúcar que se realizaba mediante la trata de esclavos (como sucedía en Haití) y el rol o comportamiento basado en la *dulzura* que el pensamiento ilustrado le impuso a las mujeres. Al respecto, Wollstonecraft manifestó que someterlas a restricciones severas que impone el decoro significaba limitarles en su capacidad de actuar y, preguntaba:

¿Por qué someterla al decoro -al decoro ciego- si es capaz de actuar por un principio más noble, si es heredera de la inmortalidad? ¿Siempre se ha de producir el azúcar mediante sangre vital? ¿Ha de someterse la mitad de la especie humana, como los pobres esclavos africanos, a los prejuicios que la brutaliza, cuando los principios serían una defensa más segura, sólo para endulzar la copa del hombre?¹⁷ (WOLLSTONECRAFT, 2000: 317)

Dicho contexto injusto junto marcado por la dialéctica del patriarcado y feminismo se reflejaría en el documento de Independencia de una de las colonias productoras con la más alta producción de azúcar: Haití. En 1791 se inició una rebelión de los esclavos haitianos contra el dominio francés, encabezado por Toussaint L'Ouverture, extendiéndose por toda la isla culminando en 1804 (MARTÍNEZ GARNICA, 2011) con la Declaración de Independencia.

¹⁶ Agravio 27 de la Declaración de Independencia estadounidense de 1776. Subrayado agregado.

¹⁷ Subrayado agregado.

La Declaración reivindica la libertad del pueblo de Haití frente a las potencias extranjeras, al despotismo y a la tiranía. La concepción de la libertad es radical en comparación con las declaradas en 1776 y 1789. Considera la necesidad de asegurar a los indígenas de Haití un gobierno estable. Los valores liberales están presentes, con una importante diferencia: que se toma en cuenta a las personas nativas:

«¡Indígenas de Haití! Mi feliz destino me reservaba para ser un día el centinela que debía velar por la guardia del ídolo al cual vosotros sacrificaste: velé, combatí, algunas veces solo; y si he tenido la suerte de devolver a vuestras manos el depósito sagrado que me había sido confiado, entended que ahora os corresponde conservarlo»

Nótese la idea de un pueblo nativo que recupera su poder y que, lógicamente, para conservarlo, aspiraría a ordenarse como Estado Constitucional. En general, Haití iniciaría el camino para posteriores independencias de las colonias en América Latina.¹⁸ Sin embargo, el modelo que excluyó a lo nativo y a las mujeres fue el que imperó.

Siguiendo con el análisis del texto de Independencia de Haití, encontramos un dato relevante, materia de nuestro estudio: en su texto están presentes las mujeres. Al menos, formalmente, se cita a las mujeres haitianas, hecho que no se produjo en las Declaraciones de Derechos que son tradicionalmente ejemplos en el proceso de positivación de derechos. Así, pues, la Declaración de Haití afirma:

«Ciudadanos indígenas, hombres, mujeres, niñas y niños: Levantad vuestra mirada a todas partes de esta isla, buscad allí a vuestras esposas, vuestros maridos, vuestros hermanos, vuestras hermanas»

La independencia de Haití significó el segundo hecho histórico que allanaba el camino hacia la independencia de las colonias y el constitucionalismo en la región americana y el primer proceso en el cual el pueblo nativo tiene el poder político. Y, el primer Estado donde se contesta, declarativamente, al hecho racial y se visibiliza la presencia de las mujeres. Knight sostiene que fue una gran revolución política y social que implicó la eliminación de los privilegios sociales así como la abolición permanente de la esclavitud. (KNIGHT, 2010). La influencia abolicionista y feminista francesa alcanzó al contenido de esta Declaración, ausente en el estudio del derecho. Por ejemplo, se observa que, desde 1789 (Declaración de la revolución francesa) hasta 1948 (Declaración de Derechos Humanos tras la Segunda Guerra Mundial) en el análisis del proceso de positivación de los derechos no están presentes ni la Declaración de De Gouges de 1791 ni la Declaración haitiana de 1804. En la historia de los derechos fundamentales hay un vacío cronológico llamativo cuando se trata de hechos políticos que desvelan las estructuras patriarcales del derecho.

El patriarcado es un sistema que a partir de la discriminación de las mujeres, re-crea otras formas de discriminación, como la racial, y que reacciona frente a las contestaciones que signifiquen la remoción de sus cimientos desigualitarios. Una de las formas de reacción es el ocultamiento de reivindicaciones igualitarias. En este caso, han permanecido ocultas durante mucho tiempo las Declaraciones de De Gouges y la de Independencia de Haití. Ambas contienen valores liberales y pretenden ampliar derechos a todos los colectivos que conforman aquella abstracción denominada pueblo que es la base de la democracia. Ambos textos, por su importancia, tendrían que formar parte de los materiales de estudio en las Facultades de Derecho.

El texto haitiano es un documento necesario para el análisis desde la perspectiva crítica -que incluye el análisis de género- en el derecho constitucional. Se trata de un

¹⁸ Véase, por ejemplo, LAVIÑA (2010: 119-121); NÚÑEZ SÁNCHEZ (2000: 195-197), entre otros.

documento necesario para el estudio del derecho constitucional inclusivo puesto que la historia constitucional haitiana es un precedente ineludible para entender tanto el constitucionalismo europeo como el latinoamericano.

CONCLUSIONES

Los estudios críticos de la historia constitucional sirven para comprender la realidad social y elaborar conceptos teóricos a partir de evidentes desigualdades. Políticamente, con la Declaración de De Gouges en 1791 y teóricamente con las obras de Condorcet y Wollstonecraft, la defensa de la igualdad de mujeres y hombres intentó repercutir en el proceso de construcción de los Estados constitucionales. La cuna de la Ilustración, del liberalismo y el constitucionalismo es la misma donde desarrolló el feminismo. De Gouges, Condorcet y Wollstonecraft bebieron de las fuentes teóricas y prácticas del liberalismo inglés y francés. Los fuertes cimientos patriarcales ocultaron la forma solidaria de entender la igualdad contenida en el feminismo.

El argumento académico que sostiene que en los inicios del constitucionalismo era «natural» considerar a las mujeres desiguales no tiene asidero científico en el mismo sentido que es una falacia la teoría de la superioridad de una raza sobre otra que impregnó al derecho decimonónico. La presencia del pensamiento feminista reforzó al abolicionismo que criticó la esclavitud lo que repercutiría en la Declaración de Independencia de Haití. En la Declaración de Independencia de Haití, podemos constatar que el constitucionalismo tiene la impronta del feminismo cuya cara más visible suele ser el sufragismo de Inglaterra y Estados Unidos que reconstruyeron las bases de la representación política.

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS, Celia (2000). *Tiempos de feminismos. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Madrid: Cátedra.

AMORÓS, Celia (dir.) (1995). *10 palabras clave sobre mujer*, Navarra: Editorial Verbo Divino.

APARICIO PÉREZ, M.A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., (2009). *Manual de Derecho Constitucional*, Barcelona: Ed. Atelier.

BALAGUER, María Luisa (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid: Cátedra.

BROWN, Gregory S. (2001). «The Self-Fashionings of Olympe de Gouges, 1784-1789», en *Eighteenth-Century Studies*, Volume 34, Number 3, Spring, Baltimore: Johns Hopkins University Press.

BUNGE, Mario (1998). «Contra el charlatanismo académico», en ABC, 6 de enero, Madrid.

BUNGE, Mario (1997). *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires: Sudamericana.

CASTILLEJO, Clare (2011). «¿Traerá la primavera árabe cambios para las mujeres?», en *Foreign Policy Edición Española*, 48, Madrid: Fride.

COBO, Rosa (2011). *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción patriarcal*, Madrid: Editorial Catarata.

COBO, Rosa (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Madrid: Cátedra.

DE CABO MARTÍN, Carlos (2010a). «Lo viejo y lo nuevo en la crisis económica actual: Aspectos jurídico-políticos», en Cámara Villar, Gregorio, *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, Granada: EUG.

DE CABO MARTÍN, Carlos (2010b). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Trotta.

DE CABO MARTÍN, Carlos (2001). «El sujeto y sus derechos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, Primer semestre, Madrid: UNED.

DE PIZAN, Christine (2006). *La ciudad de las damas*, Madrid: Siruela.

DUBY, George y PERROT, Michelle (2000). *Historia de las mujeres. Del Renacimiento a la Edad Moderna*. Vol. 1-5, Madrid: Santillana.

ESQUEMBRE Valdés, M^a del Mar (2010). «Ciudadanía y género: una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales», en Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (directores y coordinadores), *Género y derechos fundamentales*, Granada: Comares.

EVANS, Richard (1980). *Las Feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840 -1920*, Madrid: Siglo Veintiuno.

FISS, Owen M. (1993). «¿Qué es el Feminismo?», en *Doxa*, 14, Alicante: Universidad de Alicante.

GARAY MONTAÑEZ, Nilda (2011). «Transiciones políticas y revoluciones «árabes»», en *Diario Información*, 1 de marzo. Alicante.

GUTIERREZ CASTAÑEDA, Griselda (comp.) (1991). *La Revolución francesa. Doscientos años después*. México D.F.: UNAM.

HARDING, S. (2002). «¿Existe un método feminista?» (Traducción de Gloria Elena Bernal), en Eli Bartra (compiladora), en *Debates en torno a una metodología feminista*, México: PUEG/UAM Xochimilco.

HARDING, Sandra (1988). «Is There a Feminist Method?», en Harding S. (Ed.) *Feminism and Methodology*, Indianapolis: Indiana University Press.

HOBSBAWM, Eric (2009). *La Era de la Revolución (1789- 1848)*, Buenos Aires: Crítica, Grupo Editorial Planeta.

JONASDOTTIR, Anna G. (1993). *El poder del amor: ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid: Cátedra.

LAVIÑA, Javier (2010). «Venezuela en tiempos de revolución», en *Boletín Americanista*, 61, Año LX.2, Barcelona: Universidad de Barcelona.

KNIGHT Franklin W. (2010). «La Revolución Americana y la Haitiana en el hemisferio Americano, 1776-1804», en *Historia y Espacio*, 36, Cali, Colombia: Universidad de Valle.

MACKINNON, Catharine A. (1983). «Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence», en *Signs*, 4, Vol. 8, Chicago: The University of Chicago Press.

MARTÍNEZ GARNICA, Armando (2011). «Documento. La Declaración de Independencia de Haití (1804)», en *Historia Caribe*, VI, en <<http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=93722645011>>.

MOLINA PETIT, Cristina (1994). *Dialéctica feminista de la ilustración*, Barcelona: Dirección General de la Mujer.

MONTESQUIEU (1820). *El Espíritu de las leyes*, Tomo II, Madrid: Imprenta Villalpando.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, Jorge (2000). «Las voces de las etnias americanas y el despertar de la población negra», en Arturo Andrés Roig (ed. lit.), *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*, Madrid: Trotta.

PANARA, Carlo (2013). *The «Arab Spring»: New Patterns for Democracy and International Law* [co-edited with Gary Wilson], Boston/NY: BRILL/Martinus Nijhoff.

POSADA, Adolfo (1899). *Feminismo*, Madrid: Librería de Fernando Fé.

PULEO, Alicia H. (ed.) (1993). *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Madrid: Antrhropos.

RUBIO CASTRO, Ana (1997). *Feminismo y ciudadanía*, Sevilla-Málaga: Instituto Andaluz de la Mujer.

SLEDZIEWSKI, Elisabeth G. (2000). «La Revolución Francesa. El giro», en Duby, George y Perrot, Michelle, *Historia de las mujeres*, Vol. 4, El Siglo XIX, Madrid: Taurus.

SEVILLA MERINO, Julia (2008). «Representación y lenguaje», en *Revista Feminismo/s*, 12, CEM, Alicante: Universidad de Alicante.

SEVILLA MERINO, Julia (2004). *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia: Institut Universitari d'Estudis de la Dona.

SIEYES, Emmanuel (2003) *Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid: Alianza.

SZMOLKA, Inmaculada (2012). «Factores desencadenantes y procesos de cambio político en el mundo árabe», en *Documentos CIDOB Mediterráneo y Oriente Medio*, 19, (p. 19-27) Barcelona: Fundación CIDOB.

VALCÁRCEL, Amelia (2008). *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid: Universitat de València, Instituto de la Mujer.

WALLERSTEIN, Immanuel (1999). *El moderno sistema mundial III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, Madrid: Siglo XXI.

WILLIAMS, Susan (2013). «Liberia: Constitution must consider women participation», en *The News* (Monrovia, Liberia), January, 29.

WOLLSTONECRAFT, Mary (2000). *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, Madrid: Cátedra.

PRIMERA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS

SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ

Profesor Contratado Doctor
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Jaume I de Castellón

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de mujeres y hombres al trabajo en igualdad de oportunidades, reconocido en los principales textos internacionales y comunitarios sobre la materia, está protegido en España de manera específica por los artículos 14 y 35 de la Constitución Española y por los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).¹

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE del 23) (en adelante, LOI), cuyo objeto es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 1), dedica un buen número de preceptos a dotar de efectividad al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades (en especial, arts. 5 y 42 a 68). Entre todas las medidas contenidas en este articulado una ha destacado de manera singular: los planes de igualdad en las empresas (arts. 45 a 49 y Disposición Adicional Undécima, apartados 17 a 19).² De este modo, la efectividad del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades encuentra un instrumento cualificado en la negociación colectiva y, particularmente, en el deber de negociar medidas de igualdad y planes de igualdad en las empresas.

No obstante, debe recordarse que los planes de igualdad en las empresas no fueron una aportación original de la LOI. Con anterioridad a la LOI, los planes de igualdad en las empresas fueron regulados por primera vez en la ley de igualdad de la Comunidad Valenciana (art. 20) -en cuyo anteproyecto participó la Dra. Sevilla Merino- y, seguidamente, en las leyes de las Comunidades Autónomas de Galicia (art. 23), País Vasco (arts. 40 y 41) e Islas Baleares (art. 16). Con posterioridad a la LOI han sido regulados en las leyes de Murcia (art. 20), nuevamente Galicia (arts. 9 a 12), Andalucía (art. 27), Canarias (arts. 30 y 35), Castilla-La Mancha (arts. 36 y 44), Asturias (art. 37) y Extremadura (art. 46).³

Nota del autor: La elaboración de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Negociación colectiva e igualdad efectiva en la Comunidad Valenciana: un análisis jurídico y práctico de los planes de igualdad en las empresas* (P1-1B2011-39), dirigido por la Dra. A. Ventura Franch y financiado por la *Fundació Caixa Castelló - Bancaixa*.

¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 29).

² Para J.L. Escudero Rodríguez, «lo más novedoso e importante en materia de negociación colectiva se encuentra dentro de la obligación de negociar determinadas cuestiones y, en particular, de la regulación de los planes de igualdad en las empresas» (2007: 1.012). De modo coincidente, según G. Fabregat Monfort (2009), los planes de igualdad son una de las medidas principales que la LOI prevé con la finalidad de alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, son la medida «estrella» de la LOI. También T. Pérez del Río (2009: 914) ha coincidido a la hora de afirmar que «uno de los avances más importantes en materia de igualdad entre hombres y mujeres en las empresas... es la conceptualización y la obligación de negociar medidas de acción positiva y planes de igualdad en las empresas».

³ Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat Valenciana, para la igualdad entre mujeres y hombres (DOCV del 4), Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres (DOG de 3 de agosto), Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres en el País Vasco (BOPV de 2 de marzo), Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer de las Islas Baleares (BOIIBB del 26), Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia (DOG de 13 de abril), Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género de la Región de Murcia (BORM del 21), Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (BOJA de 18 de diciembre), Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres (BOCAN de 5 de marzo), Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha (DOCLM del 25), Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género (BOPA del 18) y Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura (DOE del 25).

El régimen jurídico sobre los planes de igualdad de las empresas ha suscitado algunos interrogantes de carácter dogmático-jurídico que han sido puestos suficientemente de manifiesto por la literatura especializada:⁴ la relación sistemática entre el deber de adoptar medidas de igualdad y el deber de negociar tales medidas y, en particular, su consideración como un nuevo contenido de los convenios colectivos; el término temporal dispuesto para exigir su aplicación; las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad; la naturaleza y la composición de los órganos empresariales encargados de su negociación, aprobación y posterior seguimiento; el contenido que deben cumplir los planes de igualdad; su grado de exigibilidad jurídica; o, finalmente, los parámetros de su control jurisdiccional.

La presente contribución al Libro - Homenaje a la Dra. Sevilla Merino tiene como objetivo analizar las primeras sentencias disponibles sobre planes de igualdad para encontrar si han dado respuesta a alguno de los interrogantes enunciados.

2. TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 (RC. 227/2009), 20 DE OCTUBRE DE 2011 (RC. 23/2011) Y DE 24 DE ENERO DE 2012 (RC. 22/2011)

Las tres sentencias pueden ser objeto de un comentario común por estar referidas a la misma cuestión litigiosa: la obligación de que un sindicato legitimado para la negociación de un convenio colectivo tenga que ser llamado a una comisión de igualdad con funciones de estudio, propuesta, gestión y administración.

En el primer supuesto, CGT recurrió en casación ante el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2009, que desestimó su demanda de impugnación del tercer Convenio Colectivo de EADS-CASA, Airbus España, SL, EADS CASA ESPACIO, en cuya negociación participó pero sin llegar a suscribir el acuerdo correspondiente. En el convenio colectivo citado se creaban una serie de comisiones, entre las que se encontraba la Comisión paritaria de igualdad de oportunidades, cuya composición debía estar formada por «dos miembros de cada uno de los sindicatos firmantes», excluyendo de este modo a los sindicatos participantes en la negociación del convenio colectivo pero no firmantes del mismo. La sala del Tribunal Supremo estima que esta exclusión es nula por violación del derecho a la negociación colectiva, en la medida que, desde luego en las comisiones negociadoras, pero también en las aplicativas,⁵ los sindicatos tienen derecho a participar en proporción a su representatividad, una previsión que no es tenida en cuenta a la hora de fijar los términos en que se regula la composición de la Comisión paritaria de igualdad de oportunidades en la empresa.

Los dos supuestos siguientes resuelven sendos recursos de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional de fecha de 22 de diciembre y de 11 de noviembre de 2010, desestimatorias de las demandas de conflicto colectivo planteadas por CCOO y

⁴ Cabeza Pereiro (2007), Cavas Martínez y Sánchez Trigueros (2008), Escudero Rodríguez (2007), Fabregat Monfort (2009), Fernández López (2007), García Rodríguez (2008), Lousada Arochena (2008), Martínez Fons (2009), Mendoza Navas (2008), Nieto Rojas (2008), Nuñez Cortés y Velasco Portero (2009), Pérez del Río (2007), Pérez Pérez y Roales Paniagua (2007), Ruano Albertos y Vicente Palacio (2007), Sala Franco y Cardona Rubert (2008), Sanguineti Raymond (2007), Serrano García (2007).

⁵ Esta doctrina, ya mantenida en otras sentencias del propio Tribunal Supremo (14 de noviembre de 2006, 20 de mayo de 2010, 5 de octubre de 2010, 5 de junio de 2011 y 27 de septiembre de 2011), matiza en buena medida la llamada «doctrina clásica» del mismo Tribunal al respecto, según la cual los sindicatos que han participado en la negociación de un convenio colectivo pero no lo han firmado, sólo tienen derecho a formar parte de las comisiones negociadoras o normativas en virtud de su derecho a la negociación colectiva, pero no de las aplicativas o de administración, sin vulnerar la libertad sindical en este segundo caso. Cfr. SAN 178/2011, de 22 de diciembre (FFJ). 4 y 5).

CGT, respectivamente. En ambos casos se impugnaba la composición de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Ford España, SA, establecida en su XV Convenio Colectivo, compuesta por dos representantes de la parte empresarial y dos de los trabajadores, estos últimos nombrados por el comité de empresa entre sus miembros. La Comisión, una vez realizado el diagnóstico de situación, debía negociar el plan de igualdad, acordándose en una de sus últimas reuniones de trabajo la presentación del texto consensuado del plan de igualdad «para su aprobación definitiva al comité de empresa convocado al efecto, quedando emplazadas ambas partes para su firma definitiva».

Los recursos casacionales fueron desestimados tras considerar que, a pesar de que el convenio colectivo expresaba que la negociación del plan de igualdad de la empresa correspondía a la Comisión de Igualdad de Oportunidades, ésta sometió la aprobación del texto consensuado al comité de empresa, lo que, por un lado, la convirtió en una comisión meramente aplicativa, cuyas funciones quedaron reducidas a las de estudio y propuesta; y, por otro lado, permitió una participación de los sindicatos CCOO y CGT, que pudieron presentar, debatir y votar sus propuestas en el seno del comité de empresa; una participación suficiente que no vulnera, a juicio de la sala, el principio de proporcionalidad en relación con la representatividad (minoritaria) de ambos sindicatos en la empresa. En particular, el sindicato CGT no estaba legitimado para participar en la negociación del convenio colectivo de la empresa, de manera que tampoco existía la obligación de que fuera llamado a formar parte de alguna de las comisiones creadas por el convenio colectivo.

La última sentencia añade un argumento más en contra de la pretensión formulada por CGT, según el cual la negociación de los planes de igualdad debe realizarse no necesariamente de la misma manera que se negocia el convenio colectivo, sino en la forma prevista en el convenio colectivo que contempla el plan de igualdad. No obstante, esta afirmación efectuada en la sentencia conviene matizarla, en la medida que es válida siempre y cuando la forma prevista en el convenio colectivo de aplicación no vulnere el derecho de libertad sindical y su manifestación en el derecho a la negociación colectiva, en los términos analizados en las restantes resoluciones judiciales sobre esta cuestión particular escogidas para este estudio.

3. AUDIENCIA NACIONAL: SENTENCIAS 178/2011, DE 22 DE DICIEMBRE, 19/2012, DE 17 DE FEBRERO, Y 8/2013, DE 17 DE ENERO

3.1. SENTENCIA 178/2011, DE 22 DE DICIEMBRE

La Confederación General de Trabajo (CGT) formuló, con fecha de 10 de noviembre de 2011, demanda de impugnación de varios preceptos del Tercer Convenio Colectivo de CORREOS, publicado en BOE de 28 de junio de 2011, contra la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA (CORREOS), y los sindicatos Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de los Trabajadores (UGT), Sindicato Libre y Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF). En lo referido a planes de igualdad, el sindicato accionante impugnaba la redacción contenida en los artículos 23 y 27 porque consideraba que la Comisión de Igualdad competente para verificar la aplicación, desarrollo, seguimiento y cumplimiento del Plan de Igualdad incorporado en el Convenio Colectivo citado contaba con funciones negociadoras, y no meramente aplicativas,

por lo que no podía excluirse en su composición su presencia dado que participó en la negociación del convenio colectivo -aunque no lo suscribió finalmente.

De acuerdo con el artículo 23 del Tercer Convenio Colectivo de CORREOS, la Comisión de Igualdad, formada de forma paritaria por representantes de la empresa y de los sindicatos firmantes del Convenio Colectivo, contaba entre sus funciones la vigilancia de la correcta aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la negociación de medidas dirigidas a promover la igualdad entre ambos géneros, la interpretación del plan y el seguimiento de su aplicación y, finalmente, la propuesta de medidas correctoras para el cumplimiento de los objetivos del plan.

A pesar del enunciado del artículo 23, que se refiere a la «negociación de medidas», la sala no supedita su examen a la literalidad del precepto convencional y, tras examinar la descripción concreta de funciones asignadas a la Comisión de Igualdad, llega a la conclusión de que las mismas «se enmarcan en el desarrollo del Plan de Igualdad, que es profuso en medidas de promoción de la igualdad por razón de género, y tal es la idea que preside el precepto impugnado. Por tanto, la actuación de esta comisión no sería innovadora sino aplicativa» (FJ. 11). Esta misma argumentación se proyecta sobre el contenido del artículo 27, que regula las facultades de aplicación, control y seguimiento del Plan de Igualdad por la misma Comisión.

A diferencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010 -analizada anteriormente-, al tratarse de una comisión con funciones meramente aplicativas su composición reducida a las partes firmantes del convenio colectivo no se estima contraria al derecho de libertad sindical y su manifestación en el derecho de negociación colectiva del sindicato demandante.

3.2. SENTENCIA 19/2012, DE 17 DE FEBRERO

Con fecha de 5 de diciembre de 2011, CGT formuló bajo la modalidad de impugnación de convenio colectivo demanda por la que solicitó la declaración de nulidad del Plan de Igualdad de ATENTO Teleservicios España, SA, firmado el 10 de enero de 2011, siendo demandados la mercantil citada y la Federación Estatal de Servicios de UGT, la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO y Unión Sindical Obrera (USO).

El sindicato impugnante consideraba que la empresa había vulnerado los artículos 45 y 46 LOI, en relación con los artículos 85.1 ET y 88 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center, en la medida que había negociado el Plan de Igualdad con CCOO y UGT y había excluido de la negociación a CGT pese a estar legitimada para ello, lo que suponía una vulneración de su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional de negociación colectiva (arts. 28 y 37 CE).

Nuevamente en este caso la sala diferencia, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entre comisiones negociadoras, que se constituyen para modificar condiciones de trabajo pactadas y establecer nuevas reglas para regir las relaciones de trabajo; y comisiones meramente aplicadoras, que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, su adaptación a un problema no previsto o su adaptación según datos y objetivos prefijados. Sentada la anterior diferenciación, examina el contenido del plan de igualdad, que incluye, entre otras medidas, la revisión de documentos empleados en los procesos de selección de personal, el fomento de la diversificación profesional en las políticas de selección, la adopción de medidas de conciliación de vida personal,

familiar y laboral o la implantación de un protocolo de acoso en la empresa. Efectuada esta revisión, la sala considera que los cometidos y las decisiones de la comisión negociadora del Plan de Igualdad excedieron de la mera aplicación del Convenio Colectivo correspondiente, de modo que la empresa debió haber llamado a CGT tanto en el momento de constitución de la comisión negociadora del plan de igualdad como en el de su aprobación. En la medida que no lo hizo, vulneró los derechos de libertad sindical y negociación colectiva del sindicato impugnante, lo que llevó a declarar la nulidad del Plan de Igualdad de ATENTO.

3.3. SENTENCIA 8/2013, DE 17 DE ENERO

La Federación Estatal de Comercio, Hostelería - Turismo y Juego de UGT y la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. formularon demanda de conflicto colectivo, con fecha de 26 de octubre de 2012, contra la empresa El Corte Inglés, la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio y la Federación de Asociaciones Sindicales. De las once pretensiones declarativas relativas a la aplicación de Plan de igualdad de El Corte Inglés la resolución judicial estimó únicamente las dos últimas -además la undécima de modo sólo parcial-. Puede mostrarse en una tabla las pretensiones deducidas, los criterios empleados para apreciar la acreditación o no de la pretensión alegada y su estimación o desestimación judicial.

Tabla 1. Principales pretensiones formuladas, criterios de enjuiciamiento empleados y pronunciamientos contenidos en la Sentencia 8/2013, de 17 de enero, de la Audiencia Nacional

Pretensión	Criterios de enjuiciamiento	Estimación
Incumplimiento total del Plan de Igualdad de El Cortes Inglés	<ul style="list-style-type: none"> • Información razonable de aspectos esenciales dentro de los plazos convenidos, pactados en el Plan de Igualdad • Desarrollo de «un buen número de acciones» que permiten visualizar «avances importantes» en la consecución de los objetivos citados en el Plan • Complejidad del proceso de implantación del Plan de Igualdad en una empresa • Descartado el incumplimiento total, deben examinarse incumplimientos concretos 	No
Incumplimiento de la obligación de convocar la comisión de seguimiento del Plan	<ul style="list-style-type: none"> • Número de reuniones en cada año <ul style="list-style-type: none"> □ Cuatro en 2008, seis en 2009, dos en 2010, dos en 2011 y tres en 2012 □ El Plan obligaba sólo dos veces al año, salvo el primero 	No
Falta de la calidad exigida en la información proporcionada por la empresa para realizar el seguimiento y comparación de los datos en los periodos correspondientes (datos no homogéneos)	<ul style="list-style-type: none"> • Periodicidad de la información <ul style="list-style-type: none"> □ La empresa aportó datos cada año • La información debe corresponderse con las acciones del Plan y permitir el seguimiento del desarrollo de cada uno de los puntos allí descritos 	No

Pretensión	Criterios de enjuiciamiento	Estimación
Falta de revisión de los documentos utilizados en los procesos de selección de personal	<ul style="list-style-type: none"> • Aprobación en la comisión de seguimiento de nuevos formularios, empleados por la empresa • Información anual sobre protocolos de selección y contrataciones segregadas (por sexo) en cada anualidad 	No
Omisión del fomento de una política de selección de personal que potencie una mayor diversificación profesional	<ul style="list-style-type: none"> • Información sobre número de hombres y mujeres que superan los procedimientos de selección • Falta de objeciones sindicales en la comisión de seguimiento sobre el equilibrio en las contrataciones, ni sobre la existencia de candidaturas femeninas preteridas injustificadamente • Implementación de acciones formativas para promover una mayor diversificación • Formación general sobre igualdad e información específica sobre igualdad en toda la empresa 	No
Incumplimiento del objetivo de promoción profesional	<ul style="list-style-type: none"> • La empresa informó sobre la evaluación del desempeño del personal, cuantificación de los criterios de promoción, promociones realizadas por centro desagregados por sexo, criterios de evaluación (del desempeño); contenido, modalidad y número de participantes de la formación específica en igualdad de trato y oportunidades dirigida a mandos responsables de la propuesta de candidaturas • La información reseñada permitió realizar las evaluaciones correspondientes • Las trabajadoras han promocionado a las categorías de coordinación, técnicos y mandos con una «progresión geométrica», lo que supone una mejora sustancial • Se reprocha a las partes recurrentes la falta de valoración de si la información en cada documento era suficiente o insuficiente, «sin que corresponda a este Tribunal valorar de oficio documento a documento» 	No
Incumplimiento de la publicación de vacantes	<ul style="list-style-type: none"> • El Plan no enuncia la obligación de la empresa de efectuar dicha publicidad 	No
Incumplimiento de las obligaciones de mejorar y ampliar las medidas de conciliación de vida personal, familiar y laboral, sin proporcionar la información pertinente para controlar su ejecución	<ul style="list-style-type: none"> • La empresa anexó en las evaluaciones de 2009, 2010 y 2011 toda la información exigible en materia de excedencias de maternidad y paternidad por cuidado de hijos y familiares, reducción de jornada por guarda legal y riesgo de embarazo y lactancia, cumpliendo los compromisos adquiridos • No se acredita protesta alguna en la materia ni conflictividad efectiva por incumplimiento de las obligaciones legales o convencionales relativa a la conciliación de vida personal, familiar y laboral 	No
Omisión de la actualización del protocolo de prevención contra el acoso sexual	<ul style="list-style-type: none"> • Ajustamiento del protocolo previo, de 5 de septiembre de 2005, en la reunión de la comisión de seguimiento de 29 de abril de 2009. 	No

Pretensión	Criterios de enjuiciamiento	Estimación
Incumplimiento de la acción denominada «Analizar los complementos retributivos en función de las categorías de trabajo y los diferentes departamentos»	<ul style="list-style-type: none"> • El Plan obligaba a compartir con la comisión de seguimiento en el primer trimestre del tercer año desde la aprobación del Plan el análisis de la estructura salarial y de los criterios de percepción de los distintos conceptos salariales, con la finalidad de proponer medidas para corregir las diferencias salariales entre mujeres y hombres • La empresa superó de modo sustancial los plazos pactados. Aportó el análisis de la estructura salarial y los criterios utilizados para su determinación en la reunión de 19 de diciembre de 2012. <ul style="list-style-type: none"> □ La consecuencia del incumplimiento es retrasar de modo grave la obligación de proponer anualmente medidas para corregir las diferencias existentes □ La materia salarial es una «herramienta estratégica» para conseguir la igualdad de mujeres y hombres 	Sí
Incumplimiento de la acción consistente en establecer un criterio homogéneo para la uniformidad de la plantilla para cada una de las áreas en las que sea necesaria la misma	<ul style="list-style-type: none"> • El Plan convenía el plazo de un año • Los mandos varones no están uniformados • Los demandados no han aportado ningún criterio que pueda acreditar la razonabilidad y proporcionalidad del trabajo desigual entre unos y otros • El resto de trabajadores comparten uniforme <ul style="list-style-type: none"> □ Constituye un hito importante 	Sí

4. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: SENTENCIA 334/2012, DE 20 DE JUNIO, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DE ARAGÓN (REC. SUP. 280/2012)

D. Joaquín presentó recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Zaragoza, de fecha 13 de febrero de 2012, que desestimó su pretensión de que se declarara su derecho a cubrir una vacante de peón especialista, en perjuicio de una trabajadora que pertenecía a la categoría de limpiadora.

En síntesis, en su centro de trabajo existía una bolsa de empleo en la que los trabajadores aparecían ordenados en una lista de mayor a menor puntuación. Con fecha de 17 de marzo de 2010 se publicaron dos listados de trabajadores en la bolsa de empleo, uno para la categoría profesional de peón especializado -compuesta sólo por varones- y otro para la categoría profesional de limpiador o limpiadora -compuesta sólo por mujeres-. Con fecha de 8 de julio del mismo año, las representaciones empresarial y legal de los trabajadores suscribieron un acuerdo sobre el plan de igualdad de la empresa, en cuyo apartado tercero se contemplaba la confección de una bolsa donde se incluyan hombres y mujeres para que «pueda(n) acceder a cualquier vacante temporal con categoría de limpiador/ra...». En aplicación de dicho acuerdo se publicó un nuevo listado de la bolsa de empleo, con fecha de 11 de agosto de 2010, en esta ocasión único, en el que se integraron las dos listas precedentes y se ordenaron los trabajadores de mayor a menor puntuación indistintamente de su adscripción original a cualquiera de los dos listados. Con fecha de 1 de septiembre se jubiló un trabajador de la categoría

de peón especialista y su vacante fue cubierta por una trabajadora de la categoría de limpiadora que contaba con mayor puntuación que D. Joaquín.

La sala, tras considerar probado que las dos categorías profesionales aparecían descritas en términos muy similares por el convenio colectivo de aplicación, y que una de las medidas acordadas en el plan de igualdad unificaba las bolsas de empleo preexistentes para cada una de las dos categorías profesionales, pasando a formar parte de una única bolsa de limpiador o limpiadora, estimó legal la creación de una bolsa común para ambas categorías muy similares de acuerdo con las medidas del Plan de Igualdad.

5. CONCLUSIONES

El examen de las sentencias permite afirmar que gran parte de las cuestiones discutidas en la literatura jurídica no han sido resueltas. En cambio, se ha dado respuesta jurídica a las siguientes cuestiones:

- La negociación de un plan de igualdad no tiene por qué ser idéntica a la de un convenio colectivo en todos los casos, sino que debe realizarse de la forma establecida en el convenio colectivo de aplicación -éste sí negociado conforme al Estatuto de los Trabajadores-, de acuerdo con la dicción literal de los artículos 45 LOI y 85.2 TRET, siempre y cuando sus términos respeten el derecho de libertad sindical y su manifestación en el derecho a la negociación colectiva.
- Si en el convenio colectivo de aplicación no se expresa nada a este respecto, es nulo un plan de igualdad cuando no se llama a un sindicato legitimado a la comisión que lo negocia
- Es legal la exclusión de ciertos sindicatos de la comisión de seguimiento de un plan de igualdad en la empresa, a pesar de que cuenten con legitimación negociadora, siempre que, en primer término, no se trate de una comisión negociadora sino aplicativa y, en segundo término, la determinación de sus componentes permita una participación suficiente de los sindicatos minoritarios que no vulnere el principio de proporcionalidad en su representatividad.
- El plan de igualdad es una obligación legal y, en su caso, convencional para las empresas enunciadas en el art. 46 LOI. Esta consideración cierra el debate sobre la disponibilidad empresarial de elaborarlo y aplicarlo en caso de fracasar su negociación.
- Al mismo tiempo, el plan de igualdad también es una manifestación propia de la negociación colectiva, en caso de que se logre un acuerdo al respecto.
- El contenido del plan de igualdad se convierte en la referencia principal para enjuiciar su cumplimiento, debiéndose acreditar el incumplimiento de las obligaciones acordadas en el Plan para que se estime la pretensión correspondiente.
- No vulnera ningún derecho la aplicación de una de las medidas del plan de igualdad, según la cual se constituyó una bolsa común con varones y mujeres de dos categorías profesionales diferentes pero muy similares para promocionar a cualquiera de ellas.
- La impugnación de un plan de igualdad puede llevarse a cabo mediante la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo; la impugnación de la composición de las comisiones negociadoras o de la correcta ejecución del contenido del plan de igualdad puede llevarse a cabo mediante la modalidad procesal de conflicto colectivo.

6. REFERENCIAS

Cabeza Pereiro, J. (2007): «Los planes de igualdad y la negociación colectiva», en: *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 21: 35-46.

Calvo Martínez, F., Sánchez Trigueros, C. (2008): «Artículo 46. Concepto y contenido de los planes de igualdad en las empresas». En Sánchez Trigueros, C., Sempere Navarro, V. (dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Elcano (Pamplona): Thomson - Aranzadi.

Escudero Rodríguez, R.J. (2007): «Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres», en: *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 1: 1011-1043.

Fabregat Monfort, G. (2009): *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Básicos de Derecho Social, n.º 27, Albacete: Bomarzo.

Fernández López, M. F. (2007): «Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva». En VV.AA.: *Recopilación de conferencias. Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales - 2006*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

García Rodríguez, B. (2008): «Disposición Transitoria Cuarta». En Sánchez Trigueros, C., Sempere Navarro, V. (dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Elcano (Pamplona): Thomson - Aranzadi.

Lousada Arochena, F. (2008): *El marco normativo de la negociación colectiva de igualdad de mujeres y hombres*, Madrid: Observatorio de la negociación colectiva, Comisiones Obreras.

Martínez Fons, D. (2009): «Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva». En Molina Hermosilla, O. (ed.): *Gestión práctica de planes de igualdad*, Albacete: Bomarzo.

Mendoza Navas, N. (2008): «Nuevos instrumentos y espacios para la participación de los trabajadores en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en: *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 4: 79-101.

Nieto Rojas, P. (2008): «Medidas y planes de igualdad en las empresas». En García-Perrote, I. Mercader Urgina, J.R. (coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Madrid: Lex Nova.

Núñez-Cortés Contreras, P, Velasco Portero, M. T. (2009): «Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa», en: *Actualidad laboral*, 15.

Pérez del Río, T. (2007): «La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los planes de igualdad en las empresas», en: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º extraordinario igualdad: 261-278.

Pérez Pérez, M., Roales Paniagua, E. (2007): «El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva», en: *Temas Laborales*, 91: 297-329.

Ruano Albertos, S., Vicente Palacio, A. (2007): «Transversalidad y diálogo social: los planes de igualdad como técnica para la consecución de la igualdad en las empre-

sas. Regulación internacional y comunitaria», en: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67: 147-174.

Sala Franco, T., Cardona Rubert, B. (2008): «La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». En Sala Franco, T. (coord.): *Comentarios a la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid: La Ley - Wolters Kluwer.

Sanguineti Raymond, W. (2007): «Fomento de la igualdad y negociación colectiva: el deber de negociar planes de igualdad». En Figueruelo Burrieza, A., Ibáñez Martínez, M.^a Luisa, Merino Hernández, Rosa M.^a (eds.): *Igualdad, ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Granada: Comares.

Serrano García, J. M. (2007): *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad*, Albacete: Bomarzo.

LA PROHIBICIÓN DEL BURQA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS

**LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE
28 DE FEBRERO DE 2013**

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet, ad personam. UNED

SUMARIO

1. LOS DATOS DEL CASO SOMETIDO AL TRIBUNAL SUPREMO

2. EL USO DE LA VESTIMENTA HALAL EN LAS SOCIEDADES ACONFESIONALES O LAICAS EUROPEAS

2.1. LA AUSENCIA DE PRESCRIPCIONES ESPECÍFICAS

2.2. LA RESPUESTA EUROPEA

3. EL USO DEL BURQA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2013: ARGUMENTOS Y OBJECIONES

3.1. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

3.2. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA RELIGIOSA DEL USO DEL VELO INTEGRAL

4. CONCLUSIONES

LOS DATOS DEL CASO SOMETIDO AL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia de la Sala Tercera (Sección séptima) del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013, resolvió el recurso de casación interpuesto por la *Asociación Watani por la Libertad y la Justicia* contra Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de junio de 2011,¹ que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma Asociación, al amparo de lo establecido en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en lo aplicable al procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra el acuerdo del Ayuntamiento de Lleida que modificó tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia introduciendo la prohibición del uso, entre otras indumentarias, del velo integral en determinados espacios públicos municipales.

El Ayuntamiento de Lleida fundamentó la prohibición en la protección del orden público, la seguridad y la tranquilidad de otros ciudadanos. El Ayuntamiento alegó también que la medida resultaba necesaria para proteger la igualdad de la mujer aunque no se aportaron datos suficientes para considerar fundamentada esta última alegación.

El caso se refiere a una prohibición de carácter general que afecta exclusivamente a las mujeres que utilicen velos integrales (esta denominación se refiere de manera inequívoca al *burqa*² y podría también afectar al *chador* o al *niquab* en sus versiones más radicales y siempre que impidieran la identificación de la mujer). La Ordenanza incorporaba la consiguiente imposición de una sanción administrativa por el incumplimiento de la prohibición. La Asociación islámica *Watani por la Libertad y la Justicia* consideró vulnerados los derechos a la libertad religiosa (art. 16 CE), la igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la participación política (art. 23 CE). Respecto a la violación del derecho a la igualdad alegada, el Tribunal Supremo consideró, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 78/2007, de 23 de abril y 179/2008, de 22 de diciembre) que debía subsumirse la petición respecto del derecho a la igualdad en la tutela solicitada en relación con el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE) de forma que la resolución relativa al derecho sustantivo (art. 16 CE) subsumía la petición relativa al derecho a la igualdad.

Los motivos de casación alegado por la Asociación recurrente se basaban en los apartados *c*) y *d*) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.³ El Tribunal Supremo, con la opinión concurrente del Ministerio Fiscal, desestimó lo relativo al apartado *c*) y se centró en el ámbito del apartado *d*) en base al cual termina resolviendo.

¹ En otras partes de la Sentencia del Tribunal Supremo figura la fecha del 14 de junio de 2011 (Fundamento de Derecho Primero).

² Creemos preferible el uso del término *burqa* y no *burka* igualmente correcto.

³ Artículo 88.1: ... «*c*) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido infracción para la parte. *d*) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

Aunque la sentencia presenta diversos y relevantes aspectos, las siguientes reflexiones se centran principalmente en la respuesta del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del *burqa* como signo religioso o manifestación de una religión o creencia, naturaleza que el Tribunal acepta y asume de manera indiscutible sin cuestionarse ni el significado de dicha prenda en una sociedad de derechos y sin requerir la más mínima prueba ni indicio sobre este aspecto de relevancia troncal en la resolución del caso.

Como analizamos a continuación, la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y anuló el Acuerdo del Ayuntamiento y, por tanto, la modificación de la Ordenanza recurrida al considerar que las previsiones de dicha Ordenanza limitaban el ejercicio del derecho de libertad religiosa de las portadoras del velo integral según alegó la Asociación recurrente y, consecuentemente, que el Ayuntamiento carecía de competencias para regular la limitación del ejercicio de un derecho fundamental que requiere *ley*. El Tribunal Supremo concluye que el velo integral, fundamentalmente el *burqa*, es un signo religioso o una manifestación de las creencias religiosas sin entrar a examinar la naturaleza de este velo integral y rechazando, incluso, que el Tribunal deba constatar si existen o no datos objetivos que permitan avalar su consideración como signo religioso.

En lo que a estas páginas interesa, debe repararse en la literalidad de los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la Ordenanza afectados por el recurso en los cuales se disponía lo siguiente:

Art. 26.2. La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.

Estas limitaciones o prohibiciones, que podrán afectar tanto a los prestadores de los servicios públicos como a los usuarios, habrán de ser motivadas y podrán prever excepciones en razón del ejercicio de determinadas profesiones, por seguridad e higiene en el trabajo, por determinadas festividades o por otros motivos justificados.

Art. 27.9. Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica.

Art. 102.25. Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica.

Son elementos relevantes de la regulación, la afectación de ciertos espacios públicos (delimitación del alcance de la prohibición); la regulación general de un conjunto de prendas que impiden o dificultan la identificación y la comunicación visual de las personas (solo una de las cuales -el velo integral- es objeto de recurso); y la exigencia de que exista una prohibición o limitación en la normativa específica. Se trataba, pues, de una regulación acotada y fundamentada en hechos concretos y así debería haber sido interpretada por el Tribunal Supremo.

En la Sentencia se puntualiza expresamente que su contenido se circunscribe al ámbito del procedimiento de casación y que el legislador goza de un margen de discrecionalidad para regular de manera efectiva el uso del velo integral. Con ello, el Tribunal Supremo confirma, seguramente de manera innecesaria, que corresponde al legislador, en este caso al legislador orgánico, la regulación de los derechos fundamentales en el marco establecido por el artículo 53 y por el artículo 81 de la Constitución. Pero, sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, debía haber entrado a analizar la naturaleza jurídica del velo integral, del *burqa*, y su compatibilidad con la Constitución.

EL USO DE LA VESTIMENTA HALAL EN LAS SOCIEDADES ACONFESIONALES O LAICAS EUROPEAS

LA AUSENCIA DE PRESCRIPCIONES ESPECÍFICAS

Las prescripciones sobre el uso de indumentaria y calzado tanto para el hombre como para la mujer musulmanes -vestido *halal*- son extraordinariamente diferentes (CATALÁ, 2009) en razón de los territorios y de los niveles de adopción de las decisiones. En estas páginas nos referimos exclusivamente a la indumentaria de uso civil y no a la que pudiera ser utilizada para el culto o en lugares del culto o la vestimenta propia de las personas consagradas a la religión que, en todo caso, requeriría un análisis diferenciado. Por otro lado, nos centraremos en el uso del velo integral (*burqa*) en los espacios públicos que es el caso objeto de resolución por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de febrero de 2013⁴ y no a otros velos no integrales (como el *hiyab*) sobre los que puede argumentarse de manera diferente. De hecho y como más adelante se expone, uno de los motivos de crítica a la resolución del Tribunal Supremo deriva de que aplica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la naturaleza religiosa del *hiyab* (pañuelo islámico) al velo integral sobre el que el Tribunal Europeo, sin embargo, no se ha pronunciado en ningún caso hasta la fecha.

Si bien, como ya se ha dicho, las prescripciones sobre el uso del vestido *halal*⁵ en la sociedad civil afectan tanto a hombres como a mujeres, son los casos referidos a estas últimas los que con más frecuencia han sido motivo de atención por los medios de comunicación y por los poderes públicos en la medida en la que el uso de dichas prendas parece difícilmente separable de una concreta idea de la mujer y de su posición y obligaciones en el seno de su comunidad. El acto de cubrirse parte (*hiyab* o *niqab*) o todo el cuerpo (*burqa*) está claramente vinculado a la condición sexual de la mujer, a sus deberes conyugales presentes o futuros y a su posición dentro de la comunidad o la familia. Dato éste que no debe ser olvidado en el análisis e interpretación jurídica de los problemas derivados del uso de algunas de las prendas musulmanas. Es igualmente relevante señalar que no existen preceptos concretos ni en el Corán ni en la *Sunna* que obliguen de manera específica al uso de estas prendas más allá de citas generales de cuya interpretación no se deriva ningún mandato vinculante. De otro lado, la pluralidad de prescripciones, la divergencia de los propios vestidos y la multiplicidad

⁴ En el momento de cerrar estas páginas, el alcalde de Lleida, Ángel Ros, ha manifestado su firme oposición a la sentencia del Tribunal Supremo y ha anunciado que estudiarán un recurso ante el Tribunal Constitucional.

⁵ Los tipos de ropa *halal* son diversos (kandora, kaftan, yabador, abaya ...) y no se circunscriben a los conocidos «velos».

de centros de decisión sobre el uso de los mismos hace verdaderamente difícil poder concluir sobre la existencia de verdaderos preceptos generales en este sentido.

Partiendo, sin duda, de la obligación de toda sociedad democrática de trabajar e intentar conseguir el mayor grado de integración de su población en el marco del mayor estándar posible en el reconocimiento y libre ejercicio de los derechos fundamentales -empresa, sin embargo, no exenta de dificultades- es igualmente importante que el ejercicio de los derechos fundamentales discurran por cauces respetuosos de la seguridad jurídica y que se protejan otros derechos y bienes igualmente constitucionalizados. No debe olvidarse, además, que, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español ha declarado la compatibilidad de la Constitución con la determinación de límites al ejercicio de los derechos fundamentales y con el sometimiento a procedimiento del ejercicio de los mismos. Todo ello es aplicable también al ejercicio del derecho de libertad religiosa. La interpretación del derecho de libertad religiosa, insistimos en ello, no debe presentar más singularidades que las derivadas de su naturaleza y debe aceptarse que su ejercicio está sujeto a límites como el del resto de los derechos fundamentales. La afirmación de la Asociación recurrente en el sentido de que el ejercicio de la libertad religiosa es una «cuestión de opinión y no de Derecho» es justamente la antítesis del principio interpretativo que debe guiar la resolución de estos casos. Es un asunto de Derecho, no de opinión.

LA RESPUESTA EUROPEA

El grado en el que el pañuelo o el vestido cubre la cara y el cuerpo de la mujer es jurídicamente relevante en la medida en la que la validación del *test de la proporcionalidad* con la que se han interpretado los casos en sede jurisdiccional y, específicamente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2013) depende en buena medida del grado o intensidad con la que la vestimenta aísla a la mujer del exterior o impida su identificación y del nivel con el que la específica vestimenta musulmana establece un criterio de diferenciación más o menos radical con la vestimenta del resto de la población. Es más, la legislación española exige la identificación de la persona para, por ejemplo, obtener el Documento Nacional de Identidad, por lo tanto existen ya normas que limitan la autonomía del uso de determinadas prendas en base a la necesidad de identificación de la persona y de la tutela de la seguridad. Este debería haber sido también uno de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para analizar la naturaleza del velo integral en cuanto a su consideración como manifestación de una práctica religiosa cosa que, como veremos más adelante, no sucedió.

Aunque hay opiniones discrepantes, creo que puede afirmarse que en el ámbito de las organizaciones internacionales, se defiende una interpretación amplia sobre el uso de los diferentes vestidos islámicos en base, sin duda, a su consideración de manifestación de una *práctica religiosa*, pero también como consecuencia de una mayoritaria opinión contraria a establecer prohibiciones concretas por considerarlas perjudiciales para la propia mujer, por considerar que se vería totalmente relegada al espacio privado del hogar ante la prohibición de salir a la calle sin el velo, lo cual supone aceptar la clara posición de subordinación y sometimiento de la mujer en esas comunidades. Ciertamente, también sería válida la opinión contraria, es decir, que al establecer esta prohibición las mujeres prescindirían progresivamente el uso del velo integral y se favorecería su integración social y laboral.

En el Consejo de Europa como en la Unión Europea se mantiene una muy discutible posición favorable a la no prohibición de los velos o, al menos, no a una prohibición absoluta, para no generar un enfrentamiento con grupos o comunidades que podría llevar una mayor exclusión de éstos. Sin embargo, diversas iniciativas han cuestionado el uso de la vestimenta *halal* en sus versiones más radicales (especialmente *niqab* y *burqa*) aunque, por los motivos ya citados, las decisiones finales se han inclinado por la no prohibición. Tal fue el caso de la *Resolución 1927/2010, de 23 de junio, sobre el islam y la Islamofobia* de la Asamblea del Consejo de Europa, Resolución que terminó desaconsejando la prohibición de los velos integrales como el *burqa* y el *niqab*, salvo «cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica» y se añadía que podían estar justificadas restricciones legales al uso de estas prendas «cuando sea necesario en una sociedad democrática en particular, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse».

En similar sentido se ha pronunciado la Unión Europea. La Comisión Europea rechazó, en junio de 2010, legislar a nivel europeo la prohibición del uso del *burqa* en lugares públicos a pesar de que varios Estados miembros habían promovido iniciativas legislativas en sus respectivos territorios. La Comisaria de Interior, Cecilia Malmström, aseguró entonces a los medios de comunicación que no apreciaba «la necesidad de legislar el uso del *burqa* a nivel europeo» y que, por tanto, era un asunto que podía seguir siendo regulado por los Estados Miembros.

Por su parte los Estados han dado respuestas diferentes a los casos planteados en sus respectivos territorios (CIAURRIZ LABIANO, 2009), algunas de las cuales sí han supuesto la prohibición de algunos de los vestidos islámicos, especialmente, del *burqa* como ha sucedido en Francia y Bélgica.

En España, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa nada dice sobre esta cuestión. En este marco de ausencia de regulación se han sustanciado diversas iniciativas en sede parlamentaria sobre el uso de la vestimenta islámica en los espacios públicos de las que se hace eco la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013. El Senado aprobó en 2010 dos mociones sobre la necesidad de regular el uso del velo integral (*burqa* y *niqab*). La primera, el 23 de junio de 2010, a propuesta del Grupo Popular instando al Gobierno a realizar las reformas legales necesarias para prohibir el uso del velo integral en los espacios públicos fue adoptada por 131 votos a favor (PP, CiU y UPN) y 129 en contra. El PSOE presentó una moción alternativa en la que rechazaba también el uso del velo y de cualquier costumbre o «práctica discriminatoria y limitadora de la libertad de las mujeres, como el *burqa* y el *niqab*» pero no apoyaban su prohibición sino un conjunto de políticas de colaboración con las comunidades musulmanas para promover la integración de esta población.

La segunda moción fue aprobada el 7 de julio de 2010, a propuesta de Convergencia i Unió con el apoyo del Grupo Popular, en la que se instaba al Gobierno a solicitar al Consejo de Estado un estudio sobre la regulación del uso del velo integral (*burqa* o *niqab*), en el marco del ordenamiento jurídico. Esta iniciativa, que fue adoptada con el apoyo del Grupo Popular, contó con 126 votos a favor, 125 abstenciones y un solo voto en contra (el de la senadora Carmen Alborch). Estas dos mociones priorizaban los derechos de las mujeres respecto de los usos y tradiciones religiosas, entendiendo que la propia condición de muchas mujeres musulmanas y su subordinada posición dentro de la comunidad y la familia podían impedir un ejercicio libre de sus opciones vitales.

En el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Popular presentó una moción similar a la tramitada en el Senado instando al Gobierno a regular la prohibición del velo integral (*burqa* y *niqab*) en lugares públicos que fue rechazada por la Cámara Baja el 20 de julio de 2010. La resolución del PP pedía al Ejecutivo la «prohibición en espacios o acontecimientos públicos que no tengan finalidad estrictamente religiosa el uso de velos integrales, así como cualesquiera otros atuendos que oculten el rostro y dificulten la identificación de la persona y la comunicación visual».

Además de la iniciativa del Ayuntamiento de Lleida, también pueden citarse casos semejantes en Reus, Tarragona o Barcelona, aunque el Parlamento de Cataluña rechazó apoyar una legislación prohibicionista en 2010.⁶ En general, estas normas no establecen una prohibición absoluta sino, como hacía la Ordenanza de Lleida, una limitación del uso de algún tipo de vestido *halal* en los edificios públicos de los municipios para permitir la identificación, por motivos de seguridad o, como se alegaba por el Ayuntamiento de Lleida, para preservar la tranquilidad ciudadana.

Como puede desprenderse de lo explicado hasta aquí, el análisis jurídico del uso del velo integral, tanto en el ámbito nacional como internacional y supranacional, ha estado guiado por criterios alejados del que debería haber sido el eje principal: el análisis del contenido esencial del derecho de libertad religiosa en relación con el uso de una prenda de las características del *burqa*, en el ámbito civil y de si tal prenda puede ser considerada un elemento religioso o una manifestación de las convicciones religiosas merecedora de la protección otorgada por el artículo 16 de la Constitución. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 llegó, pues, en un contexto de ausencia de consenso internacional sobre si debe prohibirse o no las vestimentas más excluyentes, como el *burqa*, pero con un innegable acuerdo en relación con su antagonismo con los principios de igualdad y libertad que presiden los sistemas de derechos en las sociedades occidentales, dato este último que no parece ser tomado en consideración por el Tribunal Supremo cuando se hace eco de los mismos en la Sentencia de 2013.

EL USO DEL BURQA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2013: ARGUMENTOS Y OBJECIONES

PLANTEAMIENTO DEL CASO Y MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como ya hemos adelantado en epígrafes precedentes, la Sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la *Asociación Watani por la Libertad y la Justicia* y anula tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia del Ayuntamiento de Lleida, basando su decisión en que el uso de dicha prenda es un elemento religioso o manifiesta unas convicciones religiosas o ideológicas y, en tanto la prohibición representa una limitación del ejercicio de un derecho fundamental, debe ser regulado por ley (orgánica), careciendo el Ayuntamiento de la competencia necesaria para regular dicha limitación. Como veremos a continuación ni el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que avaló la regulación aprobada por el Ayuntamiento de Lleida, ni el Tribunal Supremo que resolvió en sentido contrario y casó la sentencia del primero, realizaron el necesario análisis sobre la naturaleza y alcance del *burqa* como elemento religioso ni pusieron su uso en relación con el contenido esencial de la libertad religiosa ni con otros derechos fundamentales igualmente

⁶ Diario de Sesiones del Parlament de Catalunya, de 01 de julio de 2010.

implicados como son el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). Si, en todo caso, los derechos forman un sistema, la realización efectiva de la libertad religiosa requiere del libre ejercicio de otros derechos como la libertad de opinión y expresión o la libertad de reunión y asociación (GARCÍA AÑÓN y BORGES BLÁZQUEZ, 2012: 208) y no su mera asignación formal.

La Asociación recurrente alegó que la reforma de la Ordenanza había vulnerado el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y al derecho de participación en asuntos públicos con la redacción dada a los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la misma (con incidencia en otras normas municipales), en la que se preveía la posibilidad de prohibir el acceso y la permanencia en espacios y locales públicos y el uso de edificios y equipamientos municipales, entre otros, a las mujeres que se cubrieran con el «velo integral» por impedir o dificultar la identificación y la comunicación visual de las personas y generar intranquilidad en los demás usuarios. Que el *burqa* impide la identificación de la mujer portadora es un hecho incontestable por cuanto es, en realidad, una vestimenta integral, que debe tapar absolutamente el cuerpo de la mujer la cual solo dispone de una minúscula rejilla a la altura de los ojos para poder ver. Siendo así, las implicaciones del uso del *burqa* van más allá del ámbito del ejercicio de la libertad religiosa y entran plenamente en la esfera del derecho a la integridad física y moral y en la prohibición de infringir tratos inhumanos o degradantes que la Constitución reconoce en su artículo 15 CE.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, objeto del recurso de casación, partió de la aceptación de que el velo integral «es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto un signo de tal carácter», lo cual no quedó probado en ninguna instancia. A pesar, pues, de entender que estaba afectado el ejercicio de un derecho fundamental el Tribunal Superior estimó ajustada a Derecho la prohibición incluida en la Ordenanza en base a los artículos 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL) y argumentó que, dado que el uso del *burqa* puede generar *perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o espacio público municipal, el Ayuntamiento ostenta plenas competencias para, de forma limitada a esos espacios municipales, establecer la prohibición de acceder a los mismos o permanecer en su interior con vestimentas o accesorios tales como velo integral, pasamontañas, casco integral u otros que oculten el rostro y tipificar como infracción leve su incumplimiento*, argumento que permitía que el Ayuntamiento regulara estas materias obviando así la regulación por ley exigida para la regulación de los derechos fundamentales. Nótese, como ya hemos indicado, que la regulación contenida en la Ordenanza del Ayuntamiento de Lleida se refiere, en general, al uso de determinadas vestimentas entre las cuales se incluye el velo integral (*burqa*) pero que la regulación no es específica para este velo. No afecta la prohibición, además, al uso de otros velos menos excluyentes como el *hiyab*.

Aunque el Tribunal Supremo siguió la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y no se cuestionó en absoluto el uso de los velos integrales como el *burqa* en las sociedades democráticas sí rechazó la aplicación de los artículos 139 y 140 de la LBRL y resolvió a favor de la regulación por ley de esta materia en la medida en la que restringía el ejercicio de un derecho fundamental. Esta misma tesis fue seguida por el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo entendió que la prohibición afectaba plenamente al derecho a la libertad religiosa ya que establecía un límite al ejercicio de dicho derecho fundamental y que no era, por tanto, un aspecto accesorio -como afirmaba

la Sentencia del Tribunal Superior- sino esencial puesto que consistía en un límite al ejercicio del derecho en sí mismo.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña avaló también su decisión de reconocer la competencia al Ayuntamiento de Lleida para regular esta materia en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, específicamente, en su apartado segundo que permite establecer límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa, cuando estén previstas en la ley, persigan un fin legítimo y sean medidas necesarias en una sociedad democrática.

El Tribunal Superior alegó que la *previsión legal* debe entenderse, como reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Europeo ha señalado, como *previsión normativa*, es decir, en su acepción material y no formal lo cual se cumplía precisamente por la inclusión de la prohibición en la Ordenanza, tesis que fue rechazada por el Tribunal Supremo que entendió, erróneamente a mi juicio, que el mandato del artículo 53 de la Constitución demandando ley para la regulación de los derechos era prevalente y el que debía aplicarse. Lo cierto es, sin embargo, que el Tribunal Europeo interpreta los derechos contenidos en el Convenio Europeo y no los derechos constitucionales aunque puedan coincidir materialmente unos y otros como es el caso de la libertad religiosa. De otro lado, la finalidad legítima se fundamentó en la tutela del orden público y en la protección de los derechos y libertades de los demás. Por último, que la limitación fuera una medida necesaria en una sociedad democrática fue argumentado por el Tribunal Superior afirmando que el uso del *burqa* «resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad, cuál es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no», opinión ciertamente relevante y que pone de manifiesto que el uso de *burqa* presenta aspectos difícilmente eludibles bajo la afirmación de una indiscutible naturaleza religiosa.

En cuanto a la alegación relativa a la protección del orden público, el Tribunal Supremo acepta que dicha protección constituye un fin legítimo para limitar un derecho fundamental pero afirma que las autoridades municipales de Lleida no han demostrado en la causa que la prohibición del velo integral sea necesaria para protegerlo, por tanto, no admite la alegación del Ayuntamiento en este sentido.

El Tribunal Supremo rechazó también el argumento del Ayuntamiento de Lleida conforme al cual se alegaba que las mujeres cubiertas con el velo integral representaban una amenaza para la *paz social*. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había aceptado la tesis del Ayuntamiento de Lleida apoyándose en la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (SSTS 11 de febrero y 11 de mayo de 2009; 25 de enero de 1983; 13 de octubre de 1981) que había establecido que el «orden público» mencionado en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa es equiparable con «paz social», «paz pública» y «convivencia social»; y en su propia jurisprudencia, que lo había equiparado a «paz y sosiego de los ciudadanos», cuyo mantenimiento en espacios públicos municipales cabe dentro de las competencias municipales, lo cual justificaba la adopción de la Ordenanza impugnada. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación y dice que la alteración de la paz es, en este caso, «simplemente una consideración sociológica que no puede justificar en sí misma la restricción del derecho a la libertad de religión».

Llama la atención que no se alegara por el Ayuntamiento de Lleida ni se mencionara en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el hecho de que la regulación española sobre la expedición del Documento Nacional de Identidad y del

Pasaporte ya contempla una restricción importante en el uso de la vestimenta *halal*, concretamente del uso del *burqa*, en base a la protección de la seguridad y a la necesidad de identificación de la persona regulada por Real Decreto. Efectivamente, el *Real Decreto 1586/2009, de 16 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica*, que modifica el artículo 5.1 cuyo párrafo *b)* establece como requisitos para la expedición del documento, aportar: «Una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 por 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona». Aunque la literalidad del Real Decreto no ofrece duda, una Instrucción del Ministerio del Interior ha confirmado la posibilidad de que las mujeres puedan aportar las fotografías requeridas para obtener el Documento Nacional de Identidad electrónico llevando el velo islámico pero; deben quedar al descubierto a efectos de identificación la frente, cejas, ojos, nariz, labios y el mentón por lo que sería posible utilizar el *hiyab* pero no el *niqab* ni el *burqa*.

La clara contradicción entre el Real Decreto y la práctica en el caso de la obtención del DNI electrónico (que debería haberse resuelto con una modificación del Real Decreto y no con una Circular a la Policía) es menor en el caso de la obtención del pasaporte ya que el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se regulan sus características, establece, en su artículo 4 c) como requisito para la expedición de este documento oficial que el interesado aporte «una fotografía del rostro del solicitante tamaño carné, en color y con fondo claro, liso y uniforme, tomada de frente, y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que impida la identificación de la persona». Dado que este artículo no requiere llevar la «cabeza totalmente descubierta» como si prescribe el Real Decreto 1586/2009, no existe incompatibilidad entre lo establecido en el mencionado artículo 4 c) y las medidas que habilitan a las mujeres musulmanas a aportar la fotografía llevando el *hiyab* pero impedirían igualmente el uso del *burqa*.

En todo caso, ambas normas habilitan a los poderes públicos para denegar el DNI o el pasaporte a aquellas mujeres que no cumplan con los requisitos establecidos lo cual es coherente con una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la cual ha confirmado que no se produce vulneración de los derechos constitucionales por someter a éstos a los requisitos y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico siempre de manera compatible con los demás derechos constitucionales y sin convertirlo en impracticable.

Para completar la fundamentación de su rechazo a los argumentos del Ayuntamiento, los cuales habían tenido acogida en la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, el Tribunal Supremo rechaza también que se trate de una medida circunscrita a espacios determinados (como así era) afirmando que el concepto de «espacios o locales destinados al uso o servicio público» incluido en la Ordenanza es de por sí «lo suficientemente abarcador, como para entender que todo el espacio municipal, que es en el que se desenvuelve primariamente la vida los ciudadanos, resulta concernido por la prohibición» y que, además, aunque se aceptara dicho carácter limitado ello no «sería de por sí bastante para prescindir de las exigencias precisas para la limitación del ejercicio del derecho fundamental». Se rechaza así por el Tribunal Supremo una regulación que había previsto la delimitación de la prohibición a edificios o espacios

para servicios públicos y siempre bajo la exigencia de previsión normativa expresa lo cual no es equiparable en absoluto al concepto de «suficientemente abarcador» que el Tribunal esgrime.

LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA RELIGIOSA DEL USO DEL VELO INTEGRAL

Sin perjuicio de lo anterior, interesa especialmente detenerse en estas páginas en las consideraciones que hace el Tribunal sobre el problema genérico del uso de determinados atuendos por motivos religiosos. Dice el Tribunal Supremo que tales consideraciones son oportunas por cuanto es la primera vez que debe pronunciarse sobre el uso del velo integral. En realidad son oportunas -aunque, a mi juicio, insuficientes- porque precisamente en ellas se basa la decisión del Tribunal de considerar el uso del velo integral como una manifestación de carácter religioso o una expresión de las convicciones religiosas amparada por la protección que otorga el artículo 16 de la Constitución al derecho de libertad religiosa y, por ello, estimar la necesidad de que los límites o restricciones al uso del *burqa* deban ser regulado por ley y, por tanto, no pueden serlo por el Ayuntamiento de Lleida a través de una Ordenanza.

Recuerda el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión la falta de consenso internacional, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las cuales, sin embargo, no se han referido específicamente al *burqa* y sí a otros velos no integrales en el específico marco de las respectivas regulaciones nacionales. Recuerda igualmente la diferencia esencial entre el uso del velo integral y otros velos, como el *hiyab*, ya que el primero, además de connotaciones de índole religiosa, comporta también otras que afectan a la seguridad y a la necesaria identificación de las personas, aunque esta distinción no se tuvo en cuenta posteriormente para la resolución final como hemos ya señalado. También manifiesta el Tribunal Supremo que el caso que le ocupa se refiere a una prohibición generalizada mientras que otros casos resueltos por diferentes tribunales se referían a casos más específicos que no abordan una prohibición de uso general. Lo anterior le lleva a concluir que «en nuestro entorno occidental no existe una prohibición general, pese a que en distintos países han surgido propuestas de posible prohibición, que, sin embargo, -dice el Tribunal Supremo- no se han formalizados como leyes generales y toma como «únicas excepciones» la Ley de 11 de octubre de 2010 francesa (que, aún no explícitamente referida al velo islámico integral, es indudable que lo incluye) y la Ley de 1 de junio de 2011 belga. Para insistir en el carácter inusual de la legislación francesa y belga, el Tribunal Supremo considera relevante, en el caso francés, advertir el «factor de laicismo constitucionalmente consagrado» cosa que, afirma el Alto Tribunal, no sucede en España especialmente por lo establecido en el artículo 16.2 de la Constitución lo cual es, al menos, una concepción particular del modelo de separación Estado-Iglesia, tanto más cuando la Ley francesa avalaba su propia existencia (Exposición de Motivos) en la dignidad de la persona, en la igualdad de mujeres y hombres y en el orden público general. Nada se dice sobre el contenido de la ley aprobada en Bélgica, país que no puede considerarse laicista. Otros países, como Holanda e Italia han aprobado resoluciones o iniciados trabajos tendentes a establecer también dicha prohibición (MOTILLA, 2012: 175-176). Las leyes francesa y belga no son, como el Tribunal Supremo define, *excepciones*, sino las primeras manifestaciones de lo que terminará siendo un hecho habitual en las democracias europeas que deberán acometer la regulación expresa del uso de determinados velos, especialmente los velos integrales, en determinados espacios públi-

cos, no para restringir ni menoscabar la libertad religiosa sino precisamente para poder otorgarle una tutela real e impedir su desnaturalización.

De otra parte, las citas de documentos internacionales sobre el uso de estos velos enfatizan en la no prohibición de los mismos, pero olvida el Tribunal citar que todos ellos llegan a dicho acuerdo sobre la base de que la prohibición no es la medida de política legislativa más adecuada porque podría excluir todavía más a las mujeres y que en los mismos se pone de manifiesto la clara contradicción del uso de los velos integrales, como el *burqa*, con los principios que rigen los sistemas de derechos fundamentales en las sociedades democráticas de lo que hemos dejado constancia en epígrafes precedentes.

La posición adoptada por el Tribunal Supremo (FD, 8º) le lleva a no plantearse en modo alguno la necesidad de analizar si el velo integral, específicamente el *burqa*, es realmente un signo religioso y, por ello, expresión de unas convicciones religiosas y si, en el caso de aceptar que lo es, resulta compatible su uso con los valores y principios de una sociedad democrática plural. Llama poderosamente la atención que ni el Tribunal Supremo ni, previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, requieran un mínimo principio de prueba acerca de la naturaleza de símbolo religioso del *burqa* en la medida en la que es precisamente esta posible naturaleza la que sirve de fundamento casi único al recurso de la Asociación Watami por la Libertad y la Justicia. Antes al contrario, ambos Tribunales aceptan y hacen suyas citas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2013), sobre el uso de ciertos velos parciales, que no al uso del velo integral sobre el que el Tribunal no se ha pronunciado en ningún caso, de forma que aplican criterios doctrinales del Tribunal Europeo sobre casos sustancialmente diferentes lo cual genera una distorsión en la interpretación del elemento esencial de este caso: la naturaleza de precepto religioso del *burqa*. Así, cuando se traen al caso las afirmaciones del Tribunal Europeo respecto al *velo no integral*, del que afirma que puede considerarse, en parte, como un «acto motivado o inspirado por una religión o una convicción»; y añade que «sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, sí que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter», se está aceptando el uso de una prenda como precepto religioso o manifestación de una convicción religiosa sin ningún dato objetivo sobre tal carácter.

Esta inadecuada asimilación es rechazable por varios motivos: *a)* no se refieren al velo integral, al *burqa*, cuya naturaleza e implicaciones no puede asimilarse al uso de ningún otro velo y que requiere criterios de interpretación y, en su caso, ponderación propios; *b)* hurtan argumentos interpretativos constitucionalmente relevantes, es decir, evitan fundamentar objetivamente si el hecho (usar el velo integral en la vida civil) forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa consagrada en el artículo 16 de la Constitución. Esta segunda cuestión puede contestarse afirmativa o negativamente; si se concluye que no reúne los elementos objetivos para ser considerado un signo religioso o una manifestación de convicciones religiosas, la Ordenanza del Ayuntamiento de Lleida no podría recibir reproche constitucional alguno. Si, por el contrario, el Tribunal Supremo hubiera avanzado en la constatación de los elementos objetivos que hubieran permitido afirmar la naturaleza religiosa del uso del *burqa* además de constatar la necesidad de regulación por ley orgánica se hubiera también avanzado en la consideración de los posibles límites del uso de tal prenda en el ámbito civil y público.

El rechazo del Tribunal Supremo de analizar la naturaleza del velo integral se confirma totalmente cuando afirma que es «el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa», y añade que al Tribunal no le corresponde decidir acerca de «si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural», y, por tanto, que considera «absolutamente correcta la reserva de la sentencia (se refiere a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recurrida) a pronunciarse «sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso» porque en base a la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión, no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa (FD 8º). El Tribunal refuerza su posición citando un párrafo de la sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013, caso *Eweida v. Reino Unido*, en la que se afirma que la «libertad religiosa es primordialmente una cuestión de pensamiento individual y de conciencia ...» (primordialmente, dice la sentencia, no únicamente) y se añade igualmente que «denota puntos de vista que alcanzan un «determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia o importancia» y que cuando ésta coherencia o importancia se cumple (luego, debe constatarse), es cuando el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier tipo e «iniciativa para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que esas creencias se expresan». Así, pues, ni siquiera la propia cita de la STEDH a la que apela el Tribunal Supremo asimila *neutralidad* con *inactividad* en la prueba o constatación del hecho religioso como interpreta el Tribunal Supremo.

Con esta grave afirmación el Tribunal Supremo renuncia a su auténtico cometido y a lo más fundamental de sus funciones. Resultaba absolutamente necesario fundamentar la afectación del derecho de libertad religiosa para poder negar la competencia del Ayuntamiento de Lleida y diferir a la ley la regulación del caso. Hay que recordar, además, que la Ordenanza del Ayuntamiento de Lleida prohibía diferentes vestimentas además del velo integral (pasamontañas, cascos, etc.) y que, por lo tanto, resultaba esencial probar que el velo integral es realmente una manifestación religiosa pues de lo contrario el caso no gozaría de la protección reforzada propia de los derechos fundamentales (como no goza de ella, por ejemplo, el uso del pasamontañas). Es cierto, como señala el Tribunal Supremo, que todas las partes concurren en esta opinión pero lo es igualmente que ninguna de ellas alega el menor dato objeto o indicio que fundamente la opinión mantenida.

En un contexto de disenso legislativo, jurisprudencial y social una obligada reflexión por parte del Tribunal Supremo debería haberse referido a la compatibilidad y encaje del uso del velo integral como símbolo y precepto religioso y, por tanto a su encuadre dentro del contenido esencial del derecho de libertad religiosa protegido por el artículo 16 de la Constitución; hubiera sido igualmente necesario haber puesto en relación el uso de esta prenda con el ejercicio de otros derechos fundamentales y con la protección otorgada a los mismos. Así, resulta esencial plantearse si el uso del *burqa* es compatible con el derecho a la integridad física y moral y con la prohibición de relativa a los tratos inhumanos o degradantes reconocidos en el artículo 15 de la Constitución española. El uso del *burqa* somete a la mujer a unas condiciones físicas y morales incompatibles con la protección contenida en el artículo 15 y ello tanto si el uso es formalmente voluntario.

El derecho a la integridad física y moral (GÓMEZ SÁNCHEZ: 360) trae su fundamento último en el reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), dignidad que se proyecta sobre los derechos individuales e implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre» (STC 120/1990, de 27 de junio). El Tribunal Constitucional ha señalado además que la lesión del derecho a la integridad física y moral puede apreciarse incluso cuando la vulneración del derecho no haya llegado a consumarse, pero haya existido un riesgo de suficiente entidad que hubiera podido llegar a lesionar el derecho en cuestión. Amplía así el Tribunal Constitucional el ámbito de aplicación de este derecho y extiende la protección que el mismo otorga a las personas en riesgo (SSTC 5/2002 y 220/2005).

Por último, debemos señalar que, aunque han sido las lesiones y perturbaciones físicas las que han recibido mayor atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia, la integridad moral que queda protegida en el artículo 15 CE es aspecto de igual relevancia (GÓMEZ SÁNCHEZ: 361). Ni el Ayuntamiento, ni el Ministerio Fiscal ni las sentencias del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo abordan ningún aspecto que permita realmente adentrarse en la naturaleza del uso de los velos integrales en las sociedades democráticas actuales; se evita el análisis sustancial, la constatación de si existe riesgo para la integridad física y, especialmente moral, de la mujer y si el Estado, en este caso, si un Ayuntamiento, puede, en base a su responsabilidad objetiva, limitar el uso de determinados vestidos para proteger estos derechos. Parece innecesario insistir en que las características del *burqa* impiden la realización de muchas de las actividades ordinarias de un ciudadano. El verdadero debate ni siquiera ha quedado planteado.

Si, como afirma el Tribunal Supremo, la neutralidad del Estado respecto a las manifestaciones religiosas impide analizar cualquier dato objetivo que pueda llevar a concluir cuándo y cómo se ha podido vulnerar el derecho de libertad religiosa y a constatar las circunstancias y alcance de los hechos, el contenido esencial del derecho de libertad religiosa sería indefinido e indefinible lo cual resulta incompatible con el sistema de derechos español. Efectivamente, el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo podría llevar a concluir que el contenido esencial de la libertad religiosa protegida por el artículo 16 de la Constitución es puramente subjetivo y hay tanto contenidos esenciales como modos de entender la religión; que cualquier manifestación o acto expreso o presunto debe ser considerado un acto de contenido religioso y, por tanto, debería ser protegido por el artículo 16 de la Constitución. Sin embargo, los derechos fundamentales no son indefinidos ni indefinibles sino que tienen un contenido, esencial y no esencial, que determina el ámbito de la protección constitucional, tanto normativa como jurisdiccional.

Es, a mi juicio, igualmente incorrecta la afirmación del Tribunal Supremo cuando insiste en la irrelevancia de la naturaleza religiosa del uso del velo integral ya que -afirma el Tribunal- si fuera considerado una expresión cultural le correspondería la protección inherente a la libertad ideológica igualmente consagrada en el artículo 16 de la Constitución. Debemos discrepar de esta opinión por cuanto, en primer lugar, ni la cultura es un derecho fundamental, ni todas las manifestaciones culturales son, por sí mismas, merecedoras de protección constitucional ni reconducibles automáticamente a manifestaciones ideológicas; y, en segundo lugar, porque la protección constitucional de la libertad ideológica no coincide ni tiene por qué coincidir con la protección que

la Constitución otorga a las diversas manifestaciones de la libertad religiosa. Si bien, el Tribunal Constitucional no ha diferenciado nunca explícitamente entre la libertad ideológica y la libertad religiosa, en todo momento, ha dado por supuesta su distinción conceptual en sus pronunciamientos, en la STC 19/1985, el Tribunal Constitucional afirmó que el artículo 16 CE reconoce la libertad religiosa con existencia autónoma y, por exclusión, la libertad ideológica. La diferenciación entre ellas resulta procedente aunque la Constitución les otorgue iguales garantías, las máximas que se reconocen en el ordenamiento español igual que al resto de los derechos fundamentales, pues el contenido esencial de cada uno de estos derechos y libertades es distinto y por ello también los serán los límites a su ejercicio que puedan resultar legítimos.

REFLEXIÓN FINAL

Como ya he señalado, la obligación de esconder el cuerpo y la marginación de la mujer de los espacios públicos y políticos no tiene base en los textos sagrados del Islam sino que proceden de una interpretación impuesta desde el poder político y social en algunas sociedades musulmanas con diferente intensidad y alcance en razón de la estructura política y social del país o la comunidad. Sin duda, hay que estar de acuerdo con quién defiende el derecho a la libertad de las mujeres musulmanas para usar el vestido *halal* que consideren acorde con sus convicciones, pero los que así opinan no siempre valoran debidamente la necesidad de acreditar en Derecho tal libertad de opción. La Historia nos ha enseñado con meridiana claridad que el mero reconocimiento formal de la libertad y de la igualdad no hace a las personas realmente libres ni iguales, mucho menos a las mujeres lastradas por siglos de marginación y discriminación.

Los derechos fundamentales no son meras abstracciones, requieren un contexto de libertad e igualdad donde puedan ser aplicados y ejercidos. Afirmar que quien vive inmersa en un contexto de ausencia de libertades, ejerce libremente su libertad religiosa puede resultar una falacia dramática. La propia sociedad musulmana ha mantenido y mantiene criterios diferentes al respecto.

El Tribunal Supremo debería haber valorado y analizado la naturaleza del *burqa* en el marco del ordenamiento constitucional español; su significado, alcance e implicaciones con los derechos regulados en el artículo 16 de la Constitución pero también con otros derechos fundamentales, especialmente, su relación con el derecho a la integridad física y moral reconocida en el artículo 15 de la Constitución. La naturaleza de signo religioso del *burqa* o de manifestación de una creencia religiosa solo puede aceptarse a partir de la constatación de, al menos, ciertos indicios que lo hagan compatible con el sistema de derechos y libertades constitucionalizado. El Estado no está obligado a proteger la libertad de la persona para ejercer opciones incompatibles con este sistema constitucional de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Catalá, Santiago (2009). «Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo», en Motilla de la Calle, Agustín (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*. (pp. 19-61). Madrid: Marcial Pons.

Ciáurriz Labiano, María José (2009). «Laicidad y Ley sobre los símbolos religiosos en Francia», en Motilla de la Calle, Agustín (coord.), *El pañuelo islámico en Europa* (pp.91-139). Madrid: Marcial Pons.

García Añón, José y Borges Blázquez, Lola. «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» en Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis. Dir. y coord. *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. (207-224). Granada: Comares.

Gómez Sánchez, Yolanda (2012). «El pañuelo islámico: la respuesta europea», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, XXVIII (pp. 143-169).

Gómez Sánchez, Yolanda (2011). *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres.

Miranda Avena, Claudia de. (2010). «Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional», en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Vol. 11 (13-78).

Motilla de la Calle, Agustín (2009). «La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña», en Motilla de la Calle, Agustín (coord.), *El pañuelo islámico en Europa* (pp.141-170). Madrid: Marcial Pons.

Motilla de la Calle, Agustín (2012). «La prohibición del burqa islámico en Europa y en España: Reflexiones de «*iure condendo*»», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, XXVIII (pp. 171-196).

Rollner Liern, Göran (2002): *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2000)*. Madrid: CEPC.

Rossell, Jaime (2009). «La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania», en Motilla, A. (coord.), *El pañuelo islámico en Europa* (pp.171-204). Madrid: Marcial Pons

**HACIA UN LENGUAJE JURÍDICO
NO SEXISTA:
HERRAMIENTAS PARA TRATAR DE EQUILIBRAR
LA JUSTA DEMANDA DE VISIBILIZAR A
LAS MUJERES CON LOS PRINCIPIOS DE
CLARIDAD, ECONOMÍA Y PRECISIÓN**

OLGA HERRÁIZ SERRANO

Letrada de las Cortes de Aragón

*Desde el punto de vista del sexismo lingüístico,
la cultura patriarcal es culpable
y la lengua es inocente*

Álvaro García Messeguer

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTOS PREVIOS:

- 1. EL GÉNERO EN ESPAÑOL*
- 2. EL SEXISMO SOCIAL Y LAS DIVERSAS FORMAS DE SEXISMO LINGÜÍSTICO*
- 3. PONDERACIÓN DE LAS DISTINTAS HERRAMIENTAS PARA COMBATIR EL SEXISMO LINGÜÍSTICO*

III. HACIA UN LENGUAJE LEGAL NO SEXISTA:

- 1. LEGISLACIÓN QUE PROPUGNA LA ABOLICIÓN DEL SEXISMO EN EL LENGUAJE*
- 2. DIRECTRICES DE TÉCNICA NORMATIVA Y LENGUAJE NO SEXISTA*

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos, las ideas toman forma a través del lenguaje. Este y el pensamiento, dos cualidades características del ser humano, están tan sólidamente unidas que no puede comprenderse el uno sin el otro.¹ El lenguaje desempeña un papel muy importante en la construcción del imaginario social y en la modelación de la personalidad del individuo.² Los usos lingüísticos reflejan cómo vive y siente la sociedad que los usa y, en ese sentido, no puede negarse que la lengua ha sido un instrumento de consagración de la desigualdad tradicional entre hombres y mujeres, pues se ha ido construyendo desde el punto de vista androcéntrico que, durante siglos, tuvieron los grupos de poder, que convirtieron sus valores culturales e ideológicos en los dominantes.³

Se llama lenguaje sexista a aquel que emplea palabras o construye frases de manera que se invisibiliza, humilla o estereotipa a un sexo (a la mujer), convirtiéndose en una manifestación de un pensamiento o mentalidad que la discrimina, del androcentrismo.⁴ Pero conviene dejar claro desde el principio que, siendo absolutamente razonable promover un lenguaje libre de sexismo (pilar importante de la causa feminista),⁵ no es la lengua (ni el español ni ninguna otra) la que obliga a practicar el machismo.

En los últimos años, formando parte de lo políticamente correcto, entendido como «actitud orientada a lograr cierta igualdad entre las minorías étnicas, políticas, ideológicas o culturales que componen una sociedad pluricultural, pero revirtiendo el equilibrio del poder -lo que se llama *discriminación positiva*- en favor de las consideradas o autodefinidas como minorías oprimidas»,⁶ se ha generalizado una preocupación hacia la manifestación lingüística de los diversos tipos de discriminación. Con carácter general, el lenguaje políticamente correcto se centra en una renovación del léxico para evitar ciertos términos considerados despectivos hacia determinados colectivos, pero, en el caso particular de la discriminación de la mujer, ha impulsado también cambios morfológicos o sintácticos. Sin embargo, en la promoción del lenguaje políticamente correcto, especialmente del no sexista, subyace una idea equivocada: la de que una

¹ Vid. ERRAZU COLÁS (1995: p. 3).

² Cfr. CALERO FERNÁNDEZ (1999: p. 67) o ENCABO FERNÁNDEZ (2000: p. 110).

³ Vuélvase sobre Calero Fernández (ibídem: p. 9). Argumentaba CASTRO VÁZQUEZ (2009: p. 3) que, justamente por ser los dominantes, aquellos valores se presentaban como neutrales, objetivos y naturales y eran adquiridos de forma acrítica e inconsciente hasta el punto de aceptarse como los correctos. En la misma línea, insiste MAÑERU (1991: p. 310).

⁴ En definitiva, lenguaje sexista es el que asume rasgos relacionados con los prejuicios culturales derivados del machismo, de la misoginia, de la misandria o de un real o aparente desprecio hacia el hombre o, fundamentalmente, la mujer. Ahora bien, ni qué decir tiene que la cultura no solo es el producto de una lengua de manera que, para cambiar determinados patrones de aquella, no basta con actuar sobre los usos lingüísticos. MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 15) discute que una nueva denominación pueda llegar a cambiar las realidades nombradas. El citado autor aporta un sinnúmero de bibliografía que testimonia que quienes más dudas albergan sobre el poder de la lengua para transformar la realidad son los mismos lingüistas, que la ven como un testigo de la historia más que como una herramienta para cambiar su rumbo.

⁵ En palabras de CASTRO VÁZQUEZ (2009: p. 2), se trata de promover la reflexión sobre lo que decimos y sobre cómo lo decimos, sabiendo que el empleo de un lenguaje no sexista es solo una herramienta más en el camino hacia una sociedad igualitaria.

⁶ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 15).

lengua puede transformarse desde fuera y que las expresiones usuales pueden remplazarse a instancias de un colectivo. Por el contrario, aunque se pueden crear palabras y modificar las expresiones, no se pueden imponer como uso cotidiano a los hablantes. Este es un acto voluntario. Confundir lengua y habla lleva, por lo demás, a centrar la búsqueda de lo políticamente incorrecto y, en su caso, del androcentrismo en donde apenas está (en las palabras aisladas), o allí donde habiendo (en determinadas construcciones sintácticas), no adquiriría la importancia que cobra en ciertos contextos mentales.

Lo anterior no obsta para reclamar cuantos esfuerzos sean precisos para promover la adopción de un lenguaje no sexista. Por lo que atañe al objeto de este trabajo, resulta obligado en los documentos públicos o en las leyes, y también en determinados actos formales. Podemos, por tanto, contribuir a perfilar las características del lenguaje no sexista en dichas situaciones y soportes, tratando de no recaer en los usos eufemísticos que no tengan otra pretensión que la de ocultar la realidad que no gusta (guerra preventiva, daños colaterales, reajuste laboral, soluciones habitacionales...), ni de crear, a ser posible, un lenguaje artificioso cuyas posibilidades de arraigo en el hablante sean nulas. Como apunta MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 70), los eufemismos creados espontáneamente para obviar las connotaciones negativas asociadas a las palabras no tienen ningún problema porque han surgido de un proceso de aceptación social, pero no sucede lo mismo con los eufemismos urdidos para ocultar deliberadamente la realidad a la que se refieren y, por tanto, que han nacido destinados a la desinformación del oyente.

II. CONCEPTOS PREVIOS

1. EL GÉNERO EN ESPAÑOL

En nuestra lengua, el masculino se presenta con terminaciones en -o y en -e, además de en múltiples formas terminadas en consonante y el femenino se forma, normalmente, a partir de aquel con terminaciones marcadas en -a, -ina, -isa, -esa, -triz. Sin embargo, hay sustantivos que, aunque terminen en -o, son femeninos y otros que acaban en -a, pero que son masculinos. En algunos casos, el género se expresa por medio de dos palabras diferentes, lo que garantiza una diferenciación segura de los sexos,⁷ mientras que, en otros, el par de palabras en masculino y en femenino no expresa el sexo, pues se trata de parónimos o palabras distintas con forma fónica idéntica excepto por su terminación o por el género dado al artículo.⁸

Sea como fuere, en la mayor parte de los sustantivos, «el género no significa nada, no hace referencia a nada exterior a la lengua, sólo tiene una función constructiva como enganche para la concordancia».⁹ En palabras como persona, criatura, bebé, alguien, buitre, pulga..., aunque haya diferencias de sexo, el género gramatical no las refleja, de modo que la asociación entre género y sexo proviene de los usos y de la

⁷ Por ejemplo, padre/madre, nuera/yerno, oveja/carnero.

⁸ Véase cuadro/cuadra, puerto/puerta, zapato/zapata, el cometa/la cometa.

⁹ Para MEGIDO (2004), «el género en castellano sólo conoce un valor constante: dotar a ciertas unidades de una determinada capacidad combinatoria, clasificándolas en dos categorías diferentes, sin que, por ello, los términos masculino y femenino prejuzguen un significado concreto, pues algunos de los valores añadidos son cambiantes y heterogéneos». En la misma línea, unos años antes, CATALÁ GONZÁLEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: p. 16) habían demostrado que el género gramatical no es el único vehículo que identifica el sexo del referente y que no es este su único valor semántico, con lo que mal puede ser la causa del sexismo lingüístico. Cfr., asimismo, PORTO DAPENA (1999: p. 7).

opinión social de la comunidad hablante. Para relativizarla, MARTÍNEZ GARCÍA (2008: pp. 95-96) nos propone el sugerente ejercicio de compararla con otras asociaciones, como la de géneros y tamaños y la de géneros y cantidades.¹⁰

Desde el punto de vista de la lucha contra el androcentrismo, el problema entonces no se plantea por el hecho de que la lengua española posea géneros como el femenino y el masculino sino porque, por un lado, se conceda valor genérico y globalizador a uno solo de ellos (el que parecía representar al grupo socialmente dominante) y, por otro, porque, al construirse el femenino a partir del masculino, aquel adquiere una connotación de dependencia respecto de este.¹¹

Por completar este brevísimo estudio del género en español, diremos que, aunque todos los sustantivos, adjetivos, artículos y pronombres tienen género, sólo los de doble forma tienen morfema de género. El valor semántico del género reside en su morfema, pero, cuando no hay morfema,¹² el género carece de aquel. En definitiva, que «el género gramatical no es algo que sirva, fundamentalmente, para referirse al sexo, ni mucho menos para evocar de manera reiterada a la mujer ni al varón».¹³ Como se ha dicho, el género funciona como enganche de la concordancia con el número o con la persona.¹⁴

Así pues, contrariamente a algunas posiciones feministas, que subrayan que el sexo está representado en la lengua, entre otros recursos, a través del género gramatical y que este no es un mero accidente pues provoca una discriminación *no accidental*,¹⁵ los lingüistas hace tiempo que han convenido que hay que diferenciar claramente entre género gramatical y sexo biológico,¹⁶ lo que les lleva a afirmar que la lengua española no es sexista.¹⁷ A juicio de estos, el sexismo lingüístico puede estar en el hablante y en su contexto mental o en el oyente y en el suyo, pero la lengua española en sí misma o, lo que es lo mismo, el sistema lingüístico español no es sexista, sino que, en su caso,

¹⁰ Lo más frecuente es que el masculino se refiera al tamaño menor y el femenino, al tamaño mayor de un mismo objeto (ventano/ventana, caldero/caldera) o que el masculino se relacione con la unidad o individuo (olivo, manzano, el policía) y el femenino con el conjunto (olivas, manzanas, la policía), pero también hay ejemplos a la inversa (barco/barca, pozo/poza), lo que no es óbice para afirmar que la identificación entre género y sexo es estadísticamente minoritaria.

¹¹ Así lo resumía CALERO FERNÁNDEZ (1999: p. 91).

¹² El género, en español, puede ser léxico, morfemático o sintáctico según que su marca resida en la raíz de la palabra, en un morfema o en la sintaxis. Tienen género léxico los nombres de forma única y género explícito (árbol, mesa, silla...). Tienen género morfemático los nombres de doble forma (niño/niña, perro/perra...). Tienen género sintáctico los nombres de forma única y género implícito, que requieren de otra palabra concordante para conocerlo (testigo, artista, inteligente...). De ahí que GARCÍA MESEGUER (1994: pp. 184-194) clasifique los sustantivos, adjetivos y pronombres en ocho grupos: animados de doble forma (gato, listo, nosotros); animados de forma única masculina (varón, bebé, gentío, mujeriego); animados de forma única femenina (mujer, santidad, bestia, víctima, gente, manada, pizpireta); animados de género implícito (artista, rehén, espía, testigo, hábil, voraz, quienquiera, alguien, nadie); inanimados de doble forma (cesto, farol, leño, pequeño, el, un, este); inanimados de forma única masculina (libro, triángulo); inanimados de forma única femenina (mesa, circunferencia); e inanimados de género implícito (margen, cólera, cometa, gris, mi, tu, cual, tal, cualquiera).

¹³ MARTÍNEZ GARCÍA (2008: pp. 106-107).

¹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA (ibidem: p. 107) afirmó muy gráficamente que «el género, pues, no puede definirse en referencia al sexo ni en términos de ninguna otra significación, sino solamente como una virtualidad combinatoria o -en un término familiar entre los químicos- una «valencia», gracias a la cual sustantivos y adjetivos o pronombres pueden combinar sus significados «atómicos» para formar expresiones semánticas «moleculares».

¹⁵ VID. MAÑERU (1991: p. 315), FERNÁNDEZ LAGUNILLA (1991: pp. 321-325) o CASTRO VÁZQUEZ (2009: p. 4).

¹⁶ Pese a la asociación mental que existe en los hablantes entre género y sexo, esta asociación no es tal desde un punto de vista estrictamente lingüístico, como subrayaron, entre otros, ERRAZU COLÁS (1995: p. 3), CALERO FERNÁNDEZ (1999: p. 145) o PORTO DAPENA (1999: p. 7).

¹⁷ Por todos, cfr. CATALÁ GONZÁLEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: p. 7).

podrá serlo el habla.¹⁸ Hay incluso quienes consideran que ni tan siquiera esta, en tanto que acto de expresión, es sexista, y que el sexismo está en la mente o en la conducta del individuo y en la mentalidad y funcionamiento de la sociedad.¹⁹ Una vez más, la prueba es que hay palabras tanto de género masculino como de género femenino que no se identifican con sexo masculino y femenino, respectivamente, y que hay palabras de forma única que no marcan sexo.²⁰ Ahora bien, que la lengua no sea sexista en sí no implica que no haya que defender una sensibilidad feminista a la hora de hablar, para propiciar un contexto en quien escucha exento de discriminación.²¹

Aunque suene paradójico, señalaba GARCÍA MESEGUER (2002: p. 9), que: «Es sexista el que la mujer esté invisible en el discurso porque entonces no se nota su ausencia; por el contrario, es exquisitamente feminista el que se resalte que la mujer está ausente del discurso. El enemigo es la invisibilidad, no la ausencia», como lo son ciertas formas de emerger de la mujer en los discursos.²² Siempre según GARCÍA MESEGUER (2002: p. 11), «si los géneros gramaticales, en lugar de llamarse masculino y femenino, se hubiesen llamado desde un principio *género eme* y *género efe* (o de cualquier otro modo que no aludiese para nada al sexo), las cosas hoy serían más fáciles y se vería mucho más claro que el género gramatical en español no es más que una marca que divide a los nombres en dos familias e impone reglas de concordancia». En el mismo sentido, CALERO FERNÁNDEZ (1999: pp. 172 y ss) realiza un planteamiento tremendamente sugestivo. A su juicio, la clave para el futuro podría estar, dentro del objetivo de la coeducación,²³ en cambiar la forma de explicar el género gramatical a los niños (empezando por descartar hablar de la formación del femenino a partir del masculino) para que las nuevas generaciones no vean erróneamente, en este, a los varones y, en el femenino, a las mujeres, con el fin último de que su mente contemple el género como lo que es,

¹⁸ Así lo concluyó bien temprano GARCÍA MESEGUER (1994: p. 17) en una brillante investigación en la que, como el autor confiesa, contra su primera impresión, llegó a dar una respuesta negativa al interrogante de si era sexista la lengua española. ERRAZU COLÁS (1995: p. 6) insistía en situar el sexismo en el habla como premisa básica para promover una utilización no sexista del lenguaje sin caer en la cursilería ni en el libertinaje lingüístico y sin forzar de forma atípica la expresión del hablante. Cfr. también INSTITUTO VASCO DE LA MUJER (1988: p. 9) y ENCABO FERNÁNDEZ (2000: p. 110).

¹⁹ Vid. CATALÁ GONZÁLEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: p. 7), así como MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 13).

²⁰ Resume GARCÍA MESEGUER (ibídem: p. 100) que las palabras de doble forma son todas de género explícito, ya sea masculino o femenino. En cambio, las de forma única lo son de género implícito, que deviene explícito con la concordancia gramatical con un artículo o un adjetivo. «En definitiva, que las palabras por su morfología pueden ser de cuatro tipos: de doble forma (m y f), de forma única m, de forma única f, o de forma única m/f [donde m designa el género masculino y f el femenino]; y por su valor semántico, [...] de tres tipos: varoniles (cuando su referencia es un varón o macho), femeniles (referente mujer o hembra) y andróginas (referente de sexo no marcado)». La combinación de los cuatro rasgos morfológicos con los tres rasgos semánticos solución, a juicio del autor, la confusión existente entre género gramatical y sexo biológico.

²¹ Para comprobar el uso discriminatorio del lenguaje por razón de sexo, se ha popularizado la denominada regla de la inversión, consistente en probar si el texto es correcto al sustituir los términos femeninos por los correspondientes masculinos y viceversa.

²² Así opinaban CATALÁ GONZÁLEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: p. 12).

²³ O educación en igualdad de condiciones para niños y niñas, que analizan pormenorizadamente, además de la propia CALERO FERNÁNDEZ (1999: p. 32), TOLÍVAR ALAS y CUETO PÉREZ (2012: pp. 332 y ss.)

un accidente gramatical más, desamentizado, que exige la concordancia.²⁴ Mientras tanto, propugna hacer un uso sistemático de los términos genéricos y de las expresiones colectivas, para neutralizar el efecto que produce el valor universal del masculino entre la gente adulta que sí ha sido educada en la enseñanza tradicional del género gramatical, al mismo tiempo que se pueden utilizar con mesura otras herramientas que eviten que las mujeres se sientan ocultadas en los discursos.

2. EL SEXISMO SOCIAL Y LAS DIVERSAS FORMAS DE SEXISMO LINGÜÍSTICO

El sexismo lingüístico nada tiene que ver con el sexismo social, en que la discriminación se debe al fondo del mensaje y no a su forma. Por su parte, existen dos modalidades de sexismo lingüístico: el léxico o en razón del empleo de ciertas palabras y el sintáctico, debido a la manera de construir las frases.²⁵ Como ejemplo de sexismo léxico, referiremos las denominadas asimetrías sexistas, en las que un mismo término ha adquirido una acepción negativa cuando va referido a una mujer, y neutra si se aplica a un hombre.²⁶ Desde un punto de vista sintáctico, una situación de discriminación sexista puede describirse lingüísticamente de modo no sexista, y a la inversa.

«El sexismo social es la causa del sexismo lingüístico; pero el segundo contribuye a reforzar al primero, ya que el lenguaje conforma en parte la mentalidad de los hablantes» [GARCÍA MESEGUER (1994: p. 26)]. Todo mensaje verbal alcanza su significado completo dentro de un contexto y este no solo se compone del resto de frases que lo acompañan, es decir, del contexto estrictamente lingüístico, sino que incluye otro social o cultural que ayuda a captar el verdadero sentido. Precisamente porque el lenguaje es algo más que la yuxtaposición de palabras, el sexismo léxico aparece como una forma más superficial de discriminación contra la mujer y más fácil de erradicar para evitar la transmisión de estereotipos sexistas que el sintáctico.²⁷ Este último, por pertenecer al terreno del inconsciente, revela grados más profundos de machismo o androcentrismo. Lo sintáctico es siempre cuestión de mentalidad, por lo que actuar en ese nivel requiere mucho tiempo.

El caso es que el cerebro humano está entrenado para suplir los elementos nominales que no están explícitos en las frases que escuchamos y parece que la tendencia de los oyentes, según nos confirman los lingüistas, es a la personalización y a la conexión género-sexo o, lo que es lo mismo, a interpretar las frases incompletas como referidas a individuos y no a colectivos; como referidas a personas y no a cosas; y como refe-

²⁴ En la misma línea, resulta igualmente de enorme interés la clasificación de los sustantivos personales según el modo en que el género gramatical designa al referente, que realizan varias lingüistas en LLITERAS POCEL (2003), y según la cual se pueden distinguir: *a*) sustantivos intrasex: vasallo/a, niño/a (lexema con desinencia de género); *b*) extrasex: el/la espía, el/la periodista; *c*) heterosex: el padre la madre, mujer/varón (los tradicionales «heterónimos»); *d*) ortosex: monja/cura (persona designada por su propio sexo); y *e*) unisex: prójimo/persona/víctima/bebé/criatura (sustantivos personales «abstractos»), «epícenos» tradicionales; así como tribu/abogacía/claustrero/clero/gente (es decir, sustantivos personales «colectivos»). La clasificación antedicha sirve a sus autoras, como comenta in extenso VIGARA TAUSTE (2008: pp. 5-6), al objeto de demostrar que sustantivos unisex masculinos concretos (no los abstractos ni colectivos) han acabado convertidos en extrasex o en intrasex o, lo que es lo mismo, que han acabado feminizándose externa o internamente como consecuencia de los cambios sociales. Así ha sucedido con cliente, juez, gerente, árbitro... que, primero fueron el/la cliente, el/la juez, etc., y después, clienta, jueza... La tendencia al uso del masculino unisex para los dos sexos hace tiempo, por tanto, que se halla en vías de extinción, habiendo impuesto los hablantes una feminización de los nombres personales.

²⁵ Vuélvase sobre GARCÍA MESEGUER [(2002: p. 2) y, previamente, (1994: pp. 25 y ss)]. En esta última obra, sistematiza y pone ejemplos de uno y otro tipo. Igualmente, cfr. PÉREZ BELCHÍ (2010: p. 5).

²⁶ Entre otros muchos ejemplos, es el caso de mancebo/manceba, cortesano/cortesana, hombre público/mujer pública, fulano/fulana.

²⁷ Como ilustra perfectamente CALERO FERNÁNDEZ (1999: pp. 96 y ss).

ridas a varón si la frase va en masculino y a mujer si va en femenino.²⁸ Sin embargo y respecto de esta última asimilación, en español no existe un masculino específico que esté léxicamente diferenciado del genérico. «Este doble valor semántico del masculino asimétrico hace que la mente de muchos varones y la de muchas mujeres funcione desigualmente al respecto, como consecuencia de un proceso diferencial de aprendizaje que se inicia en la niñez. A diferencia de lo que sucede con la mujer, el cerebro del varón no tiene por qué prestar atención al género. Cuando predica en primera persona, él se expresa siempre en masculino sin temor a equivocarse y no necesita reparar en si lo emplea con valor específico o con valor genérico (caso del singular), ni tampoco si el grupo en el que se encuentra y desde el cual predica es unisexual o mixto (caso del plural). En cambio, el cerebro de la mujer debe preguntarse con frecuencia, al oír o leer ciertas frases en masculino, si ella está o no comprendida en lo que se dice».²⁹

Conforme la sociedad lo ha ido demandando, muchos de los términos masculinos se han podido feminizar sin problemas, ya desde un punto de vista morfológico (cancillera, concejala, jueza), ya en el nivel sintáctico (esa soldado, la primer ministro, alguna juez), pero conviene reparar en los pros y los contras de cada una de las técnicas posibles de visibilización de la mujer a través del lenguaje, pues, por ejemplo, aunque suene paradójico, no siempre resulta positiva la creación de palabras femeninas. Y de hecho, como han resaltado todos los lingüistas, algunos de esos femeninos que, desde hace unos años, designan realmente lo que nombran (alcaldesa, jueza, presidenta) eran tradicionalmente palabras derivadas para aludir a la esposa del correspondiente masculino.

Otra de las quejas del feminismo tiene que ver con la concordancia en masculino de dos o más sustantivos o pronombres de distinto género, pero igualmente los lingüistas responden con un estudio detallado de las distintas clases de concordancia, que demuestra que, de las al menos tres existentes, el masculino prevalece solo en una de ellas, aunque hay que reconocer que es la más frecuente.³⁰ Lo relevante, por tanto, a juicio de aquellos, es que la realización de una concordancia u otra no depende del sexo, sino de la construcción sintáctica y del orden de las palabras, lo que demostraría, una vez más, que la lengua española no es en sí misma sexista.

Pero sin duda uno de los rasgos del español que más enerva a los movimientos feministas es el masculino genérico. Oposición esta que tampoco es del todo compartida por los lingüistas al tratarse de palabras con dos acepciones, una específica, referida a varón, y otra genérica o extensiva, que, en situaciones y contextos apropiados, es inclusiva de varones y mujeres en condiciones de igualdad.³¹ En opinión de los lingüistas, el valor genérico que se atribuye al masculino es precisamente «la válvula de escape a

²⁸ Vuélvase sobre GARCÍA MESEGUER (1994: p. 112), de quien me atrevo a transcribir alguno de sus muchos ejemplos, que permiten visualizar lo que se afirma. La frase «Se sintió engañado y en consecuencia decidió tratarla con desprecio» tenderá a ser interpretada como referida a «varón-mujer» y no será habitual que el oyente imagine, a priori, otros posibles pares de referentes como «pueblo-clase política»; «equipo-directiva»; «sindicato-patronal» o «amigo-pareja». La afirmación «Todas eran tontas» puede referirse a personas, víctimas, criaturas, estrellas de cine, figuras de la canción... y no a mujeres.

²⁹ GARCÍA MESEGUER (1994: p. 159). Vid. también MAÑERU (1991: pp. 315 y 316).

³⁰ Nos referimos a la concordancia del tipo «Su primo, Carmen y ella no estaban invitados», frente a otras en las que sí prevalece el femenino como en «Diez mujeres y algunas niñas, el pueblo entero, estaban aterradas [y no aterrado]»; en «Las niñas y niños de este lado deben avanzar al frente» [en lugar de los niñas y niños]; o en las del tipo «Muchas mujeres y ancianos perecieron» [que no muchos mujeres y ancianos]. Tomo los ejemplos de MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 110).

³¹ En palabras de PORTO DAPENA (1999: p. 10), se trata, en este caso, de una neutralización hiperonímica puesto que viene representada por la forma menos caracterizada semánticamente, el masculino, que actúa como un verdadero hiperónimo, esto es, no como indicador del sexo macho, sino de macho y hembra a la vez o, si se prefiere, de ninguno de los dos.

la imposición morfológica del género, y recurrimos espontáneamente a él cuando la diferenciación sexual no es relevante para el sentido de la frase o el enunciado». ³² De hecho, para MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 116), cuantos más masculinos vayan feminizándose, más habrá que recurrir al masculino genérico cuando se desconozca el sexo de la realidad que pretenda designarse. A mayor abundamiento, insiste el autor en que «la constatación de que, en el español, además de un masculino genérico, hay un número (el singular), una persona (la tercera), un tiempo (el presente), un modo (el indicativo) y un aspecto (el imperfectivo), igualmente genéricos, debería llevar a absolver al género masculino de todo androcentrismo atávico».

3. PONDERACIÓN DE LAS DISTINTAS HERRAMIENTAS PARA COMBATIR EL SEXISMO LINGÜÍSTICO

Para combatir el sexismo en el lenguaje y, por tanto, para visibilizar a las mujeres en el discurso, hay diversas fórmulas. Por una parte y como ya ha sido indicado, el sexismo léxico puede evitarse mediante la sustitución de la palabra en cuestión por otra sinónima o por el uso de perífrasis. ³³ Por otra parte, en cuanto a la utilización del doble género y del género común, GARCÍA MESEGUER (1994: p. 159) recomienda seguir la táctica de emplear profusamente el masculino específico (por ejemplo, francés varón, profesor varón...) y, sobre todo, no emplear el masculino a secas como sinónimo del específico, salvo que vaya acompañado del femenino. ³⁴

La corriente que sostiene que el lenguaje sexista abusa del masculino genérico considera que se puede evitar no sólo con desdoblamientos, del tipo los alumnos y las alumnas, y combinando en ellos el orden de aparición de los términos masculino y femenino, sino usando otras muchas fórmulas. Se han sugerido: el uso de la barra oblicua (presidentes/as) o de la arroba (aquell@s niñ@s); la suplantación del masculino genérico mediante nombres colectivos (el profesorado en vez de los profesores); el empleo de perífrasis (la persona interesada en vez de el interesado); la omisión del sujeto; la creación de neologismos para cubrir vacíos léxicos existentes (como para designar el ejercicio por una mujer de profesiones tradicionalmente reservadas a varones); la omisión de determinantes o el empleo de determinantes sin marca de género (cada contribuyente en lugar de los contribuyentes); la utilización de estructuras con «se»; o bien el uso de formas personales genéricas o formas no personales de los verbos («es preciso atender más» por «es preciso que el alumno atienda más»). ³⁵ El inconveniente de casi todas estas fórmulas es que, muchas veces, atentan contra el principio de economía del lenguaje, que, se quiera o no, inspira casi siempre los usos de los hablantes con la dificultad, por tanto, de que arraiguen en estos.

GARCÍA MESEGUER (1994: p. 246) sostuvo que la duplicación del estilo «profesores y profesoras» podía defenderse únicamente como táctica provisional de lucha con-

³² MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 116).

³³ Cfr. FERNÁNDEZ LAGUNILLA (1991: p. 322). En palabras de MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 112), es el recurso a la traducción intralingüística, según la cual una lengua siempre proporciona a sus usuarios varias formas de referirse a una misma realidad.

³⁴ A dicha recomendación, se sumaron CATALÁ GONZÁLVEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: pp. 22 y 23).

³⁵ Entre quienes proponen y sistematizan las distintas herramientas, cfr. ERRAZU COLÁS (1995: pp. 7-24), CASTRO VÁZQUEZ (2009: pp. 5 y ss), IAM y UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (2009: pp. 17-23), PÉREZ BELCHÍ (2010: pp. 62-65), y un sinfín de guías de uso no sexista [entre otras, pueden citarse INSTITUTO VASCO DE LA MUJER (1988: pp. 18-24); MEDINA GUERRA (2002: pp. 36 y ss); UNED (pp. 4-12) o Universidad de Murcia (2011: pp. 4-10)], contra las que, por cierto, reacciona el informe de la RAE redactado por BOSQUE (2012).

tra el sexismo para hacer patente a la mujer en aquellos ambientes donde sea conveniente,³⁶ pero que, en el fondo, al identificar el masculino asimétrico «profesores» con el masculino específico «profesores varones», estaría abonando la tesis que se desea combatir. Como táctica alternativa «de choque», sugería la duplicación mediante el empleo de términos semánticamente simétricos como «profesores varones y profesoras» y «alumnas y alumnos varones». No obstante, el citado autor reitera que la duplicación de género va contra el principio de economía lingüística (piénsese que el desdoblamiento de la palabra principal debería repetirse en las concordantes con ella -los alumnos y las alumnas evaluados y evaluadas positivamente...-), por lo que aconseja un uso mesurado dado que, a la larga, sus posibilidades de arraigo en el habla son escasas. Incluso entre los partidarios de una feminización del lenguaje, hay opiniones contrarias al desdoblamiento a toda costa, sugiriendo, por ejemplo, que solo se use con los sustantivos para no alargar en exceso los textos.³⁷ El doblete se ha venido usando tradicionalmente cuando el enunciado implica una comparación³⁸ e incluso la RAE reconoce que, en ciertos contextos, resulta imprescindible,³⁹ pero la duplicación típica del lenguaje no sexista es claramente superflua respecto de lo que se trata de comunicar e, incluso, puede llegar a visibilizar a la mujer en sentido discriminatorio.⁴⁰

Respecto del uso de la barra oblicua o de la arroba, además de resultar «antiortográfico» y abocar a rarezas al tener que pronunciarlo por corresponder al nivel puramente gráfico,⁴¹ tiene muchas limitaciones, como las referidas a sustantivos y adjetivos que no lo admiten por no terminar en -o (jefe, príncipe, locutor...) o al artículo singular.⁴² Por ello, quizás, su utilización se ha visto reducida al lenguaje publicitario mientras que, en los documentos públicos (salvo en el caso de formularios), puede llegar a considerarse una falta de respeto al ciudadano.

En cuanto al empleo de palabras colectivas, los problemas derivan de que no siempre existe un colectivo que recoja el valor del doblete («la infancia» no significa lo mismo que «niños y niñas») y de que, por definición, el sustantivo colectivo pretende significar totalidad por lo que no cubriría todos los casos demandados por el hablante («mis tres vecinos» puede sustituirse por «mis dos vecinas y un vecino mío», pero no por «mi vecindario»). Además, el empleo de sustantivos colectivos iría en una dirección distinta al desdoblamiento puesto que, si los primeros designan a ambos sexos, pero ocultándolos (el alumnado), la segunda técnica sí logra hacer visible a ambos (los alumnos y las alumnas).⁴³ En definitiva, que la sustitución del masculino genérico o de

³⁶ De presión doblatista ejercida desde las guías de uso no sexista, llegó a hablar MARTÍNEZ ROCA (2012).

³⁷ Vid. PÉREZ BELCHÍ (2010: p. 14).

³⁸ Del tipo «a comienzos del siglo XXI, todavía hay una diferencia salarial entre hombres y mujeres».

³⁹ Como subrayó, en su Informe, BOSQUE (2012: p. 5), pueden consultarse los ejemplos de la RAE (2009: apartado 2.2), como el de «No tiene hermanos ni hermanas».

⁴⁰ MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 141) lo ejemplifica con frases del tipo «Detenidas varias sanitarias y sanitarios por asesinar enfermos tras el Katrina».

⁴¹ Vid. la crítica realizada por PORTO DAPENA (1999: pp. 12 y 13), que no duda en hablar de «género arroba», «género barra» o «género de síndrome antimachista».

⁴² Sobre el particular, vid. MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 83 y de nuevo en pp. 136-137).

⁴³ Esas tres críticas son las que formula MARTÍNEZ GARCÍA (2008: pp. 84 y 85, que luego desarrolla en pp. 145-148).

un doblete de género por un sustantivo colectivo solo resulta posible en ciertos casos, pero en otros muchos se demuestra totalmente inconveniente.⁴⁴

Sea como fuere, los lingüistas defienden que el masculino genérico es indiferente al sexo, que la terminación en -o no lo marca y que, por ejemplo, «el alumno» genérico se pone en las mismas condiciones morfológicas que «el alumnado». «El estigma de incorrecto y machista que se pone al masculino genérico es un puro prejuicio arbitrario y subjetivo, sin fundamento en la lengua» como muestra que se juzguen formas «excluyentes de la mujer» tanto sustantivos que tienen género variable (amigos, expertos) como los que lo tienen indiferente (testigos, guías) cuando en ninguno de ellos el género se refiere al sexo.⁴⁵ En muchos casos, es el contexto mental del oyente el que, pudiendo dar a lo que escucha varios significados, selecciona uno en concreto que luego resulta hay que desechar cuando se conoce la realidad que pretendía designarse. Una interpretación nada prejuiciada del masculino genérico es la que no excluye a las mujeres y que solo efectúa una lectura de que los aludidos sean exclusivamente hombres por los detalles contextuales o por la información que tenga de la situación real. La pretendida discriminación del masculino genérico ha sido tachada de «mera impresión psicológica», tan llena de prejuicios como la alternativa recomendada -el empleo de colectivos-, que «tampoco visibilizan en absoluto a la mujer».⁴⁶ Sostienen que, paradójicamente, el masculino genérico pasa a interpretarse como referido sólo a varones cuando, al lado, se le pone la forma femenina pues, hasta ese momento, un oyente sin prejuicios, no habría tenido que hacer dicha interpretación. A su juicio, si centramos el problema de la presencia de las mujeres en pie de igualdad en los usos lingüísticos, se hace necesario que las mujeres tomen una posición neutra en los discursos, apropiándose de los genéricos y marcando el género gramatical masculino con la aposición varón cuando sea pertinente comunicativamente.⁴⁷

Respecto de otras de las herramientas enunciadas, en general, se ha recurrido escasamente al artículo como forma de asignar el femenino a sustantivos históricamente empleados solo como masculinos, pero que en realidad son sustantivos comunes y que no marcan género. A juicio de MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 103), la pobre utilización de este recurso de feminización se debería a la inclinación del lenguaje de género y de quienes abanderan la lucha feminista hacia el léxico, en lugar de hacia la sintaxis, y a su apuesta por la visibilización de la mujer. El autor concluye que la feminización mediante el artículo es una vía menos llamativa si se quiere, pero más natural y más eficaz de adaptación de la lengua a la realidad social.

Como reflexión final, llama la atención que se use, en un discurso o texto, una de las herramientas anteriores típicas del lenguaje de género, pero de modo poco coherente porque, por ejemplo, se apueste por el doblete, pero no se emplee a lo largo de todo el texto o se duplique el sustantivo y no se desdoblén los adjetivos y resto de

⁴⁴ Expresiones sin duda estrafalarias son las que pone como ejemplo MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 149): «Los licenciados y las licenciadas no encuentran trabajo cualificado» (pues no puede decirse «La licenciatura no encuentra trabajo cualificado»); «He quedado con una pareja de amigos» (que no «He quedado con una pareja de amistades»); «Tú conoces al padre de ambos alumnos» (y no «Tú conoces al padre del alumnado»).

⁴⁵ Vuélvase sobre MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 120).

⁴⁶ MARTÍNEZ GARCÍA (ibidem: p. 120).

⁴⁷ Véase CATALÁ GONZÁLEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: pp. 29 y 30).

palabras concordantes.⁴⁸ «La utilización exhaustiva, sistemática y consecuente de los dobles para evitar los masculinos genéricos es tan rara que no se documenta en textos que superen las tres o cuatro líneas» más que, si acaso, en normas cuya lectura se hace insoportable.⁴⁹

Si, hasta la fecha, la repercusión del lenguaje de género ha sido nula en la lengua hablada en la calle, por el contrario sí ha arraigado en el lenguaje político y administrativo hasta surgir lo que algún autor ha denominado «oficialés» como lenguaje oficial, producto de un ejercicio de la tan traída corrección política. No obstante, algunos de los materiales que maneja resultan, sin duda, aprovechables.

III. HACIA UN LENGUAJE LEGAL NO SEXISTA

1. LEGISLACIÓN QUE PROPUGNA LA ABOLICIÓN DEL SEXISMO EN EL LENGUAJE

La preocupación por la erradicación de los usos sexistas en el lenguaje de las normas no ha entrado en la agenda política hasta bien recientemente. Basta una mera lectura de los manuales al uso, de hace unos años, sobre el lenguaje jurídico para comprobarlo.⁵⁰ Sin embargo, desde finales de la década de los ochenta, se ha venido acordando, en instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, la necesidad de utilizar un lenguaje no sexista por parte de los poderes públicos y de las distintas Administraciones. En el ámbito internacional, destacan las Resoluciones de la Conferencia General de la UNESCO 14.1 de 1987,⁵¹ y 109 de 1989.⁵² A nivel europeo, cabe destacar la Recomendación aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de febrero de 1990,⁵³ así como que una de las seis áreas de acción de las

⁴⁸ MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 141) cita como ejemplo de incoherencia el art. 143.4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía cuando dice «4. El Fiscal o la Fiscal Superior es el Fiscal Jefe o la Fiscal Jefa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, representa al Ministerio Fiscal en Andalucía, y será designado en los términos previstos en su estatuto orgánico y tendrá las funciones establecidas en el mismo» (cursiva nuestra).

⁴⁹ La cita entrecorrida corresponde a MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 142). Como ejemplo, puede citarse el artículo 13 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, que la modifica:

«Artículo 13. Órganos de gobierno y representación de las universidades públicas

Los estatutos de las universidades públicas establecerán, al menos, los siguientes órganos:

a) Colegiados: Consejo Social, Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Juntas de Escuela y Facultad y Consejos de Departamento.

b) Unipersonales: Rector o Rectora, Vicerrectores o Vicerrectoras, Secretario o Secretaria General, Gerente, Decanos o Decanas de Facultades, Directores o Directoras de Escuelas, de Departamentos y de Institutos Universitarios de Investigación».

⁵⁰ Por todos, no hay atisbo de referencias al tema, por ejemplo, en MARTÍN MARTÍN (1991).

⁵¹ Aprobada en su XXIV reunión, insta, en el apartado 1 del párrafo segundo a «adoptar, en la redacción de todos los documentos de trabajo de la Organización, una política encaminada a evitar, en la medida de lo posible, el empleo de términos que se refieren explícita o implícitamente a un solo sexo, salvo si se trata de medidas positivas en favor de la mujer».

⁵² Aprobada en su XXV reunión, invita al Director General, en el párrafo tercero de su parte dispositiva, a: «b) seguir elaborando directrices sobre el empleo de un vocabulario que se refiera explícitamente a la mujer, y promover su utilización en los Estados Miembros; y c) velar por el respeto de esas directrices en todas las comunicaciones, publicaciones y documentos de la Organización».

⁵³ Basándose en la Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres que aprobó el 16 de noviembre de 1988, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros, «Que fomenten el empleo de un lenguaje que refleje el principio de igualdad entre hombre y mujer y, con tal objeto, que adopten cualquier medida que consideren útil para ello: 1. Promover la utilización, en la medida de lo posible, de un lenguaje no sexista que tenga en cuenta la presencia, la situación y el papel de la mujer en la sociedad, tal como ocurre con el hombre en la práctica lingüística actual; 2. Hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos; 3. Fomentar la utilización de un lenguaje libre de sexismo en los medios de comunicación.»

políticas de igualdad entre hombres y mujeres de la Unión Europea sea la eliminación de los estereotipos sexistas, en la que cabría englobar, desde luego, la promoción del empleo de un lenguaje no sexista.⁵⁴ Ya en el plano interno, tras la pionera Orden de 22 de marzo de 1995, del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se adecuó la denominación de los títulos académicos oficiales a la condición masculina o femenina de quienes los obtienen, ha sido el artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el que, en su apartado 11, estableció, entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos, «la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas».

2. DIRECTRICES DE TÉCNICA NORMATIVA Y LENGUAJE NO SEXISTA

Partiendo de la consideración del lenguaje jurídico como un tecnolecto o, lo que es lo mismo, como un lenguaje técnico o de especialidad, es obvio que no se presenta en estado puro, sino rodeado de materiales que le proporciona la lengua común. Estos se combinan con un léxico peculiar y con un uso abundante de formas gramaticales propias (algunas un tanto arcaicas) para dar lugar, a su vez, a distintas manifestaciones, entre las que pueden destacarse el lenguaje de las normas o el de los escritos y comunicaciones de la Administración.⁵⁵ Con razón se ha dicho que, en el lenguaje legal, es inevitable contar con un cierto nivel de incomprensión por parte de la ciudadanía en general debido, básicamente, al vocabulario especializado,⁵⁶ pero ello no obsta para reclamar, como hacen nuestras Directrices de Técnica Normativa (aprobadas por el Estado en 2005),⁵⁷ un «lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible» (apartado IV, directriz 101), de cara a que las relaciones entre la Administración y los ciudadanos sean más fluidas y seguras. Si se nos permite el símil, la claridad en este ámbito sería a la igualdad lo que la precisión del lenguaje, a la seguridad jurídica.

Las Directrices puntualizan el significado de esos criterios lingüísticos. De hecho, se señala que las normas jurídicas habrán de utilizar un léxico común, nunca vulgar, que recurra a los tecnicismos únicamente cuando sea imprescindible y acompañados de las descripciones que los aclaren, así como que evite los extranjerismos, el hipérbaton, las perífrasis y cuantos elementos compliquen o recarguen innecesariamente la redacción (la inteligibilidad ha de primar sobre la seguridad jurídica, pero sin llegar a amenazarla).⁵⁸ Esto último nos conduce a un tercer principio, el de economía en el lenguaje, que no sólo se traduce en la brevedad en la redacción y en la ordenación lógica de las ideas, sino que implica sencillez de formas, al servicio de la cual la directriz 102 prescribe la observancia de las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española (RAE).⁵⁹

Especial preocupación despierta no sólo en los lingüistas, sino también en los juristas el necesario afán por conseguir un lenguaje jurídico que visibilice a la mujer,

⁵⁴ Como destaca MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2012: p. 53).

⁵⁵ Cfr. PRIETO DE PEDRO y ABRIL CURTO (1987: pp. 16 y ss), así como MARTÍNEZ BARGUEÑO (1991: pp. 219-221).

⁵⁶ MARTÍNEZ BARGUEÑO (ibídem: p. 222) y MESTRES I SERRA (1991: p. 21).

⁵⁷ Sobre el origen, contenido, naturaleza jurídica y alcance de este documento, baste remitirse ahora a GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (2011: pp. 46 y ss).

⁵⁸ Vuélvase sobre PRIETO DE PEDRO y ABRIL CURTO (1987: p. 26).

⁵⁹ A propósito de las reglas de técnica legislativa sobre el lenguaje, vid. el magistral estudio de GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (2011: en especial, pp. 155-169).

pero advierten de que ello no debe implicar alejarlo más de lo que está del lenguaje común.⁶⁰ En particular, para hacer visibles a las mujeres en el lenguaje de las normas, pueden barajarse las mismas herramientas que hemos enumerado más arriba, pero hay que insistir en ponderar las ventajas y los inconvenientes de cada una de ellas a la luz de las particularidades del tecnolecto jurídico. En general, pocas son las voces partidarias de utilizar los dobles en los textos normativos para no hacer incomprensibles o farragosos los mandatos que encierran. MESTRES I SERRA (1991: pp. 26 y 27), por ejemplo, se mostró partidario, en su caso, de duplicar los sustantivos, pero de dejar invariables los determinantes,⁶¹ y otro tanto es lo que propusieron los Servicios de Asesoramiento Lingüístico del Parlamento de Cataluña (2010: p. 5).

Sin embargo, son más los que prefieren el uso de otros recursos de los referidos, como el empleo de nombres colectivos, de perífrasis o de formas impersonales de los verbos siempre que no se pierda precisión en el lenguaje jurídico y el contexto lo permita. Respecto de la barra oblicua indicativa de la alternancia de géneros, no tiene cabida en las leyes y reglamentos salvo, si cabe, para las tablas de correspondencias o las listas de equivalencias que puedan aparecer en anexos de los textos normativos.

Si atendemos a la práctica cotidiana, a la realidad de los cientos de normas que se aprueban cada día en nuestro país, los resultados son bien dispares. Desde que la Ley 30/2003, de 13 de octubre,⁶² impusiera la obligación de que los anteproyectos de ley y los reglamentos estatales fueran acompañados, entre otros informes, por uno que valorara el impacto de género de dichas disposiciones normativas, en algunos casos se opta ya, en esa fase de iniciativa, por emplear un lenguaje pretendidamente no sexista.⁶³ En otros supuestos, es durante la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas cuando se plantea la conveniencia de eliminar los usos sexistas de los enunciados lingüísticos.⁶⁴

Pero si no hay uniformidad en el momento de adoptar o no un lenguaje que no invisibilice a las mujeres, tampoco la hay sobre las fórmulas para lograrlo cuando eso se plantea como un objetivo político o técnico por el redactor de la norma. Efectivamente, hay instituciones (Parlamentos de Asturias, La Rioja, Cantabria...) que no tienen ningún criterio preestablecido y que, atendiendo a la gramática de la RAE, siguen utilizando el masculino como género no marcado porque entienden que no resulta

⁶⁰ Lo resume BOSQUE (2012: p. 7), en el Informe de la RAE, afirmando que «a los tan denostados eufemismos de los políticos y los economistas, que enmascaran o edulcoran, como sabemos, tantos aspectos de la realidad, parece que ha de agregarse ahora un nuevo código artificial, ajeno al lenguaje común, constituido por nuevos circunloquios, restringidos -como antes- al mundo oficial».

⁶¹ Mientras que en formularios, convocatorias de oposiciones y otros, no duda en reclamar como imprescindible la duplicación (p. 27).

⁶² Sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, que dio nueva redacción a los artículos 22.2 y 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁶³ También es así en algunas Comunidades Autónomas como Galicia en que, desde 2007, el informe de impacto de género que elabora el Servicio de Igualdad de la Xunta para toda iniciativa legislativa, normaliza también el lenguaje no sexista.

⁶⁴ A título de ejemplo, véanse las enmiendas núm. 1, del G.P. Chunta Aragonesista, y núm. 2, conjunta de los GG.PP. Socialista y del Partido Aragonés al Proyecto de Ley de Juventud de Aragón (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón -BOCA- núm. 261, de 25 de octubre de 2006. Con ambas enmiendas, como refleja el Informe de la Ponencia publicado en el BOCA núm. 303, de 8 de marzo de 2007, se acordó, con el voto favorable de los GG.PP. Socialista, Chunta Aragonesista, del Partido Aragonés y Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), y la abstención del G.P. Popular, «un texto transaccional consistente en sustituir las denominaciones exclusivamente masculinas que empleaba el Proyecto de Ley como «los jóvenes» por otras que incluyan tanto a hombres como a mujeres, acordándose asimismo que la incorporación de las nuevas expresiones al articulado se haga, paulatinamente, al mismo ritmo en que se estudian las enmiendas en cada sesión a fin de que la Ponencia pueda ir valorando la redacción más adecuada en cada caso».

discriminatorio y que favorece la legibilidad de los textos. Otras, como el indicado caso del Parlamento de Cataluña,⁶⁵ pero también el Parlamento de las Islas Baleares⁶⁶ o el del País Vasco,⁶⁷ por ejemplo, abogan por recurrir a varias de las herramientas de uso no sexista del lenguajes de forma combinada (incluida la duplicación), debiendo insistirse aquí en que, en tales casos, cuando se adopte una solución, se habrá de ser sistemático a lo largo de todo el articulado para no favorecer la ambigüedad.⁶⁸ Aún encontramos un tercer modelo, como el que representan las Cortes de Aragón, en que se viene optando, últimamente, tras tantear otras vías, por una fórmula general de advertencia de que las menciones en masculino del articulado deben entenderse referidas también a su correspondiente femenino,⁶⁹ fórmula esta, sin embargo, que fue expresamente descartada y admitida solo de manera excepcional por el ya citado Informe de los Servicios de Asesoramiento Lingüístico del Parlamento de Cataluña (2010: p. 6).

En cualquier caso, es urgente la aprobación de criterios homogéneos sobre el particular, incorporando el tratamiento del lenguaje no sexista a los manuales de estilo y las directrices de técnica normativa existentes en nuestro país,⁷⁰ a fin de que las múltiples plumas normativas que tiene el Estado⁷¹ sepan a qué atenerse cuando, de

⁶⁵ Como muestra, el artículo 8.1 de la Ley 34/2010, de 1 de octubre, de regulación de las fiestas tradicionales con toros (DOGC 8 octubre 2010), prescribe que: «1. El veterinario o veterinaria a que hace referencia el artículo 6.1.i) debe levantar acta antes del inicio del espectáculo, en la cual debe identificar a los animales, dar los resultados de su inspección y declarar no útiles para el espectáculo los que no cumplan las garantías establecidas [...] (cursiva nuestra).

⁶⁶ Sin ir más lejos, el artículo 2 de la Ley 2/2012, de 4 de abril, de apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa (BOIB 14 abril 2012), bajo la rúbrica Destinatarios y destinatarias, reza: «1. Son destinatarios y destinatarias de esta ley los emprendedores y las emprendedoras y las micro, pequeñas y medianas empresas».

⁶⁷ Por ejemplo, véanse los siguientes artículos de la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi (BOPV 6 julio 2012), en los que destacamos en cursiva las expresiones no sexistas. Artículo 20.4: «La oferta formativa de la Academia Vasca de Policía y Emergencias tendrá en cuenta a los colectivos siguientes: a) El personal de los cuerpos de la Policía del País Vasco, así como los vigilantes municipales o agentes de movilidad dependientes de los municipios.

b) El personal de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamento.

c) El personal propio de los servicios de emergencias y protección civil y de los centros de coordinación de emergencias.

d) Las autoridades y otras personas de elección pública responsables de la seguridad pública, la gestión de emergencias y la protección civil.

e) El personal sanitario, de servicios forestales o de otros servicios públicos cuyas funciones guarden relación con la protección de personas y bienes en situaciones de emergencias y protección civil.

f) El personal de seguridad privada, singularmente quienes estén ocupados en tareas de vigilancia y protección a las que se refieren los artículos 52, 53 y 54 de esta ley.

g) Otros profesionales cuya actividad incida en el ámbito de la seguridad pública o privada, la gestión de emergencias o la protección civil.

h) Los voluntarios y otros agentes colaboradores de la protección civil y la atención a emergencias, así como, en su caso, la ciudadanía en general.»

Artículo 25.1: «1.- El Consejo Rector estará integrado por los siguientes miembros:

a) Presidente o presidenta: el consejero o consejera del departamento competente en seguridad pública, al que corresponde promover la adecuación de la academia a las directrices de planificación y política general del Gobierno y del departamento competente en seguridad pública, y ejercer la alta dirección e inspección de la academia.

b) Vicepresidente o vicepresidenta: el viceconsejero o viceconsejera que designe el titular del departamento competente en seguridad pública en atención a sus competencias en seguridad. Le corresponde sustituir al presidente en caso de ausencia, enfermedad y cualquier otra circunstancia que le impida ejercer sus funciones [...]».

⁶⁸ Como advierte MEDINA GUERRA (2002: p. 74).

⁶⁹ A título de ejemplo, la disposición adicional cuarta de la Ley 8/2012, de 13 de diciembre, de autoridad del profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón, dice:

«Cuarta.- Términos genéricos.

Las menciones genéricas en masculino que aparecen en el articulado de la presente ley se entenderán referidas también a su correspondiente femenino».

⁷⁰ De la aprobación de documentos de directrices de técnica normativa por las Comunidades Autónomas, da cuenta también GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2011: p. 47).

⁷¹ En expresión que tomo de Prieto de Pedro y ABRIL CURTO (1987: p. 28).

cualquier modo, participan en el procedimiento de elaboración y redacción de leyes y reglamentos. Repárese en que, por todo lo dicho a lo largo del presente trabajo, no abogamos aquí porque dichos manuales y directrices internalicen sin más el denominado lenguaje de género, sino porque se incorpore a los mismos una reflexión acerca de los usos lingüísticos no sexistas de leyes y reglamentos y se faciliten criterios para eliminar las formas de sexismo que realmente sean tales e incorporar algunas de las herramientas de visibilización de la mujer que, sin pérdida de carga semántica, sean compatibles con los principios de claridad, economía y precisión que, indudablemente, deben presidir el lenguaje jurídico. Como decían PRIETO DE PEDRO y ABRIL CURTO (1987: p. 28), todos los que participan en la redacción de normas han de convencerse de la importancia que tiene el lenguaje que incorporen a sus textos en la realización del valor democrático y del Estado de Cultura. Estos, entre otras, proscriben las formas humillantes o sexistas, pero, obviamente, también las ininteligibles o eufemísticas.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

GARCÍA MESEGUER (1994: p. 241) concluyó, hace casi dos décadas, que el género gramatical es una marca de concordancia entre palabras y que sólo nuestra cultura patriarcal nos ha venido inculcando desde niños la falsa idea de que los géneros gramaticales se corresponden con los sexos, consiguiendo «disfrazar la debilidad del varón, identificándolo con la fortaleza del género masculino», así como «ocultar la fortaleza de la mujer, identificándola con la debilidad del género femenino». «Desde el punto de vista del sexismo lingüístico, la cultura patriarcal es culpable y la lengua es inocente» aunque estamos obligados a reflexionar sobre el uso que hacemos de la misma. Las reglas de la lengua española relativas al género gramatical, en sí mismas, no discriminan por sexo. El no paralelismo de los géneros gramaticales no impide una simetría discursiva de mujeres y varones, lo que equivale a decir que son posibles los usos no sexistas.⁷² Creer lo contrario supone confundir el género con el sexo. En los sustantivos de doble forma, la oposición femenino-masculino no se corresponde con la oposición mujer-varón, sino con la oposición mujer-persona. Por su parte, en las palabras de forma única, el género gramatical no tiene valor semántico.

Es más, GARCÍA MESEGUER (1994: p. 246) llega a afirmar que, desde el punto de vista de la lucha antisexista, las lenguas en las que existe el género gramatical (como el español) ofrecen mayores posibilidades que las lenguas sin género y con marcas de sexo (como el inglés, por ejemplo). «Lo recomendable es hilvanar el discurso de tal modo que, por un lado, se haga patente a la mujer, y, por otro, no se fuercen las leyes de la lengua».⁷³ Sin embargo, el masculino genérico resulta irrenunciable en algunas ocasiones aunque, en otras, pueda sustituirse sin pérdida de carga semántica por un sustantivo colectivo o pueda recurrirse a la duplicación.

Así las cosas, la dificultad reside en encontrar un adecuado equilibrio entre la justa demanda de visibilización de las mujeres en el lenguaje oral y escrito y la necesidad de no violentar las reglas básicas de funcionamiento de la lengua a fin de que las soluciones calen en los hablantes.⁷⁴ Decidir cuál sea la mejor opción en cada caso exige valorar el contexto: tipo de ambiente, grupo social, mentalidad del oyente... y no parece que, sin ir más lejos en el contexto jurídico, la duplicación sea siempre una

⁷² Vuélvase sobre CATALÁ GONZÁLEZ y GARCÍA PASCUAL (1995: p. 29).

⁷³ De nuevo, cfr. GARCÍA MESEGUER (ibídem: p. 247).

⁷⁴ Algo que demandaban los Servicios de Asesoramiento Lingüístico del Parlamento de Cataluña (2010: p. 4).

solución adecuada.⁷⁵ La natural operación de adaptarse a las capacidades lingüísticas y comunicativas del interlocutor no conduce necesariamente a dar por supuesto que nuestro oyente o lector estará aquejado de androcentrismo y, por tanto, a la obligación de adoptar el denominado lenguaje de género. Este tan apenas ha calado en el lenguaje coloquial. No obstante lo cual, se ha de ser sensible a la hora de hablar y, por lo que atañe al objeto de este trabajo, en el momento de la redacción de las normas, se deben evitar las palabras, construcciones y el mayor número posible de interpretaciones machistas en la convicción de que, a través del habla y del lenguaje escrito, transmitimos ideologías que pueden servir para cambiar los valores y relaciones de poder de nuestra sociedad o, por el contrario, para perpetuarlos.⁷⁶

No han faltado las voces que advierten de que la preocupación por lo políticamente correcto se ha convertido, en algunos casos, en una ocultación de la realidad mediante el empleo de un lenguaje eufemístico.⁷⁷ En muchas ocasiones, el empleo de las diversas formas de desdoblamiento (ya sea con barras diagonales, con la arroba o con los dobles), al retardar la lectura, dificultan la interpretación, lo que entraña especial gravedad cuando se trata de mandatos jurídicos. Dicho de otro modo, que los árboles no nos impidan ver el bosque y que no todo quede en el intento de hacer visible a la mujer en nuestros discursos y textos, sino que se luche también por erradicar las diversas manifestaciones de androcentrismo y cambiar de verdad la realidad social. Se pueden cambiar las palabras con más rapidez que las mentalidades, pero no siempre por convicción, sino quizás tan solo para contentar a determinados grupos de presión. El sentido común rechaza que se vea en la lengua el origen de todos los males sin renunciar, por supuesto, a la erradicación de los usos lingüísticos sexistas.

Además, «solo es atribuible a la responsabilidad de la lengua lo que esta impone a los hablantes, ni más ni menos: todo lo demás, aunque se exprese y manifieste a través de ella, debe achacarse al que la usa»,⁷⁸ lo que nos devuelve a la diferenciación entre lengua y habla. O sea, como dice MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 30), que uno es responsable de lo que ha dicho si podía haberlo dicho de otra manera, empleando otras palabras o construyendo la frase de otro modo, pero la lengua es imperativa en el dominio morfológico: no se puede ni obviar las concordancias ni rehuir el llamado masculino genérico. No obstante lo anterior, nos sumamos a la reivindicación del uso de un lenguaje no sexista (que nada tiene que ver con el denominado lenguaje de género), en el sentido que se ha ido viendo a lo largo del presente trabajo, como herramienta para cambiar la mentalidad y como reflejo de que esta va cambiando.

Recordemos, finalmente, que la transformación de una lengua la llevan a cabo los que la usan, y no los medios de comunicación, ni los políticos, ni tan siquiera las Academias.⁷⁹ Estas se limitan a esperar que los usos lingüísticos se hayan generalizado entre los hablantes para, en su caso, darles carta de naturaleza. Solo quien utiliza la lengua puede cambiarla, de ahí la responsabilidad que nos compete a cada uno de nosotros en general, y a los juristas, en particular, por lo que hace al empleo de un lenguaje jurídico no artificial, claro y preciso en aras del capital principio de seguridad jurídica, pero sensible a la no discriminación de las mujeres.

⁷⁵ Vid. MEDINA GUERRA (2002: p. 58).

⁷⁶ Vid. IAM y UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (2009: p. 11).

⁷⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 19) y bibliografía allí citada.

⁷⁸ De nuevo, MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 30).

⁷⁹ Esta es una de las ideas fuerza en las que insiste MARTÍNEZ GARCÍA (2008: p. 30).

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOSQUE, Ignacio (2012): «Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer» (informe suscrito por todos los académicos numerarios y correspondientes que asistieron al Pleno de la Real Academia Española celebrado en Madrid el 1 de marzo de 2012), accesible en [http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000040.nsf/\(voanexos\)/arch50C-5BAE6B25C8BC8C12579B600755DB9/\\$FILE/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer.pdf](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000040.nsf/(voanexos)/arch50C-5BAE6B25C8BC8C12579B600755DB9/$FILE/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer.pdf)

CALERO FERNÁNDEZ, María Ángeles (1999): *Sexismo lingüístico. Análisis y propuestas ante la discriminación sexual en el lenguaje*, Narcea, Madrid.

CASTRO VÁZQUEZ, Olga (2009): «Rebatiendo lo que otros dicen del lenguaje no sexista», accesible en <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1734>

CATALÁ GONZÁLVEZ, Aguas Vivas y GARCÍA PASCUAL, Enriqueta (1995): *Ideología sexista y lenguaje*, Galaxia-Octaedro, Valencia-Barcelona.

ENCABO FERNÁNDEZ, Eduardo (2000): «El lenguaje, elemento configurador de estereotipos sexistas: ¿una cuestión retórica o una diáfana realidad?», en *Interlingüística*, núm. 10, pp. 109-113.

ERRAZU COLÁS, María Ángeles (1995): *Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje*, Instituto Aragonés de la Mujer-Gobierno de Aragón, Zaragoza.

FERNÁNDEZ LAGUNILLA, Marina (1991): «Género y sexo: ¿controversia científica o diálogo de sordos?», en C. BERRIS *et al.* (eds.), *Actas de las VIII Jornadas de Investigación Interdisciplinar. Los estudios sobre la mujer: de la investigación a la docencia*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma, Madrid, pp. 319-327.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2011): *Manual de técnica legislativa*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

GARCÍA MESEGUER, Álvaro (1994): *¿Es sexista la lengua española? Una investigación sobre el género gramatical*, Paidós, 1ª ed., Colección Papeles de Comunicación, núm. 4, Barcelona.

- (2002): «El español, una lengua no sexista», accesible en <http://elies.rediris.es/elies16/Garcia.html>

INSTITUTO ARAGONÉS DE LA MUJER (IAM) y UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (2009): *Manual de buenas prácticas. La perspectiva de género en la docencia universitaria*, Icaria Editorial, Barcelona.

INSTITUTO VASCO DE LA MUJER (1988): «El lenguaje más que palabras. Propuestas para un uso no sexista del lenguaje», Vitoria.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J. (2006): «El lenguaje y la ley», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, pp. 97-110.

LLITERAS POCEL, Margarita (Coord.) (2003): *Lengua y discurso sexista*, Junta de Castilla y León, Valladolid.

MAÑERU, Ana (1991): «El género: ¿accidente gramatical o discriminación no accidental?», en C. BERRIS *et al.* (eds.), *Actas de las VIII Jornadas de Investigación Interdisciplinar. Los estudios sobre la mujer: de la investigación a la docencia*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma, Madrid, pp. 309-317.

MARTÍN MARTÍN, Jacinto (1991): *Normas de uso del lenguaje jurídico*, Comares, Granada.

MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel (1991): «La modernización del lenguaje administrativo», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 250, pp. 217-234.

MARTÍNEZ GARCÍA, José Antonio (2008): *El lenguaje de género y el género lingüístico*, Universidad de Oviedo, Gijón.

MARTÍNEZ ROCA, Ignacio (2012): «A propósito de una polémica lingüística», aparecido en el diario *El País* el 8 de agosto de 2012, de consulta en http://elpais.com/elpais/2012/07/05/opinion/1341512927_393567.html

MEDINA GUERRA, Antonia M. (Coord.) (2002): *Manual de lenguaje administrativo no sexista*, Ayuntamiento de Málaga, Málaga.

MEGIDO, G. A. (2004): «Sobre el lenguaje sexista», accesible en <http://web.educastur.princast.es/ies/pravia/carpetas/polemica/sexismo/sexismo.htm>

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María (2012): «El papel de la Administración y el Derecho Administrativo en materia de igualdad de género», en Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Dir.), *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 23-61.

MESTRES I SERRA, Josep M. (1991): «Les relacions entre l'Administració i l'administrat/ada des del punt de vista del llenguatge administratiu i jurídic», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 15, pp. 21-23.

PARLAMENTO DE CATALUÑA (2010): «Criteris per a evitar usos lingüístics androcèntrics en els textos del Parlament de Catalunya», Serveis d'Assessorament Lingüístic, Barcelona.

PÉREZ BELCHÍ, Azahar (2010), «Uso del lenguaje en los textos de los servicios públicos desde una perspectiva de género (lenguas: español e inglés)», accesible en <http://www.mujeresclaras.es/documents/USODELLENGUAJE.pdf>

PORTO DAPENA, José Álvaro (1999): «Género «arroba», neutralización masculino/femenino y síndrome antimachista», en *Español Actual*, núm. 72, pp. 5-14.

PRIETO DE PEDRO, Jesús y ABRIL CURTO, Gonzalo (1987): «Reflexiones y propuestas para la modernización del lenguaje jurídico-administrativo castellano», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 10, pp. 7-31.

RAE (2009): *Nueva gramática de la lengua española*, Madrid, Espasa.

TOLÍVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (2012): «La Administración educativa y la perspectiva de género», en Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Dir.), *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 309-353.

UNIVERSIDAD DE MURCIA (2011): *Guía de uso no sexista del vocabulario español*, Unidad para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Murcia.

UNED (sin fecha): *Guía de lenguaje no sexista*, Oficina de Igualdad, Madrid.

VIGARA TAUSTE, Ana M. (2008): «Miembra», en *El cajetín de la lengua*, de consulta en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/especulo/cajotin/miembra.html>

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS MIGRANTES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

LUIS JIMENA QUESADA*

* Catedrático de Derecho constitucional (Universitat de València); Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UNA NECESARIA PERSPECTIVA DE GÉNERO, GARANTISTA E INTERNACIONALIZADA

De entrada, merece la pena observar que, pese a los avances producidos en el ordenamiento constitucional español en los últimos años en el contexto de la adopción de leyes de ámbito estatal (especialmente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y autonómico (incluidas las más recientes reformas estatutarias inauguradas con la valenciana mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), que han permitido profundizar en la mayor visibilidad de las mujeres como verdaderas ciudadanas sujetos de derechos, los progresos normativos no han ido acompañados desgraciadamente de una paralela profundización en la praxis.

Desde esta perspectiva, el desfase entre la norma y la realidad resulta especialmente grave en lo atinente a la protección de los derechos de la mujer trabajadora migrante en el ordenamiento constitucional español; un desfase acentuado en el escenario de la crisis económica y financiera actual. Por tal razón, el presente trabajo apunta a reforzar la necesaria perspectiva de género en conjunción con un insoslayable enfoque garantista y una ineludible respuesta internacionalizada que, por lo demás, se imponen de acuerdo con los cánones establecidos en la Constitución española de 1978.

Desde el punto de vista garantista, se trata de combatir ese déficit de protección de la mujer trabajadora migrante ante una realidad de doble (género y origen) e incluso múltiple discriminación (empleos infravalorados, como el servicio doméstico, o el cuidado de niños y niñas y personas mayores y enfermas, etc.). Y, bajo la óptica transnacional, se trata de una temática de inexorable consideración al estar presente el elemento migratorio y de extranjería, debiendo superarse las insuficiencias del marco normativo interno a través de la incorporación de estándares europeos todavía incomprensiblemente no asumidos por España (sobre todo, la Carta Social Europea revisada de 1996 y el procedimiento judicial de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa).

Al hilo de esto último, no parece desacertada la percepción según la cual hemos estado excesivamente enredados en España en un debate político-normativo en el que la posición de la mujer y sus derechos se ha visto desequilibrada en detrimento del principio de indivisibilidad de todos los derechos y libertades, enfocando excesivamente la discusión en torno a la participación en la vida política (incluidas las cuotas electorales) que, sobre ser fundamental, no debía hacer descuidar las otras facetas participativas y la inclusión social en la vida de la comunidad.

Precisamente, entre esas facetas descuidadas debe traerse a colación los derechos laborales y sociales de la mujer trabajadora migrante. En el plano interno, la adopción de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (conocida también como «Ley de servicio doméstico») no parece haber surtido los deseables efectos positivos esperados para las empleadas de hogar en general y para las migrantes en particular; de igual manera, la cobertura financiera sumamente deficitaria de otras Leyes sobre derechos sociales tanto en el

terreno estatal (como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia) como en el autonómico (entre ellas, la Ley valenciana 4/2012, de 15 de octubre, mediante la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana) tampoco ha coadyuvado a mejorar la situación. Y, en el terreno internacional, España sigue teniendo como esenciales asignaturas pendientes, además de la ya citada Carta Social Europea de 1996 y el mecanismo de reclamaciones colectivas, el Convenio nº 189 de la OIT de 2011 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos.

En estas coordenadas, se pretende poner de manifiesto en las líneas que siguen cómo el ordenamiento constitucional español sólo puede estar a la altura de las circunstancias actuales si, partiendo de la imbricación entre la realidad y la norma, se presta la atención debida a los derechos de las trabajadoras migrantes señalando los aspectos deficitarios del escenario real y jurídico (apartado II), se superan las diversas asimetrías y velocidades de estándares normativos nacionales y europeos (apartado III) y se propone consiguientemente de modo constructivo la asunción de los estándares más favorables (apartado IV). Pues, en última instancia, la vulnerabilidad de la mujer trabajadora migrante revela sin lugar a dudas la vulnerabilidad de nuestro ordenamiento constitucional.

II. ATENCIÓN ESPECIAL A LOS DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS MIGRANTES EN EUROPA EN UN ESCENARIO CRÍTICO

Con objeto de hacer ostensibles los déficits que nos acucian tanto en la realidad como en el ámbito jurídico, se revela interesante el diagnóstico ofrecido por la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1811 (2011) sobre «protección de las mujeres inmigrantes en el mercado de trabajo», diagnóstico tanto más preocupante en el ambiente de la crisis actual.

Bajo el ángulo de la realidad, es un hecho que más de la mitad de los 210 millones de migrantes en el mundo y tres cuartas partes de personas refugiadas son mujeres, que representan 52,3% de los 69 millones de migrantes presentes en Europa. La situación constituye una flagrante paradoja, puesto que las mujeres inmigrantes juegan un rol fundamental en el mercado laboral por su contribución a las economías de los países de acogida; sin embargo, se hallan confrontadas a problemas específicos (emigran principalmente por necesidad y dejan a menudo a sus hijas e hijos o, en el caso de emigrar con la familia, asumen doble carga de intenso trabajo fuera y dentro del hogar). Por añadidura, encuentran trabajo en sectores tradicionalmente «atribuidos» a las mujeres, infravalorados y precarios y, cuando se encuentran en situación irregular, todavía son más vulnerables (exposición a violencia de género), una vulnerabilidad aún mayor en el caso de refugiadas y demandantes de asilo, y víctimas de trata de seres humanos acogidas por razones humanitarias.

En estas condiciones, en el plano normativo, y no sólo en el terreno de los discursos y las buenas palabras, la citada Resolución pone el énfasis en la necesidad de promover la integración de las mujeres inmigrantes y su protección en el mercado laboral, para evitar la feminización de la pobreza, la esclavitud doméstica y el riesgo de violencia de género, así como para aumentar las posibilidades de inmigración legal de las mujeres y potenciar las políticas de inmigración basadas en los derechos humanos.

En esta línea, y desde la perspectiva de género, se debe favorecer la autonomía y prevenir la inmigración irregular de mujeres, para evitar la explotación y trata de

seres humanos. Y, a tal efecto, las medidas normativas a escala nacional y europea deben apuntar a: Mejorar la legislación y la política sobre contratación de mujeres inmigrantes (acuerdos de cuotas de 50% mujeres y 50% hombres); aumentar las posibilidades de trabajo legales, más numerosas y diversificadas, a las mujeres inmigrantes; regularizar el servicio doméstico para computarlo como realmente desempeñado por trabajadoras migrantes; incitar a los países de origen (y a los consulados europeos en dichos países) a establecer un sistema de información único y eficaz sobre los empleos en el extranjero; y proteger un catálogo básico de derechos fundamentales de mujeres migrantes (estatuto legal individual o autónomo a aquéllas que se hayan reunido con el cónyuge por reagrupación familiar al cabo de un año; autorizarlas a buscar empleo desde su llegada y seguir formación y cursos de lengua a coste accesible; acceso a aquéllas en situación irregular a la salud, educación y condiciones de trabajo justas, señalando los casos de violencia o explotación sin miedo a ser expulsadas; asistencia apropiada a víctimas de violencia de género -ayuda psicológica, jurídica gratuita, interpretación, etc.; marco legal para conservar documentación, criminalizando la confiscación de documentos).

Además, en el caso específico de los derechos relacionados con las mujeres migrantes en el mercado laboral, la normativa nacional debe acentuar la igualdad de oportunidades para que puedan disfrutar del mismo estatuto que los trabajadores y trabajadoras nacionales (en materia de condiciones de trabajo equitativas y otras condiciones laborales y de acceso a la seguridad social); tiene que introducir procedimientos de reconocimiento de diplomas, títulos y cualificaciones profesionales obtenidos en sus países de origen; ha de ofrecer posibilidades de mejorar esas cualificaciones a través de formación profesional continua y competencias lingüísticas en el país de acogida; y no puede hacer caso omiso de la promoción, a través de ayudas, del espíritu de empresa y el trabajo autónomo de las mujeres inmigrantes.

Ahora bien, esa tarea no radica únicamente en establecimiento de cláusulas normativas, sino en medidas efectivas de garantía (los derechos valen tanto como sus garantías) que prevengan y combatan las prácticas de explotación, a través de: la promoción de empleos decentes, humanos, dignos y convenientemente remunerados; la instauración de sistemas de seguimiento de la situación de las trabajadoras migrantes en materia de salario mínimo, condiciones laborales y aplicación de la reglamentación en materia de salud y seguridad laborales, imponiendo sanciones disuasorias a las agencias de empleo y empleadores infractores; la información a las trabajadoras migrantes sobre las posibilidades de recurso, las organizaciones de defensa de sus derechos, la separación de la inspección laboral de los servicios de inmigración para poder denunciar sin temor a expulsión los casos de abusos, violencia y maltrato (acordando en estos casos el estatuto de «migrante protegida»); el reconocimiento del trabajo doméstico como trabajo en la legislación laboral; y el apoyo al trabajo de las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos de las mujeres migrantes.

Por supuesto, la aplicación práctica de esas medidas normativas no se derivará de la mera adopción de las disposiciones nacionales que incorporen los estándares internacionales, sino asimismo y sobre todo de la voluntad positiva de todos los actores implicados (incluida, obviamente, la de los órganos jurisdiccionales) a la hora de cumplir con esos mandatos. El problema, en España, consiste en que ni siquiera hemos dado (el Ejecutivo y el Legislativo nacionales, se entiende) ese primer paso de incorporación

de algunos estándares internacionales fundamentales en la materia que abordamos, como pasa a analizarse a continuación.

III. LA SUPERACIÓN DE LAS «VARIAS VELOCIDADES» EN EUROPA A LA LUZ DE LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Con objeto de abordar los estándares internacionales de impacto en Europa, y particularmente en España, es preciso poner el acento en la organización paneuropea por excelencia integrada por 47 Estados miembros, el Consejo de Europa. A este respecto, cabe destacar dos instrumentos específicos, a saber: el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante de 1977 y el Convenio Europeo sobre la prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica de 2011. El primero fue ratificado por España en 1980, pero posee un sistema de supervisión «débil», un comité consultivo cuyos informes no son vinculantes; en cuanto al segundo, España lo firmó en mayo de 2011, pero todavía sigue sin ratificarlo, lo cual acredita la insuficiencia del marco establecido mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Con estas premisas, es menester poner el punto de mira en los dos tratados más emblemáticos del Consejo de Europa, esto es, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (modificado por dieciséis Protocolos adicionales, siendo el nº 12 sobre igualdad el más significativo en el terreno que nos ocupa) y la Carta Social Europea (cuyas modificaciones más sobresalientes han sido el Protocolo de 1995 de reclamaciones colectivas y la Carta revisada de 1996), cuya mayor virtualidad radica en los respectivos mecanismos de garantía, que han generado una importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), respectivamente.

Si a la pendiente ratificación del Convenio Europeo contra la violencia doméstica de 2011, unimos la igual asignatura pendiente de ratificación del Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas y de la Carta Social Europea revisada de 1996, el reproche a España resulta inapelable, provocando nuestro país una lamentable asimetría a escala europea (a título de ejemplo, España figura entre los únicos diez países del Consejo de Europa que siguen sin ratificar la Carta Social revisada de 1996, a diferencia de nuestros vecinos Francia, Italia y Portugal, que también han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas). Y no se trata de una cuestión estética, sino de un proceder omisivo que tiene consecuencias negativas para las personas, en este caso para las posibilidades de protección de la mujer trabajadora migrante.

Es sabido que el TEDH, pese a no tener como cometido específico la defensa de los derechos sociales, ha dictado algunas sentencias aisladas de relevancia, ya sea sobre condena de formas de esclavitud moderna que han consistido en tratos inhumanos y degradantes a mujeres trabajadoras migrantes sometidas a condiciones abusivas como empleadas de hogar (por ejemplo, sentencias de 26 de octubre de 2005, caso *Siliadin c. Francia*, o de 7 de enero de 2010, caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*), ya sea sobre condena de casos de violencia machista (por ejemplo, sentencia de 9 de junio de 2009, caso *Opuz c. Turquía*). Ello no obstante, como se indicaba, además del difícil filtro de admisibilidad de las demandas ante el TEDH (en torno al alto porcentaje de 95% son rechazadas), que comporta asimismo la regla del agotamiento de los recursos internos, el Tribunal de Estrasburgo ostenta un mandato limitado por el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos que le ha llevado a ser circunspecto o timorato al

enfrentarse con supuestos de aceptación de trabajos forzados por parte de mujeres: a título de ejemplo, la decisión de inadmisibilidad dictada el 4 de mayo de 2010 en el caso *Schuitemaker c. Países Bajos* (demanda nº 15906/08), con relación a la pérdida de beneficios sociales por rechazo de oferta de empleo. La reflexión es dura, pero necesaria de afrontar a la luz de este último caso: ¿debería una mujer, para no perder un subsidio por desempleo, aceptar una oferta laboral como prostituta si el ejercicio de la prostitución es legal en el país de referencia? En mi opinión, sin paliativos la respuesta debe ser claramente que no, es decir, que esa discutible legalidad en ningún momento debe avalar comportamientos contrarios a la dignidad humana.

Dicho lo cual, debemos volver la mirada a la jurisprudencia más específica del CEDS al interpretar la Carta Social Europea. En este sentido, el procedimiento judicial de reclamaciones colectivas tiene la ventaja de su carácter expeditivo, dado que no debe agotarse la vía judicial previa y la duración media de resolución está en torno a los doce a catorce meses (entre dos y cuatro para la decisión de admisibilidad y entre diez y doce para la decisión de fondo). Y, ciertamente, cuando afrontamos situaciones de claro atentado a la dignidad y de vulnerabilidad (de la mujer trabajadora migrante), los tiempos de resolución son primordiales. Así, el CEDS ha dictado decisiones de gran impacto en el contexto del mecanismo de reclamaciones colectivas (susceptibles de ser formuladas por sindicatos, organizaciones empresariales y organizaciones de la sociedad civil de defensa de los derechos humanos), con creciente impacto en el ámbito interno, como por ejemplo: no estereotipos discriminatorios en libros escolares (Reclamación nº 45/2007, *Interights c. Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009); no supresión de subsidios de desempleo a personas en situación de precariedad (Reclamación nº 48/2008, *European Roma Rights Centre c. Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), o lucha contra propaganda racista frente a personas migrantes (Reclamación nº 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions c. Italia*, decisión de fondo de 25 de junio de 2010).

Lo más relevante, en lo que nos afecta, es lo siguiente: aunque España no pueda ser demandada ante el CEDS a través de una reclamación colectiva (al no haber aceptado por el momento dicho procedimiento), la jurisprudencia elaborada en el marco de dicho mecanismo es trasladable a nuestro país para casos análogos, de modo que las autoridades nacionales (y, sobre todo, los órganos jurisdiccionales españoles) pueden y deben hacer uso de esa jurisprudencia en los asuntos que conozcan (en nuestro caso, de protección de trabajadoras migrantes); así viene impuesto por el mandato aplicativo de los arts. 93-96 y el mandato interpretativo del art. 10.2 de la Constitución española.

En realidad, la Carta Social Europea (incluso la originaria de 1961, ratificada por España en 1980), es el tratado europeo de derechos sociales por excelencia, que incluye asimismo la protección de la mujer trabajadora en general y de la trabajadora migrante en particular. En concreto, el art. 19 de la Carta Social (tanto de la originaria de 1961 como de la revisada de 1996) contiene un «mini-catálogo» específico de derechos sociales de trabajadoras y trabajadores migrantes e integrantes de su familia. Y ese art. 19 ha sido desarrollado por la jurisprudencia del CEDS en ámbitos como la información sobre ofertas de empleo en países de origen y acogida evitando propaganda engañosa sobre migración, remuneración, libertad sindical o reagrupación familiar sin excesiva duración (no más de un año) o sin condicionamiento por origen de ingresos (los derivados de prestaciones de asistencia social no pueden dar lugar a trato discriminatorio).

Por otra parte, el CEDS ha introducido un importante desarrollo jurisprudencial de la prohibición de trabajo forzado en el seno de la familia, subrayando la importancia de dinamizar las sinergias entre los distintos mecanismos garantistas internacionales: así, en su observación interpretativa sobre el art. 1.2 en conexión con el art. 18.3 de la Carta Social [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GeneralIntro2012_fr.pdf, véase en la introducción general de las Conclusiones de 2012, enero 2013], tras apelar a aquellos niveles que hayan introducido estándares favorables (la jurisprudencia del TEDH antes mencionada o el citado Convenio n° 189 de la OIT de 2011 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos) y alertar sobre los riesgos de abusos sobre condiciones laborales (tiempo de trabajo y remuneración), el CEDS exige que las empleadas de hogar de nacionalidad extranjera que sean despedidas u obligadas a cambiar de empleador en supuestos de abusos, no pierdan la residencia por tal motivo en caso de tener una autorización para trabajar vinculada con la autorización para permanecer en el territorio de acogida, debiendo poder seguir disfrutando de la segunda autorización para buscar otro empleo sin perder automáticamente el derecho de estancia.

Profundizando en estos aspectos específicos, la jurisprudencia del CEDS generada en el sistema de informes (el originario establecido en la Carta de 1961 y, por tanto, también aplicable a España) ha desarrollado aspectos tan importantes para la mujer trabajadora en general, y para la migrante en particular, como la inversión de la carga de la prueba en asuntos de discriminación por razón de género, o la obligación de tener en cuenta la comparación no sólo en el seno de la empresa sino incluso entre empresas diferentes a la hora de comprobar que no existe discriminación en materia de remuneración y brecha salarial entre hombres y mujeres. En algunos casos, España ha mejorado su legislación gracias a la condena del CEDS en el contexto del sistema de informes: como ejemplo reciente relativo al ámbito objeto de análisis, cabe mencionar la introducción de pausas de lactancia para empleadas de hogar (mediante Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), exigida por el CEDS.

Por último, cabe observar que esas diferentes «velocidades normativas» entre Estados europeos (como la que padece España en comparación con nuestros países vecinos, según lo reseñado) se produce igualmente como consecuencia de la potencial divergencia o falta de sintonía entre las «dos Europas» (Consejo de Europa y Unión Europea) en el terreno de los derechos sociales y las trabajadoras migrantes. Efectivamente, en la Europa de los Veintisiete (Veintiocho tras la incorporación de Croacia) el déficit de protección ligado a las asimetrías entre el estatuto de ciudadana de la Unión y el estatuto de trabajadora migrante (de tercer país) ha estado presente desde la normativa originaria de los tratados constitutivos (en materia de igual remuneración sin discriminación sexual y beneficios de seguridad social sin discriminación por razón de nacionalidad), hasta la actual configuración de la ciudadanía y la libertad de movimientos tras la vigencia del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009; en este último caso, la paralela vigencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que no introduce ningún mecanismo específico de tutela (es decir, una especie de recurso de amparo ante el TJUE), sólo cabe leerla en sentido positivo si se tiene presente que su catálogo de derechos sociales se ha basado en la Carta Social Europea revisada de 1996 y que su art. 53 impone estar al nivel de protección más elevado.

IV. REFLEXIÓN Y PROPUESTA FINAL: LA NECESARIA MEJORA DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Llegados a este punto, la reflexión final pasa necesariamente por constatar que el ordenamiento constitucional español no se ha visto desarrollado de manera eficaz en materia de protección de trabajadoras migrantes por el mero hecho de la adopción de legislación estatal o autonómica sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), sobre lucha contra la violencia de género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) o sobre regulación del servicio doméstico (Ley 27/2011, de 1 de agosto).

Realmente, la insuficiencia de ese marco normativo no sólo viene tristemente acreditada por su ineficacia en la praxis, sino por el propio reconocimiento implícito de las autoridades españolas al rehusar asumir compromisos internacionales fundamentales, como la Carta Social Europea revisada de 1996, el Protocolo sobre reclamaciones colectivas de 1995, el Convenio Europeo contra la Violencia Doméstica de 2011 o el Convenio nº 189 de la OIT de 2011 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos.

Con semejante filosofía, no cabe sino reprochar esa falta de coherencia y consistencia a las autoridades españolas: el Estado social que se reconoce en el art. 1.1 de la Constitución queda en papel mojado y se perfila inconsecuente con su pertenencia a organizaciones como el Consejo de Europa, cuyos tres pilares, en versión social, son justamente el Estado social, la democracia social y los derechos sociales.

En efecto, en el panorama expuesto, la propuesta final no puede ser sino de lo más sencilla, o sea, que España asuma sin más demora esos compromisos internacionales. Siendo siempre complejo poner etiquetas, lo cierto es que España no está siendo un buen alumno en Europa (que es algo más que la UE y que las medidas de austeridad impuestas a través de la «Troika» -Banco central europeo, Comisión europea y Fondo monetario internacional), pues con su falta de compromiso(s) está forjando unas nocivas asimetrías y «velocidades» en el continente europeo en materia de derechos fundamentales en general, y en el terreno de la protección de la trabajadora migrante en particular.

A mayor abundamiento, en esa misma clave de derechos fundamentales, tal asimetría debe leerse asimismo en términos de incongruencia con la indivisibilidad de todos los derechos y de sus garantías, susceptible de conducir incluso a una perniciosa lectura guiada por una especie de indivisibilidad de problemas sociales (violencia doméstica asociada a servicio doméstico, etc.).

En definitiva, la vulnerabilidad de la mujer trabajadora migrante y de sus derechos tiene su fruto asimismo en esa vulnerabilidad de los instrumentos de derechos sociales, y civiles y políticos, teóricamente orientados a su protección, ya sea por la insuficiencia de la legislación interna, ya sea por la falta de compromiso para asumir obligaciones jurídicas internacionales en ese ámbito. Lo cual, en fin, no revela sino una suerte de cicatera miserabilidad de la estrategia política, una frecuente miserabilidad de la argumentación jurídica y de la reflexión académica (parca y falta de compromiso ético con la defensa de la mujer y de los derechos sociales) y una incomprensible miserabilidad de la acción social de las organizaciones de la sociedad civil a la hora de ser más exigentes con las autoridades competentes.

BIBLIOGRAFÍA

Astola Madariaga, Jasone (2005). «El ejercicio del derecho a la igualdad política de las españolas», en: Vidal Beltrán, José María, y García Herrera, Miguel Ángel (coords.). *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*. Madrid: Colex.

Jimena Quesada, Luis (2011). «Los derechos de las mujeres en la Carta Social Europea», en: Fabregat, Gemma (coord.). *Mujer y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jimena Quesada, Luis (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la protección multinivel de derechos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Parella Rubio, Sònia (2003). *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Rubí (Barcelona), Anthropos Editorial.

Sevilla Merino, Julia (2005). «La perspectiva de género en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana», en: *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 47/48 (p. 287-315). Valencia: Generalitat Valenciana.

Soler Sánchez, Margarita (2012). «La igualdad de las mujeres y hombres en el Estado autonómico: una visión comparada sobre la introducción de la perspectiva de género en los Estatutos de Autonomía», en: Garrido Mayol, Vicente (coord.). *La Solidaridad en el Estado Autonómico*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.

GÉNERO Y CAMBIO CLIMÁTICO:
INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA IGUALDAD
DE MUJERES Y HOMBRES EN RELACIÓN A LA
CRISIS MEDIOAMBIENTAL EN EL CONTEXTO
DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

MAGDALENA LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. GÉNERO Y CAMBIO CLIMÁTICO EN LA UNIÓN EUROPEA

III. GÉNERO Y CAMBIO CLIMÁTICO EN ESPAÑA

IV. REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar que no existe en la actualidad investigación en España sobre género y cambio climático. Las especialistas en género españolas, procedentes de las disciplinas sociales y jurídicas no se han iniciado en esta línea de estudio que está siendo ampliamente explorada por asentados grupos de trabajo en el Reino Unido,¹ en Alemania² y en los Estados Unidos³ desde hace al menos una década. Aquí no se ha investigado sobre cómo afecta la crisis medioambiental generada en las últimas décadas como consecuencia del deterioro del medio ambiente ocasionado por la mano del hombre, a la igualdad de mujeres y hombres. En nuestro país no se han establecido aún conexiones entre la igualdad de mujeres y hombres y el cambio climático ni investigado, más específicamente, sobre cómo afecta el cambio climático a mujeres y hombres y cómo la adopción de decisiones en torno a cómo paliarlo o contrarrestarlo puede tener unas u otras consecuencias según se haga partícipe en esa toma de decisiones a las mujeres, o no.

Es preciso partir de la consideración de que tampoco en lo que respecta a la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático las medidas que se adoptan son neutrales al género. Y decimos tampoco porque este es un argumento que se ha utilizado recurrentemente para defender políticas públicas y normativas que han orillado el incorporar el *mainstreaming* de género.⁴ Tanto en el contexto jurídico y político español como en el de la Unión Europea se ha legislado en este sentido para que las normas jurídicas incorporen la perspectiva de género y sean por tanto comprensivas respecto de las necesidades y prioridades específicas de las mujeres. Más adelante volveremos a este punto.

Se trata también aquí de llamar la atención sobre el tratamiento exclusivamente técnico-físico y/o técnico/jurídico que se viene dando a esta materia en el contexto internacional, como bien reflejan la mayoría de los acuerdos y tratados más relevantes en dicho ámbito. Con ello se ha ignorado la realidad social⁵ sobre la que recaen las medidas que se adopten en el ámbito de la lucha contra el cambio climático, dejando en una situación de alta desprotección a los países en vías de desarrollo que son los que

¹ Respecto del Reino Unido es muy destacable la labor que realiza el Instituto de Estudios sobre el Desarrollo creado en el seno de la Universidad de Sussex. Puede consultarse su actividad y la del grupo de investigadoras específico en Género y Desarrollo denominado BRIDGE en la web: <http://www.ids.ac.uk/about-us>

² Interesa destacar la labor que desarrolla el grupo GENANET (Gender, Umwelt, Nachhaltigkeit: Género, Medio ambiente y Sostenibilidad: <http://www.genanet.de>) con Ulrike Roehr como gerente y como directiva de la plataforma de acción internacional GenderCC/Mujeres por la Justicia Climática: <http://www.gendercc.net>.

³ Son numerosas las referencias posibles; baste citar ahora a la profesora de la Fordham University de Nueva York Sheila FOSTER (2002): «Environmental Justice in an Era of Devolved Collaboration», en *Harvard Environmental Law Review*, vol. 26.

⁴ Sobre el concepto de «*mainstreaming*» de género, véase el interesante artículo de LOMBARDO, E. (2003): «El *mainstreaming*. La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea», en *Aequalitas*, n° 13, págs. 7 a 11.

⁵ PARDO BUENDÍA, M. (2002): «La evolución del impacto ambiental y social para el siglo XXI. Teorías, procesos, metodologías», Editorial Fundamentos. En la pág. 18 y ss afirma esta autora que «los aspectos sociales del cambio climático y, no sólo, los físicos técnicos, son importantes y deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el impacto ambiental».

más van a padecer las consecuencias del cambio climático y, al mismo tiempo, los que menos han influido en que aquél se produzca.

Es evidente que esta materia no ha entrado aún en nuestro país en la agenda de los movimientos feministas que llevan muchas décadas luchando por los derechos civiles y políticos de las mujeres. En España es significativa la trayectoria del reconocimiento de derechos de las mujeres con importantes modificaciones e innovaciones legislativas producidos por el impulso de los movimientos feministas y de mujeres, fundamentalmente a partir de la década de los setenta. En el apartado III de este capítulo volveremos a este asunto y recogeremos las referencias más significativas en este ámbito. No obstante, a día de hoy podemos afirmar que sus reivindicaciones no se hacen eco del enorme problema que enfrentamos en la actualidad a nivel mundial con la amenaza del cambio climático, ni reclaman la participación que sin duda las mujeres deberían tener en los debates y en la toma de decisiones políticas sobre esta materia. No se trata sólo de poner este tema en la agenda de los movimientos feministas y de situarlo en la diana de las investigaciones de las especialistas en género sino que además hay que hacer visible el problema a la ciudadanía y al conjunto de la opinión pública y conseguir así la acción de los poderes públicos y de las instituciones para que encaminen sus políticas a satisfacer fundamentalmente dos exigencias: la primera, incorporar en el ámbito de la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático la perspectiva de género; la segunda, articular los mecanismos necesarios para garantizar la representación de las mujeres en la toma de decisiones relacionada con estos asuntos que ha sido ya anunciada como muy insuficiente.⁶

Por otro lado, aunque no se profundizará en este tema, queremos señalar desde estas primeras consideraciones que cuando nos referimos a incorporar la perspectiva de género en las políticas públicas contra el cambio climático, estamos profundizando en valores superiores del ordenamiento jurídico español, como son la Justicia y la Igualdad (art. 1.1 CE). Veremos también más adelante su relación con la Justicia climática y con la Justicia de Género, términos éstos acuñados en el contexto anglosajón por los especialistas en cambio climático y género. Respecto del valor de la Justicia se considera que engloba forzosamente la Justicia de Género porque, sin justicia de género no hay justicia social, y si el objetivo es hacer que las medidas y acuerdos que se adopten para mitigar y paliar el cambio climático sean justas y contribuyan a una justicia climática mundial, hay que tener presente que para que haya justicia climática es necesario que exista, también, justicia de género. Esto por un lado; por el otro, estamos, al mismo tiempo, profundizando en el principio democrático del Estado (art. 1.1. CE: «España se constituye como un Estado social y democrático...»): las mujeres deben participar en el proceso de toma de decisiones sobre el cuidado de la casa común o GAIA; si lo han estado haciendo durante siglos de la casa particular o ámbito privado, ¿con qué legitimidad se les puede privar ahora de hacerlo respecto de la casa de todos?

II. GÉNERO Y CAMBIO CLIMÁTICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Podemos afirmar que la Unión Europea ha sido ajena a considerar esta materia como objeto de su estudio y actuación hasta hace tan sólo dos años.⁷ Antes de 2011,

⁶ Véase sobre la representación de las mujeres, el interesante trabajo de SALDAÑA, N. (2012): «La representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas: hacia la paridad de género», en *Aequalitas*, nº30, págs. 6 a 18.

⁷ Puede consultarse una retrospectiva sobre esta materia en LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (2013): «Cambio climático y Justicia Social desde la perspectiva del Género», en *Cambio climático en España*, obra de próxima publicación, a cargo de LUCIANO PAREJO ALONSO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

la política comunitaria en el ámbito de la protección del medio ambiente y el cambio climático fue desarrollándose de forma paralela a los avances en el contexto internacional⁸ y como han asegurado LOZANO y ALLÍ (2008: 34), su compromiso con el medio ambiente es incuestionable, como viene a ser demostrado por el exitoso funcionamiento desde enero de 2005 del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

En el ámbito de la Unión Europea se ha trabajado sobre género y cambio climático gracias al impulso dado en el ámbito del Parlamento Europeo, y más en concreto, por la *Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género* y al trabajo que desde 2011 viene realizando el *Instituto Europeo de la Igualdad de Género* (en adelante EIGE según sus siglas en inglés) creado por el Reglamento (CE) n° 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006. Aquí nos centraremos en el trabajo desarrollado en el ámbito del Parlamento Europeo, dado que en otro lugar ya hicimos un resumen del informe «Igualdad de Género y Cambio Climático» elaborado por el EIGE.⁹ La mencionada comisión elaboró en 2012 un informe que superó la votación en comisión y fue aprobado, más tarde, por el pleno del Parlamento Europeo. Es interesante analizar el contenido del informe de la Comisión. Lo elaboró y defendió la eurodiputada francesa Nicole Kiil-Nielsen, del partido de Los Verdes.¹⁰ El informe se estructura en cuatro apartados: *a)* Propuesta de resolución del parlamento europeo; *b)* Exposición de motivos; *c)* Opinión de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria y *d)* Resultados de la votación en Comisión. Nos centraremos fundamentalmente en los apartados *a)* y *b)*.

Respecto del primer apartado, *a) Propuesta de resolución del Parlamento Europeo*, interesa destacar la referencia a toda la normativa, declaraciones y acuerdos del ámbito comunitario e internacional relativos a medio ambiente y a la igualdad de derechos de mujeres y hombres sobre la que el informe se apoyará. Así, se mencionan los siguientes: el art. 2 y 3 apartado 3º, párrafo segundo, del *Tratado de la Unión Europea* (TUE), que recogen por un lado el valor de la igualdad, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres; por el otro establece que la Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. Así mismo hace referencia a la *Comunicación de la Comisión*, de 8 de marzo de 2011, titulada «Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050» (COM (2011)0112). Menciona también la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* celebrada en Pekín en 1995, la *Declaración y la Plataforma de Acción* y los documentos subsiguientes adoptados en Pekín +5, Pekín +10 y Pekín +15, destacando el *ámbito K de la Plataforma de acción sobre «Mujer y medio ambiente»*. Se recoge mención también al artículo 23 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que recoge la garantía de la igualdad de mujeres y hombres y las medidas de acción positiva. Es importante también la referencia a la *Decisión 36/CP.7 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (en adelante CMNUCC) en relación a la participación de las mujeres en la representación de las Partes en sus órganos decisorios así como en el *Protocolo de Kyoto*, de noviembre de

⁸ LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURILLAS (2008): Introducción al Derecho Ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente», en *Administración y Legislación Ambiental*, Dykinson, Madrid, págs.. 34 y ss.

⁹ Véase LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. ob. cit.

¹⁰ Puede consultarse dicho informe en el siguiente enlace web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0049&language=ES>

2001. Toma en consideración también la *Declaración del Milenio* de NNUU de 2000 y la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), de diciembre de 1979. El informe recuerda, a su vez, la resolución del PE sobre la integración de la perspectiva de género en sus trabajos, de 17 de noviembre de 2011 así como otras resoluciones sobre la *Conferencia sobre el Cambio Climático de Durban* (COP 17), o respecto de la *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible* (Río+20) en 2001 y la de febrero de 2009 sobre «2050: El futuro empieza hoy-Recomendaciones para la futura política integrada de la UE en materia de cambio climático». Por último se apoya igualmente en su resolución de marzo de 2008 sobre «Igualdad de género y capacitación de las mujeres en la cooperación al desarrollo».

En el párrafo anterior hemos visto cuál es la apoyatura jurídica, fundamentalmente del ámbito internacional, pero también del propio de la UE, sobre el que el informe se sostiene. De este primer apartado es interesante también destacar las premisas de las que parte el informe; algunas se refieren a contextos propios de países desarrollados y otras a los de países en vías de desarrollo. Afirma el informe que el cambio climático no es neutro al género y tiene efectos diferentes para hombres y para mujeres. Ello es así por diversos motivos pero fundamentalmente porque las mujeres -que representan el 50% de la población mundial- siguen asumiendo más responsabilidades en las decisiones cotidianas de consumo y del cuidado de los hijos y del hogar y muestran mayor predisposición para preservar el medio ambiente adoptando decisiones de consumo sostenibles. Dado que persisten los roles de género y la discriminación en ámbitos como el de los ingresos, acceso a los recursos, poder político, educación y laboral (soportan un mayor peso por las responsabilidades familiares que hacen que sus carreras profesionales se resientan) sufren el riesgo de ser relegadas en la toma de decisiones respecto a la protección del medio ambiente y la adopción de medidas de mitigación y/o adaptación al cambio climático. Se afirma además, que sin una verdadera igualdad de género no existirá justicia climática. A continuación se referirá a la situación de las mujeres en países en vías de desarrollo, donde en algunas regiones casi el 70% de las mujeres en activo se dedican al sector agrícola y producen el 90% de algunas cosechas. Sin embargo, están prácticamente ausentes de las discusiones presupuestarias y de la toma de decisiones para luchar contra el cambio climático, a pesar de que, debido a sus responsabilidades en la gestión de recursos naturales escasos, las mujeres han adquirido importantes conocimientos sobre la necesidad de una mayor sostenibilidad medioambiental. Ellas son poderosos vectores de cambio y su participación en el diseño de estas políticas garantizaría que fuesen más justas, exhaustivas y eficaces para hacer frente al cambio climático ya fuera con medidas de adaptación o con las de mitigación.

Para finalizar este primer apartado, sostiene el informe en sus *Disposiciones Generales* (que constituyen el núcleo duro del texto que aprobará más tarde el PE) que el cambio climático exacerba la discriminación de género y que esto se suma a los otros efectos catastróficos, por lo cual consideran que la UE debe desarrollar políticas interiores y exteriores tendentes a evitar dicho fenómeno. Así mismo, insta a la Comisión y a los Estados Miembros a que incorporen la perspectiva de género en todo tipo de medidas a adoptar en este ámbito: por un lado recuerda que en su Cuarto Informe de Evaluación correspondiente a 2007, el *Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* confirma que el impacto del cambio climático varía según el género, la edad y la clase social y pide que se aplique un enfoque de género en todas

las fases de elaboración de las políticas en materia de desarrollo, derechos humanos y cambio climático. Por el otro, pide que se cumpla su *Resolución sobre la Conferencia sobre el Cambio Climático de Durban (COP 17)* en virtud del cual se deberá fijar «como objetivo una representación femenina de al menos el 40% en todos los órganos pertinentes». En este sentido, consideran de vital importancia que la UE y los Estados Miembros evalúen hasta qué punto las políticas relativas al clima tienen en cuenta las necesidades de las mujeres e insta a que apliquen la perspectiva del género al elaborar una política de desarrollo sostenible que integre la dimensión de género.

En el segundo apartado, «b) Exposición de motivos», la ponente desarrolla cuatro epígrafes donde ahonda en las razones para que se apruebe la parte dispositiva del informe antes resumida: «1. Una mayor vulnerabilidad; 2. Mujeres agentes del cambio; 3. Un tema muy poco explorado en los países desarrollados y 4. El género y el cambio climático- ¿el eslabón perdido?». La eurodiputada parte con la afirmación de que la concienciación sobre la conexión entre género y cambio climático es reciente y que aún es difícil encontrar políticas sobre cambio climático sensibles al género. Esto se justifica, en principio, en los temores existentes en la fase post-Kyoto por no llegar a acuerdos vinculantes sobre la reducción de emisiones de gases efecto invernadero y quedar, con ello, relegados a un segundo plano, las cuestiones de justicia climática dentro de la que sin duda se encuentra la de género. A pesar de ello, la ponente sostiene en su informe que «la consideración del género es una oportunidad para luchar mejor, con más justicia y con más eficacia contra el cambio climático». Pasemos a sintetizar las razones argumentadas: «1. Una mayor vulnerabilidad». Aquí sostiene Nicole Kiil-Nielsen que está demostrado que las mujeres sufren discriminación por el mero hecho de serlo en todo el mundo: tienen menos acceso a los recursos financieros y a los derechos de propiedad (poseen menos del 1% de los recursos del mundo y son el 70% de las personas que viven con menos de un dólar al día); están infrarrepresentadas sistemáticamente en el nivel de la toma de decisiones políticas y económicas (son el 17% de los parlamentarios a nivel mundial y el 8% de los ministros); prestan una gran parte de las horas del trabajo no remunerado -cuidado de personas y gestión del hogar (desempeñan 2/3 partes de las horas trabajadas a nivel mundial pero perciben sólo el 10% de los ingresos mundiales); son las primeras víctimas de la violencia sexual, representan el 80% de los refugiados y las personas desplazadas y ante catástrofes naturales sufren la mortalidad cinco veces más que los hombres; por último, las mujeres necesitan una asistencia sanitaria específica relacionada con la reproducción. Según la ponente todas estas cifras son resultado de una discriminación histórica que las posiciona en una situación de fuerte vulnerabilidad y menor capacidad de adaptación y reacción frente al cambio climático.

Respecto al segundo epígrafe «2. Mujeres agentes del cambio», la situación de histórica discriminación antes descrita que fragua en la mayor vulnerabilidad de las mujeres obliga a la adopción de mecanismos que palien dicha situación pero al mismo tiempo, son importantes las medidas para reequilibrar su posición respecto del hombre y lograr su empoderamiento. Si se les ofrecen estos mecanismos, las mujeres se convierten en agentes del cambio, como ya se ha demostrado, a nivel individual y comunitario en muchos países en vías de desarrollo, en relación con las cuestiones climáticas.

«3. Un tema muy poco explorado en los países en desarrollo». Aquí no cabe duda de que en países desarrollados está mucho menos desarrollado el vínculo entre género

y cambio climático. Por ejemplo, trae a colación la eurodiputada que «la hoja de ruta 2050, que determina las prioridades de la Unión en materia de transición hacia una economía ecológica y de reducción de las emisiones y propone un enfoque sectorial para alcanzar los objetivos fijados, no tiene en cuenta los sesgos existentes entre mujeres y hombre». Así, denuncia que ya los sectores que constituyen los pilares de la futura economía verde son principalmente masculinos (transporte, energía, agricultura) y esto afecta a las oportunidades de ambos sexos en lo relativo a educación y formación y genera culturas empresariales poco favorables a la igualdad de mujeres y hombres. Para esta representante, esto tiene mucho que ver con las diferencias aún visibles en nuestra sociedad donde son claras las segregaciones en los puestos científicos y en el sector de servicios o las diferencias salariales. Hace falta «integrar el género desde el principio en la reflexión política» para evitar que los destinatarios de las políticas públicas sean sólo los hombres, blancos, heterosexuales y con trabajo fijo». Y finaliza recordando que tener en cuenta a las mujeres amplía las oportunidades por la enorme aportación de ideas, acciones y sensibilidades que aquéllas añaden a la cadena de decisión y acción política.

Para finalizar, habla la representante francesa de Los Verdes sobre «4. El Género y el cambio climático- ¿el eslabón perdido?». Aquí se denuncia que aunque la UE ha hecho esfuerzos por integrar las consideraciones medioambientales como política transversal, y que ya se han integrado los vínculos entre el género y las políticas de desarrollo, todavía «no se ha explorado ni utilizado las relaciones entre el género y las políticas de mitigación». Solicita que no sea necesario justificar la importancia de la dimensión de género para cada ámbito y que la integración de esta dimensión no se limite a las cuestiones relacionadas con la representación política o económica.

Como se comentó líneas atrás este informe fue elevado al pleno del PE y aprobado el 20 de abril de 2012. Es evidente que la UE ha tomado ya cartas en el asunto y presiona a todas sus instituciones para que se de cumplimiento a las exigencias vertidas en este documento. Veamos ahora cuál es la situación del tema en nuestro país.

III. GÉNERO Y CAMBIO CLIMÁTICO EN ESPAÑA¹¹

En la introducción de este capítulo hemos hablado someramente de la regulación constitucional de la *Justicia* y la *Igualdad* como *valores superiores del ordenamiento jurídico español*. Aunque no lo hicimos entonces, sí conviene ahora hacer una referencia sucinta también a la regulación del derecho fundamental a la igualdad, en sus vertientes formal (como derecho fundamental ex artículo 14 CE) y material (como principio promotor de la actuación de los poderes públicos, en el art. 9.2 CE) y al *principio de la política social y económica* en que se instituye el *derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado*, según dictado del art. 45 CE. De lo que se trata a continuación es, a través de la interpretación de estos preceptos constitucionales y tomando en consideración el marco legal, jurisprudencial y doctrinal existente sobre el ámbito de estudio denominado «Igualdad de Género», establecer un vínculo entre la igualdad de mujeres y hombres y el derecho a disfrutar del medio ambiente, para poder enlazar el valor de la Justicia en el contexto del Estado social (y por tanto, de la Justicia Social) con la Igualdad de Género, y poder llegar con ello a comprender lo que en terminolo-

¹¹ Este apartado sigue la línea del desarrollado en la obra citada en la nota a pie número 7 de este trabajo, si bien con algunas variaciones. En concreto, se reproduce parcialmente el contenido del apartado «Marco constitucional estatal del Derecho al medio ambiente».

gía anglosajona se ha venido a denominar, en el contexto de la lucha contra el cambio climático, la Justicia de Género (*Gender Justice*).

Antes de entrar en el análisis de esta terminología y la conexión de los estudios de género y el medio ambiente que aparece, como decimos, en el mundo anglosajón a mediados del siglo pasado, conviene recordar que «la lucha por la libertad y la igualdad desde una perspectiva moderna tiene ya más de tres siglos, y aunque en materia de igualdad entre hombres y mujeres se han cometido grandes injusticias, las bases teóricas para superarla están fuertemente consolidadas en la formulación del Estado social y democrático de Derecho» (ARANDA ÁLVAREZ, 2005:16).

Decíamos líneas atrás que en España no estaba suficientemente desarrollada la línea de investigación sobre género y medio ambiente/cambio climático, a pesar de que la doctrina especializada en igualdad de género (son numerosas las autoras especialistas en género en el ámbito del derecho constitucional, con Ángela FIGUERUELO, María Luisa BALAGUER, Teresa FREIXES, Julia SEVILLA, Asun VENTURA, Rosario TUR, Mar ESQUEMBRE, por citar algunas; una relación más amplia en (LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS 2011: 21) y la legislación y doctrina constitucional en este ámbito sí han experimentado un gran desarrollo en la última década en nuestro país. Conviene recordar que a lo largo de los últimos 30 años en España se han producido numerosas y muy significativas modificaciones legislativas que han contribuido a la equiparación formal de derechos de mujeres y hombres (LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS 2011: 20).

Así, podemos señalar las procuradas con las modificaciones de la legislación civil y laboral, de entre las que destacan las incorporadas por las Leyes 14/1975, de 2 de mayo, que modificó el Código Civil en relación con el régimen jurídico del matrimonio y la 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos de la misma ley en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Estos cambios legislativos fueron apoyados, a su vez, por una doctrina del Tribunal Constitucional que, de manera paulatina, ha ido realizando una adecuación de dicha legislación a la realidad social cambiante. Esta evolución de la jurisprudencia constitucional queda patente en el estudio liderado por AGUIAR, L. y PÉREZ, P. (2002) sobre los «Veinte años de jurisdicción constitucional» y, de manera más específica sobre igualdad de género (LORENZO, 2007) en el trabajo sobre «La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español».

Aquellas innovaciones/modificaciones legislativas han ido, además, acompañadas por nuevas normas jurídicas de especial relevancia como la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* o la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*. Al mismo tiempo, se han impulsado políticas públicas contra la discriminación de las mujeres que tuvieron como máxima expresión la existencia -por citar algunos de sus hitos más relevantes-, por primera vez en nuestro país, en la VIII y IX Legislaturas de Gobiernos paritarios e incluso, un departamento ministerial específicamente creado para la promoción de la igualdad, el Ministerio de Igualdad, si bien, no sólo de la de género, pero sí con un marcado protagonismo de las políticas desarrolladas en esta línea.

Sin embargo, podemos afirmar que, al menos en el plano de la doctrina jurídica, las especialistas en género y derecho no han situado en la agenda el ámbito objeto de este apartado. Cabría preguntarse aquí si están la doctrina jurídica especializada en género

y los movimientos de mujeres preocupados/ocupados en el estudio y en la participación en la toma de decisiones respecto de la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático en nuestro país. Con otra perspectiva, Judith ASTELARRA (2005), en su conocida obra sobre los «Veinte años de Políticas de Igualdad» analiza la evolución de las políticas públicas en su afán de remover obstáculos para la consecución de la igualdad real de mujeres y hombres, fundamentalmente en los ámbitos de la lucha contra la violencia de género, en el ámbito laboral (salarios, corresponsabilidad, jornada laboral, etc.), en el ámbito de las libertades sexuales y en el de la participación política. Pero no se hace referencia alguna al cambio climático.

Lo anterior nos lleva a pensar que la situación de los derechos de las mujeres en nuestro país y su reconocimiento han sufrido un retraso considerable respecto a otros países occidentales, debido sin duda al enorme atraso que supuso la negación de derechos a las mujeres durante la dictadura franquista. Esto ha ocasionado el que la lucha por la igualdad de las mujeres se circunscribiese específicamente a la lucha por los derechos civiles y políticos básicos (lucha contra la violencia de género, lucha por la participación política, contra la discriminación en el ámbito laboral, lucha por los denominados derechos sexuales), dejando fuera temas como el que nos ocupa. No sucedió así en países como -según sosteníamos líneas atrás- Estados Unidos o Reino Unido donde se encuentra un gran desarrollo doctrinal en esta materia, con autoras relevantes como TERRY, G., CANNON, T., RIVERO, R., FOSTER, S. o ABOUD, G.

Entonces, ¿qué es lo que hace falta para que la perspectiva de género sea atendida en la toma de decisiones respecto de las medidas para hacer frente al cambio climático? Pues en primer lugar, una toma de conciencia de la relevancia que tiene para la consecución de la igualdad material primero y para la profundización del carácter democrático del Estado, segundo, el que las mujeres estén suficientemente representadas en la toma de decisiones relativas a la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la lucha contra el cambio climático. Y para ello es imprescindible poner en la agenda de los especialistas en género de cualquier disciplina, como decíamos líneas atrás, este asunto. Afirmaba ASTELARRA (2005: 68), que «el problema no es sólo colocar tal problema en la agenda, hacer visible al conjunto de los afectados y al conjunto de la opinión pública la existencia de un problema, sino conseguir que las instituciones de gobierno, o las instituciones que pueden introducir cambios en esa situación problemática, lo hagan». También hacía referencia a ello PARAMIO (2002: 25), al afirmar que «no basta con que el movimiento ponga los problemas sobre la mesa, sino que es preciso, además, que encuentre una base social o un público potencial receptor de sus demandas y que pueda dar a sus propuestas un carácter potencialmente mayoritario, que obligue no sólo a tenerlas en cuenta, sino a pensar en darles satisfacción».

Además de la necesidad a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior de situar en la agenda política la presencia de mujeres en la toma de decisiones sobre medio ambiente y que ésta sea atendida por los poderes públicos, hay un elemento esencial que no se puede pasar por alto y que se ha mencionado fugazmente líneas atrás. Dicho elemento tiene que ver con la posición de las mujeres en los foros donde se discute sobre desarrollo sostenible y se adoptan medidas para luchar contra la crisis ecológica y la consecuencia del cambio climático. Hay que recordar que nuestros estados presumen de su carácter democrático, esto es, de participación activa directa o indirecta de su ciudadanía en la toma de decisiones. Pues bien, si las mujeres están ausentes de esos foros, todo el proceso de toma de decisiones que les afectarán en sus

vidas, adolece de falta de democraticidad, puesto que la visión de las mujeres, sus preocupaciones e intereses -y por lo tanto de un 50 % de esos ciudadanos- no será tenida en cuenta. Esta idea enlaza necesariamente con el valor de la justicia social al que se hizo referencia al inicio de este apartado. Sin incorporar la perspectiva del género al valor de la justicia no podemos hablar de justicia social, porque la situación de las mujeres y los hombres es diferente en múltiples ámbitos de sus vidas -laboral, social, de la participación política, etc-. Si no podemos hablar de justicia social/justicia de género, es difícil poder hablar de justicia ambiental y el propio modelo de estado democrático sufriría carencias importantes.

Decíamos que en el contexto anglosajón este ámbito de estudio sí está más desarrollado. Pasemos a analizar alguna de las aportaciones más significativas. Numerosas autoras han recogido en el sugerente libro «Climate Change and Gender Justice», con Geraldine TERRY a la cabeza, interesantes estudios sobre diferentes países del mundo que evidencian la necesaria conexión entre el cambio climático y la justicia de género. Sin ánimo de ser exhaustivos, pasamos a continuación a recoger algunas de las ideas presentes en esta obra que nos parecen de interés. Parte esta autora de la afirmación de que tanto el cambio climático inducido por el hombre como las políticas adoptadas en respuesta al mismo pueden parecer neutrales al género. En realidad, sin embargo, «hay vínculos complejos y dinámicos entre las relaciones de género y el cambio climático [...]». Esas conexiones existen y se dejan sentir desde el momento mismo en que se está de acuerdo en que de lo que se trata aquí es del debate sobre la vulnerabilidad humana a los efectos del cambio climático y de cómo es la adaptación al mismo de mujeres y hombres. Según TERRY (2009:1), en parte, la inexistencia de la perspectiva de género en los debates sobre el cambio climático es debido a una laguna de información y de evidencias y la interrelación entre ambos -género y cambio climático- ha sido ocultada por distintos motivos; en primer lugar porque el discurso político de *mainstreaming* es estereotípicamente masculino: de lo que habla y se escucha es de complicados modelos computacionales, aproximaciones de la economía neoliberal de la relativa al mercado del carbón e investigaciones sobre lo último en tecnología, como los coches respetuosos con el medio ambiente. Es cierto que hay varias aproximaciones alternativas a la materia que ponen el énfasis en los aspectos sociales del cambio climático, como lo hacen las líneas abiertas sobre desarrollo sostenible, justicia climática y derechos humanos; pero aún estamos lejos de que la equidad de género tenga un peso relevante ni siquiera en dichas líneas alternativas. En segundo lugar, sostiene TERRY, el cambio climático no aparece como una realidad aislada, sino que interactúa con otras muchas, como la liberalización económica y la actual crisis económica mundial. Así, entiende la autora que a las mujeres y hombres pobres del sur global les amenazan tanto el cambio climático como la globalización, el crecimiento desmesurado de la población, los conflictos bélicos y la impredecibilidad de las políticas de sus gobiernos. En tercer y último lugar, considera que no siempre es posible culpar a la mano del hombre de los episodios violentos de la naturaleza como pueden ser los huracanes, pero sí nos sirven para predecir qué nos espera en los años venideros. Para finalizar nos parece interesante la referencia de la autora a que se midan con concreción los diferentes impactos que pueden tener en mujeres y hombres las medidas adoptadas para contrarrestar el cambio climático -como puede ser, por ejemplo, la restricción del uso de combustibles en sociedades donde sean las mujeres las que siguen a cargo, por ejemplo, de las tareas domésticas para las que es necesario su uso (cocinar, lavar, etc.)- y que se tengan en

cuenta para ofrecer energías alternativas o para el diseño de políticas de corresponsabilidad de la vida personal/familiar y laboral alejadas de los estereotipos de género.

Coincide este trabajo en su línea argumentativa con lo recogido anteriormente en relación a la necesidad de articular cauces de participación que garanticen la representación específica de las mujeres, con sus intereses y prioridades presentes en este ámbito. En este sentido afirma TERRY que dado que el impacto del cambio climático se intensifica, se necesitará cada vez más una mayor financiación en los países industriales y desarrollados para obtener mecanismos de adaptación promovidos por la acción pública que incluyan aquéllos intereses y prioridades. Y será necesario garantizar que estén presentes estas voces en el contexto de los países en desarrollo con el impulso, como se viene haciendo hasta ahora, de organizaciones internacionales como la ONU.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Resulta aventurado pretender cerrar esta aportación cuando aún queda mucho camino por recorrer en la investigación y el estudio sobre género y cambio climático en España. De lo que sí estamos seguros es de que existen ya numerosos grupos de trabajo que han abordado esta materia en el ámbito anglosajón y en el contexto de la UE. En unos y otro hemos encontrado coincidencia en afirmar que el cambio climático no es neutral al género y, que abordar su problemática sin introducir la perspectiva del género, puede exacerbar las diferencias y discriminaciones que por razón de género persisten hoy en nuestras sociedades occidentales.

Otro elemento esencial de coincidencia en los estudios consultados es la importancia de equiparar a las mujeres y sus grupos de presión en la participación en la toma de decisiones referidas al medio ambiente y el cambio climático. Sólo así se garantiza que sus necesidades y prioridades, que hoy día vienen determinadas aún por un reparto de roles muy diferenciados entre mujeres y hombres, sean tenidas en cuenta a la hora de adoptar medidas para paliar los problemas del cambio climático; y sólo así, permitiendo que el 50% de la ciudadanía sea partícipe, lograremos realizar el principio democrático y avanzaremos en la justicia climática y la justicia de género.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA ÁLVAREZ, E. (2005): «Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género», en Cuadernos «Bartolomé de las Casas» n° 36, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson .

ASTELARRA, J. (2005): «Veinte años de políticas de igualdad», en Feminismos, Ediciones Cátedra-Universitat de València, Instituto de la Mujer.

FOSTER, S. (2002): «Environmental Justice in an Era of Devolved Collaboration», en Harvard Environmental Law Review, vol. 26.

LOMBARDO, E. (2002): «El mainstreaming. La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea», en Aequalitas, n° 13, págs. 7 a 11.

LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, M. (2011): «La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo: trabajos parlamentarios», en Cuadernos «Bartolomé de las Casas» n° 48, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (2007): «La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ale-

mán y el Tribunal Constitucional español», en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, nº XL, págs.181-194.

LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURILLAS (2008): «Introducción al Derecho Ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente», en Administración y Legislación Ambiental, Dykinson, Madrid, págs. 101 a 138.

PARAMIO, L. (2002): «Globalización y Mujer», ed. Pablo Iglesias, págs. 23 a 31, Madrid.

PARDO BUENDÍA, M. (2002): ««La evaluación del impacto ambiental y social para el siglo XXI. Teorías, procesos, metodologías», Editorial Fundamentos, pág. 18 y ss.

SALDAÑA, M.N. (2012): «La representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas: hacia la paridad de género», en Aequalitas, nº 30, págs. 7 a 18.

TEROL BECERRA, J.M. (2011): «Aproximación al contenido del un derecho constitucional al medio ambiente», Revista de Estudios de Deusto, Vol. 59/2, págs. 169 a 208, Bilbao

TERRY, G. (Ed.) (2009): «Climate Change and Gender Justice», en Practical Action Publishing-Oxfam, Great Britain.

LA TUTELA PENAL REFORZADA COMO UNA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

MARÍA MACÍAS JARA

Profa. Asociada Dra. de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia de Comillas - ICADE, Madrid
Directora del curso Derechos de las Mujeres
Máster de Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, Madrid

SUMARIO

- 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES**
- 2. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL OBJETO LIMITADO DE LA LOVG**
- 3. LA CONTROVERTIDA TUTELA PENAL REFORZADA. UN APUNTE EN TORNO A SU CONSTITUCIONALIDAD**
- 4. ALGUNAS CONCLUSIONES**

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como los demás instrumentos relativos a los mismos, representa un valor trascendental para la Humanidad. No obstante, se ha puesto de manifiesto que el tratamiento de los Derechos humanos ha estado fuertemente ligado a la imagen masculina del ser humano, considerada como el paradigma de lo universal.

En consecuencia, a pesar de representar más de la mitad de la Humanidad, las mujeres han ejercido una ciudadanía invisibilizada y han sido apartadas del reconocimiento y disfrute de los derechos incluyéndolas, únicamente, como una parte integrante de la existencia masculina, sin derecho a una propia identidad. Si bien es cierto que el reconocimiento de los Derechos humanos no ha excluido, en sentido neutro, al género femenino, no es menos cierto que la realidad práctica ha evidenciado que fueron excluidas del pacto social entre iguales. En el contexto de la sociedad del patriarcado, entendido éste como la supremacía masculina institucionalizada (VALCÁRCEL, 1997), los distintos movimientos de mujeres a nivel mundial, han potenciado la labor de promoción y vigencia efectiva de sus derechos y libertades fundamentales, luchando por una reformulación global de los Derechos humanos con perspectiva de género.¹

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, la Comunidad internacional organizada, por primera vez, se vio precisada a declarar y reconocer que los derechos de las mujeres son, también, humanos.² Por lo tanto, la diferencia psico-biológica entre los géneros ni implica ni justifica la desigualdad. Es decir, la manera de ser, estar, sentir, pensar, luchar y vivir del género femenino, sea distinta o no o aporte otros valores o no a la del género masculino, ha de ser considerada en plenitud.

Una importante cantidad de las democracias contemporáneas recogen en sus Constituciones la igualdad de derechos de mujeres y hombres y, sin embargo, también existe un importante déficit de igualdad real, por lo que ésta sigue siendo una quimera para multitud de mujeres en el Mundo. En relación con la violencia contra las mujeres, existen diversas manifestaciones que conculcan el derecho a la integridad personal y a la vida en conexión con la dignidad y la libertad, cuando se ejerce sobre la mujer violencia física, psíquica, sexual y, en base a la dependencia económica, cuando acontece en las relaciones de pareja y en la familia. Asimismo, el abuso sexual y el estupro, especialmente, los incestuosos; la violencia social a nivel de la comunidad en general,

¹ Perspectiva de Género o *mainstreaming* fue un término acuñado, fundamentalmente, a raíz de la IV Conferencia Mundial de las Mujeres en Pekín en 1995 y pretende enunciar que las políticas públicas y las prácticas privadas han de estar inspiradas en el principio de igualdad y no discriminación entre el género masculino y el género femenino para que se eliminen los cánones heredados de las sociedades patriarcales y el dominio de un género sobre otro desde la igualdad y la inclusión de hombres y mujeres en los ámbitos público y privado. Véase el estudio: *Mainstreaming de Género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*, 2001.

² Se señaló que «los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales». (A/CONF.157/23, párr. 1.18),

incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento e intimidación sexuales en el trabajo y en otros ámbitos, así como la prostitución forzada y forzosa³ y la explotación y el tráfico o la esclavitud de niñas y mujeres.⁴ También las mutilaciones genitales de que son objeto millares de niñas en el mundo, que pretenden ser legitimadas en tradiciones culturales y cánones religiosos; los castigos corporales sin o con resultado de muerte, como la lapidación; la utilización de la violación sistemática, amputación de miembros y exterminio de la mujer como arma de guerra en los conflictos armados; la esterilización forzada, el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo con el fin del infanticidio. Y, en general, la violencia de género, esto es, el asesinato de mujeres. Particularmente grave por su afectación a sus más esenciales derechos humanos, se considera lo que se ha denominado «femicidio».⁵ Del mismo modo, merece especial consideración, por la situación de dependencia que genera la relación de afectividad y porque, por ello, se ven afectados también el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad en conexión con la dignidad, la violencia sistemática y habitual ejercida por cónyuges, ex-cónyuges, parejas o ex-parejas. También se considera violencia o una consecuencia inadmisibles de la misma, la impunidad de los agresores y las absoluciones fundamentadas en argumentos legitimadores de la opresión de la mujer por el hombre. Un hecho relevante es que la mujer es víctima de la violencia en el hogar, en el trabajo, en la sociedad, y, sin embargo, es también la principal promotora de la paz.

Por ello, es importante poner de manifiesto que la violencia perpetrada contra la mujer es sustancialmente diferente de otro tipo de violencia. Ello se fundamenta en un uso jerárquico de los perjuicios sociales, construidos alrededor de la división del espacio público y el espacio privado y a los estereotipos establecidos sobre los roles que han de desempeñar la mujer y el hombre, que sitúan a éste último en posición de superioridad (SALAZAR, 2010). A diferencia de las relaciones de poder que se reproducen en otras especies, las desventajas entre hombre y mujer no tienen un sustrato natural, sino que forman parte de una construcción androcéntrica de la sociedad. Efectivamente, cuando la mujer es el sujeto pasivo de la agresión, existe una diferencia en cuanto a los mecanismos, condiciones, expresiones y consecuencias de la violencia. Por lo general, este tipo de violencia presenta un componente sexual. Por ejemplo, en los asesinatos cometidos contra las mujeres, se evidencia, en la mayoría de los casos,

³ En mi opinión, la prostitución forzosa, esto es, a diferencia de la forzada o que proviene de la Trata, también se encuentra, desde la especial situación de vulnerabilidad y el patrón al que responde, las, mayoritariamente, mujeres que realizan su práctica, entre la violencia de género, pues considero su vinculación con la libertad de elección más que dudosa. La libertad emerge allá donde hay igualdad. Sobre esto último, MACÍAS, 2011: 143 y ss.

⁴ La trata de personas es un delito contra los derechos humanos considerada una forma moderna de esclavitud, la esclavitud del siglo XXI. Se define trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, incluyendo la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. La definición se encuentra en el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (ratificado por España en 2002) complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como la Convención de Palermo. Adoptado por las Naciones Unidas en Palermo, Italia, en 2000, el Protocolo contra la trata de personas representa un marco fundamental en los esfuerzos internacionales para luchar contra la trata de seres humanos establecido por la Convención de Palermo.

⁵ Término castellanizado por la política feminista mexicana Marcela Lagarde, rescatado de la obra de las autoras Diana Russell y Jill Radford, *Femicide. The politics of woman killing*, 1992 y Mary Anne Warren, *Gendercide: The Implications of Sex Selection*, 1985. También llamado «femicidio».

ataques sexuales o mutilaciones de los órganos genitales. Este componente raramente está presente en los casos de los asesinatos a varones (MUERZA, 2005).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, ha resaltado que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia en las relaciones de afectividad e intrafamiliar, «no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades» y que estas situaciones de violencia están fundadas «en una cultura de violencia y discriminación basada en el género».⁶

Así, pues, la discriminación contra las mujeres, se da en razón de una posición de inferioridad fáctica muy compleja de detectar y de eliminar (BARRÈRE, 2001).⁷ Por consiguiente, se hace necesario trabajar en una reformulación de los sistemas jurídicos y remover las estructuras sociales, poniendo el énfasis en los Derechos humanos desde una perspectiva de género. En su consecución, es preciso plantearse la redefinición del concepto de Humanidad para que abarque y exprese de manera integral a toda la población mundial, promoviendo un marco jurídico que garantice a las mujeres el pleno respeto y el goce efectivo de sus Derechos humanos, ya que los mismos constituyen parte integral, inalienable e indivisible de los Derechos humanos universales.

2. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL OBJETO LIMITADO DE LA LOVG

En el contexto internacional, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, la define, en sus artículos 1 y 2, como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada». Lo interesante de esta definición es que, como señaló el II Informe sobre Derechos Humanos de las Mujeres de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen (ESCOBAR, 2004: 411 y ss.), se incluye tanto el maltrato físico (bofetadas, golpes, puñaladas, estrangulación, quemaduras, patadas, amenazas con arma) como las tradiciones nocivas para la mujer, como son la mutilación y la ablación genital femenina y la cesión hereditaria de la esposa. También se incluye en la definición el abuso sexual, entendido como la práctica de relaciones sexuales forzadas o bajo amenaza o constreñida a realizarse con terceros y, asimismo, la violencia psicológica que implica la intimidación y el tormento hacia la víctima conllevando múltiples manifestaciones, desde la humillación verbal hasta la destitución en el cuidado de los hijos. Esta manifestación de la violencia constituye la destrucción de la autoestima de la víctima confinándola a un estado de dependencia y pánico respecto del agresor que paraliza sus acciones y la capacidad de actuar impidiéndolas salir de su situación. Es este estado de subordinación psicológica particularmente dañina por discriminatoria, el que ha de proyectar un concepto diferente de violencia cuando ésta es ejercida contra las mujeres. De ahí que haya surgido el término «violencia de género».

⁶ En 1993, declarado *Año Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo* por la Organización de las Naciones Unidas, hasta la fecha han habido 7649 homicidios de mujeres.

⁷ De acuerdo al Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF) las mujeres entre los 15 y los 44 años tienen una mayor probabilidad de ser mutiladas o asesinadas por hombres que de morir de cáncer, malaria, accidentes de tráfico o guerra combinados. <http://www.genevainternational.org/navigate.php?kind=1&id=703&lang=es&last=99&lastsub=132> (consultada en abril de 2013).

En este sentido, es interesante observar cómo la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 junio de 1994 en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos,⁸ introdujo en la definición de violencia la que «*basada en su género*, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».⁹ Por lo tanto, es esencial entender que lo que se ha acuñado por violencia de género, no comprende cualquier violencia bidireccional; es decir, de mujer a hombre o de hombre a mujer o intrafamiliar, sino, únicamente, la que se ejerce contra la mujer y en base a su género, esto es, al conjunto de características que, al margen o sumadas al sexo biológico, hacen que, de manera sistemática, las mujeres estén, respecto de los hombres, socialmente infrarrepresentadas, subordinadas o infravaloradas.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial sobre La Mujer de 1995, celebrada en Pekín, reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Especialmente interesante resulta mencionar la definición en sentido amplio que ofrece de la violencia, como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

La línea que está desarrollando Europa, está encaminada a la protección de otros sujetos que sufran violencia en el ámbito del hogar por lo que, aunque la mayoría de medidas han sido pensadas para las mujeres víctimas de violencia de género, las normas beneficiarán a las víctimas de ambos sexos, incluidos menores, que hayan sufrido violencia en el contexto intrafamiliar y cuyo agresor haya sido identificado.

En España, hasta la actual Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), no ha existido un concepto de referencia unívoco de violencia contra las mujeres. En este caso, el artículo 1 de la LOVG, dedicado al objeto de la misma, la ha definido como «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». No obstante, es un concepto circunscrito a la violencia ejercida contra las mujeres en el contexto de las relaciones de afectividad.¹⁰

No parece que exista una causa única que provoque la violencia de género. Pueden esgrimirse un conjunto de factores sociales, culturales, psicológicos e, incluso, genéticos que propicien un riesgo de comportamientos violentos. No obstante, hay una variable indiscutible en la sinrazón de la violencia contra las mujeres. Esta es una perenne desigualdad real que coloca a las mujeres en una permanente desventaja e

⁸ Sobre Leyes de violencia en Estados Americanos puede consultarse http://www.nodo50.org/mujeresred/v-doc_oficiales.htm (consultada en abril de 2013).

⁹ En el concepto de «género» - que no de sexo - se apoya, a su vez, la noción de estereotipo o la de rol, entendidas como las ideas o el conjunto de prácticas o el reparto de tareas y de funciones que se construyen por la sociedad, predeterminando los comportamientos y las actitudes que se esperan del hombre o de la mujer y resultando una relación de subordinación de ésta respecto de aquél (MACÍAS, 2004: 362-368). En contra del uso de la expresión «género» a favor de la de «sexo», véase el Informe de la Real Academia Española de 19 de mayo de 2004.

¹⁰ También se ha incluido en la noción de violencia de género, la violencia económica que ha sido señalada en el Informe sobre violencia doméstica contra las Mujeres del Defensor del Pueblo español de 1998 (p. 102) junto con la física y la psicológica y con el ejercicio del poder y el control de uno sobre otro.

inferioridad social que, en el campo de la violencia, se exterioriza en una profunda relación de humillación y subordinación injustificada¹¹ (BARRÈRE, 1997).

Ello ha provocado el debate sobre la necesidad de sustraer del contexto privado esta situación. Era preciso revelar esta vulneración de los derechos humanos de las mujeres, implicando a la sociedad y, en concreto, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), a los poderes públicos a fin de que éstos pusieran en la esfera pública la lucha por su erradicación, siendo los principales partícipes y responsables de abordar una reformulación legal y política para su superación.

El debate y la polémica sobre la conveniencia de una Ley de Violencia de Género han acompañado todos sus pasos desde que se vislumbrase la necesidad de legislar las agresiones y la violencia ejercida contra las mujeres. La compleja problemática de la violencia contra las mujeres ha intentado erradicarse legislativamente, primero, a través de un modelo generalista, centrado en el ámbito familiar y en todos sus componentes, continuando con la ampliación del sujeto pasivo del delito de maltrato a cualquier persona que se hallase en una situación de debilidad o mera subordinación en el entorno familiar. Desde que se rechazara en el año 2002 una norma integral de violencia hasta su aprobación en el año 2004, la elaboración de la Ley no fue una tarea consensuada, especialmente, en el aspecto de diferenciar la violencia de género de cualquier otra violencia intrafamiliar.

No obstante, si bien la LOVG -Exposición de Motivos II- pretende abarcar de manera integral tanto los aspectos preventivos como los educativos, sociales, asistenciales y la posterior atención a las víctimas, así como la normativa civil que incide en el ámbito familiar, la actuación de las Administraciones Públicas y también la respuesta punitiva, se ha de poner de manifiesto que el alcance de la Ley es limitado. Así, pues, ésta no parece desear tratar de cubrir todo tipo de violencia de género, a pesar de su título, sino sólo aquella que es ejercida contra la mujer en base a razones discriminatorias en el contexto del hogar y tiene o ha tenido algún vínculo con la vida en pareja (art. 1.1 LOVG). En este sentido, el objeto de la LOVG trata de contener todas las medidas de protección contra la violencia -entendida en el Texto como cualquier violencia física, psicológica, sexual, amenazas, coacciones o privación de libertad- de los hombres contra las mujeres entre los que haya existido o existe una relación conyugal o de afectividad basada en subyugar la posición física, emocional y social de la mujer al hombre por su misma condición femenina; esto es, por la asociación de la mujer a determinados patrones, estereotipos y conductas sociales que minusvaloran su status fuera y dentro del ámbito familiar o de la relación de afectividad.

Con ello, la LOVG intenta impregnar la sociedad de cierta perspectiva de género y, asimismo, trata de erradicar una causa más de discriminación contra las mujeres que, en esta ocasión, tiene la devastadora consecuencia de sesgar el derecho fundamental a la vida, la vida digna, a la integridad física y psíquica, a la intimidad, la libertad y a la igualdad de la mitad de la Humanidad.

3. LA CONTROVERTIDA TUTELA PENAL REFORZADA. UN APUNTE EN TORNO A SU CONSTITUCIONALIDAD

La LOVG ha incluido numerosas reformas y novedades que, sin embargo, no será posible abarcar en este trabajo. No obstante, es imprescindible señalar, entre los as-

¹¹ Las cifras en <http://www.inmujer.es>

pectos jurídicos más relevantes, que la gran novedad de la Ley fue la protección penal reforzada en pro de las mujeres víctimas de violencia, aunque las tensiones en la tramitación parlamentaria hicieron que se incluyera la mención a «otras personas vulnerables que convivan con el autor».¹²

Sobrepasado el año de la entrada en vigor, el Tribunal Constitucional español admitió a trámite más de 37 cuestiones de inconstitucionalidad, por lo que la aplicación de la LOVG ha ocasionado importantes dilemas, de gran implicación teórico doctrinal, sobre su inconstitucionalidad.

En parte, estas dudas se suscitaron con motivo del Informe que aprobó el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en relación al Anteproyecto sobre la Violencia contra las Mujeres en el que se puso en tela de juicio la constitucionalidad de algunos de sus preceptos. En lo que nos ocupa, dicho Informe se pronunció sobre la «discriminación positiva» y complicando, a mi juicio, aún más la controversia y confusión doctrinal en torno a esta figura, se afirmó que la diferencia en las penas aplicables constituye una «discriminación negativa»¹³ incompatible con «el régimen punitivo de determinados comportamientos».¹⁴

En la interpretación de la LOVG por algunos jueces y juezas españoles también se ha planteado la posibilidad de que ésta sea contraria al artículo 14 CE. A través de diversas cuestiones de inconstitucionalidad, argumentaron que la norma es discriminatoria por establecer penas superiores para los hombres respecto de las mujeres (HUERTA, 2008: 169-170). Una de las pioneras fue la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la jueza de lo Penal nº 4 de Murcia, María Poza. La controversia se refirió a la modificación del artículo 153.1 CP que establece penas de 6 meses a un año de cárcel a quien «por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia [...]».¹⁵ Se plantea, por lo tanto, que el hecho de que las penas, en el caso de que las víctimas sean mujeres, sean mayores que cuando son hombres, atenta contra el principio de igualdad del artículo 14 CE. No obstante, como es sabido, el

¹² Es cierto que la LOVG incluye entre los destinatarios objeto de protección a personas vulnerables que convivan con el agresor. No obstante, esta ampliación del objeto no respondió tanto a la quintaesencia de la Ley como a las presiones y críticas que recibió en este plano. Se manifiesta, a mi juicio acertadamente, que no hacía falta la inclusión de estos grupos especialmente vulnerables en la Ley, ya que su tutela penal se encuentra especialmente regulada en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. FÑIGO, 2005: 23.

¹³ Existen defensores de la categoría «discriminación positiva» como un tipo de acción positiva incisiva que se ha de observar con recelo restringiendo su aplicación por considerarse contraria a la igualdad jurídica. Véase REY, 2000. Por el contrario, otra línea doctrinal, a la que me sumo, considera que términos como «discriminación positiva» o «discriminación inversa» y más aún «discriminación negativa» constituyen construcciones terminológicas contradictorias o redundantes que pueden conducir a la elaboración de conceptos artificiales y farragosos carentes de contenido y significado práctico, al menos, en el contexto de la igualdad y la prohibición de discriminación que establece el artículo 14 CE, pues la discriminación proscrita ya es negativa y denominarla positiva es una *contradictio in terminis*. Por ello, se prefiere el uso de un solo término: el de «acción positiva». En este sentido, BARRÈRE 1997 y MACÍAS, 2002 (Cap. 8).

¹⁴ Y, sin embargo, cabe recordar la agravante genérica de discriminación del art. 22.4º CP y, en particular, los delitos de discriminación en el empleo (art. 314 CP) o el delito de provocación «al odio o a la violencia [...] por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía [...]» (art. 510 CP). El tipo incluye la discriminación como forma de otorgar una protección reforzada a personas socialmente infravaloradas o en situación de desigualdad real.

¹⁵ Redacción dada por el artículo 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

artículo 14 CE no predica la identidad, sino la igualdad que, en términos de justicia aristotélica, dispone que, a situaciones iguales, haya que aplicar consecuencias jurídicas iguales y a supuestos de hecho desiguales, haya que aplicar consecuencias jurídicas distintas. En definitiva, desigualar para igualar.¹⁶

El Informe del Ministerio Fiscal presentado en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez Canario, inadmitida mediante Auto por el Tribunal Constitucional por falta de motivación sobre la relevancia del caso, afirmó en contra de la inconstitucionalidad de la LOVG, que la nueva redacción del artículo 153.1 CP no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados, sino que persigue una mayor protección de ello, ya que es sabido que no toda diferencia de trato implica discriminación. Sigue matizando el Ministerio Fiscal, a mi juicio con acierto, que «No castiga la Ley Integral al hombre por ser hombre, sino que considera de mayor reproche la actitud del varón que, siendo o habiendo sido su marido o estando o habiendo estado ligado a ella por una relación de afectividad, aun sin convivencia, somete a la mujer a una situación de desigualdad y discriminación. La causa justificativa viene de la mano de una realidad social que pone de manifiesto cómo la violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja, a diferencia del supuesto contrario, constituye un problema de primera magnitud en nuestro país que reclama políticas de igualdad dirigidas a corregir esa situación asimétrica de dominio del hombre sobre la mujer, siendo estas más del 90% de las víctimas de violencia doméstica».

Es precisa, de nuevo, la observancia de que en estas conductas agresivas o violentas quedan implicados, no sólo el obvio derecho a la vida y a la integridad física, sino también el derecho a la integridad psíquica y a la libertad fáctica que subyace en la dignidad, entendida como el desarrollo de las propias expectativas y de la libre decisión. Pero también queda afectada una fuerte proyección del derecho a la intimidad de la víctima, pues el agresor suele ser o haber sido partícipe de la misma y no solo la intimidad personal, sino también la familiar, la extensiva a la relación filial o con otros miembros de la familia. Los roles en base al género que subyacen en la división de los espacios públicos y privados, que han responsabilizado tradicionalmente a la mujer del entorno doméstico y de la transmisión de la educación, los valores y la cultura a los hijos e hijas, hacen de ésta una circunstancia concreta que tiene como resultado que las mujeres sometidas a estas situaciones de violencia habitual, por dependencia emocional, económica o de cualquier otra índole, por vínculo familiar o por vergüenza hacia su entorno, asuman estas situaciones por más tiempo que en otros contextos más objetivizados de violencia. Además, estas circunstancias no suelen darse en situaciones donde la víctima de violencia es otro sujeto.

Por lo tanto, es muy importante comprender que la LOVG no está agravando la pena por una agresión de un hombre a una mujer en un aspecto neutro, al margen del contexto de la discriminación contra las mujeres. En sentido contrario, se exige por la LOVG que exista una específica relación de pareja que motiva, a su vez, una específica situación de dominio del hombre sobre la mujer que, inicialmente, no es un sujeto natural o jurídicamente débil.

Desde el plano jurídico-político se ha tratado de justificar la agravante en la pena desde el concepto de acción positiva. Se ha argüido que la distinta situación fáctica de la que parten las mujeres como sujeto que soporta la violencia justifica una medida

¹⁶ Recuérdese la paradoja de la igualdad de ALEXY, 1997: 409 y ss. Una clara construcción en CARMONA CUENCA, 2004.

que, en principio, desiguale pero que tiene como fin último la igualdad, en este caso, a través del establecimiento de una mayor protección de la víctima en todos los sentidos, incluyendo la pena para el agresor.

Sin embargo, aunque, efectivamente, las diferentes circunstancias fácticas, han de motivar diferentes consecuencias jurídicas, no creo que la agravante en la pena responda bien al concepto de acción positiva en sentido estricto, pues éste implica la adopción de una medida de favorecimiento o eliminación de barreras que tiene como destinatario al sujeto vulnerable u objeto de infravaloración o discriminación y no, así, al productor de la misma.¹⁷ Considero que la agravante en la pena de un delito de violencia de género puede explicarse mejor desde las medidas de Política criminal, ya que se trata de conocer la realidad social como elemento justificativo de la diferencia normativa,¹⁸ cuya virtualidad práctica y única, por la trascendencia jurídica, política y social que supone la muerte de mujeres por sus parejas y ex parejas, en el contexto de una relación de afectividad, agrava el tipo, al igual que las características intrínsecas al tipo, hacen que la pena por asesinato sea más grave que la pena por homicidio, por ejemplo. En este aspecto, el elemento que juega para la agravante es una causa de discriminación proscrita en el artículo 14 CE y recogida como tal en el artículo 22.4ª CP, que contiene un derecho fundamental irrenunciable, imprescriptible, inalienable e inembargable y, por ende, su vulneración es más grave que cuando la agresión se produce en otro contexto o situación. Por lo tanto, la tutela penal reforzada se justifica desde la poliédrica afectación de múltiples derechos fundamentales que se da en los delitos de violencia de género y en su garantía cuando subyace una causa discriminatoria.

No obstante, dicho esto, se ha de ser tener cautela con los daños colaterales que la falta de formación y de comprensión de la problemática está causando la aplicación de la LOVG. A raíz de la STC 41/2010 de 22 julio, se ha puesto de manifiesto la existencia de un debate jurídico complejo, que se inició tras la redacción dada a los artículos 148.4º y 153 CP por la LOVG. La disyuntiva -concretada en el Voto Particular discrepante de la sentencia citada- gira en torno a si toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente un delito de violencia de género contemplado en el nuevo artículo 153 CP o sólo y exclusivamente cuando el hecho sea «manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer», según dispone el artículo 1.1 LOVG.

Efectivamente, es necesario analizar la casuística y valorar en el caso concreto si se está ante un supuesto de violencia de género, que es lo que trata de regular y proteger esta Ley, o no. En este sentido, no todos los supuestos de violencia habida entre los miembros de una unidad familiar, sea quien fuere el autor y la víctima pueden ni deben valorarse al abrigo de la LOVG. Ésta trata de dar respuesta específica y concreta a la situación por la que la violencia en el contexto de una relación de pareja es el resultado de un sometimiento de la mujer al hombre como consecuencia del arraigo de estereo-

¹⁷ La acción positiva en el campo de la igualdad de género puede definirse como toda actuación en positivo reflejada en una medida, plan o conjunto de medidas consistentes en una norma jurídica, decisión judicial, política pública o práctica privada, destinadas a la consecución de la igualdad real de género, evitando y eliminando obstáculos en cualquier tramo del recorrido así como favoreciendo, de manera efectiva, la absoluta participación e inclusión de hombres y mujeres en cualquier aspecto de la vida pública o privada. MACÍAS, 2009.

¹⁸ Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional español, establecer una diferencia normativa será compatible con el principio de igualdad si la situación fáctica es desigual [...]. Por todas, STC 22/1981, de 2 de julio.

tipos y patrones persistentes que conducen a la minusvaloración discriminatoria de la mujer.

Creo que, en ocasiones, se ha abandonado excesivamente la inicial nota de habitualidad en la resolución de los casos de violencia de género incluida en las primeras redacciones normativas sobre violencia y actualmente presente en el artículo 173.2 CP a fin de detectar un indicio razonable de discriminación en la violencia ejercida contra la mujer. Ciertamente, las interpretaciones sobre el concepto de habitualidad también dieron lugar a una casuística confusa¹⁹ pero me parece que habría de realizarse una interpretación conjunta sobre esta nota característica y la voluntad del legislador en torno a los artículos 153 y 148 CP, pues lo que quieren recoger y, por ende, sancionar cuando hablan de violencia contra las mujeres es exactamente la que se viene analizando y no otras muchas que pueden, eventualmente, darse en el entorno familiar.

Pero, por otro lado, la LOVG pretende, acertadamente, que no sea necesaria la persistencia en la violencia si ésta tiene su causa en un patrón discriminatorio. Y esto es importante porque es lo que, como se ha dicho, la distingue de otros tipos de violencia intrafamiliar, porque es lo que justifica que exista un tipo penal diferenciado y porque incide directamente en el elemento educacional de la desigualdad de mujeres y hombres. Es importante que la sociedad en su conjunto comprenda que una sola conducta violenta sobre la mujer, sea constitutiva de falta o de delito, produzca una lesión o no, o tenga resultado de muerte o no, si es discriminatoria e infravalora a la mujer, por serlo, ha de estar contenida en los parámetros de la LOVG. La causa que motiva la diferencia en el tipo y, por consiguiente, en las penas, no es el sexo, sino la circunstancia específica de la discriminación, que es no graduable e intrínseca a la conducta que da lugar a esa sanción.²⁰

No obstante, no toda violencia perpetrada en el seno del hogar o de la relación de pareja, siquiera, la ejercida contra la mujer ha de ser considerada automáticamente violencia de género. Quizás, esta sea una de las cuestiones que en la actualidad y, como consecuencia de su aplicación práctica, está desvirtuando la naturaleza y el espíritu de la LOVG. Se reitera que esta norma tal cual está formulada no puede ni debe abarcar otros supuestos. Si se desea ampliar el alcance de las situaciones que causan violencia así como el marco de las relaciones entre autores o autoras y víctimas, creo que habría de articularse otro cuerpo normativo -anejo o no al existente- que contemple la vio-

¹⁹ A modo de ejemplo, entre las iniciales apreciaciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996 definió la habitualidad como «la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica». De este modo, se incluyó en este concepto un cierto clima de temor mediante el empleo reiterado de violencia física o psíquica en razón de una convivencia familiar. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de abril de 1999, matizó que «no resulta determinante ni decisivo el número de actos (tres o más) sino que en la repetición de actos radica el peligro que representa el riesgo para los bienes jurídicos tutelados». Estos, más allá de la integridad, se trasladan al ámbito de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad como exigencias constitucionales (artículo 10 CE). También se pronuncia en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de abril de 1999, al determinar que lo importante es que «se aprecie (por el juez) que la víctima vive en un estado de agresión permanente» y la STS 927/2000, de 24 de junio. Por lo tanto, el criterio de proximidad temporal no siempre ha sido tenido en cuenta aunque, con carácter general, se considerarían próximos temporalmente acontecimientos violentos acaecidos dentro de un mismo año.

²⁰ A mi juicio, diferenciar entre una bofetada, una lesión por arma blanca con resultado de muerte o una mutilación genital, afectará a la construcción del supuesto y a la consecuencia jurídica aplicable desde la normativa penal pero no tanto a la graduación desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado a la igualdad y a la no discriminación, pues en todos esos supuestos, la causa de la agresión es la discriminación e infravaloración de la mujer, por serlo. La conducta es discriminatoria o no lo es, parece que no podría ser un poco discriminatoria. En consecuencia, la graduación estará en el resultado de la conducta que incidirá en las diferentes aplicaciones de las consecuencias penales previstas.

lencia en otras relaciones afectivas e intrafamiliares para dar respuesta a problemas de naturaleza bien distinta.²¹

Si el contexto discriminatorio en el que se ejerce la violencia no es tal o es falsamente aducido, la aplicación de la LOVG se desvirtúa, carece de efectividad y produce fraude y abuso de ley con resultados en la práctica complejos, injustos y desestructurados, apartados de la búsqueda de la igualdad, como pueden ser las denuncias falsas, los conflictos de custodia o los juicios paralelos, entre otros muchos.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como se ha señalado, la violencia de género y, en general, cualquier acto de violencia que se ejerce contra las mujeres y las niñas, constituye una vulneración de sus Derechos humanos más elementales, así como de valores superiores constitucionales esenciales para el pleno desarrollo de la personalidad, de la dignidad humana y de la libertad individual en igualdad.

Así, pues, la aplicación de los tipos penales citados ha derivado en resoluciones judiciales dispares, dictadas por los Tribunales de las distintas instancias, e incluso por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Este último, ha reiterado que la diferenciación normativa establecida por el legislador en el artículo 148.4 CP, al incorporar un tratamiento punitivo distinto de la misma conducta, no se sustenta exclusivamente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, sino, por un lado, en la voluntad de aquél de sancionar más unas agresiones que son más graves y más reprochables socialmente, así como por entender que tales conductas son el reflejo o «el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja, de gravísimas consecuencias para quien, de un modo constitucionalmente intolerable, ostenta una posición subordinada».²²

Realmente, como se ha argumentado, el tratamiento diferenciado no se sustenta en el sexo del autor o de la víctima, sino en los elementos que conforman la conducta punible. Y, por ello, como se ha señalado, tampoco se trata de valorar esta diferencia como objeto de una acción positiva, sino como un tipo específico agravado por las características intrínsecas al mismo.

Así las cosas, Patricia Laurenzo concluyó que la tutela penal reforzada hacia la mujer, reflejada en agravantes de la pena, puede explicarse como una legítima decisión de Política criminal destinada a protegerla frente a un tipo específico que solo a ella le afecta porque tiene su causa, precisamente, en su pertenencia al género femenino con todo lo que ello conlleva. Como bien continúa explicando la autora, la exclusión del hombre como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la LOVG en nada afecta al artículo 14 CE porque para que fuera posible discutir la inconstitucionalidad de la LOVG en este aspecto, sería preciso que dicha norma privara expresamente de la tutela reforzada a personas que se hallasen en la misma situación fáctica que las

²¹ Esta cuestión es importante porque, en este aspecto, se han planteado dudas interpretativas en relación a la aplicación de la LOVG, por ejemplo, a parejas homosexuales. Sin embargo, en el caso de las relaciones heterosexuales, parece que subyace en la mujer un rol de inferioridad y subordinación que, a priori y con carácter general, no está presente como patrón en las parejas homosexuales. En este punto, habría que valorar la casuística y comprobar si en la pareja homosexual, -a pesar de la referencia literal de la norma al «varón»-, esté formada por hombres o por mujeres, existe un reparto de roles tal que se den patrones similares a los de las parejas heterosexuales e igualmente exista un elemento discriminatorio que haga interpretar el supuesto a la luz de la LOVG. Pero parece que el espíritu de la LOVG se centra en la protección de la mujer como la víctima habitual de la violencia ejercida por su pareja o ex pareja, varón, por razón de su género en el contexto de afectividad.

²² STC 59/2008, de 14 mayo, FJ 7. En idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 febrero, FJ 3 y 127/2009, de 26 mayo, FJ 3.

mujeres, necesitando, pues, esa especial protección (LAURENZO, 2005). Entonces, la tutela penal reforzada en el contexto y alcance de la LOVG no adolece de inconstitucionalidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 CE. Al contrario, implica una garantía para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales implicados de la que es única víctima de los delitos de violencia de género, en este caso, en el entorno afectivo y de pareja; esto es, la mujer.

No obstante, cuestiones diferentes son si se considera adecuada esta decisión desde la oportunidad política o el mal uso y el dudoso conocimiento sobre conceptos jurídicos como el de la acción positiva o el problema que se plantea desde la mala praxis jurídica y judicial o desde la atribución de recursos o la incapacidad de las políticas públicas para abordar y atajar esta lacra. Parece que podrían mejorarse los mecanismos de coordinación entre Juzgados, Policía (estatal, autonómica y local), oficinas de Atención a las Víctimas, Administraciones públicas y profesionales competentes en la detección, atención y tratamiento de situaciones de violencia y para garantizar la integridad y seguridad personal de las víctimas o en riesgo de serlo. A tal fin, se han concedido dotaciones presupuestarias para hacer frente a estas necesidades y crear las Unidades de valoración integral desde el 2005 en diferentes Comunidades Autónomas con el objetivo de potenciar la asistencia no sólo paliativa, sino también preventiva a las víctimas.

De este modo, se pretende dar una respuesta específica y especializada coordinando a los diferentes profesionales (psicólogos, asistentes sociales y médicos forenses) para permitir un diagnóstico de la violencia de género más allá de la simple búsqueda de cualquier signo de agresión concreta. En este sentido, considero que existe una importante falta de evaluación de las contrataciones de servicios de asistencia para los puntos de violencia de género y, en general, de los planes y acciones públicas en esta materia, lo que no permite realizar análisis fiables de las causas que hacen que la LOVG haya conseguido vislumbrar un problema político, jurídico y social de primer orden sustrayéndolo del ámbito privado para convertirlo, acertadamente, en un problema público pero que no consiga, según las cifras, eliminar efectivamente las víctimas reales, en particular, los casos con resultado de muerte pero también aquellos que, por no serlo, son imperceptibles y de difícil diagnóstico y erradicación.

Finalmente, en cuanto a otras medidas de mejora, se ha de incrementar y reforzar la formación y sensibilización en materia de igualdad y contra la violencia de género para quienes intervienen en los distintos puntos del proceso (judicatura, fiscalía, abogacía, fuerzas y cuerpos de seguridad, equipos psicosociales, sistema educativo, sanitario, publicidad y medios de comunicación), que favorezca el cambio cultural y la acción preventiva. Se ha de promover el desarrollo y la evaluación periódica de las medidas y bonificaciones relativas al fomento del empleo y del Programa de acción específico de inserción socio laboral de las mujeres víctimas de violencia de género. Ha de establecerse como objetivo prioritario la integración de la igualdad y la sensibilización contra la violencia de género en los contenidos curriculares y la garantía de formación inicial y permanente al conjunto de profesionales del ámbito educativo.

Es preciso señalar que abordar el fenómeno de la violencia nos sitúa ante una problemática de carácter estructural de tal complejidad que su resolución va más allá de la propia norma, ya que precisa cambios desde su raíz, en educación, valores y comportamientos culturales patriarcales fuertemente arraigados. De ahí la necesidad de un escenario social que promueva desde una perspectiva igualitaria y democrática el respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos y de todas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agacinski, Silvine. (1998). *Política de sexos*, Madrid: Taurus.
- Alexy, Robert, (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1ª reimpresión, marzo.
- Barrère Unzueta, María Ángeles, (1997). *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid: Cuadernos Cívitas, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Barrère Unzueta, María Ángeles, (2001). «Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60 (p. 145-166). Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Carmona Cuenca, Encarna, (2004) «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Revista Foro Constitucional Iberoamericano*, PÉREZ TREMP, P., (Dir.), núm. 8, octubre - diciembre.
- Escobar Roca, Guillermo, (Dir.), (2004). *II Informe sobre Derechos Humanos. Derechos de la Mujer*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, CICODE/Trama editorial.
- Íñigo Corroza, Elena, (2005). «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», Muerza Esparza, J., (Coord.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Thomson - Aranzadi, Navarra.
- Laurenzo Copello, Patricia., «La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2005) (p. 1-23). Puede verse en la Página Web <http://criminet.ugr.es/recpc> (consultada en abril de 2013).
- Macías Jara, María, (2002), «Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva», en GARCÍA INDA, A. Y LOMBARDO, E., (Coords.) *Género y Derechos Humanos*. Terceras Jornadas de Derechos Humanos y libertades fundamentales, Ed. Mira, Zaragoza.
- Macías Jara, María, (2004). «Polémica en torno al concepto de género», Actas del Congreso XXV años de Estudio de género, en Serrano Magdaleno, P., (Coord. Pub.) y Pinyana Garí, C., (Coord. Edic.), *Mujeres Sabias: entre la teoría y la práctica*, Fundación ISONOMÍA para la Igualdad de Oportunidades, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana. Página Web <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/ds.pdf>
- Macías Jara, María, (2009). *La democracia representativa paritaria*, Universidad de Córdoba/Diputación de Córdoba, Córdoba.
- Macías Jara, María, (2011). «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», en *Los símbolos religiosos en el espacio público*, VV. AA., Miguel Revenga Sánchez, Gerardo Ruiz-Rico y Juan José Ruiz Ruiz (Dirs.). Cuadernos y debate, 218, (p. 133-156). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mainstreaming de Género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*, (2001). Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), Serie Documentos, núm. 28, Madrid.
- Rey Martínez, Fernando, (2000) «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en *La Ley*, Año XXI, núm. 4984, febrero.
- Salazar Benítez, Octavio, (2010), *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997.

LES CORTS, INSTITUCIÓN DE AUTOGOBIERNO

JOAQUÍN J. MARCO MARCO

Universidad CEU Cardenal Herrera

1. INTRODUCCIÓN: DE LAS CORTES MEDIEVALES A LES CORTS DEL SIGLO XXI

Cuando el artículo 2 de la Constitución Española establece que *se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones*, está dando a entender -entre otras cosas- que aquellos territorios que se llegaron a convertir en Comunidades Autónomas contarían, entre sus instituciones, con un Parlamento o Asamblea Legislativa; no podía ser de otra forma si entendemos que, en sentido etimológico, autonomía (*auto-nomos*) es la capacidad de un ente para elaborar sus propias leyes y gobernarse de acuerdo con las mismas, quedando tal capacidad diluida si no existiera un órgano encargado de aprobar dichos textos normativos, esto es, un Parlamento.

De hecho, el propio texto constitucional parece congruente¹ con este planteamiento cuando recoge en su artículo 152.1 que *la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio*.

Por lo que respecta al territorio de la actual Comunidad Valenciana, la existencia de una Asamblea no es una novedad que derive de la sucesiva aprobación de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, sino que existe una larga tradición parlamentaria que arranca a mediados del siglo XIII -tras la reconquista del Reino de Valencia por Jaime I- y se prolonga hasta la derogación del Derecho Foral valenciano mediante el Decreto de Nueva Planta, de 29 de junio de 1707. Aquellas Cortes surgieron en el seno de un movimiento generalizado en toda Europa y su nacimiento no se produjo a golpe de privilegio, si no que fueron los ciudadanos valencianos quienes obtuvieron del poder real, a consecuencia de una sucesión de necesidades económicas y militares de la Corona, una serie de concesiones que permitieron institucionalizarlas. Se trataba de unas Cortes que, a diferencia de otras como las castellano-leonesas, estaban compuestas por tres brazos o estamentos, siendo sus funciones básicamente tres: la legislativa, que dio lugar a la formación de todo un sistema de derecho valenciano de origen autóctono (Fueros y Actos de Corte); la de control, que suponía la supervisión de la gestión política y administrativa de la Corona; y la financiera, que conllevaba la gestión de los recursos generados por los impuestos acordados en las propias Cortes. En todo caso, durante sus más de cuatro siglos de vigencia, no fueron una institución inmutable (Asensi, 1996:20), sino que en las mismas, con el paso del tiempo, se produjo una evidente evolución.²

Las Cortes, aunque con notables diferencias respecto de las Forales, retornarían a nuestro territorio, casi tres siglos después, de la mano del Estatuto de Autonomía de

¹ Es cierto que el artículo 152 se refiere únicamente a las Comunidades que accedieran a tal condición por la vía del 151, pero no lo es menos que el sistema institucional previsto en el 152 se generalizó, como no podía ser de otra forma, a todas las Comunidades Autónomas. Así lo manifestó la STC 225/98 (FJ 6) al referirse a las Disposiciones Transitorias del Estatuto de Canarias.

² No está clara la fecha de celebración de las primeras Cortes, pudiendo haberse celebrado en 1240. De lo que no cabe ninguna duda es de la celebración de unas Cortes en 1261, en las que el Rey juró y promulgó los Fueros de Valencia, derecho territorial durante más de cuatro siglos. La convocatoria de las Cortes fue irregular, pues aunque en 1302 Jaime II fijó una convocatoria trienal, la misma no se cumplió. Las Cortes entraron en decadencia en 1626, celebrándose las últimas, antes del Decreto de Nueva Planta de 1707, en 1645.

la Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 1 de julio). La recuperación del Parlamento valenciano fue una constante reivindicación de aquellos que, de forma irregular pero progresiva, reclamaron la autonomía (o incluso la independencia) para nuestro territorio a lo largo del siglo XX. Centrándonos en el tardo o postfranquismo, los llamados *Estatut d'Elx* (1975) o *Estatut del Consell* (1976) incluían como institución básica un Parlamento o Asamblea, cuyo primer precedente en esta época moderna se encuentra en el *Plenari de Parlamentaris del País Valencià*, constituido el 6 de agosto de 1977 en la ciudad de Valencia por todos los Diputados y Senadores que habían sido elegidos en las elecciones generales del 15 de junio de ese mismo año en alguna de las tres circunscripciones valencianas. Su finalidad era conseguir una autonomía provisional para nuestro territorio, objetivo que se alcanzó a través del Real Decreto Ley 10/1978, de 17 de marzo, por el que se aprobó el régimen preautonómico del País Valenciano. Aunque dicha norma no daba cobertura a la creación de un Parlamento al prever un único órgano ejecutivo -el Consell-, ni hacía referencia expresa al *Plenari de Parlamentaris*, la posterior aprobación de la Constitución y el Estatuto posibilitaron que, en 1982, nuestra Comunidad recuperara una institución básica y principal como las Cortes que, desde entonces -aunque de forma transitoria hasta 1983-, han venido representando al pueblo valenciano y ejerciendo la potestad legislativa en nuestra Comunidad.

A la posición central de *Les Corts* en nuestro sistema de autogobierno, y a la potenciación que la reforma del Estatuto (LO 1/2006, de 10 de abril) ha evidenciado en la primera de nuestras instituciones, aproximándola a las necesidades de un Parlamento del siglo XXI, voy a dedicar las siguientes páginas.

2. LES CORTS, PIEDRA ANGULAR DEL AUTOGBIERNO VALENCIANO

Como dije al inicio del texto, resultaría inverosímil calificar de autónomo a un ente territorial que careciera de un órgano capaz de legislar, que careciera de Parlamento. Podría bastar este argumento para evidenciar que los Parlamentos son la institución política más importante o la piedra angular del autogobierno de las respectivas Comunidades Autónomas. A ello debemos añadir que «el Parlamento de las Comunidades Autónomas es la institución autonómica con mayor legitimidad porque es elegido por los ciudadanos y reúne a los representantes de todas las orientaciones políticas» (AJA, 1999: 93).

Dicho planteamiento general no difiere un ápice en el caso de la Comunidad Valenciana, donde *Les Corts* ocupan una clara posición de preeminencia dentro del entramado de instituciones de autogobierno, esto es, dentro de la Generalitat. Dicha supremacía de *Les Corts* se evidencia en aspectos como los siguientes: 1) Representan al pueblo valenciano (artículo 21.1 EACV), y son elegidas por éste, mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (artículo 23.1 EACV); 2) En ellas, a través de las elecciones -que son la principal forma de participación política- recae el principio democrático de autodisposición del pueblo sobre sí mismo, lo que las convierte en depositarias del derecho autónomo de autogobierno del pueblo valenciano; 3) Ejercen la potestad legislativa dentro de la Comunitat Valenciana (artículo 21.1 EACV); 4) Son inviolables y gozan de autonomía (artículo 21.1, *in fine*, EACV); 5) Eligen, de entre sus miembros, al Presidente de la Generalitat (que a la vez lo es del Consell), por lo que ambas instituciones -Presidente y Consell- surgen en el seno parlamentario, pudiendo, como consecuencia del juego de los principios de confianza y responsabilidad, fenecer en el mismo (artículos 27, 28 y 30 EACV); y 6) El Presidente de *Les Corts* es

el legitimado para asumir las funciones del Presidente de la Generalitat, en cuanto más alto representante de la Comunidad autónoma y ordinaria del Estado, en caso de incapacidad o fallecimiento del mismo (artículo 12, *in fine*, de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, de Gobierno valenciano).

Como se puede observar, estamos haciendo referencia al sujeto primario del poder autónomo, al instituto primordial de autogobierno, al eje central en torno al cual gira todo el conjunto, como no podía ser de otra manera en un sistema de gobierno parlamentario como el nuestro. Por ello, «el Parlamento autónomo es, tanto por su origen y procedimiento de elección, como por la expresa determinación estatutaria, el órgano central del complejo institucional que forma la Generalitat. [...] La organización de la Generalitat reposa sobre el principio de la centralidad del Parlamento» (MARTÍNEZ SOSPEDRA, 2000: 23).

Dada la importancia de Les Corts, no es de extrañar que en la reforma que sufrió nuestro Estatuto de Autonomía en 2006, uno de los principales objetivos fuera el de potenciar esta institución. De hecho, así lo solicitaron varios de los comparecientes ante la *Comisión no permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto de Autonomía y consolidación del autogobierno*. Veamos, de forma descriptiva y sencilla, cuáles fueron los cambios que, en esta materia, introdujo dicha reforma.

3. LES CORTS EN LA REFORMA DE 2006

Al margen de una modificación puramente estética,³ que ha ocasionado que la institución haya dejado de denominarse las Cortes Valencianas para pasar a ser llamada simplemente Les Corts, los cambios que afectan a nuestra Asamblea Legislativa pueden clasificarse en 4 amplios grupos: el Estatuto de Les Corts y de sus miembros; composición y sistema de elección; funcionamiento; y competencias. A su vez, cada uno de dichos grupos integran varias realidades que van a ser analizadas a continuación.

3.1 EL ESTATUTO DE LES CORTS Y DE SUS MIEMBROS

3.1.1 El nuevo estatuto de Les Corts

El estatuto de Les Corts ha sufrido una ligera modificación tal y como se puede comprobar a continuación:

Artículo 10 EACV LO 5/82	Artículo 21 EACV LO 1/2006
La potestad legislativa dentro de la Comunidad Valenciana corresponde a las Cortes Valencianas, que representan al pueblo. Las Cortes Valencianas son inviolables.	1. La potestad legislativa dentro de la Comunitat Valenciana corresponde a Les Corts, que representan al pueblo. Les Corts son inviolables y gozan de autonomía. 2. Les Corts tienen su sede en el Palacio de los Borja de la ciudad de Valencia, pudiendo celebrar sesiones en otros lugares de la Comunitat Valenciana cuando sus órganos de gobierno así lo acuerden.

³ En esa misma línea, se han modificado otras denominaciones como la de *Comunitat Valenciana*, *Generalitat* o *Consell*, por poner algunos ejemplos.

Como se observa, las novedades más evidentes de la nueva redacción son dos. Por un lado, la incorporación de un segundo párrafo, de no excesiva importancia, en el que se fija estatutariamente la sede de la institución, así como la posibilidad de celebrar sesiones en lugares distintos a este, siempre que así lo decidan los órganos de gobierno de la Cámara. Por otro, la gran novedad es la parte final del párrafo primero, en la que se hace referencia a que Les Corts gozan de autonomía. Lógicamente ello no puede llevarnos a pensar que dicha autonomía no existiera anteriormente, pero en ese afán de potenciación de la institución al que nos hemos estado refiriendo, no está de más la inclusión de esta cualidad en el propio articulado del Estatuto.

De hecho, sería conveniente también hacer una breve referencia a uno de los aspectos de la autonomía, el de la autonomía reglamentaria, pues el Estatuto, como se observa a continuación, también ha sufrido una modificación en este sentido.

Artículo 14.1 EACV LO 5/82	Artículo 25.1 EACV LO 1/2006
Las Cortes Valencianas aprobarán su Reglamento de Régimen Interno [...]	Les Corts [...] aprobarán, por mayoría absoluta, su Reglamento que tendrá rango de ley.

La autonomía reglamentaria ha quedado reforzada desde el instante en que la norma que regula el funcionamiento de Les Corts, su Reglamento, debe ser aprobado por mayoría absoluta, y cuando se evidencia que su naturaleza jurídica no es la de un *inter-na corporis* -como se daba a entender en la anterior redacción del Estatuto- sino la de una norma con rango de ley, cuanto menos desde su punto de vista material (aunque tratándose de un Parlamento unicameral, casi también desde el punto de vista formal).

3.1.2 El nuevo estatuto de sus miembros

Por lo que respecta a la inviolabilidad, cuyo objetivo es proteger al parlamentario frente a toda posible consecuencia generada por su contribución a la formación de la voluntad de las Cortes, se ha producido una pequeña modificación al haberse suprimido las palabras «en actos parlamentarios» lo que, sin embargo, no puede llevarnos a pensar que la protección se extienda a la manifestación de opiniones en cualquier foro, sea o no parlamentario. Por otra parte, cuando se hace referencia a los votos emitidos, también se ha producido una modificación al utilizarse el término «funciones», en lugar de «cargo».

Artículo 12.3 EACV LO 5/82	Artículo 23.3 EACV LO 1/2006
Los miembros de las Cortes Valencianas gozarán, aún después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo.	Los miembros de Les Corts gozarán, aún después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas y por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Por lo que respecta a la inmunidad y el aforamiento, el tenor de lo establecido en el artículo 12.3 de la LO 5/82 no ha sufrido prácticamente ninguna modificación, aunque sin embargo la parte final del 23.3 de la LO 1/2006 sí ha incorporado el llamado aforamiento civil, lo que parece innecesario ya que, al existir inviolabilidad para esos actos y opiniones que se emitan en ejercicio del cargo, ¿qué tipo de responsabilidad civil se podría derivar de los mismos? En cierta medida parecen estar pensando que lo único que preserva la inviolabilidad es la responsabilidad penal pero no la civil, cuando en realidad no es así.

3.2 COMPOSICIÓN Y SISTEMA DE ELECCIÓN

3.2.1 Composición

Una de las modificaciones más significativas de la reforma de 2006 fue la referente a la composición del Parlamento. Desde 1982 nuestro Estatuto establecía una horquilla de entre 75 y 100 Diputados para representar al pueblo valenciano, fijando la Ley Electoral, dentro de dicho margen, una cifra de 89 Diputados. Con el devenir del tiempo, el incremento de población de nuestra Comunidad evidenció la conveniencia de incrementar el número de Diputados para reajustar la clave de representación, pese a lo cual no se llevó a cabo reforma alguna de la Ley Electoral Valenciana, situación que hubiera permitido elevar los Diputados hasta el máximo estatutario de 100, sin necesidad de modificar el Estatuto.

Sin embargo, fue la propia reforma estatutaria la que llevó a cabo la modificación del número de representantes del pueblo valenciano, y lo hizo en un doble sentido: por un lado, se fijó un nuevo mínimo de 99 que se sitúa, prácticamente, en el umbral más alto de la anterior horquilla, lo que ha provocado que el número de Diputados y Diputadas a elegir en mayo de 2007 y de 2011 se incrementara en 10 frente a los 89 que se eligieron en 2003 -y ello, porque al no haberse modificado la Ley Electoral, no se ha querido superar el mínimo Estatutario-; por otro lado, el Estatuto, a diferencia de lo que sucedía antes, no fija un máximo de Diputados y Diputadas, lo que permitiría un crecimiento sin límite del número de representantes. Sin embargo, todo este análisis debe frenarse a la espera de saber si, finalmente, el Consell, tal y como ha anunciado su Presidente va a proponer una reducción del número de Diputados por motivos económico-presupuestarios.

Artículo 12.1 EACV LO 5/82	Artículo 23.1 EACV LO 1/2006
Las Cortes Valencianas estarán constituidas por un número de Diputados no inferior a 75 ni superior a 100, elegidos mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en la forma que determine la Ley Electoral Valenciana [...]	Les Corts estarán constituidas por un número de Diputados y Diputadas no inferior a noventa y nueve, elegidos mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en la forma que determine la Ley Electoral Valenciana [...]

3.2.2 La cláusula de barrera

Una de las cuestiones históricamente más discutidas del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y, por tanto, de su actual reforma, es la relativa a la cláusula de barrera, ya que pese a que la elección de Diputados y Diputadas tiene lugar en circunscripciones provinciales, la cláusula de barrera, del 5%, tiene ámbito autonómico, por lo que nos encontramos ante una barrera atípica, que actúa sobre una unidad distinta de la circunscripción. Es difícil explicar que la cláusula opere sobre el total de votos emitidos en el conjunto de la Comunidad cuando por prescripción legal la circunscripción electoral es la provincia, a no ser que la finalidad sea evitar que partidos con moderada implantación en una sola circunscripción tengan acceso al Parlamento valenciano, lo que, desde mi punto de vista, tampoco tiene demasiado sentido. Además, con un sistema de partidos ya consolidado y sin riesgo de multipartidismo exacerbado, el tope podría, o bien rebajarse al 3%, o bien mantenerse en el 5% pero no en el conjunto de la Comunidad, sino en cada una de las respectivas circunscripciones.

Como se observa a continuación, la reforma del Estatuto provoca -aunque no figuraba así en la proposición inicial- que éste deje de fijar la cláusula de barrera -que, por otra parte, y según la literalidad del texto, dejará de ser un porcentaje para pasar a convertirse en un número de votos- correspondiendo a la Ley Electoral la determinación de la misma.

Artículo 12.2 EACV LO 5/82	Artículo 23.2 EACV LO 1/2006
Para poder obtener escaño y ser proclamados electos, los candidatos de cualquier circunscripción deberán haber sido presentados por partidos o coaliciones que obtengan un número de votos superior al 5% de los emitidos en la Comunidad Valenciana.	Para poder ser proclamados electos y obtener escaño, los candidatos de cualquier circunscripción habrán de gozar de la condición política de valenciano y deberán haber sido presentados por partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que obtengan el número de votos exigido por la Ley Electoral valenciana.

Actualmente, el artículo 12 a) de la Ley Electoral Valenciana todavía dice que «no se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido al menos el 5% de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana». Ahora bien no creo que esta exigencia pueda seguir en vigor cuando el Estatuto habla de «número de votos» y no de porcentajes, por lo que no se entiende que se hayan celebrado dos convocatorias electorales (2007 y 2011) sin haber reformado la Ley Electoral.

3.2.3 La Ley Electoral valenciana

A la vista de lo anterior, la Ley Electoral cobra un gran protagonismo, pues cuestiones clave como la cláusula de barrera o el número de Diputados a elegir -sin que exista un tope máximo- se arrebatan al contenido estatutario para trasladarse a dicha Ley. Tal vez como consecuencia de ello, el Estatuto le aumenta el rango, sustituyendo la anterior mayoría cualificada de 3/5 por una nueva, todavía más exigente, de 2/3.

Artículo 13 EACV LO 5/82	Artículo 24 EACV LO 1/2006
La Ley Electoral Valenciana, prevista en el apartado uno del artículo anterior, será aprobada en votación de conjunto por las tres quintas partes de las Cortes Valencianas [...]	La Ley Electoral Valenciana, prevista en el apartado 1 del artículo anterior, será aprobada en votación de conjunto por las dos terceras partes de Les Corts [...]

Esta situación conlleva un problema que, sin embargo, se ha obviado: la vigente Ley Electoral -que fue aprobada en 1987 por las Cortes Valencianas- no reúne el requisito exigido en el nuevo artículo 24, esto es, haber sido aprobada, en votación de conjunto, por las dos terceras partes de Les Corts. Ello nos debe llevar a entender que, dado que el Estatuto -como podía haber hecho- no estableció un régimen transitorio para las elecciones de 2007 -ni, obviamente, para las de 2011- dichas convocatorias se han desarrollado con base en una normativa contra Estatuto o, cuanto menos, extra Estatuto.

3.2.4 Disolución anticipada y modificación del mandato parlamentario

Una de las grandes carencias del sistema valenciano de gobierno parlamentario era la ausencia de la llamada facultad de disolución discrecional de las Cortes Valencianas por parte del Presidente del Consell que, como necesario contrapunto a la potestad de las Cortes de censurar al Ejecutivo, es consustancial a la forma parlamentaria de

gobierno desde la invención inglesa de la misma. Además, es una figura de innegable efecto disuasorio para las prácticas obstruccionistas y que permite disciplinar en su funcionamiento tanto a la mayoría parlamentaria como a la oposición.

A diferencia de lo que pueda pensarse, la facultad de disolución discrecional no perjudica al Parlamento, al contrario, lo potencia pues la representación existe cuando y en la medida en que los electores se reconocen con los electos y con las posiciones políticas que los mismos mantienen; desapareciendo la concordancia entre unos y otros al erosionarse o desaparecer la afinidad o semejanza que motivó la elección, desaparece con ella la representación misma. Evidentemente, no podemos llegar al absurdo de convocar elecciones continuamente para lograr que la semejanza entre electores y electos sea absoluta, pero sí debemos ser conscientes de que no es la elección lo que constituye el carácter representativo del Parlamento, lo que da al Parlamento ese carácter es la semejanza, por lo que cuando ésta quiebra, no está de más disolver la Asamblea y convocar elecciones.

Decididos a incorporar la figura a nuestra ordenamiento, las dudas surgían sobre cuestiones como si debía incorporarse al articulado del Estatuto o al de una Ley; si debía ser una disolución que abriera una nueva legislatura o simplemente que supusiera un paréntesis en la legislatura en curso -como en el caso de la Comunidad de Madrid-; qué límites debía tener; si podía regularse la autodisolución; etc. Al final fue el propio Estatuto el recogió la disolución anticipada, y lo ha hecho en unos términos similares a los que se prevén en la Constitución Española para la disolución que lleva a cabo el Presidente del Gobierno:

Artículo 28.4 EACV LO 1/2006
El President de la Generalitat, con el acuerdo previo del Consell, podrá ordenar mediante Decreto la disolución de Les Corts, excepto cuando se encuentre en tramitación una moción de censura que reúna los requisitos exigidos en el Reglamento de Les Corts.

Como se observa, la capacidad del President sólo se limita en aquellos momentos en los que se esté tramitando una moción de censura, obviándose otros límites que sí vienen fijados en la Constitución para las Cortes Generales, como pueden ser el transcurso de un año desde la anterior disolución, o la declaración de un estado excepcional. Además, también se ha incluido en el artículo 27.6 EACV -y considero que era necesario- la disolución automática para aquellos supuestos en los que no exista acuerdo para la elección de President de la Generalitat -cuyo sistema de investidura se ha pormenorizado en el Estatuto-, al estilo de lo previsto en el 99.5 de la Constitución Española.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se han producido modificaciones en lo relativo al mandato de los parlamentarios, ya que si con anterioridad éste duraba necesariamente cuatro años, ya que las elecciones se producían indefectiblemente cada 4 años, ahora no es obligatoriamente así.

Artículo 12.4 EACV LO 5/82	Artículo 23.4 EACV LO 1/2006
<p>El mandato de las Cortes Valencianas será de cuatro años. Las elecciones se celebrarán el cuarto domingo de mayo cada cuatro años, en los términos previstos en la Ley que regule el régimen electoral general. En todo caso, las Cortes Valencianas electas se constituirán en el plazo máximo de noventa días, a contar desde la expiración del mandato.</p>	<p>Les Corts son elegidas por cuatro años. El mandato de sus Diputados finaliza cuatro años después de las elecciones, o el día de la disolución de la Cámara por el President de La Generalitat en la forma que establezca la Ley del Consell. [...]</p> <p>La disolución y convocatoria de nuevas elecciones a Les Corts se realizará por medio de Decreto del President de La Generalitat. En cualquier caso, Les Corts electas se constituirán en un plazo máximo de noventa días a partir de la fecha de finalización del mandato anterior.</p>

3.3 FUNCIONAMIENTO

3.3.1 Periodo de sesiones

Existía la sensación que la limitación de la duración de los períodos de sesiones de las Cortes Valencianas a un total de 8 meses debía suprimirse, pues conducía a un encorsetamiento de la actividad parlamentaria que, en muchos casos sólo podía salvarse recurriendo a interpretaciones forzadas o a la convocatoria de sesiones extraordinarias. Por ello, la reforma estatutaria ha modificado esta cuestión, fijando que los periodos ordinarios de sesiones durarán un mínimo de 8 meses.

Ello supone que el máximo anterior es el mínimo actual, dándose un mayor margen de actuación a la Cámara.

Artículo 14.3 EACV LO 5/82	Artículo 25.3 EACV LO 1/2006
<p>Las Cortes se reunirán en sesiones ordinarias y extraordinarias. Los periodos ordinarios comprenderán cuatro meses y se celebrarán entre septiembre y diciembre el primero, y entre febrero y junio el segundo. Las sesiones extraordinarias [...]</p>	<p>Les Corts se reunirán en sesiones ordinarias y extraordinarias. Los períodos ordinarios serán dos por año y durarán como mínimo ocho meses. El primero se iniciará en septiembre y en febrero el segundo. Tendrán la consideración de sesiones extraordinarias [...]</p>

3.3.2 Publicidad de la actividad parlamentaria

Por lo que se refiere a la publicidad de la actividad parlamentaria se deben hacer dos reflexiones. Por un lado, el Estatuto incluye una apreciación que hasta la fecha venía fijada reglamentariamente. En todo caso, ahora -al igual que antes- habrá que recurrir también al Reglamento para conocer las excepciones, de acuerdo con el artículo 25.3 EACV.

Por otra parte, se hace una mención expresa al bilingüismo en lo que a la publicación de las leyes de La Generalitat se refiere, aspecto que no venía estatutariamente fijado hasta la fecha.

Artículo 14.6 EACV LO 5/82	Artículo 25.5 EACV LO 1/2006
Las leyes de La Generalitat Valenciana serán promulgadas, en nombre del Rey, por su Presidente y publicadas en el <i>Diari Oficial de la Generalitat Valenciana</i> en el plazo de quince días, desde su aprobación, y en el <i>Boletín Oficial del Estado</i> . [...]	Las leyes de La Generalitat serán promulgadas, en nombre del Rey, por su President y publicadas, en las dos lenguas oficiales en el <i>Diari Oficial de la Generalitat</i> en el plazo de quince días desde su aprobación, y en el <i>Boletín Oficial del Estado</i> . [...]

3.3.3 Iniciativa legislativa

Mientras anteriormente se hablaba de tres legitimados (Grupos Parlamentarios, Gobierno valenciano y Cuerpo electoral), ahora se ha reducido a dos, Corts y Consell, si bien dentro de Les Corts se da cabida tanto a los Grupos parlamentarios como al Cuerpo Electoral, además de posibilitar que los Diputados y Diputadas puedan tener iniciativa, siempre que así lo fije el Reglamento.

Artículo 14.5 EACV LO 5/82	Artículo 26 EACV LO 1/2006
La iniciativa legislativa corresponde a los Grupos parlamentarios, al Gobierno valenciano y al Cuerpo electoral. La iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley que hayan de ser tramitadas por las Cortes Valencianas se regulará por éstas mediante ley, en el marco de la Ley Orgánica prevista en el artículo 87.3 de la Constitución.	1. La iniciativa legislativa corresponde a Les Corts y al Consell, en la forma que determine el presente Estatuto y el Reglamento de Les Corts. 2. La iniciativa legislativa de Les Corts se ejercerá por los Grupos Parlamentarios y por los Diputados y Diputadas en la forma que determine el Reglamento de Les Corts. También podrá ser ejercida a través de la iniciativa popular en la forma que se regule por Ley y en los términos previstos en el Reglamento de Les Corts.

La gran novedad de este apartado es la que hace referencia a la inclusión de la iniciativa legislativa popular dentro de un marco más amplio, el de Les Corts, pero tampoco parece que ello termine por significar una mayor facilidad para los ciudadanos a la hora de conseguir que sus proposiciones de ley sean tramitadas.

Por otra parte, se echa a faltar que, al igual que sucede en otras Comunidades Autónomas, los entes locales -aunque no fuera a título individual, sino colectivo- gozaran de iniciativa legislativa.

3.4 ESFERA DE COMPETENCIAS

3.4.1 Les Corts y la Unión Europea

El artículo 11 EACV LO 5/82 recogía una amplia lista de funciones de las Cortes Valencianas. Dicho listado se recoge en este momento en el artículo 22, que siendo similar incluye como gran novedad la siguiente función

Artículo 22 EACV LO 1/2006
k) Recibir información, a través del Consell, debatir y emitir opinión respecto de los tratados internacionales y legislación de la Unión Europea en cuanto se refieran a materias de particular interés de la Comunitat Valenciana, de acuerdo con la legislación del Estado.

Esta nueva función de Les Corts tiene sentido desde el momento en que los nuevos Títulos VI y VII del Estatuto van dedicados a las Relaciones con la Unión Europea y la Acción Exterior, respectivamente. Además, Les Corts van a tener posibilidad de elaborar, de acuerdo con el artículo 61.5 EACV, una norma para crear el Comité Valenciano para los Asuntos Europeos.

3.4.2 Nuevas Leyes

Como consecuencia de la ampliación de competencias Les Corts van a tener la posibilidad de legislar sobre nuevas materias. Uno de esos casos, aunque hay más, es el que viene reflejado en el artículo 57 EACV en referencia al Real Monasterio de Santa María de la Valldigna.

3.4.3 Regulación de las Instituciones de la Generalitat

Les Corts tienen una participación directa sobre «las otras instituciones de La Generalitat». En unos casos, como sucede con el Síndic de Greuges o la Sindicatura de Comptes, porque se trata de Instituciones comisionadas por Les Corts. En estos mismos casos, así como en los de el Consell Valencia de Cultura, L'Academia Valenciana de la Llengua, el Comité Econòmic i Social y el Consell Jurídic Consultiu, porque tal y como indican los artículos 38 a 43 del EACV LO 1/2006, cada una de estas instituciones «habrá de ajustarse a lo que disponga la Ley de les Corts que lo regule». Parece que el Estatuto, y no de forma inocente, ha plasmado una fórmula que concede un amplísimo margen de maniobra a Les Corts en la regulación de las referidas instituciones, regulación que debe efectuarse mediante leyes que exigen mayorías reforzadas.

3.4.4 Decretos Legislativos y Decretos Leyes

Antes de la reforma, nuestro Estatuto no preveía la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de ninguna de ambas figuras, aunque la primera de ellas venía operando sobre la base de su inclusión en la Ley de Gobierno (artículos 59-63). Sin embargo, actualmente tal posibilidad ya viene fijada en el artículo 44.3 del propio Estatuto. Hay que destacar, por cierto, que en este artículo se observa un error, ya que en el ámbito estatal el órgano legitimado para delegar son las Cortes Generales y no una de sus Cámaras, el Congreso.

Igualmente se ha incluido el Decreto Ley (artículo 44.4 EACV), que a diferencia de la anterior es novedosa nuestro ordenamiento jurídico autonómico, lo que en cierta medida viene a suponer una cierta limitación para Les Corts, aunque, en todo caso, y al igual que sucede en el ámbito estatal acabarán convalidando el Decreto Ley que no es más que una disposición provisional.

Así, de toda la novedosa regulación que hemos estado analizando, la única figura que, en cierta medida, puede debilitar a Les Corts es esta del Decreto Ley.

4. REFLEXIÓN FINAL

La reforma estatutaria supuso un considerable respaldo a la potenciación de Les Corts. Sin embargo, la eficacia de muchas de las reformas ha sido escasa al no venir acompañada de la modificación de otras normas de necesario desarrollo de las mismas, como puedan ser, según los casos, la Ley Electoral Valenciana, la Ley del Consell o el Reglamento de Les Corts. Al no existir un acuerdo por parte de las principales

fuerzas políticas en la tramitación de estas normas, parte del esfuerzo y el consenso alcanzado en la tramitación de la reforma estatutaria está resultando baldío.

Por otro lado, y pese a reconocer que la mejoría ha sido notable, Les Corts siguen condicionadas por cuestiones como la prepotencia de los ejecutivos -directamente vinculada con la excesiva disciplina interna de los partidos políticos-, el excesivo rigor y tradicionalismo de sus procedimientos, la ausencia de creatividad en la función de control al Gobierno, o la escasa participación de ciudadanos y asociaciones representativas en la institución.

Por ello, aún reconociendo el mérito de todo lo obtenido, no es momento de cruzarse de brazos, sino de seguir trabajando y conseguir, sobre la base de la implicación ciudadana, que esa institución principal que son Les Corts sea, de verdad, la casa de todos los valencianos.

5. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADA

- Aja, Eliseo (1999). *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza Editorial.

- Asensi Sabater, José (1996). «Las Cortes Valencianas», en: *Estudio sobre el Estatuto Valenciano. Tomo II. Instituciones Autonómicas de la Comunidad Valenciana* (pp. 17-65). Valencia: Generalitat Valenciana.

- Aguiló i Lúcia, Lluís (preparador) (1992). *Els avantprojectes d'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Corts Valencianes.

- Aguiló i Lúcia, Lluís (2000). *Las Cortes Valencianas. Introducción al Derecho Parlamentario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Calatayud Chover, David; Vivancos Comes, Mariano; Vidal Vidal, Luis; y Vidal Ayala, Luis (2002). *Memoria Gráfica del autogobierno. Dos décadas de Estatuto 1982-2002*. Valencia: Corts Valencianes.

- Carbonell Borja, María José (1995). «Las cortes forales valencianas», en: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario nº 1* (pp. 61-76). Valencia: Cortes Valencianes.

- De Bartolomé Cenzano, José Carlos (2002). *La Comunidad Valenciana: Derecho Autonómico e Instituciones Políticas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Garrido Mayol, Vicente (1993). *Las instituciones forales valencianas, base de nuestra autonomía*. Valencia: Gráficas Soler.

- Garrido Mayol, Vicente; Martín Cubas, Joaquín; y Soler Sánchez, Margarita (coords.) (2001). *El nacimiento del Estatuto Valenciano*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.

- Marco Marco, Joaquín (1997). «La investidura del Presidente de la Generalitat. Su problemática», en: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario nº3* (pp. 173-191). Valencia: Cortes Valencianes.

- Martínez Sospedra, Manuel (1985). *Derecho Autonómico Valenciano. Tomo I*. Valencia: Generalitat Valenciana.

- Martínez Sospedra, Manuel (1989). *Las instituciones del Gobierno Constitucional. Sistemas de Gobierno y órganos constitucionales*. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo-CEU.

- Romeu Alfaro, Silvia (1985). *Les Corts Valencianes*. Valencia: Tres i Quatre.

- Sevilla Merino, Julia y Visiedo Mazón, Francisco J. (1988). «El Estatuto de las Cortes Valencianas y de sus diputados», en: *I Simposium Internacional de Derecho Constitucional Autonómico* (pp. 895-920). Peñíscola i València: Generalitat Valenciana.

- Simó Santonja, Vicent Lluís (1997). *Les Corts Valencianes 1240-1645*. Valencia: Corts Valencianes.

- Vivancos Comes, Mariano (2001). «Disfuncionalidades del subsistema de gobierno parlamentario valenciano», en: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 34-35* (pp. 127-144). Valencia: Universidad de Valencia. 2001.

**LA PARTICIPACIÓN DE LAS
MUJERES EN DEMOCRACIA:
LA IMPORTANCIA DEL MOVIMIENTO
ASOCIATIVO**

ANA MARRADES PUIG

Desde que en 1988 se creara el Institut Valencià de la Dona,¹ el movimiento asociativo de mujeres ha ido creciendo y diseñando una nueva vía para la participación de las mujeres en el espacio público. Julia Sevilla ha sido una protagonista indiscutible del avance de las mujeres en democracia y una ayuda inestimable para la construcción de redes para luchar por la igualdad. No sólo desde una perspectiva profesional, en su puesto de letrada de les Corts Valencianes, y en el ámbito universitario como profesora, pionera en los estudios de género en Derecho, y especialmente en Derecho constitucional; sino también como «activista» del feminismo. Julia ha formado parte del movimiento asociativo, y además es fundadora y Presidenta de la Red Feminista de Derecho Constitucional, organización creada con el fin de fomentar el reconocimiento y el respeto por la representación de las mujeres que se dedican al estudio del derecho constitucional desde una perspectiva de género. Estas breves líneas pretenden rendir homenaje a su labor.

EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE LAS MUJERES EN ESPAÑA:

LOS ORÍGENES

El derecho de asociación no se reconoce en España hasta la Constitución de 1869, sin embargo esta circunstancia no impidió su ejercicio durante ese periodo creándose asociaciones de diversa índole que ejercían su actividad con el consentimiento del poder establecido.² Precisamente las mujeres utilizaron la vía de la asociación para poder participar en la sociedad que se estaba transformando al comienzo de la etapa liberal y que las excluía en el ámbito de la participación política. Por otro lado abrieron salones y tertulias donde poder relacionarse con los políticos e intelectuales de la época y tener así presencia en el espacio público.

La Asociación Patriótica de Damas de Fernando VII, o Junta de Señoras de Fernando VII, se constituía en noviembre de 1811 siendo su presidenta la marquesa de Villafranca, doña Tomasa de Palafox. Su objetivo principal era recoger fondos para financiar el vestuario de los ejércitos españoles y asistir a los enfermos, aunque también por otro lado tenían la finalidad de difundir el modelo de la mujer virtuosa de buena madre y esposa, que a la vez comienza a participar en política. Sin embargo y a pesar de su labor, en 1815 el Rey cerró su ciclo de actuación agradeciendo con un distintivo a las socias, algunas de las cuales siguieron su participación por la vía de las tertulias.

La Sociedad Económica de Amigos del País de Cádiz, nacida el 19 de marzo de 1814, fue relanzada a impulso del Decreto de las Cortes de Cádiz de junio de 1813 que invitaba a constituir de nuevo las Sociedades Económicas de Amigos del país nacidas a finales del siglo XVIII que habían quedado paralizadas con la guerra. A partir de su

¹ El Instituto de la Mujer se había creado por Ley 16/83, de 24 de octubre, posteriormente las comunidades autónomas irían creando sus propios institutos u organismos de la mujer.

² PELAYO OLMEDO, J.D. (2007), «El derecho de asociación en la Historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964», *Revista Electrónica de Derecho Constitucional*, nº8, septiembre, p.2

creación, la sociedad gaditana plantea la posibilidad de una comisión femenina en su seno. María Josefa Fernández de Rábago presidirá la Junta de Damas de la Sociedad que no se constituirá hasta 1826, teniendo un primer intento fallido entre 1817 y 1819. Algunas mujeres que constituyeron la primera seguirán participando en ésta, como las señoras marquesas de Casa-Rábago, madre e hija que fueron vicepresidenta y vocal de aquélla; o Loreto Figueroa y Montalvo que fue también secretaria de la anterior.³ Frasquita Larrea manda por vez primera su conformidad en 1818.⁴ Ésta es una de las protagonistas esenciales de las tertulias políticas.

Las tertulias literarias y políticas se convirtieron en la vía por la que las mujeres iban encontrando su espacio en la vida política y social en la España del siglo XIX.⁵ Los temas que éstas abordaban eran esencialmente sociales como la educación, asistencia social o el arte y su espíritu filantrópico dirigía sus esfuerzos a la promoción y la formación de las clases menos favorecidas,⁶ como la preocupación por la enseñanza pública que permitió el acceso de las niñas a la escuela aunque sólo fuese para recibir las enseñanzas mínimas. Pero también servían de plataforma para poder tratar asuntos políticos, ya que en ellas se manifestaban sobre las distintas opciones y adscripciones políticas. En ocasiones podían llegar a considerarse como la antesala de las asociaciones.⁷

Las dos tertulias más significativas por su dispar adscripción política son las presididas por la gaditana Frasquita Larrea, de signo conservador, y la jerezana Margarita de Morla y Virués, de signo liberal. La de Margarita de Morla, «la Morla o Morlá» como se la conocía, visitada por personajes como Argüelles, Gallardo, Martínez de la Rosa, Ángel Saavedra o Pizarro se diluye en 1811, mientras que la de Frasquita Larrea comienza sobre 1811 también, coincidiendo por poco tiempo aunque -y según los cronistas de la época-⁸ siendo rivales.

Mientras tanto en los espacios políticos, controlados por los hombres, el debate sobre la presencia femenina se agudizó. En 1821 el Reglamento Interno de las Cortes⁹ prohibía el acceso de las mujeres a las sesiones parlamentarias. Las razones de

³ ESPIGADO TOCINO, G. (2003) «La Junta de Damas de Cádiz: entre la ruptura y la reproducción social», *Frasquita Larrea y Aherán: europeas y españolas y entre la Ilustración y el Romanticismo*, (Dir: PASCUA SÁNCHEZ, M.J. y ESPIGADO TOCINO, G.,) Universidad de Cádiz, p.244.

⁴ Cita del original de la carta de aceptación en ESPIGADO TOCINO, ob.cit., p.262.

⁵ Aunque, como relata Sofía Sancho, a veces se las excluía también de las tertulias, ya que éstas eran lideradas por hombres, «tanto fue así que era una estampa típica ver a las señoritas tomar el almuerzo en la parte delantera de los cafés, mientras los caballeros «hacían política» en la posterior. De esta forma surgieron las tertulias femeninas. Éstas por lo general se organizaban en torno a la figura de una mujer de gran preparación cultural que moderaba las conversaciones y era la anfitriona de la velada. Para poder asistir a estas reuniones en los salones de los palacios y las villas había que ser presentado por algún contertulio asiduo y, cuando los allí congregados no demostraban una conversación fluida, la reunión terminaba convirtiéndose en un baile. Dos de las tertulias femeninas más populares fueron las de Margarita López Morla y Frasquita Larrea». <http://www.elmundo.es/especiales/2009/07/espana/constitucion/actualidad/reportajes/tertulias>.

⁶ ABA CATORIA, A. (2012), *El gran olvido del constitucionalismo gaditano*, X Congreso Asociación Constitucionalistas de España, Cádiz.

⁷ MARRADES PUIG, A.I., (2013) «La participación política de las mujeres en la Constitución de 1812: El asociacionismo y las tertulias», *Revista Española de la Función Consultiva*.

⁸ Alcalá Galiano decía que eran rivales aunque Solís otorgaba mayor importancia a la de Doña Margarita, descartando así la rivalidad, según explica Milagros Fernández Poza en «Frasquita Larrea una mujer entre la Ilustración y el Romanticismo», *Frasquita Larrea y Aherán*, ob.cit., p.30.

⁹ Prohibición prevista en el Reglamento Interno de las Cortes de 1810, ratificada por el Reglamento de 1813 y el de 1821.

conveniencia¹⁰ justificaban la general negación de los derechos políticos a las mujeres incluso para los defensores de la presencia femenina en aquellas tribunas.¹¹

Más adelante, en 1869 el debate en el ámbito de la participación política se focalizó hacia el reconocimiento del derecho al sufragio de las mujeres. De nuevo «la biología»¹² se convertía en una instancia legitimadora de primer orden para su exclusión.¹³ En 1877 se presentó la primera enmienda a favor del voto femenino, aunque la propuesta afectaba sólo las madres de familia, viudas o mayores de edad a quienes correspondía el ejercicio de la patria potestad, y en 1919 se presentó un proyecto de ley electoral dirigido a la extensión del derecho de voto a las mujeres mayores de edad, pero hasta 1931 no consiguió este derecho para las mujeres de forma universal y sin restricciones.

EL SIGLO XX

La participación femenina en España en el siglo xx viene marcada por el reconocimiento del derecho al sufragio femenino. La Asociación Nacional de Mujeres Españolas fue creada en 1918 con la finalidad de promover los derechos de las mujeres, especialmente el derecho al voto. Estaba integrada por un grupo heterogéneo de mujeres, escritoras, maestras, estudiantes y esposas de profesionales, entre las que se encontraban Clara Campoamor, Victoria Kent, María de Maeztu y otras mujeres luchadoras. En 1919 contribuyó a la formación del Consejo Feminista de España, aunando así la acción de su grupo con otros ya constituidos en Barcelona, la Sociedad Progresiva Femenina y la Mujer del Porvenir, y en Valencia, la Sociedad Concepción Arenal y la Liga para el progreso de la Mujer. Nunca contó con el apoyo de partidos políticos ni de jerarquías eclesiásticas, y se mantuvo con las aportaciones mensuales de sus asociadas.

En 1926 se funda el Lyceum Club a propuesta de María de Maeztu y con la finalidad de suplir un espacio público cultural y concebido como un lugar de debate y reflexión similar a los clubes de mujeres existentes en Europa. Se le llamó «el club de las maridas» por el número de esposas de hombres ilustres, si bien ellas no lo eran menos, basta con el ejemplo de Zenobia Camprubí quien mantuvo económicamente a Juan Ramón Jiménez.¹⁴

Más adelante, en 1934, la ANME intentó que el movimiento feminista se articulase como partido político y fundó Acción Política Feminista Independiente, posteriormente se disolvió durante la Guerra Civil.

La dictadura de Franco supuso un grave retroceso para la participación política. Y para las mujeres fue más que un retroceso: la vuelta al hogar y el exilio para las disidentes. Tras este gran paréntesis en la Historia de España, el año 1975 representa un doble punto de partida para ellas: por un lado comienza la Transición y por otro, Naciones Unidas declara 1975 el Año Internacional de la Mujer.

¹⁰ El Diputado José Rovira afirmaba que «Por conveniencia les hemos quitado los derechos de ciudadanía, cuales son la voz activa y pasiva». Diario de Sesiones de las Cortes, 1821, p.489.

¹¹ ARESTI, N.(2012)«los argumentos de la exclusión. Mujeres y liberalismo en la España contemporánea», *Historia Constitucional*, nº13, pp. 407-431.

¹² Romero Robledo lo expresaba argumentando que «la mujer no tiene barbas», Romero Girón afirmaba que «la mujer ni quiere ni lo puede tener» (el derecho al sufragio)...»porque no es ese su fin». Diario de Sesiones de Cortes, 21 de abril de 1869.

¹³ ARESTI, N., ob.cit. p.416.

¹⁴ VARELA, N. (2005) *Feminismo para principiantes*, Barcelona, Ediciones B, p.145.

LAS ASOCIACIONES DE MUJERES EN LA TRANSICIÓN

La importancia de la participación de las mujeres en asociaciones y partidos políticos fue crucial para la sociedad española. Su presencia hizo posible la creación, en ocasiones, de un clima de opinión favorable a determinadas cuestiones que, durante la dictadura de Franco, habían estado revestidas de prohibiciones y tabúes.

Durante los años sesenta, que podríamos definir como de «pretransición», igual que sucedió en tiempos del constitucionalismo gaditano, la falta de libertad para asociarse no impidió la actividad y el compromiso femeninos.¹⁵

En 1960, se funda el Seminario de Estudios Sociológicos sobre la Mujer, de la mano de María Campo Alange, quien tras haber escrito varios libros sobre asuntos femeninos decidió conectar con varias mujeres universitarias para formar un grupo feminista. El Seminario permaneció activo hasta 1986.

En 1965, a partir de una serie de reuniones iniciadas por el Partido Comunista en 1962, surge el Movimiento Democrático de Mujeres con dos orientaciones: el feminismo -aunque por esas fechas muy poco elaborado-, y la solidaridad frente a la represión, apostando así por la doble militancia. En 1975 adoptó el nombre de Movimiento Democrático de Mujeres/Movimiento de Liberación de la Mujer, en 1976 se presentó públicamente con el fin de lograr la legalización de los grupos feministas que se consiguió en 1978.

En el transcurso de este periodo hay que mencionar la labor desarrollada por la Asociación Española de Mujeres Universitarias, que aunque creada en 1920 fue muy activa tanto en la década de los sesenta como en la de los setenta. Se disolvió en 1989. Y también la importante repercusión de las Asociaciones de Amas de Casa y del Hogar, nacidas a iniciativa del Movimiento Democrático de Mujeres, ya que éstas permitieron abrir espacios de tolerancia y salir de la clandestinidad para poder hablar y discutir entre ellas.

En la década de los setenta se produce en el panorama social y político español la mayor eclosión del movimiento asociativo, la mayoría de estas asociaciones están todavía hoy activas.

La Asociación para la Promoción y Evolución Cultural se legalizó en 1974, y destaca por ser la primera plataforma para el análisis del sexismo en el lenguaje.

La Asociación Democrática de la Mujer surgió por iniciativa del Partido del Trabajo de España con la finalidad de fundar su asociación feminista, y desapareció en 1979 una vez disuelta la Federación por el PTE.¹⁶

La Asociación Española de Mujeres Juristas, fundada en 1971 y presidida por María Telo, tenía el objetivo básico de proponer reformas legislativas para erradicar la discriminación de las mujeres, especialmente en materia de Derecho de familia, elevando a los poderes públicos las sugerencias necesarias para ello. El fruto de sus primeros esfuerzos fue lograr entrar en la Comisión General de Codificación y estar presentes en la reforma del Código Civil: mediante la Ley 14/1975 la mujer recuperó su capacidad jurídica plena.

¹⁵ SALAS, M., y COMABELLAS, M. (1999) «Asociaciones de mujeres y movimiento feminista», *Españolas en la transición. De excluidas a protagonistas (1973-1982)*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, p.27. El origen y el desarrollo de los diversos grupos y asociaciones de mujeres que se detallan se ha extraído del capítulo del libro aquí citado.

¹⁶ Como anécdota se puede contar que a pesar de estar formada por mujeres muy jóvenes sin experiencia en el feminismo, algunas de sus actuaciones fueron recogidas por los medios, como la campaña de navidad en que se disfrazaron de «Mamá Noel» y repartieron muñecas a los niños y trenes a las niñas.

La Asociación Española de Mujeres Separadas, todavía vigente, fue de las más representativas para el momento que se estaba viviendo ya que consiguió visibilidad de los problemas que para las mujeres desencadenaban los procesos de separación. Legalizada en 1974, desarrolló una importante labor interrumpida en muchas ocasiones por grupos antidemocráticos, y convertida hoy en Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas sigue desplegando su actividad.

Además otras asociaciones pusieron su grano de arena en la lucha en favor de la igualdad como El Colectivo Jurídico Feminista, el Frente de Liberación para la Mujer y la Unión para la Liberación de la mujer, u otras con fines específicos como la Asociación Universitaria para el Estudio de los Problemas de la Mujer, la Asociación de Madres Solteras para la igualdad Jurídico-social de sus Hijos o la Asociación Española de Mujeres Empresarias.

Desde una óptica diferente, también otros colectivos de mujeres, los Grupos cristianos, trabajaron por la igualdad. Incluso han llegado a considerarse clave para la transición. Según algunas autoras, «la transición habría sido más difícil y no se hubiera logrado en paz si, bastantes años antes, algunas organizaciones de la Iglesia como la Acción Católica y las Congregaciones Marianas no hubieran empezado a formar a sus militantes en el espíritu de justicia y el respeto a los derechos humanos» (SALAS y COMABELLA, 1999:70).

LOS AÑOS OCHENTA

En esta década fueron dos los acontecimientos que marcaron intensamente el desarrollo del movimiento asociativo: por una parte el feminismo institucional y por otro lado, el refuerzo de los lazos con Europa, cuya proyección se plasma en la fundación de la Asociación de Mujeres por Europa.

La proclamación en 1975 del Año Internacional de la Mujer fue un acontecimiento fundamental para el movimiento feminista. Desde ese momento las instituciones comenzaron a asumir las cuestiones de género como asuntos importantes en las agendas políticas. La creación por Ley 16/1983, de 24 de octubre, del Instituto de la Mujer, como organismo autónomo del Ministerio de Cultura supuso un impulso muy importante para el movimiento asociativo. Sus objetivos primordiales eran la promoción de las condiciones que posibiliten la igualdad entre los sexos y el fomento de la participación de las mujeres en la vida política, económica, social y cultural. Por eso, el número de asociadas se incrementó notablemente y también fueron surgiendo nuevos nombres de asociaciones. Este fenómeno se intensificó en la Comunitat Valenciana.

LA LABOR DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO EN LA COMUNITAT VALENCIANA

En el período 1975-80 las actividades del feminismo valenciano se realizaron paralelamente en dos ámbitos, el estatal y el comunitario, y sus primeros esfuerzos se centraron en conseguir espacios para la discusión y el diálogo.¹⁷

La auténtica expansión del movimiento asociativo de mujeres se produjo en el período de 1986 a 1997. Las jornadas de Barcelona, celebradas en 1985, ponen fin a una época y marcan el principio de nuevos tiempos para el movimiento asociativo en

¹⁷ La librería *Dona* o el club *Picola* son algunos de estos ejemplos. La librería *Dona* era un local destinado a reuniones, charlas, asambleas, que tuvo que ser ampliado al contar cada vez con más mujeres en las reuniones. Ésta cerró en 1985, y en el mismo año más tarde otra librería, *Sal de Casa*, ocuparía ese espacio con el mismo fin aunque desde la óptica de un feminismo diferente.

Valencia. Según Yeves, «después de las jornadas de Barcelona a las que asistieron mujeres provenientes de todos los espacios del feminismo, el feminismo es oficialmente muerto y enterrado desde las instancias del poder» (YEVES, 2005:p.142), ahora bien, «comienza un periodo de eclosión de las asociaciones de mujeres, unas promocionadas, en parte desde el organismo de igualdad, otras desde los servicios profesionales emergentes: salud, servicios sociales, educación de adultos, en otros casos se trata de la institucionalización de grupos de mujeres, como el feminismo académico, de la creación de espacios específicos de mujeres en partidos políticos y sindicatos, cuando no, directamente de la creación de organizaciones de mujeres vinculadas a Partidos Políticos. Paralelamente se producirá la reubicación del feminismo independiente y del feminismo extraparlamentario. Espacios asociativos diferenciados, que transcurren paralelamente y sin mirarse, excepto en las manifestaciones del 8 de marzo».¹⁸

En 1986 cristaliza el feminismo académico al constituirse el Seminari Interdisciplinari d'Investigació Feminista, que dará origen al futuro Institut Universitari d'Estudis de la Dona de la Universitat de València en 1991. Y a finales de la década de los ochenta surgen un tipo de asociaciones fomentadas desde la Administración y vinculadas con el Partido Socialista, entonces en el Gobierno estatal y comunitario, creándose en 1987 la Asociación de Mujeres Progresistas, donde también participará Julia Sevilla desde su Junta Directiva. Entre otras asociaciones vinculadas a los partidos políticos habría que citar Mujeres para la Democracia (Partido Popular) y en un ámbito concreto, la Asociación de Amas de Casa Tyrius.

Sería una lista interminable¹⁹ la de las asociaciones que fueron creándose a partir de esta década y después también en los comienzos de los noventa, proporcionando así este fenómeno expansivo una peculiaridad al movimiento asociativo valenciano: la variedad, confirmada por la diversidad de actividades, trayectorias ideológicas, objetivos, campos de incidencia y sobre todo los diferentes colectivos a los que dirigen su acción. Son asociaciones de mujeres, aunque muchas de ellas no se definan como feministas, con un denominador común: «una serie de necesidades y demandas a las que las mujeres quieren dar respuesta» (MAQUIEIRA, 1995: 264), aunque éste será un fenómeno que se reproduce también en otras comunidades.

Por último, tan sólo mencionar por su trascendencia para muchas asociaciones de mujeres,²⁰ el Local d'Associacions del Institut Valencià de la Dona de la Generalitat Valenciana, sede -inaugurada en 1993- de numerosas asociaciones de mujeres representativas del sentir y de las necesidades de la sociedad valenciana de los noventa y de la primera década del siglo XXI.

¹⁸ YEVES, BOU, T. (2005) *Asociaciones de Mujeres y Movimiento Feminista*, Tesis doctoral, Valencia, p.142. La Tesis de Teresa Yeves realiza un análisis del origen y la evolución del movimiento asociativo especialmente en Valencia.

¹⁹ Para un análisis más exhaustivo del asociacionismo valenciano del que nos podemos permitir en estas páginas, ver la mencionada tesis de Teresa Yeves y los estudios del Informe sociológico de 1986, *Mujeres en la Comunidad valenciana*, elaborado por Concha Gisbert y Mercedes Alcañiz, Institut de la Dona, Generalitat Valenciana. Sobre otras Comunidades, MAQUIEIRA, V., «Asociaciones de Mujeres en la Comunidad Autónoma de Madrid», en Ortega López, M., (dir). *Las mujeres de Madrid como agentes de cambio social*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma de Madrid. También posteriormente el estudio sociológico *La Sociedad Valenciana de los 90*, García Ferrando (coord.), Alfons el Magnànim, 1992.

²⁰ Hay que tener en cuenta que el Local se convirtió en sede de muchas asociaciones asistenciales, que no sólo tenían como objetivo principal reunirse y lograr objetivos comunes sino dar asistencia especializada a mujeres con problemas específicos y a veces muy graves. Un ejemplo es CAVAS, el Centro de Asistencia a Víctimas de Agresión Sexual que tiene el objetivo principal de dar asistencia jurídica y psicológica a mujeres que han sido víctimas de delitos contra la libertad sexual.

LAS REDES, UN FACTOR DECISIVO PARA LA DEMOCRACIA Y EL GÉNERO: UNA ESPECIAL MENCIÓN A LA RED FEMINISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

La Democracia participativa implica no sólo una ciudadanía activa ocupada en asambleas, discusiones y debates, sino también «una ciudadanía reflexiva con un acusado sentido cívico de compromiso con la sociedad y el mundo en que vive» (MIYARES, A., 2003:P.190). Estas reflexiones²¹ nos invitan a pensar en las distintas posibilidades del asociacionismo y en sus fines.

Las primeras asociaciones de mujeres perseguían la participación en la vida social y política de la cual habían sido excluidas, luchando fundamentalmente por su derecho al sufragio. Posteriormente lucharon por tener un espacio donde reunirse, debatir y discutir. Una vez cumplidas las expectativas liberales, y en etapas sucesivas, se centraron en reivindicaciones específicas y necesarias para luchar contra la discriminación. Más tarde discurrieron por dos sendas, por un lado lograr un reconocimiento en el ámbito institucional, empoderarse, ganar el espacio que les pertenecía y les pertenece, y por otro, ayudar a otras mujeres que necesiten asistencia, comprensión, y que sus derechos sean respetados. Pero esta nueva visión del asociacionismo más acorde con la real democracia participativa exige visibilidad política. Los poderes públicos deben entender que asociarse es una forma de participar en democracia, haciendo sentir su voz ante cualquier cuestión política, pero también es una forma de resolver cuestiones o al menos proporcionar los cauces para resolver situaciones personales o grupales a las que el Estado no da respuesta.²² Por eso es muy importante que sean visibles y que sean fuertes para que sus voces sean escuchadas y sus objetivos puedan realizarse.

Pero, para adquirir fuerza y visibilidad política, se precisa trabajar en red.²³ Sin entrar a valorar los distintos conceptos de red en las ciencias sociales, ya que excede de nuestro objeto de estudio, nos gustaría resaltar la importancia que éstas tienen para la democracia como entidad superior a la de una asociación.²⁴ Las redes aportan fuerza para reivindicar derechos y lograr objetivos, por eso su papel es tan relevante en esta nueva democracia participativa comprometida con la denuncia de situaciones injustas.

La Red Feminista de Derecho Constitucional surgió básicamente para reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en todos los ámbitos de desarrollo de la vida humana y en particular, eliminar la discriminación en la Universidad, ante la percepción y comprobación de una realidad que muestra que en el ámbito académico y científico las mujeres son ajenas a las ciencias sociales y jurídicas,²⁵ y por tanto al Derecho constitucional.

²¹ MIYARES, A. (2003) *Democracia feminista*, Madrid, Cátedra, p.190. Alicia Miyares explica que la perspectiva del liberalismo sobre la democracia participativa es reduccionista y limitada ya que reduce la expresión ciudadana al voto. Nos mostramos con ella más dispuestas a entender que la finalidad de trabajar en grupo ha de servir para fines más comprometidos.

²² Estamos pensando fundamentalmente en la labor que realizan día a día las asociaciones asistenciales, como las de ayuda a víctimas del delito, o de la violencia de género, o de personas que padecen determinadas enfermedades o de mujeres madres solteras con dificultades para atender a sus hijos por causa del trabajo o por falta de medios económicos, etc.

²³ MURILLO DE LA CUEVA, S. (DIR) y RODRIGUEZ PRIETO, R. (2003) *Ciudadanía activa, Asociacionismo de mujeres*, estudio encargado por Varios Consejos de la Mujer de distintas Comunidades Autónomas, Paredós, p.62.

²⁴ Hay muchos tipos de redes y de muy diversa naturaleza, aunque excede del objeto de nuestro estudio, para un análisis más detallado ver el trabajo anteriormente citado de Soledad Murillo.

²⁵ SEVILLA MERINO, J. y ESQUEMBRE VALDÉS, M., «Derecho Constitucional y Género. La experiencia de la red feminista de derecho constitucional», en *Innovación educativa en Derecho constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*, Cotino Hueso, L. y Presno Linera, M.A. (coords), ISBN 879-84-693-0407-05, p.68.

Para la realización plena de sus objetivos tanto en el área docente como en la investigadora y también en el ejercicio del poder en la Universidad, la Red cuenta con una serie de acciones que se dirigen a desarrollar proyectos de investigación y organizar actividades académicas y publicaciones; pero una parte importante de su labor se centra en promover otras redes, en concreto redes europeas, de ámbito regional e internacional, y colaborar con distintas asociaciones y ONGs en la protección y promoción de la igualdad real de mujeres y hombres, especialmente en el ámbito académico. Se trata en definitiva, de concurrir en iniciativas con otras Redes y organizaciones que persigan sus mismos fines para adquirir más fuerza y alcanzar sus metas.

La importancia de las redes radica esencialmente en proporcionar estrategias de intervención en el ámbito de la ciudadanía activa. Ésta exige implicarse en la sociedad y ello supone tomar partido por las cosas, no dejar la toma de decisiones sólo en manos de los políticos o expertos sin detenernos a sopesar las consecuencias que determinadas decisiones tienen sobre nosotras. Las mujeres han ido tejiendo redes como espacios de participación a lo largo de dos siglos, mediante simples reuniones donde intercambiar opiniones y pensamientos o a través de asociaciones legalmente constituidas, esperemos que en el siglo XXI se logre la tan ansiada ciudadanía plena en igualdad de condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATORIA, A. (2012), *El gran olvido del constitucionalismo gaditano*, X Congreso Asociación Constitucionalistas de España, Cádiz.

ARESTI, N. (2012) «los argumentos de la exclusión. Mujeres y liberalismo en la España contemporánea», *Historia Constitucional*, nº13, pp. 407-431.

ESPIGADO TOCINO, G. (2003) «La Junta de Damas de Cádiz: entre la ruptura y la reproducción social», *Frasquita Larrea y Aherán: europeas y españolas y entre la Ilustración y el Romanticismo*, (Dir: PASCUA SÁNCHEZ, M.J. y ESPIGADO TOCINO, G.) Universidad de Cádiz.

GARCÍA FERRANDO (COORD.) *La Sociedad Valenciana de los 90*, Alfons el Magnànim, 1992.

GISBERT, C. y ALCANIZ, M., Informe sociológico de 1986, *Mujeres en la Comunidad valenciana*, elaborado por Institut de la Dona, Generalitat Valenciana.

MAQUIEIRA, V. (1995) «Asociaciones de Mujeres en la Comunidad Autónoma de Madrid», en Ortega López, M., (dir). *Las mujeres de Madrid como agentes de cambio social*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma de Madrid.

MARRADES PUIG, A.I. (2013) «La participación política de las mujeres en la Constitución de 1812: El asociacionismo y las tertulias», *Revista Española de la Función Consultiva*.

MIYARES, A. (2003) *Democracia feminista*, Madrid, Cátedra, p.190.

MURILLO DE LA CUEVA, S. (DIR) y RODRIGUEZ PRIETO, R. (2003) *Ciudadanía activa, Asociacionismo de mujeres*, estudio encargado por Varios Consejos de la Mujer de distintas Comunidades Autónomas, Paredós.

PELAYO OLMEDO, J.D. (2007), «El derecho de asociación en la Historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964», *Revista Electrónica de Derecho Constitucional*, nº8, septiembre.

SALAS, M., y COMABELLAS, M. (1999) «Asociaciones de mujeres y movimiento feminista», *Españolas en la transición. De excluidas a protagonistas (1973-1982)*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva.

SEVILLA MERINO, J. y ESQUEMBRE VALDÉS, M., «Derecho Constitucional y Género. La experiencia de la red feminista de derecho constitucional», en *Innovación educativa en Derecho constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*, Cotino Hueso, L. y Presno Linera, M.A. (coords), ISBN 879-84-693-0407-05.

VARELA, N. (2005) *Feminismo para principiantes*, Barcelona, Ediciones B.

YEVES, BOU, T. (2005) *Asociaciones de Mujeres y Movimiento Feminista*, Tesis doctoral, Valencia.

**DE CRISIS Y CAMBIOS:
¿UN NUEVO SISTEMA ELECTORAL PARA LOS
VALENCIANOS?**

JOAQUÍN MARTÍN CUBAS

Universidad de Valencia

- 1. REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL RENDIMIENTO DEL SISTEMA ELECTORAL VALENCIANO**
- 2. LA IMPRONTA MAYORITARIA DE UN SISTEMA TENDENCIALMENTE PROPORCIONAL**
- 3. LA EXCLUSIÓN DE FUERZAS POLÍTICAS RELEVANTES POR LA BARRERA ELECTORAL DEL 5%**
- 4. LA DESPROPORCIÓN EN LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL DE LAS PROVINCIAS**
- 5. EL MONOPOLIO EN LA CONFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POR PARTE DE LOS PARTIDOS**
- 6. POSIBLES ALTERNATIVAS EN EL MARCO ESTATUTARIO**
- 7. CONCLUSIONES**

1. REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL RENDIMIENTO DEL SISTEMA ELECTORAL VALENCIANO

En este estudio se pretende analizar algunos de los problemas del actual sistema electoral valenciano. Ahora bien, antes de entrar en ese análisis, consideramos conveniente precisar algunos aspectos que suelen generar equívocos en el entendimiento de los sistemas electorales y su funcionamiento:

1. Un sistema electoral no es un fin: es un instrumento, un instrumento al servicio de la sociedad en la que se inserta.
2. En ese sentido, un sistema electoral no sólo busca generar representación, sino también gobierno y legitimación: de nada sirve una buena representación, si no produce gobierno ni legitimación. Como de nada sirve que produzca un gobierno no representativo o deslegitimado.
3. No existe el sistema electoral perfecto sino el más adecuado en un momento dado para una sociedad dada. De hecho un sistema electoral que funciona bien en una sociedad concreta puede funcionar mal en otra. O un sistema electoral que funcionaba bien ayer puede dejar de hacerlo mañana. Y es que un sistema electoral no es un mero conjunto de fórmulas matemáticas estables en el tiempo sino que es un todo complejo en el que interactúan múltiples dimensiones algunas de las cuales se modifican con el tiempo; entre ellas, por ejemplo, la estructura socio-económica de una sociedad, las percepciones y voluntades ciudadanas y, en última instancia, su sistema de partidos.
4. No existe un sistema electoral perfecto: todos presentan disfunciones. El problema no es tanto la disfunción sino los problemas de gobierno, representación o legitimación que una disfunción dada puede generar a una sociedad.
5. En otro orden de cosas, no se debe confundir la fórmula electoral empleada con el sistema electoral. Una misma fórmula puede actuar de forma diferente (por ejemplo, en un sentido proporcional o mayoritario) en función de su interrelación con otros elementos del sistema electoral.
6. En un sistema complejo de estructura federal, como el existente en España, los sistemas electorales en sus distintos niveles y arenas electorales están interrelacionados entre sí a través del sistema de partidos y la cultura política. Esa interrelación se define fundamentalmente a partir de la vis expansiva de la arena política percibida como más importante por los ciudadanos. Así, por ejemplo, en España no hay un sistema electoral sino muchos y diversos: los hay mayoritarios (Senado, algunos locales, algunas circunscripciones en las elecciones del Congreso de los Diputados); los hay proporcionales (Unión Europea, determinadas circunscripciones electorales en el Congreso, buena parte de las locales y, en general, las elecciones en las Comunidades Autónomas). Pero es el sistema electoral del Congreso de los Diputados en su conjunto y sus consecuencias el que más influye, desde un punto de vista cultural y psicológico, en el imaginario colectivo de los españoles.

7. Por último, un sistema electoral no es una norma más: es el más fundamental pacto fundacional de un régimen político. Es el pacto donde las fuerzas sociopolíticas presentes en ese momento fundacional deciden cómo se van a repartir el poder en el futuro o, mejor, deciden qué reglas de juego son las que regularán a partir de ese momento el reparto del poder. Es, por tanto, el pacto esencial en un régimen democrático y cualquier alteración del mismo en sus elementos claves resulta altamente improbable salvo que se produzca una alteración previa de las fuerzas sociopolíticas más relevantes en esa sociedad.

Por tanto, si uno tiene claros estos parámetros al pronunciarse sobre un sistema electoral debe hacerlo fundamentalmente sobre dos cosas:

- primera, si éste ha resuelto adecuadamente los grandes retos que se esperan de él: producir representación, producir gobierno y producir legitimación;
- segunda, si se han producido alteraciones sustanciales en alguno de los elementos del sistema electoral -entendido en sentido amplio- como puede ser la cultura política o la percepción de los ciudadanos sobre el sistema electoral y su funcionamiento.

Esa es la línea por la que ha de transitar la valoración o evaluación sobre cualquier sistema electoral y, como no puede ser de otra manera, sobre el sistema electoral valenciano.

¿Qué valoración podemos hacer del sistema electoral valenciano durante estos años de autonomía y atendiendo a los resultados referidos? Muy en general y en lo esencial: podemos decir que ha funcionado razonablemente bien porque ha cumplido las funciones que exigimos a todo sistema electoral (representación, gobierno y legitimación), si bien con alguna disfunción relevante que durante muchos años es verdad que no ha generado su deslegitimación social pero sí críticas desde la academia y, cuando así ha sido, por los partidos perjudicados por las mismas:

1. Ha producido *gobierno*: los resultados del sistema electoral han permitido gobiernos sólidos, en ocasiones con mayorías absolutas; en otras ocasiones, con mayorías simples pero casi siempre amplias y suficientes. Desde este punto de vista, no parece que haya nada que objetarle al sistema electoral valenciano.
2. Ha producido *representación*: por un lado, las fracturas políticas fundamentales en nuestra sociedad han estado presentes en las Cortes y han podido expresar su voz, con los matices que luego veremos; por otro lado, el sistema ha reflejado razonablemente bien los cambios de opinión en la sociedad valenciana permitiendo, en función de estos cambios, la alternancia política. Esto es, cuando los valencianos han querido que gobernara la izquierda el sistema ha respondido y, cuando ha querido que gobernara la derecha, también ha respondido.
3. Y, sobre todo, ha producido legitimación fundamentalmente por tres razones:
 - primera, así ha sido percibido por la mayoría de los valencianos según han ido indicando todas las encuestas realizadas;
 - segunda, nunca se ha cuestionado con carácter global el resultado electoral; y,
 - tercera, el sistema ha permitido de hecho la integración de todas las fuerzas políticas relevantes.

Dicho esto, ¿el funcionamiento del sistema ha sido perfecto? Desde luego que no. Como cualquier otro sistema electoral ha tenido y tiene disfunciones, alguna de gran importancia como es la exclusión de la representación en las Cortes de fuerzas po-

líticas *relevantes* como consecuencia de la aplicación de la barrera electoral del 5%; otras disfunciones menos claras y evidentes pero no por eso dignas de ser tenidas en cuenta en nuestro análisis como pueden ser, por ejemplo, la desproporción entre la representación territorial de las provincias, el monopolio en la conformación de la representación por parte de los partidos o la consecución de una verdadera paridad entre los géneros.

2. LA IMPRONTA MAYORITARIA DE UN SISTEMA TENDENCIALMENTE PROPORCIONAL

Resultan sobradamente conocidos los elementos clave de este sistema a partir de la regulación estatutaria (arts. 23 y 24) y la concreción que de la misma realiza la Ley 1/1987, de 31 de marzo:

- 99 diputados, si bien el Estatuto dice «al menos 99 diputados» y no hay ley de desarrollo;
- elegidos por sufragio universal entre los valencianos;
- en *circunscripciones provinciales* que se los reparten en función de lo dispuesto en el *artículo 24 del Estatuto según el cual* la Ley Electoral Valenciana, aprobada en votación de conjunto por las dos terceras partes de Les Corts, «garantizará un mínimo de 20 Diputados por cada circunscripción provincial, distribuyendo el resto del número total de los diputados entre dichas circunscripciones, según criterios de proporcionalidad respecto de la población, de manera que la desproporción que establezca el sistema resultante sea inferior a la relación de uno a tres»;
- que quedan elegidos por la aplicación en cada circunscripción provincial de la *fórmula D'Hondt*, consistente en la división del número de votos de cada partido por la serie de números naturales (1,2,3,4,etc.) quedando atribuidos los mayores cocientes de esas divisiones como escaños hasta el alcanzar el número total a elegir que corresponda a cada circunscripción;
- si bien quedan excluidas de esa operación aquellas listas que no superan la barrera electoral del 5% de los votos emitidos en el conjunto de la Comunidad Valenciana.

En función de estos elementos podemos afirmar que se trata, en definitiva, de un sistema de vocación proporcional cuya *vis* o potencia queda limitada por los efectos de la barrera electoral. El número de escaños a elegir en cada circunscripción electoral es lo suficientemente elevado para que la aplicación de la *fórmula d'Hondt* sea en todo caso proporcional respecto a la distribución porcentual de los escaños en función del porcentaje de los votos obtenidos por cada partido. Sin embargo, la aplicación de una barrera electoral del 5% del conjunto de los votos emitidos en toda la Comunidad no sólo excluye a los que no la superan sino que, además y como veremos, produce una sobrerrepresentación de los que sí que la alcanzan especialmente del primer partido más votado.

Esto es, nuestro sistema «de vocación proporcional» no es enteramente proporcional y adquiere determinadas características de sistema mayoritario sin ser tampoco un sistema claramente mayoritario. De hecho, en los índices que se utilizan para medir la proporcionalidad de los sistemas electorales, se encuentra *a mitad camino* entre los proporcionales y los mayoritarios. Por ejemplo, si nos atenemos al índice Rae, mientras países con un sistema electoral proporcional como Alemania, Dinamarca, Países Bajos están en torno al 0,5; países con un sistema electoral mayoritario como Reino Unido Francia o Canadá están en torno a 6-7 puntos; España con un sistema mayoritario mixto, ocupa una posición central con 2-2,5 puntos; sin embargo, la Comunidad

Valenciana tiene un índice Rae superior a 3 puntos (3,09 puntos de media), más cerca aún de los sistemas mayoritarios que el español.

¿Cuál es la razón de este resultado? Como hemos adelantado, fundamentalmente la existencia de la barrera electoral del 5% de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana. La exclusión de aquellas fuerzas políticas que no alcanzan esta proporción de votos supone que son las fuerzas políticas que sí que la han superado las que se reparten la cuota de representación que les correspondería a las primeras de no haber sido excluidas del reparto. Esta es la razón que explica la sobrerrepresentación que en el parlamento valenciano tienen las fuerzas políticas más votadas, especialmente la primera y la segunda fuerza más votadas; no tanto, sin embargo, aquellas fuerzas que cuanto apenas han superado la barrera electoral. La prima de media a las dos primeras fuerzas se sitúa en torno a los 9 puntos, en concreto el partido más votado tiene una sobrerrepresentación en torno a los 5 puntos (5,07%) y el segundo partido más votado en torno a los 4 puntos (3,96%). Las fuerzas políticas que cuanto apenas han superado la barrera del 5% han cosechado una ligera infrarrepresentación que de media se sitúa en torno a 1 punto (-1,03).

Porcentajes resultados electorales y escaños Corts Valencianes 1983-1987												
	1983			1987			1991			1995		
	% vot	% esc		% vot	% esc		% vot	% esc		% vot	% esc	
PP	32,1	35,9	3,8	24,0	28,0	4,1	28,1	34,8	6,7	43,3	47,2	3,9
PSPV-PSOE	51,8	57,3	5,5	41,7	47,2	5,5	43,3	50,5	7,2	34,3	35,9	1,6
Bloc/UPV*	3,1			*			3,7			2,7		
EU/PCE	7,5	6,7	-0,8	8,0	6,7	-1,3	7,6	6,7	-0,9	11,7	11,2	-0,5
UV				9,2	6,7	-2,5	10,5	7,8	-2,7	7,1	5,6	-1,5
UCD/CDS	1,9			11,4	11,2	-0,2	3,8			0,2		
Incrementos %			9,3			9,6			13,9			5,5

	1999			2003			2007			2011		
	% vot	% esc		% vot	% esc		% vot	% esc		% vot	% esc	
PP	48,6	55,1	6,5	47,9	53,9	6,0	53,3	54,5	1,2	50,7	55,5	4,8
PSPV-PSOE	34,4	39,3	4,9	36,5	39,3	2,8	35,0	38,4	3,3	28,7	33,3	4,5
Bloc/UPV*	4,6			4,8			*			7,4	6,1	-1,3
EU/PCE	6,1	5,6	-0,5	6,5	6,7	0,3	8,1	7,1	-1,0	6,1	5,1	-0,6
UV	4,8			3,0			1,0					
UCD/CDS	0,1			0,1								
Incrementos %			11,4			8,8			4,5			9,3

* En las elecciones de 1987 y 2007 el Bloc/UPV se presentó coaligado con EU/PCE

Esta sobrerrepresentación de las dos principales fuerzas políticas no convierte al sistema electoral en mayoritario en sentido estricto o en todo caso (el que gana se lo lleva todo o, en nuestro caso, la mayoría absoluta), aunque sí que favorece la conse-

cución de la mayoría absoluta o de una mayoría suficiente para gobernar. De las ocho elecciones autonómicas sólo en tres de ellas ha conducido a que un partido con menos del 50% de los votos haya obtenido más de un 50% de los escaños:

- 1991: el PSPV-PSOE con el 43,3% de los votos obtuvo el 50,5% de los escaños.
- 1999: el PP con el 48,6% de los votos obtuvo el 55,1% de los escaños.
- 2003: el PP con el 47,9% de los votos obtuvo el 53,9% de los escaños.

En otras tres elecciones la fuerza más votada, si bien también fue favorecida por la sobrerrepresentación, no la necesitó para alcanzar la mayoría absoluta en el parlamento porque obtuvo directamente un apoyo electoral superior al 50% de los votos:

- 1983: el PSPV-PSOE con el 51,8% de los votos obtuvo el 57,3% de los escaños.
- 2007: el PP con el 53,3% de los votos obtuvo el 54,5% de los escaños.
- 2011: el PP con el 50,7% de los votos obtuvo el 55,5% de los escaños.
- Finalmente, en dos elecciones de las celebradas, las de 1987 y las de 1995, la sobrerrepresentación no contribuyó a la obtención de una mayoría absoluta en el Parlamento:
- 1987: el PSPV-PSOE con el 41,7% de los votos obtuvo el 47,2% de los escaños.
- 1995: el PP con el 43,3% de los votos obtuvo el 47,2% de los escaños.

Así pues, sobrerrepresentación en todo caso de las dos fuerzas políticas más votadas, mayor de la primera fuerza más votada (5%, en números redondos) que de la segunda (4%), ligera infrarrepresentación de aquellas que cuanto apenas superan el 5% de los votos emitidos (-1%) y exclusión de aquellas que no alcanzan esa barrera. La sobrerrepresentación de la fuerza política más votada favorece sus posibilidades de obtener de forma artificial o mecánica una mayoría absoluta pero no lo asegura en todos los casos. De hecho, la ha facilitado en 3 casos, no la ha facilitado en 2. En las otras tres elecciones la voluntad de los valencianos fue claramente mayoritaria, sin necesidad que intervinieran los efectos mecánicos del sistema para construirla. En cualquier caso, de no facilitar de forma directa la mayoría absoluta sí que favorece la consecución de una mayoría suficiente para gobernar. En los dos casos en que así fue el partido mayoritario gobernó en solitario con apoyos parlamentarios suficientes para ello.

Conviene añadir que la exclusión de las fuerzas políticas relevantes que no superan el 5% de los votos emitidos en la Comunidad no ha impedido que estas fuerzas hayan obtenido representación en diferentes convocatorias electorales ya sea por haber superado por sí solas el 5%, bien sea por haber ido a las elecciones coaligadas con otras fuerzas políticas, bien por haberse fusionado o integrado en fuerzas políticas de más amplio alcance. Así, por ejemplo:

- el nacionalismo valenciano en sus versiones UPV o Bloc, excluido en cinco ocasiones (1983, 1991, 1995, 1999 y 2003), sin embargo ha estado presente en les Corts en tres legislaturas (1987, 2007 y 2011).
- el regionalismo valencianista de Unión Valenciana, excluido en 2 ocasiones (1999 y 2003) ha estado presente en 4 legislaturas (1983, 1987, 1991 y 1994), siendo irrelevante en 2011 e integrándose en el PP una buena parte de sus líderes desde las elecciones de 1999.
- el CDS obtuvo representación en 1987 y quedó excluido en 1991, siendo irrelevante en el resto de convocatorias y una buena parte de sus líderes integrados en otras formaciones políticas, fundamentalmente en el PP.

3. LA EXCLUSIÓN DE FUERZAS POLÍTICAS RELEVANTES POR LA BARRERA ELECTORAL DEL 5%

La disfunción fundamental, clara y evidente es, por sus efectos directos, la exclusión de la representación en las Cortes de fuerzas políticas *relevantes* como consecuencia de la aplicación de la barrera electoral del 5% del conjunto de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana. Obviamente, se puede debatir sobre qué consideramos por relevante, dónde ponemos la línea divisoria, pero en principio parece poco razonable en un sistema de vocación proporcional como el nuestro y *desde el estricto punto de vista de la representación* que se excluya a fuerzas políticas con un apoyo cercano al 5% de los votos; parece poco razonable que, en el contexto electoral valenciano donde el partido más votado obtiene poco más de un millón de votos, se excluya de la representación a fuerzas políticas con más de 100.000 votos o, dicho de otra forma, que 100.000 valencianos que apoyan un proyecto político determinado no puedan hacer oír su voz en el parlamento.

Esa disfunción que, desde el punto de vista de la representación, es criticable viene acompañada de la posibilidad de que se produzcan otras disfunciones asociadas con efectos ciertamente nada deseables, cuanto menos dos, una real, que ya se ha producido y otra que podría darse:

- Una primera consiste en que al establecerse el nivel para el acceso al parlamento en el 5% del total de la Comunidad y no de cada circunscripción provincial puede producirse y de hecho se ha producido que en una provincia particular un partido político quede excluido del reparto de escaños y se vea favorecido con la representación un partido con menos votos en esa provincia. Por ejemplo, Unitat del Poble Valencià, en las elecciones de 1991, fue excluida del parlamento, aun teniendo más votos que Esquerra Unida en favor de esta formación, esto es, un número menor de castellanenses fueron representados frente a un número mayor que no fue representado. Posible y constitucional, puede que sí -yo tengo mis dudas-, pero poco razonable y contra toda lógica desde el punto de vista de la representación.
- Una segunda disfunción asociada que puede producirse -no ha ocurrido hasta el momento- tiene que ver con la posible alteración a la hora de representar la fractura fundamental en una sociedad. De hecho se especuló mucho con ello poco antes de las elecciones de 2007. Y es que en aquella ocasión, mediada la legislatura anterior cabía la posibilidad de que se diera el caso de que el PSPV-PSOE alcanzara/ superará el 40% de los votos quedando a menos de 10 puntos de un PP con algún punto menos del 50% de los votos y, sin embargo, tanto el Bloc como EU, de ir por separado, se quedarán uno u otro, o los dos, a muy pocos votos de obtener cada uno de ellos el 5% de los votos necesarios para entrar en el parlamento, impidiéndose de esta forma una posible mayoría de izquierdas en el parlamento. Posiblemente esta es la razón de que las élites dirigentes de estos partidos de izquierda favorecieran en aquella ocasión el pacto electoral entre EU y Bloc, con el objeto de impedir que se diera esta situación; aunque, finalmente, el resultado estaría lejos de aquel escenario.
- Conviene también señalar que lo largo de las ocho convocatorias electorales acaecidas han sido diversas fuerzas políticas relevantes las afectadas pero, con carácter general, ha habido *un pagano* que no es otro que el nacionalismo de raíces fusterianas, UPV o Bloc Nacionalista, según las coyunturas. Ya hemos visto

anteriormente que de las 8 elecciones, en 5 se ha visto excluido por la aplicación de la cláusula de acceso:

- En 1983, con un 3,1 de los votos en el total de la Comunidad (58.712 votos), un 4,4% en Castellón, un 3,5 en Valencia, sin presencia relevante en Alicante.
- En 1991, con un 3,7% de los votos en el total de la Comunidad (73.813 votos), un 4,9% en Castellón, un 3,9% en Valencia, sin presencia relevante en Alicante.
- En 1995, con un menos relevante 2,7% de los votos en el conjunto de la Comunidad (64.253), pero sí en la provincia de Castellón donde alcanzó el 4,2% de los votos.
- En 1999, con un muy relevante 4,6% de los votos en la Comunidad (102.700 votos), un todavía más relevante 5,4% en la provincia de Castellón, 4,9% en la provincia de Valencia y un 3,7% en la de Alicante.
- En 2003, repite unos resultados ciertamente relevantes incluso mejorando los anteriores, 4,8% en el total de la Comunidad (114.122 votos), y unos no menos relevantes 5,9% en Castellón, 5% en Valencia y 3,9% en Alicante.

Además, esta exclusión resultó agravada desde el punto de vista de la lógica de la representación electoral cuando en las legislaturas de 1991, en 1999 y en 2003, una fuerza política con menos votos que UPV/Bloc en la circunscripción de Castellón obtuviera el escaño por esta circunscripción.

Seguramente, todas estas razones llevaron a que, con ocasión de la reforma estatutaria de 2006, las fuerzas de izquierda exigieran con insistencia la desaparición de la barrera del 5% en sus distintas versiones: disminución del 5% al 3% en el total de la Comunidad, disminución al 3% de cada circunscripción provincial o supresión de cualquier barrera. La negativa del PP a cualquier modificación en este aspecto durante la tramitación de la reforma estatutaria en el parlamento valenciano supuso su mantenimiento en el proyecto de reforma que se llevó al Congreso. Sin embargo, una vez allí y en aras de un acuerdo estatutario más amplio que sumara a EU y al Bloc, el líder de los socialistas valencianos lanzó un órdago por la supresión de la barrera a cambio de ese acuerdo. La izquierda tenía la mayoría para aprobar esa disminución en el Congreso de los Diputados, pero -de hacerse- se originaba un problema de legitimidades si el PP no se sumaba a la propuesta y es que esa modificación en el Congreso de los Diputados no habría contado con el concurso de la representación mayoritaria de los valencianos en les Corts. El órdago no sumó a EU y al Bloc al consenso estatutario, que exigieron más modificaciones en el proyecto de reforma estatutaria; el PSPV-PSOE, no obstante, logró que se retirara del Estatuto la barrera electoral lo que facilitaba una modificación legislativa posterior en el parlamento valenciano; el PP tuvo que ceder en la retirada de la barrera del Estatuto, pero -eso sí- garantizándose el control sobre su desaparición última en la medida que la barrera permanece en la ley electoral valenciana y para modificar ésta se necesita -también por mandato estatutario- una mayoría cualificada de 2/3 de los votos, esto es, la aquiescencia del PP valenciano a su desaparición.

4. LA DESPROPORCIÓN EN LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL DE LAS PROVINCIAS

El último inciso del artículo 24 del Estatuto se refiere al tamaño de las circunscripciones y al prorrateo de los escaños entre las distintas circunscripciones *-se garantizará un mínimo de 20 Diputados por cada circunscripción provincial, distribuyendo el resto del número total de los diputados entre dichas circunscripciones, según criterios de proporcionalidad respecto de la población, de manera que la desproporción que*

establezca el sistema resultante sea inferior a la relación de uno a tres-, regulación que no puede entenderse sin la necesaria vinculación a lo establecido en el artículo 23 del Estatuto según el cual «*les Corts* estarán constituidas por un número de Diputados y Diputadas no inferior a noventa y nueve, ..., en la forma que determina la Ley Electoral Valenciana». Ya se ha hecho mención más arriba al hecho de que, ante la inexistencia de una ley adaptada a la nueva redacción estatutaria, el decreto de convocatoria de elecciones del Presidente de la Generalitat fijó el número de diputados para las elecciones de 2007 y, posteriormente, para las elecciones de 2011 en noventa y nueve. Pues bien, el alcance último de lo dispuesto en el artículo 24 del Estatuto no puede ser entendido sin esta precisión, dado el juego interrelacionado del tamaño del parlamento y la definición última del tamaño de las respectivas circunscripciones.

Todavía más, resulta necesario retrotraerse en el tiempo hasta la consecución del consenso básico que dio luz verde a la aprobación del estatuto de autonomía de 1982 para entender adecuadamente la importancia de esta norma estatutaria. Como es sabido, el número de diputados por circunscripción en su relación con la población de cada circunscripción determina la infra-representación o sobre-representación de unos territorios sobre otros. Así sucede, por ejemplo, en el caso del Congreso de los Diputados donde para elegir un diputado en las provincias más pobladas se requiere la consecución de más de 100.000 votos mientras que en las provincias menos pobladas puede servir la obtención de 30.000 votos. Ahora bien, todo quedaría en una diferente representación de los territorios si no fuera porque, además, la distinta distribución del voto a las fuerzas políticas según circunscripciones determina a su vez la existencia de situaciones de sobre-representación e infra-representación de determinadas fuerzas políticas en relación con los votos obtenidos por cada una de ellas. También en este caso el ejemplo de las elecciones al Congreso de los Diputados pone de manifiesto como los partidos mayoritarios especialmente PP y PSOE se ven favorecidos por el sistema electoral frente a los terceros y cuartos partidos de implantación estatal como es el caso de IU o UPyD que quedan significativamente infra-representados.

Pues bien, este mismo fenómeno -salvando las distancias- es el que se producía en el caso del sistema electoral valenciano con el anterior estatuto de autonomía de 1982 que obligaba a que los escaños entre las circunscripciones no se distribuyeran todos de manera proporcional entre las mismas sino que se establecía un mínimo de veinte diputados por circunscripción electoral. Esta exigencia estatutaria, con un parlamento de ochenta y nueve diputados, hacía que sólo veintinueve escaños se distribuyeran proporcionalmente al peso poblacional de cada una de las circunscripciones. Esto significaba inevitablemente que la provincia de Castellón estaba sobre-representada frente a la de Valencia que por su lado quedaba significativamente infra-representada.

Desproporción en la representación territorial				
de las circunscripciones provinciales en les Corts Valencianes				
	1983		2007	
	% censo	% escaños	% censo	% escaños
Alicante	30,77	32,58	33,99	35,35
Castellón	12,15	28,08	11,70	24,24
Valencia	57,07	39,32	54,29	40,40

Conviene hacer notar que esta desproporción en la representación territorial implicaba, a su vez, una sobre-representación del partido más votado en la provincia de Castellón que, en las últimas convocatorias electorales y durante al menos dos décadas, viene siendo el PP. Ésta es la razón de que ante la previsible reforma de 2006, las fuerzas de izquierda y especialmente el PSPV-PSOE exigiera el incremento de escaños en las Cortes Valencianas hasta alcanzar un mínimo de ciento diez, cifra que aseguraba, aun jugando el mínimo de veinte diputados por circunscripción, una razonable proporcionalidad de la representación parlamentaria desde un punto de vista territorial, en primer lugar, y, sobre todo y en segundo lugar, partidista. El PPse mostró en principio remiso a acceder, no sólo por el posible beneficio en términos de representación, sino -al menos- por otros dos motivos: por un lado, implicaba abrir una crisis respecto a sus intereses en la provincia de Castellón -al fin y al cabo esta provincia se convertía ahora en *la pagana* de la posible reforma- y, por otro lado, el incremento de diputados y, por tanto, del gasto público era una decisión que requería mucha pedagogía entre la ciudadanía. El acuerdo, en ese sentido, se alcanzó en un punto intermedio de carácter salomónico. Se fijaba un mínimo de noventa y nueve diputados -cifra que la redacción del anterior estatuto ya permitía-, dejando abierta la decisión última en forma de ley a futuras negociaciones entre los dos grandes partidos. La decisión implicaba que se había mejorado la proporcionalidad del sistema y, sin embargo, se mantenía una cierta sobrerrepresentación de la provincia de Castellón, una cierta sobrerrepresentación del partido ganador en las elecciones en esta provincia. Además, en ese momento no se superaba la barrera psicológica de más difícil explicación ante la ciudadanía de los cien escaños. En fin, todas las fuerzas implicadas en la negociación de la reforma podían sentirse de alguna forma cómodas con el acuerdo alcanzado. Mitigado, pues, el problema aludido de la desproporcionalidad en la representación territorial pero no anulado, por lo que podríamos encontrarnos en el futuro en unas elecciones puntuales que un partido político ganador en la provincia de Castellón se beneficiara de esta ventaja competitiva para imponer una mayoría artificial en el parlamento valenciano.

No obstante ello, conviene resaltar un matiz en la nueva redacción del Estatuto de Autonomía de 2006 que pasa casi desapercibido en la norma pero que resulta muy significativo en relación a la redacción del artículo 13 del anterior Estatuto de 1982. La redacción de 1982 decía que la Ley Electoral Valenciana «*contemplará* un mínimo de veinte diputados por cada circunscripción» mientras que la actual redacción del Estatuto de 2006 dice que la Ley Electoral Valenciana «*garantizará* un mínimo de veinte diputados por circunscripción». Pues bien, aunque la exigencia de la proporcionalidad parece sólo exigida «al resto de número total de diputados» -todo sea dicho con una mala técnica legislativa en el uso de las comas-, en la medida en que el nuevo estatuto no establece un número máximo de diputados y en aras de la igualdad del voto entre los ciudadanos no cabe otra cosa que esperar que el legislador valenciano contemple la distribución proporcional entre circunscripciones del total de los escaños porque no hay limitación estatutaria que se lo impida ni norma estatutaria que le exija la desproporción. En cualquier caso, mientras no se modifique la ley electoral valenciana nada ha cambiado en este aspecto.

Por lo demás, el artículo 24 introduce otros aspectos de menor interés pero que merece la pena ser comentados aunque sea someramente. El primero de ellos es la garantía frente a los posibles excesos en la desproporcionalidad introducida en el propio artículo. La evolución de la población en cada una de las provincias podía dar lugar a unas diferencias en la representación que fueran ya del todo injustificables. Esta es la

razón por la que *in fine* en el artículo se introduce el límite a la regla analizadasegún el cual la desproporción resultante sea inferior a la de uno a tres. De superarse, la Ley Electoral Valenciana de 1987, en su artículo 11.4, establece que la distribución «deberá ser adaptada de forma que el número de habitantes por cada Diputado en ninguna circunscripción sea tres veces superior al de otra».

En otro orden de cosas, la norma estatutaria deja abierta la posibilidad de utilizar, dentro de esos límites, distintos criterios de proporcionalidad: resto mayor, d'Hondt, Saint-lagüe, etc... Pues bien, la Ley Electoral Valenciana optó en su artículo 11 la fórmula d'Hondt pero nada impide que el legislador valenciano modifique su voluntad y opté por otra fórmula proporcional que, en su caso, genere una mayor proporcionalidad en el reparto, restando los posibles beneficios de la ley d'Hondt a los partidos mayoritarios, sea el resto mayor o la Saint-Lagüe como ha defendido el profesor Vicent Franch i Ferrer.

Un último inciso sobre la nueva regulación estatutaria de 2006 es la asunción de la provincia como circunscripción para el sistema electoral valenciano. Obviamente se trata de una opción entre las posibles pero, al fin y al cabo, una opción que condiciona en gran medida las posibles alternativas en el caso de emprender en el futuro una reforma de nuestro sistema electoral. Es más, entre otras posibilidades que se dificultan se encuentra la posible reforma del sistema electoral valenciano en un sentido *comercializador*, tal y como establece como posibilidad de forma paradójica el artículo 23.1 del mismo Estatuto.

En fin, el artículo 24, complementando el 23, cubre con sus especificaciones la normación estatutaria de nuestro sistema electoral, constriñendo las posibilidades del legislador valenciano a la hora de plantear posibles alternativas al mismo.

5. EL MONOPOLIO EN LA CONFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POR PARTE DE LOS PARTIDOS

Otra disfunción por sus efectos de nuestro sistema electoral, en principio menos clara y evidente que las anteriores, es el monopolio en la conformación de la representación por parte de los partidos. Y es que en el momento inicial de la transición se partía de una situación problemática si el objetivo era transitar hacia un régimen democrático: durante cuarenta años los partidos políticos habían estado prohibidos y perseguidos. Carecíamos de fuerzas políticas con estructuras y aparatos lo suficientemente sólidos para echar andar y, por tanto, resultaba prioritario reforzar este eslabón débil de nuestra incipiente democracia. No es casualidad que el sistema electoral que se diseñó para el Congreso de los Diputados se hiciera pivotar sobre las listas cerradas y bloqueadas presentadas por los partidos políticos. También en este caso el resultado fue óptimo y los partidos se vieron rápidamente reforzados y, muy poco después, consolidados como actores fundamentales de nuestra democracia.

Pero, como se suele decir, no hay moneda que no tenga su reverso. No es la única razón pero, sin duda, ésta también ha contribuido a un cierto deterioro del nivel de nuestra clase política. Como es sabido, entre las funciones de los partidos está la selección de los líderes políticos pero ésta en el seno de los partidos tiene su freno y contrapeso en la famosa *ley de hierro de la oligarquía* formulada por Michels a principios del siglo XX. El peso de los aparatos de los partidos tiene que estar equilibrado mediante otros mecanismos si no queremos caer en liderazgos grises, de bajo nivel y atados a intereses particulares y espurios.

Claro está, que la solución no es sencilla. No es cuestión de blanco o negro. Por un lado, las listas cerradas y bloqueadas tienen sus aspectos positivos; y, por otro lado, las listas abiertas no son recomendables sólo porque sí: ni solucionan todos los problemas ni se libran de crear otros en ocasiones mucho más graves. La solución sólo puede estar en un diseño de ingeniería electoral que encuentre el equilibrio deseado en torno a la cuestión que planteamos.

6. POSIBLES ALTERNATIVAS EN EL MARCO ESTATUTARIO

Considero que éstas son las disfunciones más graves del sistema electoral valenciano que deben ser tratadas, corregidas y reformadas sino queremos caminar en una senda de deterioro progresivo, aun a largo plazo, de nuestro sistema representativo.

No es este el lugar para una explicación exhaustiva sobre las razones que nos llevan a defender la necesidad de la reforma de nuestro sistema electoral pero estamos convencidos que una somera referencia a algunos de ellos pueden permitir hacerse una idea.

Respecto a los cambios sociales:

- bastaría con recordar la extensión de la crisis de confianza en nuestro sistema representativo para exigir una respuesta legislativa, sin prejuzgar ahora el alcance y los contenidos de esa reforma.
- Pero no sólo se trata de cambio de valores o de percepciones sociales, sino que la propia sociedad ha cambiado en lo que respecta a las formas y cauces de comunicación, asiento fundamental de cualquier idea de representación. Los sistemas regulados de la comunicación entre candidatos y ciudadanos durante las campañas electorales están obsoletos: han aparecido nuevos canales de comunicación -Internet especialmente ha supuesto una revolución en este ámbito- y se han multiplicado los anteriores -proliferación de canales de radio y televisión. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación también permiten plantearse el voto electrónico como una opción factible en sociedades desarrolladas.
- Más importante todavía, las fracturas sociales se han multiplicado en número y entidad. La simplicidad de una sociedad marcada por una gran fractura que determinaba nuestro posicionamiento político y social ha pasado a mejor vida. Una ciudadanía más plural parece exigir una representación más plural, una vez más sin que esto signifique prejuzgar el sistema más adecuado para conseguirlo.
- No hay que dejar de mencionar la gravedad que ha adquirido el grado de corrupción ligada a la financiación ilegal de los partidos políticos cuando no al mero lucro personal de alguno de nuestros políticos. Ante esta evidencia la ley no puede permanecer inalterable y deben buscarse nuevas respuestas para acometer una lacra que mina nuestro sistema democrático desde la base. No nos podemos permitir el lujo de debilitar algo tan valioso para nuestra convivencia como es la legitimidad de nuestro sistema político.
- A las razones sociales y políticas se suman las razones jurídicas:
- Ya hemos mencionado la importancia de la reforma estatutaria de 2006 que ha supuesto cambios evidentes y de gran calado en nuestro sistema electoral: la exigencia de un mínimo de noventa y nueve diputados sin especificar estatutariamente cuántos, la posibilidad de celebrar elecciones en cualquier

momento en el que el President de la Generalitat considere la disolución anticipada de las Cortes Valencianas, la desaparición en el Estatuto de la barrera electoral del 5% de los votos válidos emitidos en el conjunto de la Comunidad Valenciana, entre otras.

- A estas razones habría que añadir otras razones jurídicas como la necesidad de actualización de algunos aspectos de la regulación de 1987, una mejor concreción de las consecuencias derivadas de algunas reformas de la LOREG o la incorporación a nuestra legislación de algunos aspectos de la doctrina de la Junta Electoral Central.

A pesar de estas razones, nuestro parlamento autonómico se ha mostrado hasta el momento remiso a acometer esa reforma. Ni siquiera los grupos de la oposición han planteado una proposición de ley de amplio alcance, aunque eso sí, han reivindicado en numerosas ocasiones la necesidad de la reforma.

Claro es que en este punto nos encontramos con un problema añadido y es que para aprobar o reformar la ley electoral valenciana esta tiene que ser aprobada en votación de conjunto por las dos terceras partes de *Les Corts*. No es una cuestión ésta baladí. Un buen ejemplo de su importancia se encuentra precisamente en la regulación de la cláusula de acceso al parlamento, esto es, la «barrera electoral». Cualquier reforma que se plantee tendrá que lidiar con esta cuestión.

Pues bien, pese a estas dificultades en el ambiente político parece perfilarse un ambiente favorable a una posible reforma tanto desde un punto de vista institucional como partidista.

En ese sentido, desde una perspectiva institucional es interesante traer a colación el Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general que, a nuestros efectos, pueden resultar perfectamente aplicables. Pues bien, a juicio del Consejo de Estado, respecto a las restricciones a la libertad de elección de los votantes en un sistema electoral basado en listas cerradas y bloqueadas, cabe hacer la siguiente crítica: «limita la capacidad de elección de los votantes otorgando un excesivo poder a los aparatos de los partidos políticos». Y en ese sentido, el Informe sugiere la posibilidad de distintas propuestas:

- Listas desbloqueadas, bien sea el modelo de listas rígidas (lista del partido salvo que el candidato alcance un determinado porcentaje o cuota) o el modelo de listas flexibles (sólo deciden las preferencias de los votantes y nunca el orden de la lista).
- Listas abiertas (se utilizan excepcionalmente en Suiza o Luxemburgo, países de reducidas dimensiones, en los que los electores tienen tantos votos como representantes asignados a la circunscripción y pueden elegir a candidatos de diferentes partidos; en el momento del escrutinio, primero se reparten los escaños entre los partidos en función de los votos obtenidos por cada uno de ellos y, después, se ordenan los candidatos dentro de cada lista de partidos en función del número de votos personales recibidos).
- Otras fórmulas de personalización del voto más complejas que pueden tener difícil encaje constitucional en el caso del sistema electoral del Congreso de los Diputados pero no necesariamente en el caso del sistema electoral valenciano: sistema alemán o voto único transferible (Malta e Irlanda).

Para el Consejo de Estado «si se quiere potenciar la implicación de los ciudadanos en la vida política, más prudente sería que se procediese al desbloqueo de las listas, a través del mecanismo del voto preferencial utilizado en la mayor parte de los países europeos para las elecciones legislativas. Esta innovación quizá pudiera ensayarse pri-

mero en otros niveles representativos como las elecciones europeas o autonómicas, antes de plantearse su extensión, a la vista de los resultados ofrecidos, a las elecciones al Congreso de los Diputados. En todo caso, debe recordarse que la utilización de listas desbloqueadas es una posibilidad no exenta de riesgos, por los casos de corrupción y clientelismo a que el voto preferencial podría dar lugar».

Desde una perspectiva partidista, tanto el PP como el PSOE parecen estar dando pasos claros en la dirección de personalizar de alguna forma el voto. Así, por ejemplo:

- Cabe recordar, en primer lugar, que el 28 de septiembre de 2010 las dos fuerzas políticas apoyaron en les Corts Valencianes una resolución con el siguiente tenor: «Les Corts manifiestan su voluntad de que, a través de los mecanismos establecidos en el Reglamento de Les Corts, se cree una Comisión Especial para el estudio de las medidas, incluidas, las posible reformas normativas, que, respetando una distribución de escaños entre provincias similar a la actual, permitan la introducción en nuestro sistema electoral de circunscripciones más pequeñas que la provincia o incluso uninominales, con el fin de establecer una relación más directa y mayor proximidad entre representado y representante».
- El proyecto del PP madrileño de reforma electoral en la Comunidad de Madrid, ahora de actualidad pero presentado en la Asamblea de Madrid el 29 de noviembre de 2011, propone que la tercera parte de sus representantes parlamentarios sean elegidos mediante el sistema de voto uninominal a una vuelta en circunscripción uninominal o elección directa (43 circunscripciones uninominales a razón de aproximadamente 150.000 ciudadanos cada una) mientras que el resto de parlamentarios se elijan con el sistema tradicional de listas cerradas aplicando la ley d'Hondt. En principio la proporcionalidad del sistema se mantendría porque el número de escaños obtenidos en la urna del voto uninominal por cada partido se restarían a los logrados por esos mismos partidos en la segunda urna del voto de lista y sistema proporcional de reparto de los escaños.
- La tesis de Francisco Camps, expresidente de la Generalitat y del PP valenciano, reivindica también un cambio del sistema electoral y, aunque no define claramente una alternativa o propuesta concreta parece decantarse por un sistema mixto en el que «cada elector dispondría de dos papeletas: una para elegir a la lista completa de las candidaturas; otra, mediante la que elegiría a un solo candidato de los presentados en el distrito uninominal correspondiente a su residencia. Sería éste un sistema inspirado -aunque no igual- al que se sigue en Alemania para elegir a su parlamento (Bundestag) y a los parlamentos de Länder, y que presenta la ventaja de una más estrecha relación y conocimiento entre los electores y sus representantes políticos». A continuación afirma que «la introducción del sistema mayoritario se podría articular de diversas formas» sin decantarse claramente por ninguna de las que el mismo estudia, que no son todas, y tal y como las configura le sugieren otro tipo de problemas en su ajuste o concreción, cuestión en la que obviamente no podemos entrar aquí.
- El secretario general del PSOE, Alfredo Pérez Rubalcaba, ya en la campaña de las elecciones generales de 2011 insinuó estar de acuerdo en caminar hacia un sistema electoral como el alemán y no son pocas las voces en su partido que parecen apoyar reformas en ese sentido.
- Por último, la «Propuesta de Reacción Democrática» del PSPV-PSOE aprobada por unanimidad en el Comité Nacional del 27 de abril apoya expresamente la

reforma de la ley electoral valenciana a través de «las modificaciones necesarias para implantar un sistema electoral que posibilitara la votación, por un lado, a candidatos individuales en distritos uninominales y, por otro, a listas cerradas de candidatos en distritos generales en las elecciones al Congreso de los Diputados o al Parlamento Autonómico. Los electores podrían así manifestar su preferencia por un concreto candidato en su específico distrito de residencia y, al tiempo, apoyar las candidaturas presentadas por los partidos políticos, de forma que la apertura a las elecciones individuales se combinara con el apoyo a formaciones políticas sobre las que seguir articulando la formación de la voluntad popular» (PSPV-PSOE, 2013: 24).

Por tanto, parece, a partir de estos planteamientos de unos y otros, que se podría alcanzar un cierto consenso en torno a un sistema electoral similar o inspirado en el alemán, que respetara las restricciones de nuestro ordenamiento constitucional y estatutario. Algo, por cierto, ya defendido en los años ochenta para nuestra comunidad por el profesor Martínez Sospedra.

No parece que debieran existir muchas dificultades para sumar a un escenario de consenso a las dos fuerzas minoritarias en el parlamento valenciano, Compromís y EU. Sin prejuizar, su postura de las posiciones mantenidas hasta ahora parece previsible una actitud favorable hacia un acuerdo que mejore la proporcionalidad del sistema, la supresión de la barrera electoral, la representación paritaria de género incluso la elección más personalizada de los representantes; puede que no se muestren tan proclives a aceptar una reforma que transite por el voto en circunscripciones uninominales a una vuelta pues, en principio, este tipo de circunscripciones parecen reforzar tendencias bipartidistas en el comportamiento de los electores.

Ahora bien, este consenso no parece posible en ningún caso si no desaparece la barrera electoral del 5% de los votos emitidos en el conjunto de la Comunidad Valenciana. La izquierda parlamentaria valenciana, PSPV-PSOE, Compromís y EU parece que están claramente posicionadas a favor de su desaparición -basta recordar la postura de estos grupos mantenida en el transcurso de la tramitación parlamentaria de la reforma del Estatuto de 2006- y, de querer aprobar una reforma en ese sentido, quedaría en el tejado del PP.

La desaparición de la barrera en los términos actuales no implica necesariamente la desaparición de cualquier barrera. Los partidos en liza podrían consensuar una barrera del 3% para el conjunto de la Comunidad o de un 5% o de un 3% en cada circunscripción. Conviene, no obstante, recordar que EU y Compromís en principio se muestran favorables a esta última opción. Por ejemplo, las enmiendas de EU en las Cortes Valenciana y de IU en el Congreso de los Diputados en ese sentido durante la tramitación de la reforma del Estatuto de Autonomía en 2006 o, también, la propuesta de resolución nº 65292 de Compromís en las Cortes Valencianas en la que proponía a Les Corts reformar la ley electoral valenciana «para adaptarla a las previsiones de la reforma del Estatuto de Autonomía de 2006, en lo que se refiere al número de diputados a elegir y a la desaparición de la barrera electoral actual que fija el artículo 12 de la actual Ley Electoral Valenciana otorgando diputados a todas las candidaturas que obtengan un porcentaje superior al 3% de los votos válidos emitidos en cada circunscripción electoral». En cualquier caso, hay campo para el acuerdo y, desde luego, fuera cual fuera la opción elegida se corregirían las más graves disfunciones del sistema, alcanzando éste mejores dosis de representación y legitimación.

En esta tesitura podríamos aventurar un consenso que, sin embargo, tiene un último reto pendiente. Un reto que -si nos atenemos a los términos estrictos de las propuestas que hasta el momento se han articulado- no parece que los partidos valencianos ni siquiera se hayan planteado en serio, esto es, que nuestro sistema electoral garantice la paridad de género. No es, en cualquier caso, un umbral insalvable ni mucho menos. En este caso, mi propuesta es sencilla de articular legislativamente y compatible con la Constitución, el Estatuto, la LReg y la Ley de Igualdad. Sirva también de reconocimiento al empeño de las profesoras Julia Sevilla y Margarita Soler en este sentido. Consistiría básicamente en contemplar dos medidas:

- Primera, en cada circunscripción uninominal el elector tendría dos votos uninominales, con cada uno de los cuales se procedería a la elección de un representante por cada género de esa circunscripción uninominal (binominal en cuanto a género). Obviamente, esta medida requiere que el número de circunscripciones para los votos uninominales sea exactamente la mitad del número de escaños que hay que cubrir mediante el voto en circunscripciones uninominales, pues en cada una de ellas se elegirían dos representantes, uno de cada género.
- Segunda, una vez comprobado que la Ley de la Igualdad española, lejos de haber favorecido la paridad, ha vuelto a favorecer una cierta desigualdad entre géneros en este ámbito por mor de la tendencia impenitente de los partidos políticos a situar a varones en los primeros lugares de elección, sería conveniente establecer el criterio de «lista cremallera» para las listas cerradas y bloqueadas que los partidos presentaran al reparto de los escaños de extracción proporcional.

Estas dos medidas asegurarían la completa paridad entre los géneros y permitirían eliminar un serio obstáculo a la elección por circunscripciones uninominales desde la perspectiva de la representación del género.

7. CONCLUSIONES

En definitiva, ¿qué conclusiones podemos obtener de todo lo referido? Podríamos resumirlas en las siguientes afirmaciones:

- Primera, el sistema electoral valenciano ha dado un rendimiento más que aceptable en términos de representación, gobierno y legitimación de la autonomía valenciana.
- Segunda y no obstante lo anterior, presenta objetivamente dos elementos disfuncionales relevantes: primero, la infrarrepresentación de determinadas fuerzas políticas, especialmente del nacionalismo de raíz fusteriana con apoyos electorales en muchas ocasiones *cercanos al pero por debajo del 5%* de los votos; y, segunda, el excesivo poder otorgado a los aparatos de los partidos a la hora de decidir qué personas concretas son elegidas.
- La primera de las disfunciones ha producido la falta de representación de un número relevante de valencianos en varias convocatorias electorales y la segunda disfuncionalidad en el actual contexto de crisis -exigencia ciudadana de mayor calidad entre la clase política- ha pasado a ser relevante para la opinión pública.
- En estas circunstancias, es posible que el actual sistema electoral pueda seguir cumpliendo con su tarea sin grandes modificaciones pero los riesgos de deslegitimación ligados a un mal funcionamiento de los mecanismos de representación se pueden incrementar en el futuro.

- Lo que resulta claro es que, desde el punto de vista de la técnica electoral, las reformas a realizar para reconducir los problemas del sistema ligados a la proporcionalidad son relativamente sencillas; no lo parece tanto acertar en los cambios en el sistema electoral que puedan conducir a la mejora de la calidad de nuestra clase política, pero como hemos visto existen algunos mecanismos para transitar en esa dirección y un espacio para el entendimiento común, al menos, entre las dos principales fuerzas políticas.
- Ese espacio parece sustanciarse en la adopción de un sistema electoral similar al alemán si bien debe afrontar la cuestión pendiente de la desaparición de la barrera electoral y adoptar medidas aseguradoras de la paridad de género.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ i LÚCIA, L.; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. y SOLER SÁNCHEZ, M. (2000): «Les institucions polítiques de la Comunitat Valenciana» en NINYOLES, R. (ed.) *La societat valenciana: estructura social i institucional*, Alzira, Bromera.

AGUILO LUCIA, L. (2007): «Las Cortes Valencianas», en BAÑO LEON, J.M. (dir.) *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Pamplona, Aranzadi.

ASENSI SABATER, J. (1984): *Les Corts Valencianes*, Alicante, Universidad de Alicante.

BARAS, M. y BOTELLA, J. (1996): *El sistema electoral. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid.

CUADERNOS CONSTITUCIONALES (2001): Estudios sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en su 20º aniversario, *Cuadernos Constitucionales*, nº 34/35.

ESTUDIO SOBRE EL ESTATUTO VALENCIANO (1993-1996): *Instituciones autonómicas de la Comunidad Valenciana*, València, Consell Valencià de Cultura.

FELIP SARDA, J. M. (2005): «El sistema electoral valenciano en la Ley Orgánica 1/2006, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana» en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 49/50.

FRANCH i FERRER, V. (1992): «Las elecciones autonómicas valencianas en perspectiva (1983-1991): Los efectos de la cláusula de barrera del 5% en el sistema de partidos valencianos», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 9/10.

FRANCH I FERRER, V. y MARTÍN CUBAS, J. (2000): «Eleccions, partits i sistemes de partits» en NINYOLES, R. (ed.) *La societat valenciana: estructura social i institucional*, Alzira, Bromera.

GARRIDO MAYOL, V. (1993): «Consideraciones jurídico-políticas del proceso autonómico valenciano», en Ferrando Badía, J. (coord.), *El proceso Autonómico*, Valencia, Consell Valencia de Cultura.

GARRIDO MAYOL, V. (1997): «La reforma del Estatuto Valenciano en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 19.

GARRIDO MAYOL, V.; MARTÍN CUBAS, J.; y SOLER SÁNCHEZ, M., coords. (2001): *El nacimiento del Estatuto Valenciano*, Valencia, Fundación Broseta.

MARTIN CUBAS, J., SOLER SANCHEZ, M. (2007): «Las instituciones políticas de la Comunitat Valenciana tras la reforma del Estatuto de 2006», en GARRIDO MA-

YOL, V. (coord.), *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*, Valencia, Fundación profesor Manuel Broseta.

MARTÍN MATEO, R., dir., (1985): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Madrid, Administración Territorial.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (2004): «Régimen electoral valenciano» en GAVARA DE CARA, J. C. et. al., *El régimen electoral de las Comunidades Autónomas*, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 22-23.

MARTINEZ SOSPEDRA, M. (2007): «Sobre la necesidad de una Ley Electoral Valenciana (los condicionantes constitucionales y estatutarios de la Ley Electoral)», en *Corts. Anuario de derecho Parlamentario*, nº 18.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., MARCO MARCO, J.J., y URIBE OTAROLA, A. (2007): *Sistemas electorales. Un estudio comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MASCARELL FURIÓ, D. (1999): *Lacomarcalización del sistema electoral valenciano*, en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 29.

SOLER SÁNCHEZ, M. (2000): *Rasgos jurídico-constitucionales del sistema electoral valenciano*, en GARRIDO MAYOL, V. (coord.), *Instituciones políticas de la Comunidad Valenciana*, Fundación Manuel Broseta, Valencia.

VALLÉS, J.M. y BOSCH, A. (1997): *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona.

**EL CONTENIDO
CONSTITUCIONALMENTE
PROTEGIDO DEL *IUS IN OFFICIUM*
EN LOS PROCEDIMIENTOS
ELECTIVOS PARLAMENTARIOS**

JUAN ANTONIO MARTÍNEZ CORRAL

Letrado - Corts Valencianes

La elección o propuesta parlamentaria de designación de personas para ocupar cargos públicos está adquiriendo en nuestro tiempo una dimensión y presenta unos rasgos tan acentuadamente específicos que puede y merece ser objeto de una caracterización y un tratamiento singular en el conjunto de las funciones parlamentarias.

Puede afirmarse, sin temor de caer en la desmesura, que la actividad electiva del Parlamento debe y merece ser considerada como una auténtica y bien diferenciada función parlamentaria.¹ Esta apreciación no sólo se basa en la importancia que determinados procedimientos electivos parlamentarios tienen para el funcionamiento del sistema político -como la Investidura del Presidente del Gobierno, la elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, de vocales del Consejo del Poder Judicial, la designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma, la elección del defensor de Pueblo o sus homólogos autonómicos, por ejemplo- o en el sinnúmero de procesos electivos de cargos públicos que realiza el Parlamento actualmente, sino por la singular caracterización del acto electivo parlamentario, respecto del resto de actos realizados por el Parlamento, lo cual le confiere un perfil, unos efectos y un estatuto jurídico que presenta notorias singularidades en el conjunto de la actividad parlamentaria.²

El tenor literal de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la legislación aprobada en desarrollo de los mismos justifica, a nuestro juicio, esta consideración porque sin el reconocimiento de la existencia de la función electiva del Parlamento quedaría incompleto el dibujo de este poder del Estado, de la institución parlamentaria en sí, en un sistema de gobierno parlamentario articulado en el marco del principio de división de poderes; y además porque lo que hace el Parlamento al elegir o proponer la

¹ García Costa, en los numerosos estudios realizados sobre las formas históricas y las actuales de nombramiento de autoridades públicas ha constatado no sólo que «la elección parlamentaria de Autoridades ha de ser considerada como una de las principales formas históricas de nombramiento de autoridades, junto con la designación real, la elección popular, el sorteo, la herencia y la venalidad de los oficios», sino que «En la actualidad, la elección de cargos públicos por los Parlamentos se ha convertido en una de las principales funciones atribuidas a estas instituciones, así como una de las formas de investidura de Autoridades Públicas de mayor relevancia y significación.» Vid. GARCIA COSTA, Manuel F: «*El nombramiento parlamentario de Autoridades en la historia y la teoría política*». *Estudios e homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen IV*. Universidad Carlos III de Madrid, 2008, pág. 349 y 351. Vid también del mismo autor: «*La elección de autoridades por la Asamblea Regional de Murcia*». *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 24 2006, pág. 119 a 157; «*Formas históricas y actuales de nombramiento de autoridades públicas*». *Historia y sociabilidad: homenaje a la profesora María del Carmen Melendreras Gimeno*. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007, pág. 109-128; «*La elección de magistraturas por los Preparlamentos*». *Anales de Derecho* núm. 26, 2008 Universidad de Murcia.

² Pauner Chulvi ha precisado recientemente que la función parlamentaria de designación de cargos públicos se trata de «una función de creciente importancia», PAUNER CHULVI, Cristina: *La designación parlamentaria de cargos públicos*. Congreso de los Diputados. Monografías núm. 58, Madrid, 2003; Santaolalla López señala que «Las designaciones parlamentarias suponen algo funcionalmente nuevo. En estos actos el Parlamento no legisla, ni controla al Gobierno, ni aprueba los presupuestos del Estado. Constituyen algo distinto, que en otro lugar hemos calificado como parte de la función de dirección política que corresponde a la representación popular.» SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: op. cit. Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos; pág. 14. También se acerca a esa visión Visiedo Mazón, quien afirmó ya hace algún tiempo que «Debemos tener en cuenta que cada vez tiene mayor importancia, en la doctrina, lo que se denomina función electiva de la Institución parlamentaria, lo que siempre supone un incremento de la cuota de control del Parlamento, con publicidad y con debate ya sea este expreso o no.» VISIEDO MAZÓN, Francisco J: «La designación de senadores en la Comunidad Valenciana, artículo 11. j) del Estatuto de Autonomía: las limitadas posibilidades de mejora a través de la reforma de la Ley de designación y del Reglamento de las Cortes Valencianas» *CORTS Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 12, 2002. Valencia, pág. 289.

designación de estos órganos lo hace actuando como lo que es, esto es, el Parlamento, a través de procedimientos articulados por la propia Cámara y, hoy por hoy, sujetos al estatuto jurídico singular aplicable a los actos parlamentarios sin valor de ley. Es decir, el Parlamento actúa como una Institución única cuando realiza esta función que denominamos electiva y los actos electivos que realiza en ejercicio de la misma están sujetos a un estatuto jurídico absolutamente singular en el conjunto de las instituciones y poderes del Estado.

En esta materia, por virtud de lo dispuesto en el art. 66. 2 de la Constitución Española, de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en la STC 108/1986 de 29 de julio y de preceptos de similar tenor contenidos todos los Estatutos de Autonomía, se ha reconocido a los Parlamentos de nuestro país la capacidad de autoatribuirse -mediante ley- la competencia de elegir unos u otros cargos públicos. Pero, además, se ha conferido a los Parlamentos un amplio margen de discrecionalidad en la regulación -mediante ley o mediante el propio Reglamento de la Cámara- de las modalidades de elección parlamentaria de cargos públicos y los procedimientos que han de desarrollarse por los Parlamentos para efectuar dicha elección. Ciertamente, siempre con el límite infranqueable fijado por el art. 53. 1 CE, esto es, el respeto al contenido esencial del derecho reconocido a los Diputados por el art. 23. 2 CE.

Sirvan de mero ejemplo ilustrativo de esta amplia discrecionalidad normativa, que en modo alguno agota las innumerables posibilidades existentes, los siguientes: queda a disposición del legislador la configuración de cada elección concreta como una elección de carácter representativo o no -debiendo sólo en el primer caso reflejar proporcionalmente en la medida de lo posible la composición política de la Cámara-, la regulación de los requisitos de elegibilidad de los cargos públicos, el régimen de mayorías necesario para la adopción de los acuerdos electivos, la asignación de la capacidad de proponer candidatos a todos o sólo a algunos grupos parlamentarios o incluso a los propios Diputados, el régimen de plazos, la forma de presentación de los candidatos -listas abiertas o cerradas, posibilidad u obligación de los grupos parlamentarios de proponer sólo una parte o la totalidad de los cargos a elegir, tipo de votación y determinación del contenido de las papeletas que pueden o deben utilizar los Diputados y Diputadas para emitir su voto, régimen de determinación de los votos que se considerarán válidos o nulos... Como puede verse todo un universo de detalles que determinarán la adopción de decisiones concretas por los órganos rectores -la Mesa y la Presidencia- o por el propio Pleno de la Cámara, todas ellas susceptibles de ser tomadas de conformidad o contraviniendo la legalidad vigente y de causar o no lesiones en los derechos fundamentales de los miembros de la Cámara. Existe, como consecuencia de lo anterior, una multiplicidad de procedimientos para la elección, designación o propuesta de designación parlamentaria de personas, en los que se articulan de forma diversa los elementos y detalles antes citados. Se hallan previstos en la Constitución, los Estatutos de Autonomía, los Reglamentos parlamentarios y numerosas leyes aprobadas por las propias Asambleas Legislativas.

La introducción de tales especificaciones y facultades en un sentido u otro queda al arbitrio de la regulación contenida en cada caso en los Reglamentos parlamentarios o la legislación que regule cada procedimiento electivo; sin embargo, su no introducción en un sentido determinado en un procedimiento de elección específico no comporta de por sí una lesión del contenido esencial del derecho fundamental reconocido a los Diputados por el art. 23. 2 CE, ni la adopción del correspondiente acto de aplica-

ción por los órganos de gobierno de la Cámara comporta necesariamente una lesión del núcleo de la función representativa de los Diputados y Diputadas que integran la Cámara. No hay una exigencia constitucional ni estatutaria de aplicar, en todos los supuestos de elección o designación parlamentaria de personas o cargos públicos, un procedimiento electivo tipo, ni existe tampoco un parámetro procedimental propiamente constitucional o estatutario que haya de respetarse inexcusablemente para garantizar la corrección de los procedimientos de elección o designación parlamentaria articulados normativamente en cada caso.³

En aquellos supuestos, por ejemplo, en los que el Parlamento ha de elegir o designar personas para proveer órganos de naturaleza representativa, en los que el órgano designado debe reflejar proporcionalmente la composición de la Cámara, la proporcionalidad se establece comúnmente tomando como referencia la importancia numérica de los grupos parlamentarios de la Cámara y efectuando la distribución de cargos designables entre estos grupos mediante la aplicación de una fórmula electoral calificada en la doctrina y aceptada por la jurisprudencia como proporcional.

Es lo que ocurre, entre otros ejemplos que podrían citarse, con la designación por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de los Senadores y Senadoras en representación de la Comunidad Autónoma. La especificidad de este procedimiento de designación, en relación con el procedimiento general de elección parlamentaria de personas para ocupar cargos públicos regulado por los Reglamentos parlamentarios, se refleja por ejemplo, entre otros aspectos, en el art. 3 de la Ley 3/1988 y el art. 2 de la Ley 9/2010 de 7 de julio de designación de Senadores o Senadoras en representación de la Comunitat Valenciana; estos preceptos, al regular las propuestas de candidatos a Senador que pueden presentar los Grupos Parlamentarios, introducen una marcada diferencia respecto del régimen general de propuestas de candidatos establecido por el art. 178 del Reglamento de Les Corts. Dicen, de manera idéntica, las citadas leyes de Designación de Senadores: «Una vez fijado por la Mesa de las Cortes Valencianas, de acuerdo con la Junta de Portavoces, el número de senadores que correspondan a cada grupo parlamentario, estos propondrán, por escrito, ante la misma sus candidatos, en igual número al que les hubiere correspondido.» Tanto el art. 178 del RCV como el art. 3 de la Ley de la Generalitat 9/2010 otorgan la facultad de presentación de candidatos sólo a los Grupos Parlamentarios. Pero existe una acusada diferencia entre ambos sistemas: esta última norma reserva dicha facultad de propuesta de candidatos sólo a los Grupos Parlamentarios a los que les corresponde un número concreto de Senadores o Senadoras a designar en función de la aplicación de la fórmula establecida en la ley para garantizar la proporcionalidad de dicha representación.

Ello entra dentro del ámbito de regulación que queda asignado al Reglamento del Parlamento y la legislación específica reguladora de cada elección o designación parlamentaria y no puede interpretarse como una desvirtuación de la función representativa del Diputado o Diputada, ni puede conducir a calificar de antijurídica la consecuente inadmisión a trámite, por el órgano rector de la Cámara, de una propuesta de candidatos suscrita exclusivamente por un Grupo Parlamentario al que no le haya correspondido ningún número concreto de Senadores o Senadoras a designar, tras la aplicación de aquella fórmula proporcional.

³ Recomendamos el detenido estudio sobre la tipología de procedimientos electivos del Parlamento realizado por PAUNER CHULVI, Cristina: *op. cit. La designación parlamentaria de cargos públicos*, pág. 53 a 96.

Dicho lo anterior, hay que constatar que no abundan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se haya analizado específicamente qué derechos forman parte del contenido constitucionalmente relevante del *ius in officium* en los procedimientos electivos parlamentarios y deben, por tanto respetarse por los órganos parlamentarios al desarrollar estos procedimientos electivos.

Entre ellos puede citarse la STC 149/1990 de 1 de octubre que desestima el recurso de amparo promovido por un Diputado del Parlamento de las Islas Baleares, contra la resolución de la Mesa del citado Parlamento de 8 de noviembre de 1989, por la que se acordó renovar la credencial de Senador en representación de la Comunidad Autónoma a quien fuera designado en la anterior Legislatura del Parlamento y contra la resolución de la Mesa de la Cámara de 14 de noviembre de 1989, por la que se desestimó la solicitud de reconsideración del Acuerdo anterior. Dice textualmente la STC que «...forma parte del status de Diputado del Parlamento de las Islas Baleares, en las condiciones que determine el Reglamento de la Cámara, la facultad de participar como elector y elegible en la designación del Senador que ha de representar a la Comunidad Autónoma...»(FJ. 4).

En materia de designación de Senadores en representación de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente prolífico. Con carácter general, ha declarado que los recursos de amparo pueden interponerse tanto por los candidatos ilegítimamente defraudados en sus expectativas a causa de decisiones presuntamente arbitrarias de las Asambleas Legislativas o de alguno de sus órganos, como por un parlamentario o Grupo Parlamentario⁴ que considere lesionado su derecho fundamental a ejercer su cargo en plenitud y en condiciones de igualdad. También serían susceptibles de amparo las decisiones de la Mesa del Senado que inadmitan por cualquier motivo la designación de Senadores efectuada por una Asamblea Legislativa. Específicamente, el Tribunal Constitucional ha analizado la disfunción que se produce por el hecho de que este tipo de Senadores haya de ser designado al inicio de la Legislatura de cada Asamblea Legislativa autonómica, pero se integren en una Cámara, el Senado, que puede tener -y de hecho ha tenido siempre- unas fechas diferentes de inicio y conclusión de Legislatura. Por ello el TC ha examinado en la STC 40/1981, de 18 de diciembre, la STC 76/1989, de 27 de abril y la STC 149/1990, de 11 de octubre, qué elementos pueden determinar el inicio y el fin del mandato parlamentario de estos Senadores.⁵ Finalmente, el TC se ha ocupado de definir qué consecuencias comporta

⁴ Es el caso de la STC 4/1992 de 13 de enero, que desestimó el recurso de amparo presentado por el grupo parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid contra los Acuerdos de la Mesa de dicha Asamblea, de 8 de julio de 1991, y del Pleno de la misma, del día 16 siguiente, relativos a distribución del número de Senadores que corresponde a cada Grupo Parlamentario y a su designación.

⁵ La STC 76/1989 de 27 de abril declara sobre esta cuestión que «Si, como se ha visto, el derecho de acceso a los cargos públicos que recoge el art. 23. 2 de la Constitución es un derecho de configuración legal, el Estatuto Extremeño, que es el que lo configura en el presente caso, al exigir que los designados sean miembros de la Asamblea legislativa, está disponiendo ineludiblemente que cada Asamblea, resultante de las respectivas elecciones autonómicas, designe a los Senadores y que, por tanto, el mandato de estos pueda vincularse -como ha sido en el presente caso- a la legislatura regional. En consecuencia, el cese del demandante de amparo como Senador lo fue con fundamento en una causa legal, sin que, por tanto sea sostenible la vulneración constitucional que invoca...»(FJ. 3).

la exigencia incluida en el art. 69. 5 CE de que la regulación estatutaria de esta designación de Senadores asegure una «adecuada representación proporcional».⁶

Ante la ausencia de un mayor surtido de pronunciamientos específicos del Tribunal Constitucional en esta materia, para efectuar la específica delimitación que nos ocupa hay que seguir dos caminos: por una parte, trasponer a los procedimientos electivos parlamentarios los resultados ya alcanzados por el Tribunal Constitucional respecto a los derechos parlamentarios que forman parte del contenido constitucionalmente relevante del *ius in officium*, trasposición que no puede ser algo automático sino que debe ponderar la existencia o no de rasgos específicos en el desenvolvimiento de la función electiva del Parlamento que deban ser tomados en consideración;⁷ por otra, extrapolar a estos procedimientos electivos los elementos del silogismo que el Tribunal Constitucional ha formulado para determinar los límites que el legislador y el resto de poderes públicos deben respetar para no vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales -ex art. 53. 1 CE- entre ellos el derecho reconocido a los Diputados por el art. 23. 2 CE.

A tenor de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional, podría decirse que el núcleo de la función representativa de los Diputados y Diputadas, en cuanto a su participación en los procedimientos de designación o elección parlamentaria de personas, comprende necesariamente el derecho de asistir a la sesión en que se ha de efectuar la elección, participar en la votación electiva y decidir libremente el sentido del voto a emitir en cada caso, decisión que habrá de ejercitarse respetando las opciones de voto articuladas legítimamente en cada supuesto por la ley o el Reglamento del Parlamento. Dentro de dicho ámbito habría que subsumir, además, aquellos derechos que son instrumentales de los anteriores y permiten al Diputado ejercer su derecho a votar en las debidas condiciones, esto es, con conocimiento informado de los asuntos sobre los que se ha de pronunciar con su voto: recibir la convocatoria a la sesión en tiempo y forma, conocer con carácter previo la documentación necesaria para poder participar debidamente en la votación electiva que se va a desarrollar: relación de candidatos proclamados por la Mesa del Parlamento, *curriculum vitae* de los mismos,

⁶ La STC 4/1992, de 13 de enero declara que «...una proporcionalidad estricta es algo difícil de alcanzar en toda representación, y tanto más cuanto más reducido sea el número de representantes a elegir o el colegio a designar; no puede entenderse, por tanto, la adecuada representación proporcional que exige el art. 69.5 de la Constitución para la designación de Senadores de las Comunidades Autónomas como una proporcionalidad estrictamente matemática. Por el contrario, esta adecuada representación proporcional sólo puede ser, por definición, imperfecta, y resultar exigible dentro de un razonable margen de flexibilidad siempre y cuando no llegue a alterarse su propia esencia...»(FJ. 2); además de lo anterior, la STC señala que «...ni la Constitución, ni el Estatuto de la Comunidad de Madrid, ni el Reglamento de la Asamblea, ni Ley autonómica alguna concretan el procedimiento de designación de los Senadores hasta el punto de predeterminar una regla concreta de proporcionalidad...»; «...resta, por tanto, en el caso que nos ocupa, un amplio margen de decisión a la Cámara, para distribuir el número de Senadores con arreglo a cualesquiera de los criterios de proporcionalidad existentes...»(FJ. 3); finalmente, el TC hace un pronunciamiento más concreto afirmando que «...la regla D'Hont opera precisamente como correctivo de la regla de proporcionalidad pura, y como tal es una modulación de la regla de proporcionalidad que no puede ser objeto de aplicación extensiva y analógica allí donde el precepto se refiera sin más y sin matices a la proporcionalidad...»; «...la ausencia de una previsión normativa en el ordenamiento autonómico no puede suponer, en consecuencia, la necesaria aplicación subsidiaria de una regla prevista para las elecciones generales y autonómicas, pero no para una designación de Senadores por parte de la Asamblea de una Comunidad Autónoma...»; «...la Mesa y la Asamblea de Madrid no estaban constitucional ni legalmente obligadas a la utilización de la regla D'Hondt y podían, en suma, distribuir libremente los Senadores de designación autonómica entre los diversos Grupos Parlamentarios conforme a cualquier técnica y, en concreto, la fórmula proporcional de reparto de los restos, ya acabe dicha opción, inevitablemente, por beneficiar a los Grupos más grandes o a los pequeños y minoritarios, siempre y cuando no llegue a alterar la misma esencia proporcional de este sistema electoral...»(FJ. 5).

⁷ Puede verse en este sentido el estudio de GARCIA-ESCUADERO, Piedad: «La integración del IFE. La problemática de la integración de órganos por el Parlamento», pág. 115 y ss.

documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad exigidos en cada caso por la normativa aplicable...

No parece que pueda considerarse que forme parte, sin embargo, de dicho contenido necesario el derecho a que cualquier elección parlamentaria de cargos públicos se efectúe en todo caso en base al principio de proporcionalidad, establecida esta en función de la importancia numérica de los grupos parlamentarios, ni la facultad individual de cada Diputado o el derecho de todos los grupos parlamentarios a presentar candidatos siempre en cualquier procedimiento de elección o designación, ni el derecho a que el sistema de elección parlamentaria se configure en todo caso en base a listas cerradas y bloqueadas o a listas abiertas, ni el derecho a determinar individualmente -al margen de lo que establezcan los órganos rectores de la Cámara- el modelo de la papeleta de votación, o el derecho del Diputado a emitir su voto en el formato que desee y que dicho voto sea en todo caso válido, o la facultad de votar en cualquier elección a personas diferentes a las que integran las candidaturas propuestas por los Grupos Parlamentarios. La introducción de tales especificaciones y facultades queda al arbitrio de la regulación contenida en cada caso en los Reglamentos Parlamentarios o la legislación que regule cada procedimiento electivo, la cual habrá de respetar sin duda el contenido esencial del derecho fundamental reconocido a los Diputados por el art. 23. 2 CE; sin embargo, su no introducción en un sentido determinado en un procedimiento de elección específico, no comporta de por sí una lesión del núcleo de la función representativa de los Diputados y Diputadas que integran la Cámara.

Todo lo anteriormente dicho es algo que, sin embargo, habrá de ponderarse en cada caso, para determinar el modo en que una regulación determinada incide sobre el contenido esencial del referido derecho fundamental o una decisión concreta de los órganos del Parlamento se proyecta sobre el núcleo de la función representativa parlamentaria.

Por otra parte, como también al principio de este trabajo señalamos, la asignación a los Parlamentos de la función de elegir a unos u otros cargos públicos, comporta atribuirles la potestad de realizar actos electivos para la adopción de los cuales el ordenamiento y la jurisprudencia conceden al Parlamento un amplio y singular espacio de discrecionalidad de difícil fiscalización.⁸ Esta consiste esencialmente en poder proponer y elegir libremente a unos u otros candidatos, entre todas aquellas personas que cumplan los requisitos de elegibilidad establecidos por la normativa aplicable, sin ni siquiera tener que motivar formalmente la propuesta formulada ni la elección realizada -más allá de acreditar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad establecidos y la obtención de las mayorías específicas exigidas en cada caso-, ni justificar por qué se elige a unos y no a otros, entre todos aquellos; consiste también en poder no elegir a ningún candidato y, por así decirlo, rehusar la adopción de un acuerdo electivo, aunque esté acreditada la existencia de personas que reúnen los requisitos de elegibilidad establecidos por la normativa aplicable, sin tener tampoco que motivar formalmente la ausencia de la adopción de dicho acuerdo electivo, más allá que de la invocación de las exigencias y los condicionantes de la aritmética política parlamentaria.

⁸ Como tan acertadamente señala Pauner Chlvi, el «criterio de oportunidad rige absolutamente en el ejercicio de la función de designación parlamentaria puesto que el órgano legislativo goza de un amplio margen de libertad para optar entre los diversos candidatos que responden al perfil de terminado en las normas aplicables y que vengan avalados por la votación cualificada en el seno de las Cámaras». PAUNER CHULVI, Cristina: op. cit. La designación parlamentaria de cargos públicos; pág. 202.

Ya dijimos también que el fundamento de esta discrecionalidad parlamentaria hunde sus raíces en el contenido esencial del derecho fundamental reconocido por el art. 23. 2 CE y su expresión última mediante el ejercicio del derecho a votar y a hacerlo libremente, constituye un elemento del núcleo de la función representativa parlamentaria, tal y como está configurada por nuestro ordenamiento. El derecho de cada Diputado a emitir libremente su voto en la votación final de un procedimiento electivo desarrollado en el Parlamento, comporta el derecho a no ser forzado a emitir un sí o un no, el derecho a decidir libremente si vota o no al candidato que se le presenta con arreglo al procedimiento parlamentario diseñado en cada caso, el derecho por tanto a no ser compelido contra su voluntad a elegir a alguien en un momento determinado. Esta libertad personal, este derecho a expresar libremente mediante el voto el propio querer,⁹ forma parte del contenido esencial del cargo, del derecho fundamental reconocido por el art. 23. 2 CE y no puede ser desconocido, negado, lesionado, ni forzado, ni por las normas reguladoras de los procedimientos electivos, ni por los órganos del Parlamento, ni por órgano jurisdiccional alguno.¹⁰

Este específico rasgo de la discrecionalidad parlamentaria en materia de elección o propuesta de personas para ocupar cargos públicos se ha puesto de manifiesto con toda claridad en tres importantes resoluciones judiciales.

Así se declara, en primer lugar, en la STS dictada por el Pleno de la Sala Tercera el 29 de mayo de 2006, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Parlamento Vasco contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del poder Judicial (CGPJ) el 23 de febrero de 2005, mediante el que se acuerda la devolución al Parlamento Vasco de la terna propuesta para cubrir vacante correspondiente al turno de juristas del artículo 330. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (TSJ). Esta Sentencia aprecia la existencia de un componente de discrecionalidad en la elaboración de la terna por el Pleno del Parlamento para el nombramiento de un Magistrado del TSJ por el CGPJ y, también, en su eventual rechazo por el Pleno del CGPJ. La Sentencia efectúa en este punto una distinción trascendental. El Parlamento Autonómico es el órgano político por antonomasia en cuanto representa la voluntad popular y también la voluntad de la correspondiente Comunidad Autónoma; no obstante sus candidatos deben cumplir las exigencias establecidas en el art. 330. 4 de la LOPJ (*ser jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma*). La discrecionalidad del Parlamento radica en que la propuesta inicial formulada por los Grupos Parlamentarios -entre todos aquellos juristas que, además de los propuestos, cumplan las citadas exigencias legales- y su elección o no por el Pleno del Parlamento puede responder exclusivamente a criterios políticos o de cualquier otro carácter no contrario a Derecho, sin que ni unos ni otros deban quedar reflejados en el expediente de la propuesta, ni formar parte de la motivación del acuerdo adoptado por el Pleno de la Cámara. Sin embargo, a diferencia de ello, el Pleno del CGPJ sólo puede apartarse de la terna que le es elevada por el Parlamento Autonómico razonadamente y por

⁹ La importancia del elemento volitivo como un componente imprescindible del contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido subrayada por Lucas Murillo de la Cueva, Enrique, en LOPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53. 1 de la Constitución Española*, Comares, Granada, 1996, pág. 216.

¹⁰ Acerca del control judicial de la discrecionalidad y los elementos reglados de los procedimientos de elección parlamentaria de cargos públicos puede verse MARTINEZ CORRAL, Juan Antonio: *La función electiva de Les Corts: el control jurisdiccional de los actos realizados en ejercicio de la misma*. Temas de Les Corts. Servicio de Publicaciones. Corts Valencianes, Valencia, 2010, pág. 150 y ss.

motivos determinados. Por tanto, la discrecionalidad valorativa del Consejo en este tipo de nombramientos no puede responder a criterios específicamente políticos o, con carácter general, metajurídicos.

Por otra parte, en la STC 49/2008 de 9 de abril y la STC 101/2008 de 24 de julio el Tribunal Constitucional ha elaborado una interesante interpretación constitucional del nuevo párrafo segundo del art. 16. 1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del art. 184. 7 del Reglamento del Senado, preceptos relativos al procedimiento de elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponden. El esfuerzo desarrollado para poner de manifiesto que las facultades electivas del Senado quedan intactas, tras las reformas normativas que afectan a ambos preceptos, ha conducido al Tribunal Constitucional a proclamar la libertad de elección del Senado en unos términos que no tienen parangón en ninguna otra Institución u organismo. Basta, para alcanzar esta conclusión, con comparar las afirmaciones que efectúa el Tribunal Supremo en la STS dictada el 29 de mayo de 2006 -respecto del ámbito de discrecionalidad asignado al Pleno del CGPJ en materia de nombramientos judiciales- con las que, en la STC 101/2008 de 24 de julio, se realizan respecto de las facultades electivas del Senado. Sirvan como ejemplo las siguientes consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia:

- El cumplimiento de los requisitos para poder ser candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional, en la primera fase del procedimiento, relativa a la propuesta de los mismos, no garantiza la elección en la segunda y definitiva fase, correspondiente en exclusiva al Senado, «pues esto último dependerá, evidentemente, de la decisión que al respecto adopte el Pleno de la Cámara Alta mediante el voto secreto e individual de sus miembros (art. 186 RS)».
- Que los candidatos obtengan la mayoría constitucionalmente requerida en el Pleno del Senado, depende de una «votación en la cual, en coherencia con la prohibición constitucional de mandato imperativo derivada del art. 23 CE, se expresa la libre facultad de la que han de gozar los Senadores para elegir a los Magistrados del Tribunal Constitucional.»
- La cuestión es determinar «hasta dónde puede llegar su «libertad de rechazo» de las candidaturas presentadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Esto es, hay que decidir si la Cámara, en realidad, es efectivamente libre para no aceptar a los candidatos propuestos por los Parlamentos autonómicos, pues es obvio que si la Cámara sólo tuviera una capacidad de rechazo, reactiva, frente a las propuestas autonómicas, su libertad de elección sólo habría quedado asegurada con el sacrificio de su obligación de designar cuatro Magistrados.»
- La valoración respecto a «si las candidaturas presentadas resultan ser suficientes corresponde apreciarla en exclusiva al Senado en el curso del procedimiento encaminado a la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional que la propia Cámara ha establecido...»; «la Cámara es plenamente libre en relación con el juicio de idoneidad que le merezcan las distintas candidaturas ante ella presentadas.»
- La libertad institucional del Senado es insuprimible y obliga a garantizar que la Cámara -tanto en el trámite de la Comisión de Nombramientos, como en el Pleno- pueda cumplir con su obligación constitucional de designar Magistrados del Tribunal Constitucional. Es, por tanto, a los Senadores que

integran la Cámara a los que corresponde, mediante la correspondiente deliberación y votación, tanto en la Comisión de Nombramientos como, en última instancia, en el Pleno -mediante una votación secreta-, la plena libertad para escoger y elegir -con la mayoría cualificada exigida constitucionalmente- como Magistrados del Tribunal Constitucional a aquellos que estime oportunos, de entre los juristas que aprecien que cumplen las condiciones constitucionalmente establecidas, o para no elegirlos.

La discrecionalidad electiva atribuida al Parlamento, en función de la libertad de voto reconocida a cada uno de sus Diputados, significa que el acuerdo plenario de elección o designación es el resultado de la adición de los actos individuales de votación que corresponde realizar cada Diputado o Diputada al final del mismo, los cuales son actos personales, indelegables y libres. Esta libertad se concreta en la posibilidad que cada Diputado tiene de votar o no y de decidir con plena autonomía el sentido de su voto. Así lo establecen expresamente todos los Reglamentos parlamentarios, como, por ejemplo, el art. 74. 2 RCV: «El voto de los diputados es personal e indelegable.» Este derecho del Diputado a votar y a hacerlo personal y libremente sí forma parte del núcleo esencial de su función representativa y ha merecido la máxima tutela del Tribunal Constitucional.

Precisamente, en el procedimiento de elección de personas por el Pleno, el art. 169. 2 del anterior RCV y el art. 178 del vigente RCV establecen expresamente que la votación será secreta por papeletas, como un mecanismo específico para favorecer la plena libertad de los Diputados y Diputadas en el ejercicio de su derecho a voto. La propia regulación de este sistema de votación prevé que se efectuará un llamamiento individual a cada Diputado y que después cada uno depositará la papeleta cerrada en la urna correspondiente (*art. 82. 2 RCV*). Ello no obsta para que en determinados procedimientos electivos parlamentarios el sistema de votación sea diferente, como ocurre en la investidura del President de la Generalitat, en la que la votación será pública por llamamiento (*arts. 140. 1 y 81 RCV*).

Por todo ello puede afirmarse también que en nuestro país no forma parte del contenido constitucionalmente relevante del *ius in officium* del Diputado, en los procedimientos electivos parlamentarios, el derecho a exigir, lisa y llanamente, que el Parlamento cumpla hasta el final con la legalidad aplicable a cada procedimiento y culmine con éxito la votación electiva -en la que el Diputado tiene derecho a participar- en los plazos establecidos por el ordenamiento en cada caso o al menos sin retrasos irrazonables; ni siquiera se reconoce al Diputado el derecho a reclamar ante la jurisdicción ordinaria o ante el Tribunal Constitucional contra la inactividad electiva del Parlamento al que aquel Diputado pertenece, inactividad que impide al Diputado cumplir con su obligación y ejercer su derecho de votar para elegir los cargos públicos o los miembros de determinados órganos o instituciones que el propio ordenamiento determina.

Nuestro país ha optado generalizadamente por la *prorrogatio* como fórmula de afrontamiento del conflicto generado por la finalización del mandato para el que fueron elegidos determinados cargos públicos y el retraso en la elección parlamentaria de estos como consecuencia de la falta del consenso político necesario para garantizar la obtención de las mayorías ordinarias o cualificadas exigidas para efectuar, en cada caso, la correspondiente elección. Otras fórmulas, como la reducción de la mayoría exigible para la elección en sucesivas votaciones, también tienen cabida en nuestro Derecho. La multiplicidad y notoriedad de los supuestos invocables como ejemplo

de estas situaciones y de las negativas o incluso a veces nefastas consecuencias de la *prorrogatio* sobre el buen funcionamiento del sistema político e institucional, excusa hacer ahora una más detallada referencia a este fenómeno casi endémico que nos asola. La doctrina especializada ha analizado detenidamente esta situación, sus causas, sus efectos y las posibles vías articulables para la solución de la misma.¹¹

Como bien advierte García-Escudero Márquez nuestro Tribunal Constitucional «...ha acuñado la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión para obligar al legislador a aprobar una ley en un plazo razonable. Pero no parece fácil trasladar esta doctrina a los nombramientos parlamentarios sin una previsión legal que la amparara». ¹² Menos dificultad ve Pauner Chulvi en la extrapolación de esta doctrina a los supuestos en que la inactividad electiva del Parlamento produzca efectos contrarios a lo dispuesto en la Norma Fundamental. En estos casos, considera que «al igual que ocurre con la inconstitucionalidad por omisión, cuya doctrina ha sido elaborada muy lentamente por el Alto Tribunal, también en este caso podría iniciarse una construcción semejante que condujere al reconocimiento de la obligatoriedad de cumplir con aquella función para hacer valer la supremacía de la Constitución y evitar que se menoscabe con la inactividad del órgano parlamentario. Y este camino podría iniciarse a través de las mismas técnicas que el Tribunal Constitucional ha empleado mediante el envío de mensajes al legislador: recomendaciones, invitaciones o censuras.»¹³

Finalmente, para concluir este trabajo y aunque sólo sea por ofrecer la referencia de un modo diferente de afrontar este problema, desde un ordenamiento jurídico distinto al nuestro, merece la pena citar la línea jurisprudencial elaborada recientemente por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos en relación con la integración parlamentaria del Instituto Federal Electoral.¹⁴ Especial mención ha de hacerse al proceso SUP-JDC-12639/2011 resuelto

¹¹ PAUNER CHULVI, Cristina: *La designación parlamentaria de cargos públicos*. Congreso de los Diputados. Monografías núm. 58, Madrid, 2003. SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando y PAUNER CHULVI, Cristina: *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Foro Democracia y Representación, núm. 20. Madrid, 2010. Véase, por ejemplo, la «Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional», con participación de los profesores Luis Aguiar de Luque, Francisco Javier Díez Revorot, Alfonso Fernández Miranda, José Vicente Gimeno Sendra, Manuel Jiménez de Parga, Javier Pérez Royo, Ramón Punset Blanco y Juan Alfonso Santamaría Pastor. En ella se les pregunta y contestan, entre otras, a las siguientes preguntas: «5. Y lo preceptuado en el apartado 3 del propio art. 159 CE sobre que los miembros del Tribunal «serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres» ¿Qué fuerza de obligar debería tener para los correspondientes poderes constituidos a los que está encomendada la propuesta al Rey de los nuevos miembros del Tribunal? En conexión con lo anterior ¿Cree Vd. que la ratio del art. 17 LOTC está siendo bien desplegada por quienes tienen que aplicarlo? ¿Propondría Vd. la modificación del precepto o sólo la de sus prácticas aplicativas? Más en concreto, ¿Qué sugerencias haría Vd. sobre cómo deberían comportarse los grupos parlamentarios al asumir sus responsabilidades al respecto? ... 7. ¿Sugeriría algunos modelos, de entre los que ofrece el Derecho constitucional comparado occidental, para inspirar en España una revisión de la forma de abordar la cobertura de vacantes o la sustitución de los magistrados que tienen agotado el término de su mandato?». UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 28, 2010, pp. 13-90.

¹² GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, Piedad: *op. cit.* pág. 31.

¹³ PAUNER CHULVI, Cristina: *op. cit.* *La designación parlamentaria de cargos públicos*; pág. 189.

¹⁴ Sobre esta línea jurisprudencial puede verse el excelente trabajo de GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, Piedad: «La integración del IFE. La problemática de la integración de órganos por el Parlamento. Seminario Internacional «El Proceso electoral federal 2012» organizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; así mismo, MARTINEZ CORRAL, Juan Antonio: «La novedosa y audaz jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos sobre el control jurisdiccional de los actos electivos del Parlamento». *CORTS. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 27, Valencia, 2013; RAIGOSA SOTELO, Luis: *El derecho electoral y el derecho parlamentario. Los límites de la competencia del TEPJF*. Temas selectos de Derecho Electoral, núm. 21. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México D.F. 2011; RAMOS RAMOS, Octavio, CÁRDENAS GONZÁLEZ DE COSSIO, Ana y SEPÚLVEDA TOLEDO, Mayli: *El control judicial electoral de la función parlamentaria*. Investigación del Centro de Capacitación Judicial Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México D.F. 2011.

con la Sentencia dictada el 30 de noviembre de 2011 por la citada Sala Superior como conclusión de un procedimiento articulado para instar ante un tribunal especializado de la jurisdicción ordinaria -el expresado Tribunal Electoral- la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en este caso de un Diputado del Congreso de la Unión, frente a un supuesto de inactividad electiva del propio Congreso.¹⁵

En el caso resuelto por la Sentencia, la Sala Superior concluyó, por una parte, que la inactividad electiva del Congreso de la Unión no sólo contravenía lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino el derecho que le correspondía al Diputado recurrente de «...participar directamente en los asuntos públicos. Al respecto... una función inherente al cargo de diputado federal es la posibilidad de votar las decisiones que corresponden como atribuciones legislativas, más aun, cuando se trata de una decisión fundamental para la configuración del sistema democrático del país, como es la de aprobar o no la designación de los consejeros electorales, a propuesta de los grupos parlamentarios, como lo señala la Constitución General de la República» (*Considerando segundo*). Es decir, la Sala Superior estimó que la culminación del proceso electivo -la efectiva integración por la Cámara de Diputados de los consejeros electorales del Instituto Federal Electoral- no es algo disponible para el Legislativo, sino una obligación constitucional y legal, y en tanto no sea cumplida es judicialmente exigible al Legislativo por cualquiera de sus miembros, porque comporta una lesión del derecho que le corresponde al Diputado «de participar directamente en los asuntos públicos» (*Considerando segundo*). Coherentemente con esta construcción teórica, la Sala Superior desestimó la alegación de extemporaneidad del recurso y declaró que el medio impugnativo «... fue ejercido con oportunidad, por tratarse de actos de abstención que revisten la naturaleza de tracto sucesivo y entonces, son susceptibles de ser impugnados mientras la obligación de la autoridad responsable subsista...» (*Considerando tercero*).

¹⁵ Los antecedentes de hecho del conflicto resuelto por la Sentencia de la Sala Superior pueden sintetizarse del modo siguiente:

- El treinta de septiembre de dos mil diez la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados remitió a la Mesa Directiva la convocatoria para el proceso de selección de tres candidatas a ocupar el cargo de consejero electoral del Instituto Federal Electoral para el periodo comprendido entre el treinta y uno de octubre de dos mil diez y el treinta de octubre de dos mil diecinueve. El once de octubre siguiente, la Comisión de Gobernación de la Cámara de Diputados remitió a la Junta de Coordinación Política la lista de los ciento treinta y seis candidatos que cumplieron con los requisitos señalados en la convocatoria. Cada uno de los candidatos fue recibido por la Comisión de Gobernación para la realización de una entrevista pública. El veintisiete de octubre de dos mil diez, la Comisión de Gobernación remitió a la Junta de Coordinación Política el dictamen por el que propuso a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión a los tres candidatos a integrar el Consejo General del Instituto Federal Electoral para el referido periodo.

- El seis de noviembre de dos mil once, la Junta de Coordinación Política presentó dicha propuesta al Pleno de la Cámara de Diputados, la cual no alcanzó, en la votación realizada en el Pleno, la mayoría calificada requerida para la elección de aquellos cargos.

- El quince de noviembre de dos mil once, un diputado federal de la LXI Legislatura del Congreso de la Unión promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra una omisión, atribuida a la Cámara de Diputados, su Mesa Directiva, la Junta de Coordinación Política y a los grupos parlamentarios, consistente en haberse abstenido de presentar la propuesta al Pleno del Congreso para la elección de tres candidatos a Consejeros electorales del Instituto Federal Electoral que era necesaria para cubrir las vacantes producidas por la extinción del mandato de tres consejeros electorales.

- El treinta de noviembre de dos mil once la Sala Superior dictó Sentencia requiriendo a la Sexagésima Primera Legislatura de la Cámara de Diputados para que procediera a «celebrar los actos propios y necesarios tendientes a la designación de los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral en los términos precisados en el último Considerando de la presente ejecutoria, informando a esta Sala Superior respecto del cumplimiento que se dé a la presente».

- El quince de diciembre de dos mil once, la Cámara de Diputados procedió, en ejecución de la Sentencia dictada, a la elección de los tres consejeros electorales vacantes en el Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Desde esta perspectiva, la omisión electiva del Parlamento generó una lesión del derecho fundamental del Diputado a ejercer su cargo porque comportó una restricción ilegítima del contenido funcional del mismo de tal magnitud que lo desnaturalizaba, en tanto en cuanto conducía a una negación de facultades esenciales del oficio parlamentario, de aquellas que son imprescindibles para que el derecho a ejercer el cargo de Diputado siguiera siendo reconocible como tal.

Por otra parte, la Sala Superior también consideró estimable otro de los motivos de impugnación -el cuarto- invocados por el demandante. Aquí la Sala desciende un nivel -desde el examen sobre la posible lesión de un derecho fundamental, a la mera verificación del cumplimiento de la legalidad- descenso que tiene capital importancia para calibrar la dimensión de la tutela judicial otorgada por aquella Sala al Diputado frente a la actividad o la inactividad electiva de la Cámara de Diputados. La Sala Superior -Considerando quinto- estimó que la omisión electiva de las autoridades parlamentarias transgrede el principio de legalidad contemplado en los artículos 14 y 16 de la Constitución, habida cuenta de que no se establece en la Constitución o en la ley ninguna excepción o salvedad a la obligación de realizar la propuesta al Pleno de la Cámara para la elección de los tres consejeros vacantes en el Consejo General del Instituto Federal Electoral.

No habiendo la Cámara de Diputados culminado el procedimiento parlamentario de designación de consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, la Sala Superior no apreció justificación normativa alguna para dicha omisión electiva y estimó conculcado el principio de legalidad que establecen los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Desde esta premisa constitucional, ante la falta de elección de los tres consejeros electorales, la autoridad legislativa estaba obligada a proveer lo suficiente para que, cumpliendo los requisitos de ley y procurando una gestión y conciliación rápida y eficiente, se alcanzara la consolidación del procedimiento de designación correspondiente. Y concluyó la Sala Superior con una consideración cuyo valor testimonial es innegable y merece ser transcrita literalmente: «El deber de desahogar todos los actos instrumentales para alcanzar lo más pronto posible ese objetivo encuentra consonancia con el alto valor que implica el ejercicio de las funciones encargadas al Consejo General del Instituto Federal Electoral, pues aunque se adviertan y apliquen diversos mecanismos para preservar el funcionamiento del órgano, -con la mayoría de sus integrantes- lo cierto es que éstas alternativas de funcionalidad, no pueden sustituir el objetivo primario y esencial que impone la norma fundamental, atinente a reincorporar de inmediato la optimización constitucional en la integración del órgano.» (Considerando quinto).

Por todo ello, el treinta de noviembre de dos mil once la Sala Superior dictó Sentencia requiriendo a la Sexagésima Primera Legislatura de la Cámara de Diputados para que procediera a «celebrar los actos propios y necesarios tendentes a la designación de los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral en los términos precisados en el último Considerando de la presente ejecutoria, informando a esta Sala Superior respecto del cumplimiento que se dé a la presente». El quince de diciembre de dos mil once, la Cámara de Diputados procedió, en ejecución de la Sentencia dictada, a la elección de los tres consejeros electorales vacantes en el Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Es notoria la diferencia existente entre la solución dada por la Sala Superior del Tribunal Electoral en el supuesto que analizamos -SUP-JDC-12639/2011- y la que

probablemente habría obtenido la misma impugnación de haberse planteado ante los órganos de la jurisdicción ordinaria española, esto es, la jurisdicción contencioso administrativa: en este último caso, previsiblemente la correspondiente Sala habría declarado, mediante Auto o mediante Sentencia, la inadmisibilidad por falta de jurisdicción y habría archivado el recurso contencioso administrativo interpuesto. Similar suerte, probablemente, correría una eventual demanda de amparo deducida por un Diputado para recabar la tutela de nuestro Tribunal Constitucional ante un supuesto flagrante de inactividad electiva de cualquier Parlamento de nuestro Estado.

La distancia, casi un universo, que separa las decisiones adoptadas por los Tribunales de uno y otro país pone de manifiesto la conveniencia de reflexionar sobre las singulares características de la función electiva del Parlamento y sobre el modo de mejorar el deficiente sistema articulado por nuestro ordenamiento para garantizar el cumplimiento de la legalidad y la tutela de los derechos fundamentales de los Diputados y Diputadas en relación con los procedimientos electivos realizados por el Parlamento.

Dicho lo anterior, sólo resta dedicar las últimas palabras de este trabajo a testimoniar la alegría y el honor que para quien suscribe ha sido compartir unos buenos años como Letrado en Les Corts con una persona excepcional y una Jurista sutil y comprometida con la defensa del débil, como lo ha sido y es Julia Sevilla Merino.

MUJERES Y CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN AMÉRICA LATINA

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universitat de València

ROBERTO VICIANO PASTOR

Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València

El constitucionalismo clásico se ha construido de espaldas a las mujeres, tanto como sujetos constituyentes como objetos de interés constitucional. Tanto su origen como su desarrollo durante más de dos siglos ha sido esencialmente masculino. Los derechos de las mujeres tardaron siglos en incorporarse en los textos constitucionales, y lo hicieron de forma tímida. En la materialización de las teorías del contrato social, las mujeres fueron marginadas por el pensamiento liberal solamente pudieron integrarse como si de un contrato de adhesión se tratara (Sevilla 2004:49). En el caso latinoamericano, en particular, el constitucionalismo importado por las elites criollas configuró estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, los afrodescendientes, las mujeres y las mayorías subordinadas (Yrigoyen 2011:140).

Pero están llegando nuevos tiempos, y las transformaciones que se están produciendo en América Latina de alguna forma los anuncian. El constitucionalismo transformador latinoamericano avanza hacia formas jurídicas alternativas de relación entre las personas, y exige enfoques de género en las políticas públicas y en los desarrollos jurídicos (UPRIMNY 2011:115). Hablar de *género* no es hablar sólo de mujeres: es referirse a la relación entre, al menos, dos términos: lo femenino y lo masculino. La vida social se ha estructurado tomando como base los vínculos entre hombres y mujeres, lo que han posibilitado su reproducción y continuidad (MONTECINO 2002:247-248). El nuevo constitucionalismo latinoamericano está sentando las bases jurídico-políticas para la superación de este estadio intermedio, y la búsqueda de realidades emancipadoras también para las mujeres. Ellas han participado activamente en los procesos constituyentes para, con su lucha, avanzar en sus derechos. Porque, ¿qué el constitucionalismo democrático sino una lucha permanente por la legitimidad del poder y el reconocimiento y garantía de los derechos inherentes de todas y todos?

MUJERES Y PROCESOS CONSTITUYENTES

Los derechos de las mujeres llegaron tarde y mal a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que, desde el primer constitucionalismo hasta el constitucionalismo moderado, apenas obtuvo avances significativos durante dos siglos de historia. Pero, en particular, la situación de la mujer como colectivo subalterno se agravó durante el proceso de reestructuración liberal que campó a sus anchas en las partidocracias latinoamericanas a partir de la década de los ochenta. Como demuestra CRASKE (2007:126-135) el ajuste estructural de la *década perdida* tuvo un fuerte impacto sobre los latinoamericanos, en general, y sobre las mujeres en particular. En la esfera de la reproducción social, la privatización de los servicios del Estado y el aumento de las presiones sobre el ingreso dieron como resultado una carga mayor para las mujeres, quienes, de acuerdo con la división de géneros prevaleciente en el sistema laboral, eran responsables del cuidado del hogar y del aprovisionamiento. La situación, lejos de mantenerse en la parálisis, creó una nueva conciencia colectiva que se tradujo en movimientos de mujeres, que se hicieron notar a medida que coincidían su conciencia de colectivo marginado y explotado con el empeoramiento de sus condiciones de

vida. Estos movimientos surgieron y se empoderaron a finales de los años setenta y principios de los ochenta, y desde entonces se han mantenido activos (CRASKE 2007: 135-146). Desde el anarquismo y el feminismo, desde las organizaciones a favor de la participación política, o desde los movimientos obreros y campesinos, las mujeres crean su discurso: hablan, luchan y se organizan (BONILLA 2007:42-59). A través de su lucha, las mujeres sientan el germen que posibilitará la naturaleza transformadora de las nuevas constituciones latinoamericanas.

La lucha feminista ha sido también una lucha política. Como afirma MONTECINO (2002:286-287), los movimientos feministas bregan de manera clara por los cambios identitarios, toda vez que muchos de ellos propugnan una ruptura con el modelo materno tradicional, una búsqueda de nuevas formas de feminidad, y un tránsito hacia espacios masculinos como los del poder político. La discusión sobre la igualdad y la diferencia ha generado un debate sobre los modelos ideales que deberían tener como referente hombres y mujeres para lograr una sociedad más justa. Es con estos objetivos, y cuando se dieron las condiciones para ello, como llegaron a participar activamente en los procesos constituyentes democráticos latinoamericanos.

En el caso colombiano, las organizaciones de mujeres que habían proliferado a partir de la fractura neoliberal de la década de los ochenta estaban suficientemente organizados y con la madurez necesaria para enfrentar, dentro de los límites de la coyuntura política del país, la ilusión del proceso constituyente colombiano de 1990-1991. Afirma LAMUS (2008:79) que durante esta época, en un clima de perturbación y tensión, las mujeres hicieron públicas sus demandas, primero contra la violencia doméstica y luego contra todas las formas de violencia sobre cuerpos y territorios. Y con estos propósitos se produjeron acercamientos entre las feministas y las organizaciones de base de mujeres de sectores populares. Así aparecieron los primeros movimientos preconstituyentes de mujeres, como el *Movimiento de Mujeres para la Reforma Constitucional*. Se trataba de dar a conocer los puntos de vista del movimiento de mujeres sobre la democracia y las demandas particulares antes negadas y, lo que es tal vez más importante en el momento, de identificar las diferencias internas del movimiento, los interrogantes frente a la interlocución con el Estado y con otras fuerzas políticas, su autonomía, alianzas y la participación en juego del poder. Durante el proceso constituyente de 1990-1991, las mujeres participaron activamente desde distintos frentes tanto en la propia Asamblea Nacional Constituyente como en la alimentación de los debates constituyentes. El trabajo conjunto en el marco constituyente, fundamentalmente a través de la *Red Mujer y Constituyente* (LAMUS 2008:83 y s.), fortaleció su unidad de acción y las convirtió en un sujeto importante en el primer proceso democrático colombiano. No obstante, una de las críticas más comunes hacia el proceso constituyente colombiano es la ausencia notoria de mujeres -apenas cuatro- en la conformación de la asamblea constituyente (LUCERO 2011:56); el trabajo de las organizaciones de mujeres debió realizarse desde afuera, no pudiendo contar con muchos apoyos comprometidos en el seno de la asamblea lo que, finalmente, se tradujo al texto constitucional.

También el movimiento de mujeres, de larga data en el caso venezolano, fue muy activo en el proceso de discusión de la Constitución venezolana de 1999. La decisión inicial acordada entre las organizaciones de los derechos de la mujer fue la de no participar exclusivamente en las comisiones relacionadas con los temas de la mujer, sino participar en la constituyente desde un punto de vista integral. El objetivo: una

Constitución con visión de género, no sexista. Para ello trabajaron organizadamente diversas agrupaciones y personalidades tanto de la sociedad civil como de naturaleza institucional, como la *Coordinadora de Organizaciones No Gubernamentales de Mujeres* (Congmu), el *Consejo Nacional de la Mujer* (Conamu), la *Comisión Bicameral para los Derechos de la Mujer del Congreso de la República*, y la *Comisión de los Derechos de la Mujer del Parlamento Latinoamericano*. Uno de los ámbitos más difíciles de manejar era el respectivo a los derechos sexuales y reproductivos (RED DE POBLACIÓN Y DESARROLLO SUSTENTABLE 2001:59). La *Red de Población y Desarrollo Sustentable (RedPob)* desarrolló una estrategia general de promoción de los derechos sexuales y reproductivos con efectos notables (RED DE POBLACIÓN Y DESARROLLO SUSTENTABLE 2001:67 y ss). En la Constitución anterior, de 1961, no existía ningún artículo en este ámbito, y en un principio no parecía una cuestión trascendental para la Asamblea Constituyente. Finalmente, el texto de 1999 desarrolló ampliamente el asunto, y fue la primera Constitución en el mundo redactada en lenguaje de género. Los avances tanto formales como materiales que finalmente se moldearon en la Constitución de 1999 tuvieron lugar aun cuando las fuerzas de presión más conservadoras realizaron un particular esfuerzo para que fracasaran. Como ocurriría también en los procesos constituyentes vecinos, algunos debates, como el del aborto, encontraron enconadas posiciones en las autoridades eclesiásticas (VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU 2001:198 y ss).

Con toda probabilidad es en el proceso constituyente ecuatoriano que finalizó con el texto constitucional de 2008 donde las mujeres alcanzaron la mejor capacidad organizativa, lo que les llevó a que muchas de sus propuestas fueran incorporadas en el debate constituyente. De hecho, las mujeres colaboraron en la contestación a la descomposición política del gobierno de Gutiérrez, con la convicción de que sólo un nuevo proceso constituyente democrático que superara las falencias de la Constitución de 1998 podía avanzar de forma determinante. Desde la *preconstituyente* de mujeres del Ecuador, en 2007, hasta el referéndum constitucional, el 28 de septiembre de 2008, las organizaciones de mujeres fueron un ejemplo de colaboración y alimentación del debate constituyente de Ciudad Alfaro. De hecho, muchas de las filas de candidatos para el cambio que se presentaron a la asamblea constituyente contaron con organizaciones de mujeres entre el aluvión de movimientos sociales que invadieron la Constituyente de Montecristi (RAMÍREZ 2011:95 y ss).

El caso boliviano ha sido, sin duda, el más complejo en el análisis comparativo entre los diferentes procesos constituyentes latinoamericanos. Responde esta situación a numerosas circunstancias, entre ellas varias directamente vinculadas a la crudeza de la reacción contra el proceso, fundamentada en el conocimiento que ya poseían las clases dominantes bolivianas de experiencias anteriores y/o paralelas -y, por lo tanto, al aprendizaje lógico en cualquier sujeto social ante una situación que potencialmente afectará de forma sensible a sus intereses-, y que se decantaron hacia una estrategia definida con el objetivo de hacer fracasar el proceso constituyente boliviano (MARTÍNEZ DALMAU 2011:39 y ss). Las dificultades en la participación de las mujeres no fue una excepción, a pesar de que la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (Ley 3364) preveía la equidad de género en sus artículos 15 y 16. La Ley consagraba el principio de alternancia en las listas plurinominales y territoriales al determinar que los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas deberán inscribir a sus candidatos formando un binomio (mujer-hombre, hombre-mujer); además, de

los cinco postulantes a las circunscripciones departamentales, al menos dos debían ser mujeres, respetando la alternancia hombre-mujer y mujer-hombre (URIONA 2009:22).

Pero el problema no se encontraba en la conformación, ampliamente femenina (88 de los 255 constituyentes bolivianos fueron mujeres, y la Presidencia de la Asamblea estuvo también a cargo de una mujer), de la Asamblea constituyente, sino en el accidentado proceso constituyente que, con dificultades, finalizó con la primera Constitución democrática boliviana: la de 2009. La heterogeneidad fue una característica relevante en las organizaciones de mujeres que colaboraron con la Asamblea Constituyente boliviana, incluso como constituyentes. Se trataba de grupos dispares que convergían en algunas propuestas comunes y en otras avivaban el debate: desde organizaciones *de pollera*, campesinas, como la *Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Originarias e Indígenas de Bolivia «Bartolina Sisa»*, hasta las de cultura urbana, como *Mujeres Creando* (SCHAVALZON 2012: 99-128), o la *Coordinadora de la Mujer*, red de organizaciones que cumplió con un desempeño ampliamente influyente tanto en las actividades preconstituyentes como en la propia Asamblea Constituyente (COORDINADORA DE LA MUJER 2011:35 y ss).

Existen varios denominadores comunes que cabría resaltar en estas luchas de las mujeres en los procesos constituyentes, pero uno parece el más significativo: las dificultades que encontraron las organizaciones sociales transformadoras, en general, y las de mujeres, en particular, para producir avances sustantivos en sus reivindicaciones en el seno de la asamblea constituyente. Como se ha hecho mención, tanto en Colombia y Venezuela, como en Ecuador y en Bolivia se produjo una movilización institucional y mediática radicalizada por parte de la Iglesia Católica y organizaciones afines, constituyéndose en una de las mayores y más visibles oposiciones a los procesos constituyentes y a los gobiernos, hasta que finalmente las nuevas Constituciones entraron en vigencia por voluntad popular debido a sus aprobaciones por referéndum constitucional (MONTE y GAVERNET 2012:176). En definitiva, las mujeres debían luchar contra un pasado de represión y tutela, en un presente de desconfianza e incompreensión, para buscar un futuro de emancipación y libertad.

MUJERES Y CONSTITUCIONES TRANSFORMADORAS EN AMÉRICA LATINA

Un elemento formal, simbólico, salta a la vista ante la primera ojeada que se realice a cualquier Constitución democrática latinoamericana a partir de la venezolana de 1999: la aparición, con diferencias gramaticales pero bien visible, de *lo femenino* con lo masculino en la gramática constitucional. Nos encontramos, así, con expresiones como Presidenta de la República o Diputada, las cuales son esencialmente inusuales en los textos constitucionales escritos en castellano. El lenguaje de género es hoy en día una característica formal del nuevo constitucionalismo latinoamericano que, en su voluntad transformadora, también ha generado nuevas dinámicas lingüísticas (VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU 2010:25).

El uso del lenguaje de género va más allá de la mera formalidad: intenta deconstruir una estructura de poder cultural delineada desde la visión puramente masculina. Masculina significa, en estos términos, machista y discriminadora, y que mantiene en el lenguaje de género uno de los principales pilares de permanencia en el tiempo. Por esa razón, las nuevas constituciones latinoamericanas, excepción hecha del temprano caso colombiano, están redactadas todas ellas en lenguaje no sexista ni androcéntrico, elemento sustantivo que las diferencia, a decir de MONTE y GAVERNET (2012:177),

del uso del lenguaje en las anteriores constituciones. Como afirma FERRARA-BARDILE (2000:10), a pesar de las insistentes críticas sobre el lenguaje de género, todas ellas desmontables y provenientes de (pocos) hombres, la transformación formal de la Constitución democrática también fue para lo femenino: el mayor logro estilístico en un cuerpo legal es la claridad y nada hay más diáfano y trasparente que ese lenguaje de género de la Constitución Bolivariana. La Constitución venezolana fue la primera, en este sentido, que tuvo «rostro y cuerpo de mujer: forma y sustancia» (FERRARA-BARDILE 2000:12). Algunos, bajo el paraguas de reales academias, incapaces de entender este tipo de transformaciones, se siguen aferrando al lenguaje discriminador y no visibilizador sin apenas aportar alternativas, y critican el lenguaje de género, porque afirman que si se aplicara en sus términos más estrictos no se podría hablar (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA 2012:10-11). Está claro que la capacidad de transformar del constitucionalismo democrático aún no ha cruzado el Atlántico.

Pero las Constituciones transformadoras latinoamericanas no permanecen en el campo de lo simbólico, y recorren la senda de la protección de los grupos vulnerables entre otras innovaciones que plantean. A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización -de acuerdo con cada caso- de los mismos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores... y una interpretación extensa de los beneficiarios de los derechos (VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU 2011:18 y 22). En particular, las mujeres han sido ampliamente beneficiadas en las nuevas Constituciones.

En Colombia, la aplicación de la Constitución de 1991 consiguió un nivel de derechos para las mujeres nunca visto con anterioridad en el país. Los progresos en los derechos de la mujeres habían avanzado con parsimoniosa lentitud; el voto femenino no había sido posible hasta 1957, a través de la reforma de la Constitución de 1886. La mujer en la Constitución de 1991, pasa de sujeto *quasiomitido* a sujeto visible. El artículo 43 de la Constitución colombiana se refiere, por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano, a la igualdad de oportunidades: «La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si estuviera desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia». El artículo 49 requiere a las autoridades para que garanticen la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración pública, y la Constitución se ocupa asimismo de la protección especial de la mujer en las relaciones laborales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana fue en muchos aspectos valiente, y propició un desarrollo postconstitucional de dimensiones enormemente relevantes (MARTÍNEZ 2001:págs. 136 y ss).

En el caso venezolano, la Constitución de 1999 -la primera, cabe insistir, que visualiza formalmente a la mujer con el uso del lenguaje de género- prohíbe la trata de personas, en particular de mujeres, niños y niñas, en todas sus formas (art. 54), y se ocupa también de la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. La concepción constitucional de los derechos pone particular énfasis en los reproductivos: la asistencia de la maternidad, con la noción problemática para los derechos no reproductivos de su consideración «desde la concepción». La Constitución

consagra derechos de planificación familiar de manera paritaria («Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho», afirma el artículo 76), donde se reconoce tanto a la maternidad como a la paternidad: madres y padres como sujetos de derechos y obligaciones (MONTE y GAVERNET 2012:166): «El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria», afirma el citado artículo 76.

La Constitución ecuatoriana de 2008 avanza de forma compleja y completa en los derechos de las mujeres de manera nunca experimentada jurídicamente en la región. Mantiene el lenguaje de género, e inicia su Preámbulo con el calificativo «Nosotras y nosotros...» en referencia al pueblo soberano del Ecuador. El mismo Preámbulo reconoce «nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos». El multiculturalismo se refleja en la Constitución en la adopción de un igualitarismo proporcional que establece tratos diferentes a grupos diferenciados. A los denominados grupos vulnerables (niños, discapacitados, tercera edad, mujeres embarazadas) les reconoce derechos de protección especiales, y a los pueblos indígenas y afroecuatorianos, además, les otorga ciertas facultades autonómicas como medio para garantizar la diferencia cultural y étnica (CHÁVEZ, 2008:71). La visualización de las mujeres y los niveles de protección de sus situaciones alcanzan ámbitos coyunturalmente difíciles de superar: la protección de las mujeres embarazadas (art. 43 y, respecto a las personas privadas de libertad, art. 51), la aplicación de derechos colectivos con igualdad entre mujeres y hombres (art. 57), la promoción de la representación paritaria, y la participación paritaria en los órganos del Estado y los partidos políticos (arts. 65, 108, 116, 179, 183, 210 y 224); la sanción de toda forma de violencia contra la mujer (art. 66.3), la garantía en la igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad (art. 324), etc. El artículo 11 de la Constitución de 2008 es con seguridad el más garantista de todos los que en Derecho comparado prohíben la discriminación: «Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad».

Por último, también en el caso de la Constitución boliviana de 2009 nos encontramos ante un texto cargado simbólicamente y materialmente de elementos a favor de la mujer. Desde el Preámbulo («Nosotras, mujeres y hombres...»), el sistema de gobierno («La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres», art. 11), la prohibición de violencia contra la mujer («Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad», art. 15.II), la participación política («[...] La

participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres», art. 26.I: arts. 147 y 210.II), la protección del embarazo y la maternidad (arts. 45.V y 48), la promoción de la incorporación de la mujer al trabajo (art. 48.V), los derechos sexuales de las mujeres (art. 66), las políticas de discriminación positiva hacia la mujer (art. 302), etc. De hecho, el proceso de cambio político boliviano y la aplicación de la Constitución está sentando las bases para importantes avances en la despatriarcalización y el acceso de mujeres indígenas al poder (DÍAZ 2012:75-89), algo inaudito hasta el momento en la política boliviana.

En definitiva, como afirma MECO (2012:241), el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha dado como fruto Constituciones transformadoras del orden político, económico y jurídico existente, que han profundizado la noción de democracia sobre la base de un principio participativo de la ciudadanía, en el que las mujeres han tenido un papel protagónico, tanto como agentes activas (en escenarios preconstituyentes) cuanto pasivas (en escenario post-constitucionales). En este sentido el modelo de democracia por el que apuesta este novedoso orden constitucional ha tenido repercusión directa en las mujeres, en sus derechos, obligaciones y oportunidades en el ámbito público y en el ámbito privado en el que éstas interactúan, como refleja el lenguaje no sexista y el catálogo de derechos que expresamente se contiene en dichas normas y que van más allá de la proclamación constitucional clásica de la igualdad y no discriminación, de la que debían traer causa todos los demás derechos. Ese derecho decididamente beligerante con el sistema patriarcal contra el que se declara enemigo, aún con sus contradicciones (que han sido puestas de relieve) será la atalaya desde la que se divisarán los derechos de las mujeres en el ámbito de lo doméstico.

La emancipación de la mujer significa, también, dotar de legitimidad constitucional a nuevas conformaciones familiares. Las sociedades latinoamericanas, afirma también MECO (2012:241 Y 242), han experimentado una intensa evolución en las formas de establecer los vínculos familiares a las que el constituyente latinoamericano no ha permanecido ajeno. La protección constitucional de las familias avanza en apariencia hacia la superación de un modelo tradicional (el del matrimonio heterosexual) que es reconocido junto a otros modelos (uniones de hecho heterosexuales-Venezuela, Ecuador y Bolivia y homosexuales-únicamente Ecuador), que lleva a plantearse las razones que justifican la ausencia de modelos igualmente válidos de conformidad con los postulados constitucionales (como los matrimonios y las uniones del mismo sexo o las familias monoparentales, entre otros) y que desgraciadamente tienen el fantasma del patriarcado tejiendo las redes del reconocimiento y del olvido. Por ello, a fin de superar lo normado se apuesta (a modo de desiderátum) por la conveniencia de la no concreción de uno o de algunos modelos de familia en el plano constitucional, a fin de no hacer de mejor condición a unos tipos de familia sobre otros, para lo que se apuesta por la delimitación de las características definitorias de la familia, rescatando para ello los principios constitucionalmente establecidos respecto de ella, que facilitan la identificación y el reconocimiento de realidades familiares con los efectos jurídicos correspondientes que deba anudárseles.

En definitiva, estamos ante un avance histórico en la participación de las mujeres y en sus derechos reconocidos constitucionalmente. No es, desde luego, un paso definitivo; pero éste, si llegará algún día, está hoy más cerca.

BIBLIOGRAFÍA

BONILLA VÉLEZ, GLORIA, «La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos». Palobra n° 8, agosto 2007, págs. 42-59).

CHÁVEZ, GINA, «El derecho propio: ¡destapando la Caja de Pandora!», en ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO; GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN; y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional del Ecuador-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

COORDINADORA DE LA MUJER, *Paso a paso así lo hicimos. La participación política de las mujeres*. IDEA-Coordinadora de la Mujer, La Paz, 2011.

CORAL LUCERO, JAMES IVÁN, «Constitucionalismo sin consenso: una crítica a la Constitución de 1991». *Criterio Jurídico* vol. 11, n° 2, 2011, págs. 51-67.

CRASKE, NIKKI (2007), «Género, pobreza y movimientos sociales», en CHANT, SYLVIA y CRASKE, NIKKI, *Género en Latinoamérica*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores de Antropología Social, México.

DÍAZ CARRASCO, MARIANELA AGAR, «¡De empleada a ministra!: despatriarcalización en Bolivia». *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* n° 45, 2013, págs. 75-89.

FERRARA-BARDILE, VITTORIA, «Uso no-sexista del lenguaje en la Constitución bolivariana de Venezuela». *Educere-Perspectiva de Género* n° 10, 2000, págs. 89-100.

LAMUS CANAVATE, DORIS, «La transgresión de la cultura patriarcal: movilización feminista en Colombia». *La manzana de la discordia* vol. 2, fasc. 8, 2008, págs. 71-85.

MARTÍNEZ, SONIA, «Los derechos de la mujer y la Constitución de 1991», en AA. VV., *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional*. Universidad del Rosario, Bogotá, 1991.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, «El proceso constituyente: la activación de la soberanía», en ERREJÓN, ÍÑIGO y SERRANO, ALFREDO, ¡Ahora es cuándo, carajo! Del asalto a la transformación del Estado en Bolivia. El Viejo Topo, Barcelona, 2011.

MECO TÉBAR, FABIOLA, «Género y familia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», en AA.VV., *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MONTE, MARÍA EUGENIA, y GAVERNET, LETICIA, «La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las constituciones de Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia: cuerpos ceñidos a sexualidades reproductivas», en MORÁN FAÚNDES, José MANUEL; SGRÓ RUATA, MARÍA CANDELARIA; y VAGGIONE, JUAN MARCO, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Univesidad Nacional de Córdoba, 2012.

MONTECINO, SONIA (2002), «Identities de género en América Latina. El lenguaje de la diversidad», en GARRETÓN, MANUEL ANTONIO (coord.), *América Latina: un espacio cultural en el mundo globalizado. Debates y perspectivas*. Convenio Andrés Bello, Bogotá.

RAMÍREZ GALLEGOS, FRANKLIN, «Fragmentación, reflujo y desconcierto. Movimientos sociales y cambio político en el Ecuador (2000-2010)», en MODONESI, MASSIMO y REBÓN, JULIÁN (comp.), *Una década en movimiento. Luchas populares en América Latina en el amanecer del siglo XXI*. CLACSO, Buenos Aires, 2011.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer*. Informe redactado por Ignacio Bosque. Madrid, 1 de marzo 2012.

RED DE POBLACIÓN Y DESARROLLO SUSTENTABLE (REDPOB), *Los derechos sexuales y reproductivos en la nueva Constitución venezolana. Testimonios de un debate*. RedPob, Caracas, 2001.

SCHAVELZON, SALVADOR, *El nacimiento del Estado Plurinacional en Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*. CLACSO-Plural, La Paz, 2012.

SEVILLA MERINO, JULIA, *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Valencia, 2004.

UPRIMNY, RODRIGO, «Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos», en RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

URIONA CRESPO, PILAR, *Los caminos de la paridad: mujeres, participación y representación en el proceso postconstituyente*. IDEA Internacional-Coordinadora de la Mujer, La Paz, 2009.

VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 (edición venezolana de Vadell Hermanos, 2003).

VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, «Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional». *Ius* n° 25, 2010, págs. 7-29.

VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal». *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 9, 2011, págs. 1-24.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL Z., «El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización», en RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA, VOLUNTAD POLÍTICA Y ESTADO SOCIAL

EVA MARTÍNEZ SAMPERE

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla
Integrante de la Red Feminista de Derecho Constitucional

*A Julia, maestra, compañera, amiga,
con admiración y cariño*

I. INTRODUCCIÓN

El carácter mixto de la especie humana, integrada por féminas y varones pone de manifiesto como *la igualdad* de unas y otros es el universal de la igualdad, mientras que *las igualdades* por razón de etnia, religión, discapacidad, orientación sexual, etc. serían los particulares de la igualdad.¹ Por ello, si la igualdad como valor, principio, derecho y mandato a los poderes públicos es el núcleo de la articulación política y jurídica del Estado social y democrático de Derecho, la igualdad de féminas y varones es el sustrato constitutivo *sine qua non* de la democracia.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como es sabido, las mujeres no formaron parte del contrato social que dio origen al Estado Constitucional, pero sí quisieron hacerlo y reivindicaron sus derechos argumentando desde la igualdad, la libertad y el derecho a la búsqueda de la felicidad defendidos por la Ilustración.² Por eso Amelia Valcárcel considera que «el feminismo es un hijo no deseado del igualitarismo ilustrado» (2008, 21). A pesar de los brillantes razonamientos de François Poulain de la Barre, Mary Wollstonecraft, Olympe des Gouges y el marqués de Condorcet -entre otras personas-, la exclusión de las mujeres del ámbito público y la subordinación de las mismas en el privado se consideró por el pensamiento dominante conforme a la naturaleza, y, por lo mismo, inalterable -he aquí la falacia naturalista.

Este punto de partida, al conceptuar la desigualdad social entre féminas y varones como *natural*, i.e., pre-política, no como el resultado de unas relaciones de dominación, la consideró por ello también como pre-jurídica, es decir, previa y externa al mundo del Derecho, el mundo de la igualdad, y, por ende, fuera de la acción humana. Gracias al pensamiento y a la acción de las mujeres y los varones feministas, en nuestros días el modelo social dominador o patriarcado se va viendo como una construcción social *humanamente* creada y, por tanto, *humanamente* modificable.

La implantación y la evolución del Estado Constitucional, empero, quedaría marcada por las huellas de esta ausencia de las mujeres en su diseño, hasta el punto de que, todavía en las últimas décadas, con la normativa internacional, la europea, y con Constituciones que establecen la igual dignidad de cada persona y su igualdad en derechos y deberes para ejercerlos de manera individualmente diferenciada, la creación de las condiciones para que la igualdad de las féminas y los varones que integran la especie humana sea real y efectiva, se sigue considerando por ciertos sectores como

¹ Sobre la igualdad y las igualdades, vid. María Lúcia do Amaral, (2006): «O principio da igualdade na Constituição portuguesa», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 645-664), coordinado por Javier Pérez Royo, Manuel Carrasco Durán, Joaquín Urías Martínez y Manuel José Terol Becerra, vol. 1, Pamplona, Aranzadi.

² Acerca de la Ilustración, el feminismo y el Estado Constitucional, vid. Eva Martínez Sampere, «Sufragio y Representación. Las huellas de una ausencia: del siglo XVIII al siglo XXI», en *Actas del Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Las huellas de la Constitución de Cádiz*, (pendiente de aparición como Actas del Congreso, editadas por Tirant lo Blanch).

algo «accesorio», «prescindible» si la situación se complica, como se está viendo en estos años de crisis sistémica -no sólo económica-.

Estamos más bien ante un cambio de época, no ante una época de cambios (VAL-CÁRCEL, 2008, 9). La profundidad de las transformaciones sociales en los dos siglos de existencia del Estado Constitucional, y, especialmente, después de la Segunda Guerra Mundial, ha llevado en las tres últimas décadas a que sectores reticentes ante la disminución de la desigualdad social y/o recelosos ante la magnitud de los cambios sociales propiciados por el feminismo, quisieran frenarlos sin argumentar de modo abierto contra la democracia. De ahí, el rescate de pensadores nacidos en el imperio austrohúngaro, como Ludwig von Mises y Friedrich von Hayek -entre otros- (JUDT, 2009, 86), que desde la *Escuela de Chicago* defendían un *Estado mínimo* frente a la acción de los poderes públicos para disminuir la desigualdad social -la constitutiva es la de féminas y varones- y desarrollar los servicios comunitarios. La reacción -en realidad antidemocrática- del pensamiento neoliberal y neoconservador, impulsada por sus *think tanks* y por ciertos medios de comunicación muy poderosos, ha llegado a contaminar a los poderes públicos y a parte de la ciudadanía ... hasta que la crisis sistémica ha desvelado la argucia para quienes no supieron o no pudieron apreciarla antes.

El neoliberalismo se alía con el neoconservadurismo porque para la conservación del modelo social dominador o patriarcado -la desigualdad social de féminas y varones y la preparación de estos para la guerra o para una jornada de trabajo excesiva, que los convierte en seres unidimensionales- y para que la reducción o desaparición de las políticas de igualdad pudiera mantenerse a largo plazo, las mujeres tendrían que volver a dedicarse al cuidado de la familia y a las tareas domésticas en exclusiva o durante la mayor parte de su tiempo, i.e., serían el *Estado de Bienestar* del resto de la población. Los pretendidos argumentos morales de la desintegración familiar y del supuesto peligro de caos social sólo encubren la ideología de quienes defienden que el Estado social y democrático de Derecho deje de serlo y se limite a ser de nuevo un Estado liberal, fase del Estado Constitucional ya superada por el pensamiento y la acción humanas.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de Naciones Unidas rechaza la legitimidad de la guerra -aceptándola sólo como último recurso de defensa; de ahí que los antiguos Ministerios de la Guerra se llamen ahora de Defensa-. Por eso es posible dejar de considerar la guerra como modo de vida habitual -el sustrato del nacimiento del patriarcado-. Y por ello, ahora, cuando la idea de Estado democrático exige el concepto de democracia paritaria como la forma legítima de su configuración política y jurídica,³ no sólo es pensable intelectualmente sino factible socialmente la transformación del modelo social dominador o patriarcado en un modelo social solidario o de cooperación (EISLER, 2003) capaz de aportar una digna calidad de vida a toda la población, respeto y bienestar para los animales no humanos y sostenibilidad para el planeta. Se desarrollarían así los valores, principios, derechos y objetivos insertos en la normativa internacional, la europea y las Constituciones democráticas.⁴

Sin embargo, este grado de evolución social, que considera la ciudadanía democrática unida a la calidad de vida, lo que se ha dado en llamar Estado de Bienestar europeo, se está viendo amenazado por la crisis sistémica, provocada por la ausencia

³ Sobre la democracia paritaria, vid. Eva Martínez Sampere (2000), «La legitimidad de la democracia paritaria», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 107, págs. 133-149; Julia Sevilla Merino (2004), *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona.

⁴ Sobre los contenidos para incorporar la perspectiva de género, vid. Teresa Freixes / Julia Sevilla Merino (Coords.) (2005), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid, INAP.

de controles públicos sobre la actividad económica, la denominada desregulación financiera, lo cual ha llevado a un aumento de la desigualdad social en los últimos treinta años.⁵ En lugar de subordinar la economía a la política -diríamos hoy, a la política democrática-, como afirmara Aristóteles, estamos ante el proceso inverso.

III. HACIA UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA

Es muy importante poner de relieve que la democracia funciona, que la desigualdad social -de féminas y varones; de las personas en diversidad de circunstancias- estaba disminuyendo, con las amplias posibilidades de transformación social que ello implica. Justamente por eso, la reacción neoliberal y neoconservadora ha sido tan fuerte. Y el primer objetivo ha sido la igualdad de mujeres y hombres, las políticas públicas para hacerla real y efectiva. En muchas ocasiones, el discurso público y el de ciertos sectores sociales es neomachista (LORENTE, 2009). Sin argumentar abiertamente en contra de la igualdad de féminas y varones, sí pretender advertir de los supuestos peligros que una democracia vital (SIMÓN, 1999) en la vida privada puede acarrear. El mismo miedo a la igualdad con distintos ropajes.

Por eso es imprescindible resaltar una y otra vez cuestiones muy elementales. Siempre hay que estar demostrando lo evidente. No hay democracia sin igual dignidad humana e igualdad de derechos de todas las personas, i.e., sin el universal de la igualdad de mujeres y hombres. Ni sin la reducción de las desigualdades sociales hasta el punto de hacer posible una digna calidad de vida para toda la población. Las políticas de avance social surgidas tras la Segunda Guerra Mundial, defendidas por la sociedad y por partidos políticos de distinto color, perdieron la batalla de las ideas frente a la inanidad conceptual bien difundida del discurso neoliberal y neoconservador. Es el momento de seguir repensando la democracia para desarrollar el Estado social y democrático de Derecho, pues sin ello, no podrá sobrevivir como sistema político. La democracia es la mejor creación cultural, como ha afirmado Fernando Savater. Para mantenerse y desarrollarse, siempre ha de estar inventando posibilidades de mejorar la existencia humana, la de los animales no humanos y la sostenibilidad del planeta.

¿Cómo se puede avanzar en esa dirección? Pues precisamente en sentido contrario a las políticas que se están haciendo en la Unión Europea. De la persistencia en el error es buena prueba la aprobación por primera vez, este año 2013, de un presupuesto más reducido que el anterior. Para cumplir la normativa europea y desarrollar las Constituciones democráticas -otra cuestión es que sería muy bueno reformar algunas, entre ellas la española, para adaptarla al cambio social- hay que poner el énfasis en la potencialidad transformadora de la igualdad.

La igualdad de la Constitución española de 1978 es una *igualdad compleja*. La igualdad como núcleo de la articulación político-jurídica del Estado social y democrático de Derecho abarca la igualdad como valor (art. 1.1), que implica la igualdad política de féminas y varones, expresada en que la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1). Como principio de igualdad y no discriminación, y, por

⁵ Para una visión humanista y democrática de la economía, vid. John Kenneth Galbraith (1995), *The World Economy Since The Wars. A Personal View*, London, Mandarin; y, del mismo autor, analizando el poder de las corporaciones y el peligro que ello supone, vid. *The Economics of Innocent Fraud. Truth for Our Time* (2004), London, Penguin. En relación con el origen inmediato de la crisis y los efectos de la misma para féminas y varones, vid. Lina Gálvez Muñoz y Juan Torres López (2010), *Desiguales. Mujeres y hombres en la crisis financiera*, Barcelona, Icaria.

tanto, como derecho de cada persona a la igualdad de trato y a no ser discriminada, es condición para el ejercicio de los derechos fundamentales de manera individualmente diferenciada, pues cada individuo, ella o él, tiene una personalidad diferente. Cada persona debe desarrollarla libremente sin que el género, la construcción sociocultural patriarcal que se eleva sobre la realidad natural de los sexos, le imponga ninguna barrera sexista y la someta a obligaciones específicas por su sexo. Todo ello supone pasar de la noción de libertad como no interferencia a la de libertad como no dominación, el concepto propio de una sociedad democrática avanzada, pues implica garantizar no sólo la igualdad de oportunidades en el punto de partida sino también en los resultados de disfrute efectivo de los derechos.

Por eso, la redacción del artículo 14 de la Constitución no es del todo precisa cuando establece: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Se refiere a los españoles, pero como acabamos de ver, la dignidad de la persona y sus derechos son la base del Estado social y democrático. No puede haber ahí distinción de nacionalidad, luego toda persona, por el mero hecho de ser miembro de la especie humana tiene igual dignidad, es sujeto de los derechos humanos y no puede ser discriminada (otra cuestión es que habrá derechos que posean las personas nacionales de un país: los derechos políticos; y otros derechos en que las nacionales y las extranjeras posean la titularidad, pero puedan cambiar las modalidades de ejercicio: por ejemplo, el derecho de asociación, el derecho de reunión, etc.). Por eso mismo, hubiera sido preferible que en lugar de decir el artículo 14 «los españoles son iguales ante la ley», hubiera dicho «las personas son iguales ante la Constitución», precisamente porque la ley -como exige la normativa internacional y la europea- puede y debe dar un trato diferenciado a situaciones socialmente desiguales con el fin de conseguir la igualdad- por ejemplo, medidas de acción positiva, en realidad de equiparación, para ir acabando con la desigualdad social de las féminas-, igualdad que no es un concepto puramente formal, sino que va más allá y tiene un alcance transformador, como demuestra la redacción del artículo 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.» He aquí un mandato vinculante para todos los poderes públicos. Como es lógico, conecta la libertad y la igualdad, pues sin la segunda no puede existir la primera, la libertad sería una fórmula vacía. El programa de acción que plantea la llamada igualdad sustancial del artículo 9.2 es amplísimo porque abarca todas las facetas de la convivencia humana, con el objetivo de asegurar a todas las personas una digna calidad de vida y establecer una sociedad democrática avanzada, como propugna el Preámbulo de la Constitución.

Quiero resaltar que mientras se quiere hacer creer a la ciudadanía que no hay alternativa al retroceso en las políticas públicas de igualdad, la sociedad civil se está moviendo con extraordinaria vitalidad. Es importante tener en cuenta que tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos -países que iniciaron el retroceso neoliberal y neoconservador- la gente se organiza en cooperativas de producción tanto urbanas como rurales, crea servicios para su comunidad, acude al trueque como medio de transacción. Todo esto es un magnífico ejemplo de que quieren tener más control sobre sus vidas y de que ya no creen en la *mano invisible* del mercado para regularlo todo. Abre también perspectivas muy interesantes sobre la gestión de la propiedad: ni

todo en unas o muy pocas manos ni tampoco todo en manos del Estado. A diferencia de las políticas de austeridad europeas, el Presidente Barack Obama está impulsando políticas de crecimiento; exigió que del dinero de las personas contribuyentes que se usó para rescatar a los bancos el 90% debía ser devuelto, y así se ha hecho; y, ahora Estados Unidos está investigando si agencias norteamericanas de calificación pudieron haber incurrido en comportamientos fraudulentos. Es la política democrática la que debe marcar el rumbo de la economía, no al revés.

El intenso movimiento asociativo de la sociedad civil irá influyendo también en los actores sociales y políticos para que el discurso sobre cómo organizar la convivencia democrática cambie. Recordemos que la sociedad siempre va por delante del Derecho. Estas nuevas formas de autoorganización, cada vez en una red más amplia, exigirán nuevos pactos políticos, reformas constitucionales y nuevas normas jurídicas. Ni el capitalismo corporativo ni el socialismo de Estado se han mostrado capaces de crear una sociedad democrática avanzada. La articulación de la sociedad civil para avanzar en esta dirección produce mejores resultados sociales, económicos y ecológicos. No puede olvidarse que la actividad humana tiene que respetar la sostenibilidad del planeta si se quiere tener una digna calidad de vida, pues los recursos naturales no son ilimitados. Tampoco es admisible la esclavitud humana, la de los animales no humanos o el destrozo de la Tierra. Por todo ello, es un error conceptual, incluso como punto de partida, concebir los beneficios económicos como supuestamente ilimitados.

El impulso de la ciudadanía democrática debe conseguir convertirse en voluntad política del Estado y de la comunidad internacional de Estados. Conviene recordar cómo después de la Segunda Guerra Mundial, la izquierda quería avanzar hacia la igualdad social, desde luego, pero también la derecha -democrisiana, conservadora, liberal- quería llevar a cabo políticas sociales, en su mejor tradición. Teniendo en cuenta la perspectiva de género y con los nuevos contenidos que demandan las nuevas circunstancias sociales, debería recrearse en nuestros días ese acuerdo sobre un mínimo vital para cada persona, el respeto y el bienestar de los animales no humanos y la sostenibilidad del planeta. En este sentido, los debates de la ciudadanía islandesa sobre una nueva Constitución muestran la importancia que se quiere otorgar al respeto y la preservación de la naturaleza. Como es sabido, la violencia de género en Islandia es cero.

Para revertir el proceso perverso que está creando mayor desigualdad social y esquilmando la vida en la Tierra, me gustaría hacer algunas sugerencias -que alguien podría tachar de utópicas, pero no de quiméricas-: la implantación de la renta básica de ciudadanía; la reducción legal de la jornada laboral -como ya preconizaba Keynes hace casi un siglo-: más mujeres y hombres trabajando durante menor cantidad de horas, con más tiempo para cultivar el espíritu, la mente y el cuerpo, y para combinar la vida personal, familiar y profesional, corresponsabilizándose de los cuidados familiares y las tareas domésticas; aumento de las vacaciones pagadas, a partir de los cuarenta y cinco años, de esa manera disminuiría drásticamente el paro juvenil; progresividad real en los impuestos -como se hace en los países escandinavos-, ya decía *El Federalista* a finales del siglo XVIII que el dinero es vital para el Estado; y lucha efectiva contra el fraude fiscal. A escala internacional: regulación financiera; abolición de los paraísos fiscales; protección y estímulo de la producción local para mejorar la calidad de vida de la población, y evitar la competencia desleal de los productos elaborados en condiciones de trabajo esclavo, en los países que no respetan los derechos humanos. ¿Difícil? Claro, pero no imposible. Más difícil parecía crear la voluntad política para

abolir la esclavitud, crear la educación universal, gratuita y obligatoria, un sistema nacional de seguridad social, las vacaciones pagadas, etc. Y se hizo. Por tanto, hay que ser inasequibles al desaliento.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Avanzar en esa dirección es lo que permitirá no sólo crear las condiciones de vida digna para toda la población, los animales no humanos y la sostenibilidad del planeta, sino mantener la paz social y profundizar en la democracia. Sin la igualdad real y efectiva de féminas y varones, esto no es posible. Pues tanto hace cinco mil años como en nuestros días, la desigualdad social sólo puede estar encaminada hacia la guerra, la explotación humana, la de los animales no humanos y la depredación del planeta. El Estado Constitucional es una invención muy reciente, su transformación en Estado social y democrático y la exigencia de la democracia paritaria, aún más. Los comienzos de una andadura siempre son difíciles, pero hay que saber elegir el rumbo. Es imprescindible corregir los retrocesos producidos, mantener y aumentar las políticas de igualdad para que cada persona esté en condiciones de ejercer su libertad individual de modo diferenciado, dentro del respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico del Estado, sin que la construcción sociocultural patriarcal del género le suponga una carga.

La cuestión es, una vez más, democracia o barbarie.

BIBLIOGRAFÍA

-DO AMARAL, Maria Lúcia (2006): «O princípio da igualdade na Constituição portuguesa», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 645-664), coordinado por Javier Pérez Royo, Manuel Carrasco Durán, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra, vol. 1, Pamplona, Aranzadi.

-EISLER, Riane (2003): *El cáliz y la espada. Nuestra historia, Nuestro futuro*, Santiago de Chile, Editorial Cuatro Vientos.

-FREIXES, Teresa / SEVILLA MERINO, Julia (Coords.) (2005): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid, INAP.

-GALBRAITH, John Kenneth (2004): *The Economics of Innocent Fraud. Truth for Our Time*, London, Penguin.

--- (1995), *The World Economy Since The Wars. A personal View*, London, Mandarin.

-GÁLVEZ MUÑOZ, Lina / TORRES LÓPEZ, Juan (2010): *Desiguales. Mujeres y hombres en la crisis financiera*, Barcelona, Icaria.

-JUDT, Tony (2010): «What Is Living and What Is Dead in Social Democracy?», en *The New York Review of Books*, December 17 - January 13, Volume LVI, Number 20, págs. 86-96.

-LORENTE ACOSTA, Miguel (2009): *Los nuevos hombres nuevos. Los miedos de siempre en tiempos de igualdad*, Barcelona, Destino.

-MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2012): «Sufragio y representación. Las huellas de una ausencia: del siglo XVIII al siglo XXI», Ponencia presentada en el *Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales sobre «Las huellas de la Constitución de Cádiz»*. Pendiente de aparición como Actas del Congreso en la editorial Tirant lo Blanch.

--- (2000) «La legitimidad de la democracia paritaria», en *Revista de Estudios Políticos*, nº. 107, págs. 133-149.

-SEVILLA MERINO, Julia (2004): *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona.

-SIMÓN RODRÍGUEZ, Elena (1999): *Democracia vital. Mujeres y hombres hacia la plena ciudadanía*, Madrid, Narcea.

-VALCÁRCEL, Amelia (2008): *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra.

DERECHO FUNDAMENTAL, GARANTIA INSTITUCIONAL E IGUALDAD

NOTAS CRÍTICAS A LA STC 198/2012 SOBRE LA REFORMA DEL MATRIMONIO CIVIL

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático de Derecho Constitucional. UCH-CEU

Deforman las normas con veredictos torcidos

Hesíodo

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. EL DISCURSO DE UNA SENTENCIA

ACERCA DEL CONCEPTO DE GARANTÍA INSTITUCIONAL

GARANTÍA INSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL: EL ART. 32 CE

**IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: EL INDEFENDIBLE RECHAZO DE LA
«DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN»**

CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN. EL DISCURSO DE UNA SENTENCIA

La STC 198/012 esta destinada a ser polémica, no sólo por la naturaleza de la cuestión que es su objeto, sino también por el discurso la mayoría del Tribunal emplea para fundamentar su decisión. A las decisiones del Tribunal Constitucional, como sucede por lo demás con las propias de los tribunales ordinarios, les es exigible autoridad, y parece claro que esta procede primariamente de la solidez y coherencia del discurso que justifica la decisión, ya que estas producen la capacidad de convicción que otorga *auctoritas* a la decisión misma. Por eso no es una buena noticia para cualquier sentencia que la misma venga acompañada de votos particulares, ya que estos acreditan que la mayoría no ha logrado convencer a la, o a las, minorías, y si ello es así cabe presumir que su capacidad de convicción va a ser más reducida de lo que fuere deseable. Tal fenómeno es particularmente importante en lo que toca decisiones constitucionales, y ello por dos razones: de un lado porque la razón de ser tanto de la Constitución misma como de la justicia constitucional es la protección de la ley fundamental y sus normas frente a la mayoría, toda vez que en un Estado Constitucional Democrático es de esperar que el legislador que produce la norma cuestionada sea el representante de la mayoría, la justicia constitucional es intrínsecamente contramayoritaria, y si de corregir a la mayoría se trata resulta obvio que la cuestión de la *auctoritas* de la decisión se convierte en crucial; del otro porque la experiencia de los sistemas efectivos de justicia constitucional de larga vida muestra con claridad que la opinión disidente vertida en votos particulares tiene una nada desdeñable capacidad para anunciar las mayorías futuras. Por eso no es una buena noticia que la decisión venga acompañada de cuatro votos particulares, que aquí no se van a considerar.¹

El discurso vertebrador de la decisión acerca del llamado «matrimonio homosexual» ofrece *prima facie* una llamativa peculiaridad. Tratándose de un litigio constitucional que gira en torno a dos categorías como «garantía institucional» y «derecho subjetivo constitucional», no son los debates sobre las mismas y su aplicación al caso las que operan en primer plano. Antes bien, lo que viene a suceder es que ese primer plano viene a estar ocupado por una cuestión lógicamente secundaria dada la naturaleza del diferendo: la conformidad o no de la reforma del Código Civil con el principio de igualdad del art.14 CE. Aparentemente esa prioridad de una cuestión accesoria sobre la que aparece lógicamente como principal no se caracteriza por su congruencia, y, sin embargo, no es así. La prioridad otorgada al juicio de igualdad en la sentencia que se comenta puede no ser lógica desde el punto de vista de la arquitectura de la argumentación, toda vez que, siendo como el de igualdad un juicio relacional el mismo tiene sentido cuando y en la medida en que la regulación establecida por el Parlamento es en sí misma válida en principio, pues si no lo fuere el juicio relacional propio de la igualdad carecería de objeto, pero esa arquitectura debe ceder ante un motivo muy poderoso: para poder argumentar, como se hace en el nuclear FJ 9, que la reforma

¹ No obstante me parece reseñable que el más técnico de los votos particulares, el que porta la opinión concurrente del magistrado Aragón, sea precisamente una de las opiniones disidentes más demoleedoras que se han expresado en los últimos años. *Suaviter in modo, fortiter in re.*

obedece al mandato de igualdad real y efectiva del art. 9.2. CE resulta indispensable despejar las dudas sobre la compatibilidad entre el texto de la reforma y el principio de igualdad, pues si el texto de esta no es conforme a dicho principio de igualdad mal puede sostenerse que el legislador cumple con el deber de promoción de esta que el art.9.2. CE impone. Por ende si el juicio de igualdad fuere negativo no habría lugar a debate alguno sobre el derecho subjetivo o la garantía institucional, pues el tema estaría previamente decidido, en consecuencia la mera economía procesal recomienda comenzar el examen de fondo por el cuestionamiento de la reforma ex art.14 CE que hacen los recurrentes. Finalmente, habida cuenta que la reforma legal se ha presentado como «progresista» precisamente porque amplía la igualdad efectiva, desde el punto de vista de la cultura política interesa sentar de entrada la afirmación de la compatibilidad de aquella con el principio de igualdad. Frente a los recurrentes, que invocan lesión del principio de igualdad por dar el mismo trato legal a dos realidades de hecho distintas señala el Tribunal:

La pretensión debe ser rechazada en aplicación de la doctrina que, desde los años ochenta hasta la fecha, sostiene este Tribunal sobre la «discriminación por indiferenciación». Según nuestra jurisprudencia la «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de protección del art.14 CE, porque lo que este impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC86/85 FJ3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art.14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas STC 117/06 FJ 2) FJ 3.

Naturalmente si el Tribunal estima que el art.14 CE no protege frente a las decisiones del legislador cuando estas dan el mismo trato a situaciones fácticas distintas resulta obvio que la reforma no se puede discutir desde esa perspectiva:

...y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/92 denominábamos «desigualdad por exceso de igualdad»(FJ 9), no resulta posible censurar la ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad- las parejas del mismo sexo- que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales. FJ 3. In fine.

En consecuencia, aun cuando se afirme expresamente que la reforma aplica el régimen matrimonial a una realidad de hecho distinta (con «características específicas»), aquella no es cuestionable desde la perspectiva del principio de igualdad.² Siendo así las cosas resulta obvio que dicha compatibilidad excluye por su misma la posibilidad de que la regulación legislativa sea arbitraria (FJ 4).

Adicionalmente el Tribunal rechaza los argumentos que se basan en la relación necesaria y directa entre matrimonio y familia, siguiendo una ya vieja línea jurisprudencial que sostiene la tesis de la protección constitucional diferenciada de la familia y el matrimonio, que se funda tanto en la realidad de las cosas como en argumentos de orden textual (FJ 4). Despejado de este modo el terreno el Tribunal entre de lleno en el meollo de la cuestión: si la reforma supone vulneración del art.32 CE. La piedra angular de la argumentación radica en la consideración del citado precepto como una norma constitucional que establece simultáneamente una garantía institucional y un derecho subjetivo constitucional, tesis previamente sostenida y poco menos que pacífica en la doctrina:

² Y puede por ello ser «progresista».

Nuestra jurisprudencia ha interpretado el art.32 CE en el sentido de otorgarle un doble contenido, de modo que el matrimonio, en la Constitución española, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional. (FJ 6)

En cuanto a lo primero el Tribunal sigue el criterio sentado en la seminal STC 32/81: la garantía institucional protege la imagen que de una determinada institución existe en la conciencia social, la tesis de la «*imago maestra*» (FJ 7) de muy mayoritaria aceptación. En este sentido el Tribunal subraya, con razón, las diferencia entre ambas categorías:

Ha de tenerse en cuenta que ambas categorías no son idénticas, puesto que la primera exige una protección objetiva por parte del Tribunal que debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución, exigiendo el segundo una protección objetiva, de manera que el Tribunal garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador (FJ 7)

Los recurrentes argumentan sustancialmente que tanto una interpretación literal del precepto, como una sistemática, como la histórica abonan la tesis de que el enunciado del art.32 CE no comprende la unión homosexual, tesis que, a mayor abundamiento, ha sostenido en el pasado el propio Tribunal, como la sentencia reconoce. Así el texto de esta acepta que lo que impropiaemente denomina «interpretación originalista»,³ esto es que la unión homosexual no tiene cabida en el art.32 CE, es compartida por una parte de la doctrina y por el propio dictamen del Consejo general del Poder Judicial (FJ 8) y que tiene el apoyo del ATC 222/94 y de la STC 184/90, hasta el punto que llega a señalar:

Por lo demás, desde una estricta interpretación literal, el art.32. CE solo identifica a los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quien debe contraerse aunque, hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales. (FJ 8.)

Pese a ello el Tribunal opta por lo que viene a denominar «interpretación evolutiva»

Pues bien, la cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante..., las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos...el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes.. (FJ 9.)

Con independencia de que la interpretación literal, la sistemática y la originalista son cosas distintas, el Tribunal entiende que dotar de contenido a los conceptos jurídicos que la Constitución emplea («matrimonio» en el caso) requiere del uso de técnicas cuanto menos adicionales, si no distintas. Y aun entendiendo que « no existe posición unánime «en la doctrina (FJ 9) cita supuestos de derecho comparado que en unos

³ El originalismo es una tendencia doctrinal norteamericana que sostiene que los preceptos de la Constitución federal y de sus sucesivas enmiendas deben ser entendidas en el sentido que tenían aquellos en el momento de su adopción. Esto es debe entenderse el bill de derechos en el sentido que tenía en 1791, y no el que pueda tener hoy.

casos han extendido el régimen matrimonial a la unión homosexual (algunos europeos y la mayoría americanos) o han dotado a esta última de un régimen cuasi-matrimonial aunque con *nomen iuris* distinto, a ellos agrega la decisión del TEDH en el asunto Schalk y Kopf contra Austria y finaliza con una nutrida cita de sondeos del eurobarómetro y del CIS que registran apoyo a tal tesis, para concluir que tras la reforma

La institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. (FJ 9)⁴

En este punto la decisión adolece de algunas inconsistencias entre el planteamiento general del que parte y los soportes fácticos a los que recurre, cosa que más adelante se tratará. Sentado que la reforma respeta la «*imago maestra*» se sigue que la misma es compatible con la garantía institucional del art.32 CE. Sentado lo cual no resulta especialmente complejo concordar en que, asimilando garantía institucional y dimensión objetiva del derecho a contraer matrimonio la reforma no impide ni dificulta el acceso a la institución de los titulares del derecho. Para concluir con las reflexiones sobre la adopción que aquí no se trataran.

Tres comentarios requiere el razonamiento del Tribunal: en primer lugar llama la atención que, tras despejar las alegaciones que podemos considerar como anclares, de prioridad al argumento de la igualdad sobre las cuestiones de fondo de la garantía institucional y el derecho fundamental, que los recurrentes pretenden vulnerados. Ciertamente tal proceder parece colocar el carro antes que los bueyes, pero no es así: si la «discriminación por diferenciación» se admite el caso está cerrado: desde el momento que el legislador da el mismo trato legal a dos realidades de hecho al menos parcialmente distintas la intervención legislativa deviene incompatible con el art.14 CE. En segundo lugar está muy puesto en razón que el Tribunal de prioridad al tratamiento de la garantía institucional sobre el derecho subjetivo constitucional, toda vez que este último no es sino la vía de acceso a la institución misma. En tercer lugar merece señalarse que en el discurso late una concepción reduccionista del derecho subjetivo constitucional, toda vez que este no se agota en la protección de una esfera de acción (que no resulta ni «impedida» ni «dificultada») sin que incluye cuanto menos un deber de protección pública, cuya omisión o menoscabo es susceptible de producir inconstitucionalidad por omisión. Si hay algún punto en el que la Sentencia retrocede a concepciones paleoliberales de los derechos como institutos de protección de la «libertad negativa» al servicio de lo que el *dissent* del magistrado Ollero llama un «individualismo radical», este no es mal candidato.

⁴ Obsérvese que el concepto de matrimonio que se adopta está ligado directamente al de familia («vida familiar»), en contra de lo argumentado en el FJ 4. Es el precio a pagar por no incluir el sexo en la definición de la institución.

II. ACERCA DEL CONCEPTO DE GARANTÍA INSTITUCIONAL

No es casual que el tribunal centre la motivación de su decisión desestimatoria en el concepto de garantía institucional. La calificación como tal de la protección que la Constitución da al matrimonio en el art.32 CE es poco menos que unánime. La categoría fue acuñada en su día por C.Schmitt y lo fue con la expresa finalidad de establecer un límite a capacidad de configuración del legislador, de fijar un límite al poder de la mayoría:

Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones .La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en via legislativa ordinaria.⁵

La garantía institucional se diferencia del derecho fundamental, en la opinión de Schmitt, en que mientras este último tiene su fundamento en el Derecho Natural y como tal derecho subjetivo constitucional es anterior al Estado y vincula a éste, la garantía institucional lo es de una institución jurídica y existe por ello sólo en el seno del Estado:

La garantía institucional es, por su esencia , limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada al servicio de ciertas tareas y ciertos fines.

Como la institución jurídica es creada por el ordenamiento y definida como tal por los juristas, sean estos académicos o no, el alcance de la protección de la institución frente a la mayoría, tanto parlamentaria como social, depende de la configuración que la doctrina venga a hacer en cada momento de una institución determinada. Conviene insistir en que la garantía institucional es un instituto esencialmente contramayoritario toda vez que su razón de ser es proteger a una determinada institución jurídica frente al legislador, limitando la capacidad de configuración de este. Supone una protección frente a lo que gráficamente C.Schmitt describe como «un abuso de la competencia legislativa»⁶ La garantía institucional protege no solo la institución como tal, haciendo ilegítima su supresión, sino también el atentado o menoscabo de su contenido esencial:

La institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o atente contra su esencia, son inconstitucionales.⁷

La propia jurisprudencia del Tribunal, a partir de la seminal STC 32/1981, ha venido a señalar, en línea con lo expuesto, que el objeto propio de la garantía institucional radica en la «preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Por eso esta muy puesto en su lugar que el Tribunal invoque al respecto a la doctrina, a los dictámenes y opiniones de los órganos consultivos que deben pronunciarse, en su caso, sobre cada concreta modificación legislativa, los tratados internacionales y la jurisprudencia que de ellos deriva y el derecho comparado en lo que se refiere al propio de países de cultura jurídica similar, como ya se señaló.

⁵ C. Schmitt. *Teoría de la Constitución*. AE .Madrid . 1982. p.175

⁶ C. Schmitt, *Teoría...* op. cit. P.183.

⁷ C. Schmitt. *Teoría...* op.cit. p. 176

La determinación que en cada caso se haga de la *imago maestra* de una institución jurídica constitucionalmente protegida no se refiere tanto a la que en cada momento pueda considerar la opinión pública, cuanto al perfil que la misma tenga en la «opinión pública de los juristas», precisamente porque de institución jurídica se trata. En este sentido la proximidad entre garantía institucional y contenido esencial de los derechos resulta obvia. Esto es así en tanto en cuanto nos referimos a una institución jurídica de contenido legalmente determinado. En el caso el matrimonio civil.

Porque conviene tener en cuenta que el litigio del cual trae causa la decisión que se comenta no tiene por objeto el matrimonio en general, sino una de las posibles regulaciones del mismo. La *imago maestra* no es la del matrimonio en general, sino de la de una de sus modalidades, específicamente aquella que tiene su regulación legislativa en el Código Civil, que es la que se ataca.⁸

Como ya hemos visto el Tribunal considera (en especial FJ 9 antecitado) que la *imago maestra* no se ve alterada, conclusión que no deja de ser sorprendente toda vez que se halla en manifiesta contradicción con los requisitos previamente señalados. Así no cabe alegar la doctrina, toda vez que como la propia sentencia señala la misma esta cuanto menos dividida (y no sería seria exageración considerar mayoritarias las posiciones contrarias), tampoco cabe alegar los dictámenes de los cuerpos consultivos, casi unánimemente hostiles como la sentencia acaba por recoger, ni es pertinente la alegación de derecho comparado, toda vez que en las referencias a la misma que pueden estimarse pertinentes, las de los países europeos, se citan indiscriminadamente supuestos de matrimonio homosexual (cuatro casos) y supuestos en los que la unión homosexual tiene un trato legal distinto, e incluso un *nomen iuris*, diferenciado (10 casos), ni cabe alegar los tratados internacionales en la materia porque o bien sólo contemplan el matrimonio entre personas de ambos sexos (como sucede en los propios del sistema de Naciones Unidas) o bien se están interpretando como no prejuzgando la cuestión (como la Carta de Derechos de la UE) e incluso la decisión del TEDH que en la sentencia se cita, que concluye que el matrimonio homosexual no se sigue del CEDH y contemplarlo o no entra dentro del margen de apreciación de los estados. En rigor ni siquiera es pertinente el recurso al «sociologismo jurídico» que critica el voto particular del profesor Aragón, ya que lo que acreditan los sondeos que se citan es precisamente la división de la opinión pública en lo que a la cuestión se refiere. El razonar, como hace el Tribunal, que la garantía institucional protege en función de la opinión mayoritaria en la opinión pública, que es la tesis a la que sirve el recurso a los sondeos de opinión, supone la destrucción de la garantía institucional en sí misma considerada, pues si esta protege siempre lo que la mayoría estima ¿cómo va a limitar la capacidad de acción de esa misma mayoría cuando esta reviste el manto del legislador? Si la garantía institucional protege frente al «abuso del legislador», por definición mayoritario

⁸ La cuestión no es baladí: si el objeto de litigio fuere el régimen matrimonial en todas sus modalidades sería pertinente la objeción que hace de la definición del mismo que opera la sentencia uno de los votos particulares, a saber que se hace la heroicidad de acuñar un definición de la institución rigurosamente asexual. Lo que ocurre es que no es así. Los recurrentes no impugnan las diversas clases de matrimonio religioso reconocidas por el Estado (su así fuere no cabe duda de que la regulación legislativa que se valora no es compatible ni con la *sharia*, ni con la *halaka*, ni con el matrimonio-sacramento, ni con el Derecho Canónico), lo que se impugna es la configuración que hace de un tipo de matrimonio, el civil, del que ni antes ni ahora forman parte de los derechos y deberes de los cónyuges el mantener trato sexual o gozar de la capacidad de tener descendencia (vide arts. 60 y ss. CC). Otra cosa es que la regulación operada por el Código Civil, que esta orientada a procurar la certeza de *status*, el régimen patrimonial y la pertenencia política, quede privada de buena parte de su sentido si se prescinde de lo anterior. A mi juicio el presente es un buen ejemplo de cómo los conceptos propios de la cultura católica gozan de tal peso en nuestra sociedad que se recurre espontáneamente a los mismos, aun cuando se trate de instituciones diferentes.

¿cómo podemos hacer efectiva esa protección si el contenido garantizado es el querido por la misma opinión pública de la cual surge la mayoría parlamentaria legisladora?

Es más, si se considera que la garantía institucional del art. 32. CE protege toda clase de matrimonio ex art. 32.1. CE, de tal manera que la referencia a «las formas» del art. 32.2. se refiere no al contenido de la institución, sino a los modos de ordenar la celebración del mismo y sus efectos jurídicos, cuestión aquí cuidadosamente omitida, como puedan compartir una misma *imago maestra* supuestos en los que la unión homosexual puede recibir régimen matrimonial, junto con otros (los religiosos principales por tamaño) en los que la misma queda excluida de dicho régimen no va resultar fácil de explicar ciertamente. En otras palabras: si la posición de la mayoría que acuerda la sentencia es correcta es preciso concluir que en nuestro sistema legal no hay una clase de matrimonio con efectos civiles, hay al menos dos: la modalidad estrictamente civil que admite como matrimonio (civil) la unión legítima entre dos personas del mismo sexo y a modalidad de matrimonio (con efectos civiles idénticos) que, por celebrarse en forma religiosa en el caso de las confesiones conveniadas, excluye la unión homosexual de su ámbito de aplicación. No hay un matrimonio, hay al menos dos, diferentes entre sí por un rasgo o elemento constitutivo. No parece que la compatibilidad de un resultado así con un enunciado constitucional que claramente contiene una concepción unitaria de la institución matrimonial⁹ sea precisamente evidente.

III. GARANTÍA INSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL: EL ART. 32 CE

El Tribunal sostiene que el art. 32.1. CE contiene no sólo una garantía institucional, sino también un derecho subjetivo constitucional. La tesis de la vinculación posible entre garantía y derecho constitucional aparece ya en la obra de Schmitt.¹⁰ La tesis schmittiana, si bien algo radicalizada en el sentido de reforzar la integración garantía/derecho es común en la doctrina.¹¹ En este punto la sentencia mantiene una posición que no sólo es acorde con la corriente principal de la doctrina sino que es la que mejor se ajusta al propio enunciado del art. 32 CE. En este punto parece que la literalidad y el originalismo repudiados anteriormente se integran ahora en el discurso del Tribunal. Para ser exactos en el caso que tratamos la institución es el objeto del derecho, de tal modo que este es el medio que tienen los ciudadanos de acceder a aquella.¹² Es más, la prioridad lógica otorgada en el discurso de la sentencia a la garantía institucional y el desplazamiento del derecho subjetivo constitucional a una posición secundaria, son plenamente coherentes y engranan bien entre sí.

⁹ Las «formas», plural, lo son del matrimonio (singular) (apartado segundo), en tanto que el apartado primero al configurar el derecho subjetivo constitucional lo refiere al «matrimonio», igualmente singular. Si no me equivoco un buen ejemplo del desprecio de la «interpretación literal» cuando su resultado no abona la tesis que se quiere sostener. Con olvido de algo fundamental: si la norma jurídica se nos comunica mediante palabras y, por ello, se constituye en el mediador necesario entre la norma y los operadores jurídicos, la interpretación literal podrá no ser suficiente, pero necesaria ciertamente lo es. Lo que no es compatible con el resultado de la interpretación literal no es compatible con la norma que el enunciado contiene.

¹⁰ Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos. C. Schmitt. *Teoría.. op. cit.* p.177

¹¹ Ad exem. vide Baño Leon, J. M. *La distinción entre derechos fundamental y garantía institucional en la Constitución Española*. REDC. nº24. Madrid. 1988 pp. 155 y ss.

DF como supraconcepto que incluye garantía institucional y d. subjetivo. pp.171/2 en Bastida Feijoo et alii. *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española*. Tecnos. Madrid. 2004. pp. 106 y ss.

El art. 32 CE contiene una garantía institucional que sirve a un derecho fundamental pp. 105 y ss.

¹² A mi juicio resulta obvia en este punto la influencia de la doctrina canónica, según la cual son los contrayentes los ministros del matrimonio, de tal modo que oficial público (en el religioso el ministro de la religión) tiene un rol secundario: el de testigo cualificado a efectos de acreditación.

Obviamente si el contenido específico del derecho constitucional a contraer matrimonio es procurar el acceso a la institución constitucionalmente garantizada y, previamente hemos descartado la «discriminación por indiferenciación», como no se establecen reglas distintas para ordenar aquel acceso, sino que son unas y las mismas para todo supuesto, es preciso admitir que asiste la razón al Tribunal cuando señala que el régimen establecido por el Legislador es congruente con la Constitución y, por ello, no vulnera el derecho constitucional a contraer matrimonio.

Ahora bien, el Tribunal se limita a establecer que la regulación legislativa impugnada ni «dificulta», ni «impide» el acceso de los individuos a la institución, a la que define como el «contenido objetivo» del derecho. *Prima facie* el razonamiento parece impecable y reclama por ello su aceptación. Y sería así si garantía institucional y contenido esencial del derecho fueren idénticos, cosa que sabiamente el Tribunal no afirma, ya que éste señala que ambos conceptos son dogmáticamente distintos no obstante lo cual

La imagen del matrimonio como institución, esto es la garantía institucional del matrimonio, coincide sustancialmente con la dimensión objetiva del derecho constitucional al matrimonio (FJ 11)

Lo que sucede es que ambas «se solapan». No es mal ejemplo de un trabalenguas: si se trata de conceptos distintos (aunque solo sea «dogmáticamente») será porque su contenido es distinto, al menos parcialmente, de lo contrario lo que tenemos es un solo concepto con denominaciones distintas. Si el derecho subjetivo constitucional se entiende como la vertiente subjetiva de la institución constitucionalmente garantizada, que me parece es lo que el Tribunal quiere decir, y los titulares del derecho son, literalmente, «el hombre y la mujer» de tal modo que dicho derecho da acceso a la institución «con plena igualdad jurídica», e interpretamos dicho enunciado según impone el art. 10.2. CE, desde el art. 16 DUDH y del art. 23.2 PIDCP es difícil de evitar la conclusión obvia, que las referencias de los citados textos a la nubilidad o la edad necesaria para contraer matrimonio obligan a considerar: que los titulares del derecho son el hombre y la mujer y que el derecho mismo lo es a contraerlo entre ellos. Como el Tribunal no puede desdecirse tiene que salir por algún sitio del lazo que a sí mismo se ha tendido.

El expediente usado por el Tribunal pasa por la articulación de dos afirmaciones distintas: la primera que la regulación impugnada no supone otra cosa que una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho; la segunda que dicha regulación no impide ni dificulta a las parejas heterosexuales el acceso a la institución. A tal efecto lo que hace es examinar únicamente si se incumple el deber negativo de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho, concluyendo que la misma no se ve ni limitada ni impedida:

Lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio, sin afectar su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil... (FJ 11)

Intervención legislativa que, a mayor abundamiento, se hace en cumplimiento del deber de promoción de la igualdad y la interdicción de la discriminación que imponen los arts. 9.2. y 14 CE.

Porque razón el Tribunal opera así tras haber escrito que se trata de saber

Si la citada modificación supone un ataque al contenido esencial del derecho fundamental (FJ 11)

La razón es sencilla: si opera en coherencia con esta última afirmación tiene que entrar a considerar si el resultado de la intervención legislativa puede superar el criterio de la reconocibilidad de la institución jurídica, como ese criterio remite al criterio de los juristas profesionales, a «la opinión pública de los juristas» de acuerdo con la técnica de la naturaleza jurídica, y, claro es que una modificación que suprime la exigencia de heterosexualidad e implica la desaparición de la apertura a la descendencia de aquella difícilmente puede satisfacer ese test. De otro lado no es precisamente claro que la intervención legislativa pueda satisfacer el test de la efectiva y adecuada protección de los bienes jurídicos a cuya protección esta preordenado el derecho mismo. Vistas así las cosas la identificación entre garantía institucional y contenido esencial del derecho, la reducción del derecho a una «libertad negativa» y la consideración de la intervención como mera modificación de las «condiciones de ejercicio» resulta funcional.

Lo malo es que el Tribunal no puede evitar la invocación de la interdicción de la discriminación, como se vió, sin apercebirse a lo que se ve, que la misma es incongruente con la tesis de la no afectación del derecho. Con independencia de la impropiedad de las referencias jurisprudenciales alegadas por el Tribunal en este punto¹³ el hecho es que alegar que el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio por la parejas del mismo es exigencia del art. 14 CE y cumplimiento del deber de promoción del art. 9.2. CE tiene sentido si, y sólo si, aquellas son *ab initio* titulares directos del derecho subjetivo constitucional del art. 32.1. CE, y si esto es así las barrocas consideraciones del FJ 9 según las cuales el legislador «podría haberse inclinado por otras opciones» carecen de sentido: si el legislador puede optar por otras opciones la escogida no puede ser exigencia del art. 14 CE en relación con el art. 9.2, si la rigurosa igualdad de trato entre unión homosexual y unión heterosexual es constitucionalmente exigible el legislador no puede optar legítimamente por otras fórmulas. La contradicción es flagrante y no deja de señalarlo algún voto particular. Y nos remite al rechazo de la discriminación por indiferenciación

IV. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: EL INDEFENDIBLE RECHAZO DE LA «DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN»

Como se acaba de señalar cuando el Tribunal sostiene en el FJ 11 que el establecimiento de las parejas homosexuales como titulares del derecho al matrimonio del art. 32.1 CE que efectúa el legislador es no ya conforme al principio de igualdad y no discriminación, sino una exigencia de dicho principio sitúa el problema de la legitimidad constitucional de la reforma en el terreno que le es propio y primario: el de la igualdad. Por eso se señaló al inicio de este escrito que no es irracional que la cuestión de la compatibilidad de la intervención del legislador con el principio de igualdad del art. 14 CE se situara al comienzo del discurso, incluso precediendo a la aparentemente cuestión nuclear. Hora es de volver el FJ 3.

Como ya se ha señalado el Tribunal afirma explícitamente que la «discriminación por indiferenciación» no tiene cobertura en el art. 14 CE:

¹³ Tanto la STC 41/2006 como la STEDH L.y V. contra. Austria de 9/01/03 son supuestos de control concreto.

Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art.14 no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales FJ 3

A tal efecto cita una serie de precedentes: SSTC 135/92, 117/2006, 69/2007, 30/2008. Pues bien tal tesis no es aceptable. No lo es, en primer lugar por la inadecuación de los precedentes citado respecto del caso de que se trata; no lo es, en segundo lugar, por su incompatibilidad con la doctrina del TEDH y la posición de TJUE; no lo es, en tercer y más importante lugar porque comporta que el art.14 CE no incluye la protección frente a la discriminación indirecta. Veamos.

A. LA INADECUACIÓN DE LOS PRECEDENTES

El primer problema radica en el desconocimiento aparente de la propia doctrina que efectúa el Tribunal. Dicha doctrina viene sosteniendo, cuanto menos desde las seminales SSTC 49/82 FJ 2 y 3 y 103/83 FJ2, que el principio de igualdad ante la ley se desdobra en dos subprincipios distintos: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El primero es un límite al legislador, el segundo lo es a los operadores jurídicos. Como el asunto que se trata en el presente es un asunto de control abstracto, en el que se juzga primariamente la compatibilidad de previsiones legales con el art.14 CE es claro que aquí el subprincipio de referencia es el principio de igualdad en la ley. Pues bien, tanto las cuatro decisiones que se invocan en el FJ 3, como la invocada en el FJ 11 (esto es la STC 41/2006) son decisiones de control concreto, en las que se valora la compatibilidad de determinadas decisiones de operadores jurídicos con el principio de igualdad en la aplicación de la ley (por poner un ejemplo de las mencionadas extraído: si es lícito un despido fundado en la opción sexual de un trabajador).

Resulta obvio que al referirse a un subprincipio de igualdad distinto al pertinente en el caso las mentadas decisiones no pueden constituir precedente alguno capaz de fundamentar la decisión del tribunal, sencillamente por que la norma constitucional aplicable al caso en cuestión es distinta de la norma constitucional que se aplica a los seudoprecedentes que se alegan. A mi juicio es claro que si los precedentes son inadecuados la doctrina que portan es asimismo inadecuada por no corresponderse que la naturaleza misma del objeto del presente litigio constitucional.

Con independencia de su corrección constitucional, los precedentes invocados en fundamento de su tesis por el FJ 3 de la sentencia que se comenta son rigurosamente no pertinentes, y lo son sencillamente porque estos tratan de un derecho (la igualdad en la aplicación de la ley), que es distinto al que se halla en juego en el caso que tratamos (la igualdad en la ley). Podría pensarse que el Tribunal comete aquí un error material, pero la lectura del conjunto del FJ 3 no permite sostener un juicio así, antes bien si el Tribunal ha determinado, de modo indudablemente correcto, que la situación de hecho en que consiste la unión homosexual y la que corresponde a la unión heterosexual son distintas debe aceptar que a situaciones de hecho distintas corresponden tratamientos jurídicos distintos, como por lo demás argumentó desde sus inicios el propio Tribunal al definir la igualdad en la ley.¹⁴ Y es precisamente esa conclusión la que se pretende evitar, porque conduce directamente a un fallo distinto de aquel al que el Tribunal desea llegar. Tal parece que, siguiendo una irónica descripción que hacía en sus clases D. Luis Díez-Picazo primero se escribe el fallo y a renglón seguido se construye la motivación del mismo.

¹⁴ Vide SSTC 49/82 FJ 2 y 103/83 FJ 2, por ir a los inicios.

B. LA INCOMPATIBILIDAD CON LA DOCTRINA DEL TEDH

Resulta llamativa la ausencia en el FJ 3 de cualquier referencia a la jurisprudencia del TEDH relacionada con el art. 14 CEDH. Y no será porque esta no existe. Dicha omisión no es casual, aunque resulta claro que existiendo aquella el Tribunal viene vinculado por la misma ex art. 10.2 CE, y ese es precisamente el motivo de la omisión, como diría un crítico malévolo. Veamos.

En la cuestión la doctrina pertinente del TEDH aparece en una decisión que ha venido a operar como caso de referencia: *Thlimmenos contra Grecia*, siguiendo algo ya insinuado en algún supuesto anterior (*Kokkinakis c. Grecia*, por ejemplo) el TEDH señala en términos que no se pueden reputar de oscuros, el Tribunal escribe:

El derecho a gozar de los derechos garantizados por la Convención sin estar sometido a discriminación es violado igualmente cuando, sin justificación objetiva y razonable, los estados no aplican un trato diferente a personas cuya situación es sensiblemente diferente.¹⁵

Es precisamente esa doctrina la que permite entender la razón por la que el TEDH deja en el ámbito de discrecionalidad de los Estados si la justificación mencionada concurre o no, ya que la situación de hecho puede ser muy distinta según el caso. Claro que si de entrada se señala que los supuestos de hecho que operan como presupuesto de las consecuencias jurídicas que extrae el legislador son distintos resulta muy complicado sostener al mismo tiempo que, no obstante, en el caso cabe atribuir las mismas consecuencias jurídicas a supuestos de hecho que previamente se han declarado diferentes. Como la diferencia entre los supuestos de hecho es manifiesta (*de facto* es precisamente esa diferencia la que mueve al legislador en el caso) si se desea sostener el fallo que se pretende es preciso olvidar cualquier mención a la jurisprudencia pertinente del TEDH, y eso es lo que se hace.

Es más el Tribunal ni siquiera hubiera necesitado examinar la jurisprudencia del TEDH. Le hubiere bastado entrar en la página web del mismo y haber examinado el manual de legislación europea sobre igualdad que en el link de jurisprudencia aparece,¹⁶ la razón en el apartado siguiente.

C. LA SUPRESIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

El manual de legislación europea sobre igualdad previene contra un tipo de discriminación que muy bien podemos calificar de insidioso, aquel que se da cuando el legislador establece regulaciones uniformes que son de aplicación a supuestos de hecho distintos, puesto que el principio de igualdad exige no solo que se de el mismo trato a quienes se hallan en situación de hecho similar, sino también que se de trato legal distinto a situaciones fácticas asimismo distintas:

En segundo lugar, la normativa contra la discriminación establece que las personas que se hallen en situaciones diferentes deben recibir un trato diferente, en la medida necesaria para que puedan disfrutar de oportunidades....

Comportamiento desviante del legislador que recibe un nombre muy expresivo:

Esto es lo que se conoce como discriminación indirecta.¹⁷

¹⁵ *Thlimmenos vs. Grecia* 6/04/2000 pf 44, reiterado en *Pretty vs Reino Unido* 29/04/2002 pf 88 y *D.H. y otros vs. República Checa* 13/11/07. pfs 179 y 184, entre otras.

¹⁶ VVAA *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo.2011.

¹⁷ VVAA *Manual...op.cit* pp. 21/22

Esta no sólo la posición del TEDH, es asimismo la propia de la UE, como el propio texto señala más adelante:

Tanto la normativa de la UE como el TEDH reconocen que la discriminación puede existir no sólo cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes. Esta última forma de discriminación se denomina «indirecta»¹⁸

En otras palabras, al negar que el art.14 CE cubra la «discriminación por indife-renciación» el Tribunal nos está diciendo ni más ni menos que esto: la discriminación indirecta no forma parte las prácticas, conductas y normas incompatibles con el principio de igualdad del art.14 CE y, al no hallarse cobertura constitucional frente a aquella la discriminación indirecta no es inconstitucional. Y, claro está, si la discriminación indirecta no es inconstitucional el que el autor de la reforma del Código Civil que se impugna ha venido a obrar dentro de la esfera de acción legítima que le compete, por lo que su regulación es constitucionalmente correcta desde la perspectiva del principio de igualdad en la ley. Quod erat demonstrandum.

V. CONCLUSIÓN

Tras lo dicho puede sostenerse razonablemente que la decisión adoptada por el Tribunal en el caso que nos ocupa no es precisamente una decisión sólida y bien fundada. No lo es desde la perspectiva de la garantía institucional, cuestión en la que es difícil no suscribir la durísima crítica que de la «interpretación evolutiva» que no es tal hace el voto concurrente del profesor Aragón, y en la que la mayoría autora de la decisión entra en contradicción consigo misma. Al no ser una decisión adecuada desde la perspectiva de la garantía mal puede serlo desde la perspectiva del derecho subjetivo constitucional correspondiente, toda vez que este es el derecho a acceder a un institución. Finalmente la decisión colisiona con la jurisprudencia europea porque lo hace con el principio de igualdad en la ley.¹⁹ Si tiene razón el dicho atribuido a los británicos según el cual «nada hay tan práctico como una buena teoría» podremos poner como ejemplo de su inverso el presente caso: «nada hay tan dañino como una mala teoría». Que es lo que con harta frecuencia sucede cuando se subordina la razón del Derecho a las pasiones.

Alfara del Patriarca, invierno de 2013

¹⁸ VVAA *Manual...* op. cit. p29, cita literal de las decisiones Thlimmenos y Pretty en p. 36, para mayor inri la misma STEDH de que hace uso el Tribunal señala: «No se quebrante la igualdad aun cuando el régimen jurídico no sea idéntico» en referencia al debate matrimonio homosexual/ unión civil . Schalk y Kopf c. Austria (pf 107 a 110.)

¹⁹ Como la divisoria primaria entre conservadores y progresistas pasa precisamente por el rol preeminente que le otorgan los segundos frente al subordinado que le otorgan los primeros, de lo dicho se sigue que la reforma en cuestión «progresista» no es.

LIBERTAD DE CREENCIAS Y DEFENSOR DEL PUEBLO *

NIEVES MONTESINOS SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Alicante

* Este estudio está realizado en homenaje a Julia Sevilla Merino, amiga, maestra e impulsora de la Red Feminista de Derecho Constitucional.

El estudio que se presenta tiene por objeto, el tratamiento del derecho de libertad de creencias¹ en la dinámica de las relaciones que se generan en el ejercicio del derecho ante la Administración pública. Su finalidad es precisa, averiguar cómo se entiende, desarrolla y concreta el derecho de libertad de creencias en su dimensión tanto individual como colectiva, en las diferentes manifestaciones a que puede dar lugar el contenido del derecho. Y ello a través de instituciones creadas en garantía de las libertades y derechos fundamentales: los Defensores del Pueblo.

Algunas premisas son necesarias. En primer lugar, la elección de la Administración Pública, como objeto prioritario y preferente de atención, en el tratamiento del derecho, no es aleatoria: como poder público, y aún cuando el texto constitucional sea menos explícito con respecto a la Administración que a otros poderes -como se establece en el art. 103.1 CE-, le alcanzan las garantías previstas, y en particular, la vinculación general a los derechos y libertades (art. 53.1 CE), vinculación que dado nuestro objeto, concretamos en la libertad de creencias, pero también en su conexión con otros derechos y principios, como la igualdad. Además, le obliga el principio de constitucionalidad y la promoción de la libertad e igualdad, así como la remoción de obstáculos que las dificulten (art. 9 CE). Su singularidad e importancia como objeto de estudio, se pone de manifiesto si pensamos que como poder público, representa para la ciudadanía la cara más cotidiana del Estado, siendo múltiples las posibles situaciones de relación.

En segundo lugar, y para averiguar el tratamiento, comportamiento, y actuaciones de la Administración ante el ejercicio del derecho, se ha utilizado como soporte instrumental y documental para la investigación, las actuaciones del Defensor del Pueblo (DP), de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos (CPA), y del Defensor del Pueblo Europeo (DPE); básicamente el acceso a las mismas se realiza a través de los preceptivos informes, que según la normativa reguladora propia de las diferentes instituciones, deben presentar anualmente a los correspondientes parlamentos,² pero también se ha podido contar con documentación facilitada por las instituciones, lo que en algunos supuestos ha permitido conocer los expedientes íntegros tramitados. Y se utilizan estas instituciones porque permiten comprobar la efectividad del ejercicio del derecho a través de las garantías que se establecen para los derechos fundamentales.

¹ Utilizo 'Libertad de creencias' y no 'libertad religiosa', tal como se hace en la STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE núm. 65 de 16 de marzo).

² La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP), modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE, núm. 109, de 7 de mayo de 1981 y núm. 57, de 6 de marzo de 1992, respectivamente), establece en su art. 32: «1. El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cortes Generales de la gestión realizada en un informe que presentará ante las mismas cuando se hallen reunidas en período ordinario de sesiones. 2. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario que dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encontraren reunidas. 3. Los informes anuales y, en su caso los extraordinarios, serán publicados». En términos similares se establece para los CPA y el DPE.

Como institución nueva, de garantía de las libertades y derechos fundamentales, las atribuciones y competencias que expresamente establece el texto constitucional respecto al DP: «la defensa de los derechos comprendidos en este Título [I], a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales» (art. 54 CE), nos permiten conocer las actuaciones de la Administración en relación con el ejercicio del derecho. Pero no sólo éstas, también las que realizan ciudadanos, grupos y confesiones en reclamación de lo que entienden como una lesión o vulneración de sus derechos, y las de las propias instituciones en garantía de los derechos. Con ello quizá se pueda tomar el pulso al Estado democrático utilizando un derecho y su ejercicio desde la perspectiva de la ciudadanía, de la Administración, y de una institución creada como garante de derechos.

En tercer lugar, el marco cronológico al que se circunscribe la investigación viene delimitado, por el inicio de la andadura de las diferentes instituciones: el nombramiento de Joaquín Ruíz Giménez como primer Defensor del Pueblo tiene lugar en 1983, el de los CPA depende del desarrollo autonómico y del nombramiento por los diferentes Parlamentos que se ha ido realizando paulatinamente, y el nombramiento de Jacob Söderman como Defensor Europeo se realiza en 1995. La indeterminación inicial a que da lugar el escalonamiento en la puesta en marcha de las instituciones, se subsana atendiendo a la documentación existente; por ello y habida cuenta que la institución que nos sirve principalmente de base, de soporte, es el Defensor del Pueblo, la delimitación cronológica se corresponde con el período 1984-2000, ya que dado el volumen de informes publicados, he considerado oportuno hacer coincidir el cierre, en este estudio, con la celebración de los veinte años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980.

Las anteriores premisas nos permiten formular con mayor precisión la hipótesis de partida de la investigación. El ejercicio del derecho de libertad de creencias, en su dimensión tanto individual como colectiva, se despliega en su actuación cotidiana en múltiples facetas en conexión con el propio contenido del derecho, siendo uno de los campos de actuación el de las relaciones con la Administración Pública. Conocer cómo entiende la Administración pública el derecho de libertad religiosa y de conciencia, no es tarea fácil, máxime si tenemos en cuenta las diferentes Administraciones, organismos con los que individuos, grupos y confesiones pueden entrar en relación: que sólo a título de ejemplo pueden ir desde la educativa hasta la militar. Al Defensor del Pueblo como Institución, se le encomienda la defensa de las libertades y derechos fundamentales, «a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración». Por lo que se refiere a los CPA, las atribuciones son similares, si bien se considera que la supervisión de la actuación de la Administración ha sido objeto de ampliación por la mayoría de las leyes autonómicas que regulan la figura. Diferente, sin embargo el DPE, cuyas atribuciones se circunscriben a los «casos de mala administración en la acción de las instituciones u organismos comunitarios», lo cual no es obstáculo, a nuestro entender, para que se pueda plantear una reclamación o que por el mismo se inicie una investigación de oficio, cuando la mala administración incida en los derechos de los ciudadanos de la Unión. Estas competencias y atribuciones, son las que nos permiten plantear como punto de partida -y dada la naturaleza indiscutible de derecho fundamental de la libertad de creencias-, que a través de estas instituciones es posible individualizar y analizar las actuaciones de la Administración, en el ejercicio por individuos, grupos y confesiones del derecho de libertad de creencias. Ya que se pone de relieve la actuación de la Administración y la relación que la misma mantiene con la efectividad

del ejercicio de los derechos.³ Además, se entiende que a ello colabora el fácil acceso de la ciudadanía a la Institución y la posibilidad de iniciar por ésta las investigaciones pertinentes, bien de oficio, bien a petición de parte (art. 9 LODP).

II

La literatura jurídica pone de manifiesto la especial atención prestada al derecho de libertad de creencias: se estudió por su significación y por la incidencia del Vaticano II, la Ley de Libertad Religiosa de 1967, y con posterioridad, los debates sobre el texto constitucional, la actual Ley Orgánica de 1980, la tutela penal, la protección internacional, por citar tan sólo algunos de entre los múltiples aspectos de los que se ha ocupado la doctrina; en consecuencia, no podemos decir que se trate de un tema nuevo. Pero el planteamiento de la presente investigación es diferente, dada la perspectiva desde la que se aborda el derecho y su ejercicio, por lo que interesa poner de relieve la falta de individualización de la misma como objeto de estudio. La doctrina ha estado especialmente atenta a los pronunciamientos de los tribunales y en particular del Tribunal Constitucional, que aún cuando en algunos supuestos podían partir de una actuación de la Administración, ésta no ha sido objeto preferente de atención, y por cuanto respecta a la institución del Defensor del Pueblo, y las figuras similares en el ámbito autonómico y europeo, tampoco han sido tomadas en consideración.⁴ Perspectiva y planteamiento que pueden ser de interés y colaborar en el entendimiento de un derecho fundamental.

Inicialmente, en el desarrollo de la investigación, se destacan las actuaciones más significativas desde las diferentes perspectivas que contribuyen al análisis en un *iter* secuencial que en términos generales responde a la siguiente estructura: actuación del individuo-ciudadano/a, grupo o confesión, en lo que considera ejercicio de su derecho, actuación de la Administración, reclamación ante la Institución por la presumible lesión o vulneración del derecho, actuación de la propia Institución y consiguiente respuesta y, en su caso, actuación de la Administración; con ello se pretende averiguar qué se ha hecho, qué se ha pedido, y qué ha respondido la Administración. De modo que del análisis del caso particular, podamos llevar a las conclusiones cómo se entiende y actúa el derecho de libertad religiosa y de conciencia en las múltiples relaciones que se generan entre el ciudadano y la Administración, y en su caso, si entran otros intereses y derechos en conflicto. En definitiva se pretende averiguar si el reconocimiento del derecho, y su construcción y elaboración doctrinal, sin olvidar los límites que le son propios, son o no coincidentes con su significación en la realización práctica del mismo en un marco concreto de actuación, que siendo particular puede ser generalizable, con matizaciones, dadas las múltiples facetas en que el derecho se despliega en

³ Unas primeras aproximaciones al tema en Montesinos Sánchez, Nieves (1998), «Las actuaciones del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Autonómicos en materia de libertad religiosa y de conciencia y sus conexiones», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (ed.) (1998), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional* (pp. 669-685) Granada, y «Defensor del Pueblo y derechos fundamentales: La libertad religiosa en la Administración», en: *Revista General de Derecho* (1997), (pp. 12141-12163).

⁴ El Defensor del Pueblo, resulta una institución de escasa relevancia para nuestra disciplina. Con independencia de la referencia a la misma en los manuales, no se toma en consideración en los repertorios de legislación eclesiástica, a pesar de ser una institución de garantía de las libertades y derechos fundamentales. Y en cuanto a los estudios, tan sólo nos consta, y desde una perspectiva diferente a la que aquí se propone, ya que se centra de manera fundamental en la legitimación del Defensor del Pueblo para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad y para la presentación del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional: González Moreno, Beatriz (1998). «El Defensor del Pueblo y la defensa constitucional del derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto», en *Libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, cit., (pp. 509-524).

la dinámica de las relaciones con la Administración. De modo que con investigaciones de este tipo, transversales, se puede apreciar la realidad práctica del ejercicio efectivo de derechos fundamentales, en un ámbito tan presente en la vida de los ciudadanos como es la Administración Pública, razón por la cual resulta extraño que no se haya tomado en consideración la institución del Defensor del Pueblo, para conocer el grado de desarrollo de los derechos, la vinculación de la Administración, y en definitiva la realización práctica de los principios que en la materia definen la actitud estatal: básicamente libertad de creencias, igualdad y laicidad.

Para lograr el objetivo propuesto, en el desarrollo de la investigación, se trata no sólo de hacer un elenco de los diferentes temas en conflicto, sino también de incorporar una visión crítica que permita tomar el pulso a nuestro sistema actual aunque sea por extrapolación. Esto supone cuando menos: estar pendientes de la normativa de desarrollo y las resoluciones judiciales, en particular se toman en consideración las del Tribunal Supremo y las del Tribunal Constitucional, y ver la posible evolución -o en su caso, involución- y cambios que se detectan. Además y cuando el contenido y alcance de los temas lo permite, se incorporan las posiciones doctrinales al respecto, lo cual supone a su vez realizar una labor de interpretación crítica. Y en el análisis, habrá que examinar si los órganos administrativos utilizaron en la resolución de los conflictos una razón explicativa o justificatoria,⁵ ya que ello colaborará en el entendimiento de las actuaciones y en su posible utilización en otros supuestos de conflicto.

Lo anteriormente expuesto permite entender que el marco jurídico normativo general de referencia a los fines de la investigación está compuesto por un complejo entramado de normas y disposiciones que comprende varios niveles jurídicos, cuya estructura básica la conforman el texto constitucional: y en él inicialmente los artículos 14 y 16, y su relación con el 1, 9 y 10; pero también otros como el 27 (educación y enseñanza), el 30 (objeción de conciencia al servicio militar), el 44 (cultura) o el 46 (patrimonio histórico cultural y artístico); la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y los Acuerdos con las Confesiones religiosas: con la Iglesia Católica y con las confesiones minoritarias. Pero además en el análisis de las diferentes actuaciones en las que se despliega el ejercicio del derecho, en relación con el contenido del mismo, se han utilizado las leyes y disposiciones vigentes en cada caso sobre la materia, cuyo elenco pormenorizado excede al contenido de estas páginas. Baste como ejemplo apuntar que en algunos supuestos se trata de leyes orgánicas que desarrollan derechos fundamentales: educación; en otros, leyes de desarrollo de derechos constitucionales, con sus sucesivas modificaciones: objeción de conciencia; de leyes en desarrollo de principios rectores de la política social y económica: patrimonio histórico, cultural y artístico; y de la normativa dictada para la aplicación de los diferentes temas y actuaciones que son objeto de atención.

III

La investigación debe ir al menos estructurada en torno a tres bloques, cuya justificación viene dada por el propio objeto de la misma: el primero corresponde a los presupuestos doctrinales y jurídicos, el segundo a la dimensión individual del derecho, analizándose la colectiva en el tercero. Brevemente los contenidos que entiendo se deben abordar, son los siguientes:

⁵ Una explicación más detallada en, Atienza Rodríguez, Manuel (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 23.

El primer bloque debe tratar *Administración y Defensor del Pueblo*. Y en él, las garantías de la libertad de creencias. Ello supone hacer referencia al modelo constitucional, y dentro de él la significación que para nuestro tema revisten los valores superiores del ordenamiento: «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 CE), los mandatos constitucionales que se contienen en el art. 9, y la dignidad y el principio personalista (art. 10.1 CE), siempre en conexión con el derecho y principio proclamado en el art. 14. En segundo lugar, resulta necesario establecer las líneas básicas que nos permiten posteriormente, poder contar con los instrumentos necesarios de y para el análisis de los temas que se proponen en los siguientes bloques: tanto los derechos fundamentales que, en relación con nuestro tema, se plasman en el texto constitucional: libertad de creencias, e igualdad y no discriminación; como los nuevos principios en la materia, y todo ello desde una perspectiva integradora que tenga presente las elaboraciones doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales. Sobre esta base, es necesario describir seguidamente, el complejo y completo engranaje garantista previsto constitucionalmente, prestando una particular atención a la vinculación de los derechos y libertades públicas a todos los poderes públicos, dado nuestro objeto de estudio. Vinculación que, obviamente, alcanza a la Administración Pública. Y en último término hay que examinar el Defensor del Pueblo como institución garante de derechos. Inicialmente la propia institución, para posteriormente presentarla desde la perspectiva que lleva consigo la garantía de la libertad de creencias en sus diferentes manifestaciones. Como institución nueva en nuestro contexto constitucional no se crea para superponer diferentes órganos con idénticas o similares funciones, sino más bien para dar solución a las disfunciones que se pueden ocasionar a pesar de los diversos medios de protección con los que contamos la ciudadanía, en particular en las relaciones con la Administración. De modo que el buen funcionamiento de la institución puede colaborar en el proceso de socialización de la propia Administración en la cultura de los Derechos. Además, y aún cuando el estado de las autonomías no supone una modificación del catálogo de derechos constitucionales, y menos en los fundamentales, se debe prestar atención a las actuaciones que realizan los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, por las competencias que se les atribuyen en su normativa reguladora, por las relaciones con el Defensor del Pueblo y por la importancia del papel de las Comunidades Autónomas en la realización de las políticas de las que dependen los derechos de prestación. Y en último lugar, referencia obligada es el Defensor del Pueblo Europeo, habida cuenta que la Unión Europea con sus instituciones y su ordenamiento, sus políticas, puede incidir y está incidiendo en la libertad de creencias, dada la doble vertiente existente en las políticas y en el derecho comunitario.

En una segunda parte, al entender la institución como garante de la libertad de creencias, hay que estudiar sus competencias, sus actuaciones, sus resoluciones, y los informes como instrumentos documentales que sirven de soporte al desarrollo de la investigación, realizándose en último término algunas consideraciones y precisiones metodológicas.

El segundo bloque debe estar dedicado a *Individuos y Administración*. Y en él debe estudiarse el derecho de libertad de creencias tal como se concreta en la dinámica de relación de los ciudadanos con la Administración, desde la perspectiva del ejercicio individual del derecho. Tomando en consideración el contenido del derecho y que el amplio elenco de derechos y libertades en que se concreta y manifiesta, no es óbice para que pueda plantearse si éste supone un *numerus clausus* o si es posible aludir a

otros derechos como desarrollo del de libertad de creencias, y puesto que la Administración es la cara más cotidiana del Estado, la más próxima al individuo, se podrá examinar y poner de manifiesto la delimitación entre lo privado y lo público, entre el individuo y el Estado en el ejercicio, desarrollo, promoción y defensa del derecho en el Estado democrático de derecho.

Por lo que se refiere a la estructura y a los temas y materias objeto de análisis, conviene advertir que los temas y materias deben responder a las quejas y reclamaciones presentadas ante las diferentes instituciones de las que se tiene conocimiento por estar publicadas, o las que, en su caso, nos han sido facilitadas -en ocasiones con la totalidad del expediente- por los defensores. Y también a las actuaciones que realizan las Instituciones y la propia Administración en relación con las mismas, para con ello poder ofrecer un análisis lo más completo posible de los temas. Consecuencia directa e inmediata es que sujeta la investigación a los presupuestos documentales citados, los derechos y conflictos examinados, no se corresponden en su totalidad con el amplio abanico de derechos y libertades en que se despliega el derecho de libertad de creencias, sino tan sólo, con algunos de entre ellos, que aún siendo numerosos, no son todos los posibles: aquellos cuyas reclamaciones por su presumible violación del derecho constan en la documentación de que disponemos, y dentro el marco cronológico a que la misma se circunscribe. Tras el análisis general de la documentación existente, entiendo que se puede estructurar su exposición en dos apartados: uno relativo a la libertad religiosa, otro, a la libertad de conciencia y objeción de conciencia, por ser el marco general a que responden los temas que se plantean. Una división mucho más pormenorizada, impide, a mi juicio, obtener una clara apreciación tanto de los conflictos como de las actuaciones de las instituciones y de la Administración, en la resolución o no de los mismos.

El apartado correspondiente a la libertad religiosa, comprendería las reclamaciones planteadas en el ejercicio del derecho por los ciudadanos y que se corresponden con la actuación en conformidad con las creencias religiosas, la particular situación de los militares en relación con el ejercicio de la libertad religiosa, la enseñanza religiosa y el derecho a conmemorar las festividades religiosas. Y en el de libertad de conciencia y objeción de conciencia se deben estudiar determinados conflictos de derechos, relacionados con una problemática tan actual como la bioética y el derecho y, posteriormente, la objeción de conciencia al servicio militar, cuyo reconocimiento, aplicación y desarrollo ha dado lugar a numerosas reclamaciones ante el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos.

El tercer bloque *Grupos, Confesiones y Administración*, debe centrarse, partiendo de la hipótesis general de la investigación, en averiguar cómo se entiende, concreta, desarrolla y garantiza el derecho de libertad de creencias en la dinámica de las relaciones que se generan entre los sujetos colectivos y la Administración pública en el ejercicio del derecho.

Sobre la base del reconocimiento y el contenido del derecho en su dimensión colectiva: derecho de las confesiones a establecer lugares de culto o reunión con fines religiosos; derecho a designar y formar a sus ministros; derecho a divulgar y propagar el propio credo; derecho de relaciones intra e interconfesionales, y de la diferente terminología empleada por cuanto se refiere a los sujetos: Iglesias, Confesiones, Comunidades religiosas, Entidades; se analiza la documentación existente. Básicamente los preceptivos Informes anuales, si bien en este caso se ha podido contar en gran medida

con los informes, documentación, y expedientes que nos han sido facilitados por las distintas instituciones. En ellos, junto a las quejas planteadas por individuos, grupos y confesiones, destacan también las actuaciones de oficio. Y en las primeras hay que mencionar el doble sentido de las mismas que se presentan bien por una confesión, bien por los ciudadanos en relación con una confesión; ambos supuestos permiten ahondar en el objeto establecido como prioritario en la investigación. Todo ello incide, y en alguna medida, determina la estructura que se presenta. En primer lugar se analizan los conflictos, situaciones presumiblemente lesivas de derechos, y aquellos en los que la diferente normativa que puede ser de aplicación y la jerarquía de la misma obliga a un examen minucioso de las argumentaciones que realiza la Administración, dada su repercusión en los derechos reconocidos y su posible utilización posterior, aún careciendo de una correcta motivación, en la resolución de otros conflictos, como sucede en algunas situaciones relacionadas con el patrimonio histórico-artístico.

Y en segundo lugar, se han de presentar temas procedentes de actuaciones de los ciudadanos, de las confesiones, o de actuaciones de las propias instituciones, se realicen éstas como consecuencia de una actuación particular o de oficio; que aún no siendo susceptibles de ser encuadrados en el apartado anterior, por la relación que guardan con el objeto que nos es propio, colaboran a su mejor entendimiento y delimitación. La relativa juventud de las normas, y de los conflictos de derechos e intereses en este ámbito en nuestro ordenamiento -piénsese en la novedad que suponen las confesiones-, permitirá apreciar en las disfunciones que se analizan, la vinculación de la Administración a los principios y derechos que el texto constitucional reconoce y garantiza.

IV

Una última cuestión es importante: la dimensión y confines del objeto de la investigación. En principio estamos ante un tema complejo y amplio por las múltiples actuaciones en las que se manifiesta el ejercicio de la libertad de creencias de individuos, grupos y confesiones en sus relaciones con la Administración Pública. Tema que quizá pueda abrir alguna pista interpretativa, o al menos colaborar a entender el cambio y desarrollo de la sociedad española y tal vez el grado de desarrollo democrático de la Administración en la cultura de los derechos y, el de una Institución garante de los mismos.

IGUALDAD Y CUSTODIA COMPARTIDA

M^a ANGELES MORAGA GARCIA

Abogada y Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

A Julia Sevilla, maestra y amiga

PLANTEAMIENTO

Hace unas semanas, se celebró en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante, al que pertenezco como Profesora Asociada, una Jornada Homenaje a la obra del Profesor Carlos de Cabo. En ella intervino la Profesora Mar Esquembre, con una ponencia titulada «Crítica feminista al constitucionalismo crítico»; y al finalizar la jornada, un colega de profesión se acercó a ella, felicitándola por su intervención, para a continuación hacerle el siguiente comentario: «No entiendo vuestra postura respecto a la custodia compartida. Si durante años os habéis quejado de que las mujeres han estado relegadas al ámbito doméstico y habéis demandado compartir ese espacio con los hombres, ¿por qué ahora os oponéis a la custodia compartida?».

En aquel momento, pensé que si esa cuestión se planteaba en un foro como en el que nos encontrábamos, -de reflexión crítica y favorable a la igualdad-, y no se entendía la postura que mantenemos muchas mujeres feministas respecto a la custodia compartida, es que no lo estábamos explicando bien.

También pensé en ese momento, en la postura de algún partido progresista de nuestra Comunidad Autónoma Valenciana, que a pesar de defender la igualdad de mujeres y hombres, apoyó en el Parlamento autonómico la aprobación de la *Ley Valenciana 5/2011, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, que establece, en caso de desacuerdo entre los progenitores, la preferencia de la custodia compartida.

Mientras tanto, las fuerzas políticas más conservadoras se han convertido en defensoras a ultranza de la custodia compartida, hasta el punto de que no solo han aprobado leyes autonómicas regulando la preferencia de la custodia compartida en algunas Comunidades Autónomas en las que han gobernado; sino que además, el actual Ejecutivo tiene previsto, en breve, reformar el Código Civil para establecer a nivel nacional la custodia compartida de los menores como modelo preferente en los procedimientos de separación y divorcio, alegando que este sistema es el que mejor respeta el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

En la misma línea, las asociaciones de hombres más críticas con la igualdad son precisamente las que están reclamando desde posiciones beligerantes la preferencia de la custodia compartida, paradójicamente, en nombre de la igualdad, sin que ello vaya acompañado de una reflexión profunda sobre lo que ha supuesto la desigualdad histórica a la que han estado sometidas las mujeres.

¿No resulta, todo ello, cuanto menos, algo sospechoso?

Considero, que en este tema de la custodia compartida se está produciendo un falso y perverso debate bajo la premisa de la defensa de la igualdad. La custodia compartida, sin más, no favorece la igualdad de mujeres y hombres. Para que esto sea así, hace falta que previamente se supere el modelo patriarcal de familia, ya que mientras no haya igualdad en el matrimonio, igualdad en el tiempo de dedicación a la familia, igualdad en la atención y cuidado de las/os menores, igualdad en el reparto de las tareas domésticas, igualdad en la conciliación de la vida laboral y familiar, no puede

imponerse un régimen de custodia compartida preferente en los supuestos de ruptura matrimonial, ya que ello, lejos de suponer un avance en la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que puede conllevar es discriminación para la mujeres.

Es evidente, que el régimen de custodia compartida en los supuestos de rupturas es, sin duda, el régimen más idóneo, pero, siempre que haya existido igualdad y corresponsabilidad de los progenitores durante la relación. Si no ha sido así, la custodia compartida se puede convertir en un instrumento en contra de la igualdad, en una nueva trampa del patriarcado.

El problema, por tanto, es profundo, la custodia compartida no puede valorarse de forma aislada y descontextualizada, como si no existiera una referencia histórica que contemplar, ni una realidad actual que analizar respecto a la distinta posición de los hombres y mujeres en nuestra sociedad actual, y en concreto en la familia.

BREVE REFERENCIA HISTORICA

Para comprender la situación en la que se encuentran actualmente los hombres y las mujeres dentro de la familia, resulta necesario realizar una breve reseña sobre la evolución histórica de la institución familiar.

En primer lugar, destacar que en la Antigüedad, el ámbito de la familia representaba lo no político, era el lugar donde se satisfacían las necesidades básicas de sus miembros. Las relaciones entre los integrantes de la familia eran desiguales, ya que se basaban en la jerarquía y el poder sin límites del *pater familias*. Aristóteles, en el Capítulo V del Libro Primero de su *Política*, -«*Del poder doméstico*»-, afirmaba «la administración de la familia descansa en tres clases de poder: el del señor, el del padre y el del esposo. Se manda a la mujer y a los hijos como seres iguales libres, pero sometidos, sin embargo, a una autoridad diferente, que es republicana respecto de la primera y regia respecto de los segundos. El hombre, salvo algunas excepciones contrarias a la naturaleza es el llamado a mandar más bien que la mujer, así como el ser de más edad y de mejores cualidades es el llamado a mandar al más joven y aun incompleto ...»

En el desarrollo de esta estructura político-social, se fue dotando a las mujeres de un status jurídico diferente al de los varones, concibiéndolas principalmente en su función de esposa y madre.

Por su parte, en la Edad Media, la estructura familiar constituía el eje de la organización social. El cabeza de familia era al mismo tiempo jefe político y jurídico, y todos los integrantes de la familia se encontraban bajo su dominio, teniendo éste la obligación de protegerlos. Además, no existía la idea de la infancia como una fase aislada del ciclo de la vida humana, los niños y las niñas eran tratados como pequeños adultos, y por tanto, una vez que podían vivir sin la atención constante y permanente de la madre, entraban a forma parte del mundo de los adultos, no siendo hasta finales del siglo XIV cuando los/as menores empezaron a ser tratados como tales.

Es a finales del siglo XVI y principios del XVII, en el momento de aparición del Estado como forma de organización política, cuando aparece el denominado modelo de familia patriarcal, en la que el hombre ocupa una posición preferente como marido y padre que ejerce la autoridad, con los imperativos de obediencia y sumisión. Uno de los teóricos más influyentes del Estado moderno fue Bodino, quien en su obra «*Los Seis Libros de la Republica*»(1576) consideraba que «*la verdadera fuente y origen de la Republica era la familia*», llegando a comparar la función del padre en la familia con la del soberano en su reino, del tal forma que en el ámbito de la familia (madre,

descendencia, criados y propiedades) quedaban excluidos de la soberanía del Estado y sometidos a la exclusiva soberanía del varón. Todas las familias debían regirse bajo la autoridad del varón, conformándose así el concepto de *pater familias*.¹

Dicho modelo de familia patriarcal se consolidó a lo largo del siglo XVII, consagrando la obligación de los hombres de garantizar la estabilidad económica de la familia, representando a esta en el espacio público, mientras que las mujeres quedaban excluidas del ámbito público, condicionadas a ser las reproductoras de la especie y las cuidadoras de la descendencia. Es decir, «la esfera de lo público reservada a los hombres, entendida como aquella que se desarrolla fuera del entorno familiar y del que quedan excluidas las mujeres, a la que se le asignan las funciones del trabajo fuera del hogar, de la organización familiar y de la organización social, tanto a nivel ideológico como político y la esfera privada-doméstica reservada (recluidas) a las mujeres entendida como aquella que se desarrolla en el ámbito familiar «de puertas adentro», a la que se le asignan el cuidado de la casa, la prole, esposo, ancianos» (COLLADO, 2003: 21)

Aunque, antes de la revolución industrial, debido sobre todo a que se trataba de una sociedad rural en la que los hombres vivían y trabajaban en el mismo lugar, el padre estaba más presente en la familia, siendo considerado como el progenitor más apropiado para educar a la descendencia, superior a la madre y único capaz de transmitir los conocimientos a los menores. Pero además, la prole era considerada un activo patrimonial y por tanto, en casos de ruptura, al quedarse el marido con los bienes adquiridos con el matrimonio, las/os hijas/os quedaban también bajo su custodia.

Pero, las transformaciones económicas y sociales que tuvieron lugar durante el siglo XIX conllevaron también cambios en el modelo de familia. «Cuando en el S.XIX la industrialización ocupa gran parte de la producción que antes dominaban las familias, se produce una más tajante división entre el ámbito público y el privado que la que existía desde la época revolucionaria» (ESQUEMBRE, 2010: 158). Ya que la revolución industrial vino a separar el lugar del trabajo del hogar, obligando a los hombres a salir del hogar para trabajar y obtener el sustento económico para mantener a su familia, quedando las mujeres atrapadas en el hogar, encomendando a éstas el cuidado y educación de la prole, al ser consideradas el referente moral y afectivo, consolidándose la idea de que la madre es la persona más adecuada para confiar la custodia de las/os hijas/os. Produciéndose un reforzamiento de los roles y estereotipos de género, al presentar a hombres y mujeres como biológicamente diferentes, y por tanto, preparados para desempeñar funciones distintas dentro de la familia; pero, funciones no simétricas, sino jerarquizadas, ya que los trabajos valorados social y económicamente eran los realizados por los hombres en la esfera pública, mientras que los realizados por las mujeres dentro del hogar carecían de valoración económica y por tanto de reconocimiento social.

El Derecho Privado sirvió para dar cobertura jurídica a dicho contrato sexual. Y en concreto en España, la norma que regulaba el Derecho de familia era el Código Civil de 1889, el cual daba sustento al modelo patriarcal de familia, donde las reglas eran impuestas por el *pater familias*. Así, por ejemplo, en dicha norma se establecía que la mujer tenía prohibido ejercer la patria potestad de sus hijos, ostentando solo una patria potestad subsidiaria, en defecto del padre (artículo 154). En la misma línea,

¹ Pater familias: en la antigua Roma, cabeza de familia, de sexo masculino, ciudadano independiente que no se encontraba sometido a potestad ajena, bajo cuyo control se encontraban todos los bienes y las personas que pertenecían a la familia.

el artículo 168 de dicho texto legal, disponía que en el supuesto de que la mujer envidara y contrajera matrimonio posteriormente, perdía la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, salvo, que su difunto esposo (padre de los hijos) hubiera dispuesto en el testamento la autorización para que su viuda contrajera posteriores nupcias, disponiendo que en tal caso conservaría la patria potestad de sus hijos.² Asimismo, la referida norma patriarcal establecía que en los supuestos de separación de los cónyuges, la mujer perdía el derecho de visitas respecto de sus hijos, no siendo hasta la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958 cuando se estableció que «*El Juez determinará el tiempo, modo y lugar que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos*»; pero, manteniendo que la patria potestad la seguía ostentando el padre, y solo en su defecto, la madre.

Como ha dicho Amelia Valcarcel, históricamente «el matrimonio ha sido una relación entre desiguales» (VALCARCEL, 2008: 259)

Este modelo de familia patriarcal se ha mantenido, con algunas modificaciones, hasta nuestros días, por lo que conviene no olvidar la histórica reclusión de las mujeres en el ámbito privado. Máxime cuando, en la actualidad la familia, sigue siendo una de las instituciones donde se evidencia con mayor claridad la persistencia de la desigualdad entre mujeres y hombres, ya que si bien las mujeres se han ido progresivamente incorporando al ámbito público, los hombres no se han incorporado en la misma medida al ámbito privado. De ahí que «las dificultades más gravosas que las mujeres sufren en el acceso pleno a la ciudadanía estén íntimamente relacionadas con los efectos de la división entre lo público y lo privado, con la diferenciación entre su rol de reproductoras y el masculino de productores» (SALAZAR, 2013: 292)

Si bien es cierto que los movimientos de mujeres y el feminismo han conseguido importantes transformaciones legislativas en el Derecho de Familia a partir de la Constitución de 1978 que han supuesto una nueva manera de entender la familia, abriendo una brecha en la estructura patriarcal y poniendo en cuestión sus propios fundamentos.

Ante esta realidad, ha surgido una virulenta reacción, como mecanismo de resistencia del patriarcado a perder la supremacía del varón y la autoridad paterna. Y dentro de los instrumentos de esta reacción se encuentra la defensa a ultranza que el posmachismo hace de la custodia compartida, utilizada no tanto para conseguir una mayor implicación de los padres en la educación de la prole, sino para debilitar a las mujeres, al considerar que se encuentran en una posición de privilegio y que actúan en contra de los hombres.³

REALIDAD ESTADÍSTICA

Actualmente en nuestra sociedad la situación de las mujeres y los hombres en la pareja durante la convivencia dista mucho de ser igualitaria. Los hombres, en general, siguen sin asumir el papel de cuidadores, lo que produce una situación de asimetría y

² Esta injusta y discriminatoria norma no fue suprimida de la legislación civil, hasta la Ley 24 de abril de 1958.

³ Miguel Lorente Acosta en su obra «Los nuevos hombre nuevos», al inicio del Capítulo 6, titulado «En el nombre del padre: de hombres a padres sin pasar por los hijos» hace esta interesante reflexión: «No deja de sorprender que quienes históricamente han estado vinculadas al rol de madres planteen sus reivindicaciones y se asocien como mujeres -Federación de Mujeres Progresistas, Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas, Mujeres Juristas Themis.- mientas que quienes siempre han estado alrededor de la idea omnívota de hombre lo hagan como padres -Asociación de Padres Separados y Divorciados SOS papá, Padres a favor de la custodia compartida...»

desigualdad en la pareja, que hace que las mujeres tengan más dificultades para desarrollarse como verdaderas ciudadanas.

En primer lugar, resulta indicativo que, según los datos de la Encuesta de Empleo del Tiempo del INE, las mujeres dedican 4:04 horas a tareas domésticas y familiares (mantenimiento del hogar, compras, cuidado de los hijos/as y ascendientes, etc.) en un día promedio, lo que representa 2:15 horas más de lo que dedican los hombres a ese mismo trabajo. Pero además, a pesar de que el desempleo masculino ha aumentado de forma considerable en los últimos años debido a la crisis, el tiempo dedicado por los hombres al hogar y al cuidado de los/as menores y personas dependientes apenas ha aumentado.

Tener descendencia es un factor que condiciona la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Así, en España en el año 2011, la tasa de empleo de los varones de 25 a 49 años sin hijos era de 77,7%, y en el caso de tener hijos menores de 12 años la tasa de empleo aumenta a 81,4%, alcanzando el valor más alto, 82,5%, con dos hijos. Mientras que en el caso de las mujeres, a medida que se incrementa el número de hijos menores de 12 años, disminuye la tasa de empleo: para las mujeres de 25 a 49 años sin hijos la tasa de empleo en el año 2011 era de 68,1%, reduciéndose a 61,7% en el caso de tener un hijo menor de 12 años, a 58,9% en el caso de dos hijos y a 47,6% con tres hijos o más.

También resulta especialmente significativo el dato de que las mujeres son quienes, de forma muy mayoritaria, solicitan las excedencias laborales por cuidado familiar. En el año 2012, del total de 35.773 excedencias solicitadas, 33.393 fueran pedidas por mujeres y 2.380 por hombres.

De la misma forma, son las mujeres las que durante la convivencia reducen sus jornadas laborales. Más del 75% de los contratos a tiempo parcial en España son solicitados por mujeres,⁴ con el fin de conciliar el trabajo con las obligaciones familiares, no pudiendo olvidar, que el trabajo a tiempo parcial tiene importantes repercusiones en el salario, en la promoción profesional en la protección social.

Todo lo cual viene a demostrar que en nuestro país son las mujeres las que siguen ejerciendo el papel de cuidadoras, lo que les aleja del mercado laboral, frena su desarrollo profesional y condiciona su proyecto vital. Y todo ello, por haber tomado la decisión «voluntaria» de ocuparse de su prole, cumpliendo la función que el modelo de familia patriarcal, aún no superado, encomienda a las mujeres.

Pero a la vez, los referidos datos demuestran el escaso deseo de todavía muchos padres de participar e implicarse activamente en los cuidados de sus hijas/os y de compartir las responsabilidades domésticas durante la relación.

Podemos concluir afirmando que una premisa básica que tendría que valorarse para el otorgamiento de la custodia compartida, sería que se constataste la existencia de una corresponsabilidad real de ambos progenitores en el cuidado y atención de las/os menores desde su nacimiento.

⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 22 de noviembre de 2012 dictaminó que la legislación española en materia de Seguridad Social aplicable a las/os trabajadoras/es a tiempo parcial es discriminatoria con las mujeres ya que les obliga a cotizar durante más tiempo para alcanzar el periodo mínimo de 15 años exigido para percibir la pensión de jubilación, declarando contraria dicha legislación española a la directiva europea sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Por ello, una medida interesante para favorecer la igualdad, sería la aprobación de permisos parentales iguales e intransferibles para padres y madres por nacimiento o adopción.⁵

Actualmente, en nuestro país, el permiso de paternidad propio de los padres es de tan solo trece días,⁶ mientras que el permiso de maternidad es de dieciséis semanas, tiempo durante el cual las mujeres se ausentan de sus puestos de trabajo para cuidar a tiempo completo de sus criaturas. Además, una vez finalizado dicho permiso de maternidad, las madres pueden solicitar de dos a cuatro semanas de permiso de lactancia. Incluso finalizado dicho periodo, muchas de ellas optan por solicitar excedencias, reducciones de jornadas, llegando a renunciar por completo a su empleo.

Para que los padres se impliquen desde el nacimiento, resulta necesario que exista un permiso para ellos de la misma duración que el de las madres, que además este permiso sea intransferible⁷ y que se pague igual que el permiso de maternidad. Con ello todas las personas progenitoras tendrían los mismos derechos para cuidar, lo que conllevaría una mayor implicación de los hombres en el cuidado de la prole, además de que la maternidad dejara de significar un perjuicio para las mujeres en el empleo.

Pero lo cierto es que existen pocas iniciativas, tanto públicas como privadas, encaminadas a perseguir una mayor implicación de los hombres en el cuidado de los menores durante la convivencia, con el fin de propiciar la verdadera igualdad en la pareja.

ALGUNA REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO EUROPEO

Suecia fue el primer país en introducir la custodia compartida en su legislación, en el año 1983. Pero este país, desde los años 70, ya había optado por realizar un cambio estructural en la sociedad, con la finalidad de que cada persona tuviese su propia independencia económica y los cuidados básicos se proveyesen públicamente, de tal forma que no fuese necesaria la interrupción de la actividad laboral de ninguna persona para el cuidado de menores y personas dependientes, salvo en casos extremos y por una corta duración de tiempo.

Con esta finalidad, en Suecia se eliminaron las prestaciones para el cuidado incompatibles con el empleo, así como todas las medidas que desincentivaban el trabajo asalariado de las mujeres casadas, a la vez que se desarrolló un sistema público de atención a la dependencia. Además, se universalizó el derecho a la educación infantil pública desde los cero años y, en el año 1974, se eliminó el permiso de maternidad, sustituyéndolo por el permiso parental, igual para ambos progenitores, con mantenimiento del puesto de trabajo, del salario y del resto de los derechos laborales. También se desarrolló un importante trabajo dirigido a racionalizar los

⁵ La Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA) presentó el día 26 de junio de 2012 en el Registro del Congreso de los Diputados una Proposición de Ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores en casos de nacimiento, adopción o acogida, que aboga por la sustitución de los actuales permisos de maternidad y paternidad por permisos parentales iguales, intransferibles y pagados al 100% para ambos progenitores.

⁶ El permiso de paternidad propio fue reconocido por primera vez en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (Disposición Adicional Undécima, apartado 11) con una duración de trece días, obligando al Gobierno a ampliarlo de forma gradual y progresiva hasta en cuatro semanas, dentro de los seis años siguientes a su entrada en vigor (Disposición Transitoria Novena). La Ley 9/2009, de 6 de octubre realizó dicha ampliación, previendo su entrada en vigor el 1 de enero de 2011, pero las Leyes de Presupuestos Generales del Estado ha ido posponiendo su entrada en vigor, estando finalmente prevista para enero del año 2014.

⁷ Nuestra actual legislación permite a las madres transferir las últimas diez semanas del permiso de maternidad al otro progenitor, pero según fuentes del Ministerio de Empleo, en el año 2011, solo se realizó dicha transferibilidad al otro progenitor en un 1,8% de los casos.

horarios laborales, disminuyendo y concentrando las horas de trabajo, con la finalidad de hacer compatible la vida laboral y la familiar, de todas las personas, y no sólo de las mujeres.

El resto de los países nórdicos continuó el modelo iniciado por Suecia de externalización de los cuidados, principalmente Dinamarca y Noruega, a las que recientemente se ha sumado Islandia. En la actualidad en todos estos países la educación infantil y la atención a la dependencia son derechos universales que se proveen desde los servicios públicos del Estado.

Los referidos países tienen un contexto social diferente al nuestro, existiendo toda una legislación que favorece la igualdad y la corresponsabilidad dentro de la pareja y durante la convivencia, que hace que el régimen de convivencia compartida se considere al sistema natural de relación parental.

Por el contrario, en otros países europeos, como Alemania, se ha venido fortaleciendo desde años atrás el modelo de familia patriarcal, con el establecimiento de ayudas y prestaciones para las mujeres que optaran por permanecer en el hogar.⁸

Resulta muy significativo el informe elaborado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) «*Closing the Gender Gap: Act Now Germany*», publicado en el mes de diciembre del año 2012, donde se revelan datos como, que el 62% de las mujeres alemanas con hijos que requieren cuidados trabajan a tiempo parcial, o que la pensión media de las mujeres en Alemania es alrededor de la mitad de la media de la que perciben los hombres, o que la brecha salarial de género alemana es la tercera mayor en la OCDE, 22% (media OCDE 16%)

Por lo que respecta a la custodia de los menores, la legislación alemana venía distinguiendo entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de él, estableciendo como régimen habitual en los casos de hijos nacidos dentro del matrimonio, el sistema de custodia compartida. Mientras que por el contrario, si el hijo había sido concebido fuera del matrimonio, el padre solo podía obtener la custodia con el consentimiento de la madre.⁹

Por su parte, Italia aprobó la Ley 54/2006, de 8 de febrero, por la que se modificó el Código Civil, a fin de establecer como sistema prioritario el de la custodia compartida, alegando el derecho de los menores a mantener una relación equilibrada y continuada con cada progenitor.

Todo ello revela que en países denominados familiaristas, como España, en los se encomienda a las mujeres la labor de cuidado y atención a la infancia y a las personas dependientes, que mantienen una legislación patriarcal en la que se perpetúan los estereotipos de género, con la llegada de la ruptura de la pareja, se pretende establecer judicialmente un régimen de guarda y custodia compartida con carácter preferente, alegando que éste es el sistema que mejor protege la igualdad de los progenitores y la corresponsabilidad en el cuidado de los menores, cuando dicha igualdad y corresponsabilidad no se exige ni se protege durante la convivencia.

⁸ Medidas tales como: reconocer a las mujeres la posibilidad de elegir quedarse en el hogar al cuidado de los hijos de 13 a 36 meses (Betreuungsgeld); optar por un subsidio (67% del salario anterior con ciertos topes) por reducción parcial o total durante un periodo de 12-14 meses (Elterngeld), o favorecer un sistema fiscal que favorece un solo progenitor como perceptor de ingresos

⁹ Este régimen fue declarado discriminatorio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Zaunegger c. Alemania, de 3 de diciembre de 2008

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

En nuestra Constitución de 1978, la igualdad se consagra en el artículo 1.1 como un valor superior que debe inspirar todo el ordenamiento jurídico. Además, el artículo 14 CE reconoce la llamada igualdad formal, al establecer que todos los españoles y las españolas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras razones, por razón de sexo, mientras que el artículo 9.2 de dicho texto constitucional recoge la llamada igualdad material, obligando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectiva.

Nuestra Carta Magna también reconoce otros derechos concretos de igualdad en el ámbito de la familia, como la proclamación de la plena igualdad jurídica de hombres y mujeres en el matrimonio en su artículo 32.1, mientras que en los apartados segundo y tercero del artículo 39, establecen, respectivamente, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos e hijas con independencia de su filiación y el deber de los padres de prestar a los hijos e hijas asistencia de todo orden, sin distinción de que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y aún después, en los casos que legalmente proceda.

A fin de hacer efectiva la equiparación jurídica del hombre y la mujer dentro del matrimonio exigida por el texto constitucional, se aprobaron dos importante normas, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial y la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora del sistema matrimonial (conocida como Ley del divorcio), que supusieron la instauración de un nuevo Derecho de familia.

El Código Civil español no define el concepto de patria potestad,¹⁰ aunque su significado puede deducirse de diversos preceptos, entre otros, de artículo 154, que establece la obligación de los padres de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral. Obligación que no cesa con la ruptura de la convivencia entre los progenitores. Si bien conviene recordar que hasta la reforma operada por la Ley 11/1981, que modificó el artículo 156 del Código Civil, la titularidad de la patria potestad correspondía solo al padre.¹¹

Mientras, el concepto de guarda y custodia, configurado como uno de los derechos-deberes que configurar la patria potestad, «*tenerlos en su compañía*» no fue recogido positivamente en nuestro ordenamiento hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, aunque venía siendo utilizado en la práctica del foro en sentencias y convenios reguladores, siendo posteriormente introducido de forma expresa en el Código Civil a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio.

Adicionalmente, la referida La Ley 15/2005, entre otras novedades, introdujo en el artículo 68 del Código Civil la obligación de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras

¹⁰ Vendría sustituir el término «patria potestad» por otro más igualitario, como «responsabilidad parental», que es el utilizado por la mayoría de las legislaciones europeas y por el Reglamento CEE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹¹ El artículo 156 del Código Civil tras la modificación efectuada por la Ley 11/1981, establece que «*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro*»

personas dependientes a su cargo.¹² Precepto, que de conformidad a lo previsto en el artículo 58 del mismo texto legal, debe ser necesariamente leído a los contrayentes por el encargado de autorizar el matrimonio (Juez, Alcalde y funcionario) antes de que éstos presten su consentimiento a contraer el mismo. Previsión legal necesaria para hacer efectivo el derecho a la igualdad dentro del matrimonio en lo que respecta a la asunción de obligaciones familiares, pero que deviene insuficiente, ya que su incumplimiento resulta jurídicamente irrelevante.

Asimismo la novedosa Ley 15/2005 dio una nueva redacción al artículo 92 del Código Civil, introduciendo importantes reformas en materia de guarda y custodia. En el apartado 5 de dicho precepto se establece que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos «*cuando así lo soliciten los padres*», con la exigencia de que el Juez antes de aprobar el régimen de guarda y custodia solicitado por los progenitores, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tenga suficiente juicio.¹³ Pero además, el apartado 8 de dicho precepto, también reconoce que el régimen de guarda y custodia compartida podrá ser acordado por el Juez sin el acuerdo previo de los progenitores, siempre que sea solicitado por uno de ellos, con informe del Ministerio Fiscal,¹⁴ fundamentando dicha decisión en la protección del interés del menor. Si bien, el párrafo 7 de dicho precepto excluye la guarda conjunta «*cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*», o cuando existan «*indicios fundados de violencia doméstica*».

Aunque lo cierto es que con anterioridad a la reforma del artículo 92 operada por la Ley 15/2005, y a pesar de la inexistencia de previsión legal sobre la figura de la custodia compartida, los tribunales otorgaban este tipo de custodia, en base sobre todo al principio de «*favor filii*»,¹⁵ ya que aunque dicho régimen no estaba previsto de forma expresa en la norma, tampoco estaba expresamente prohibido.

¹² Nueva redacción del artículo 68 CC dada por la Ley 15/2005: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.»

¹³ La STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, estableció que «el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 CE; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el *Diario oficial de la Unión Europea* de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que «los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.»

¹⁴ La exigencia de obtención de informe favorable del Ministerio Fiscal exigida en dicho precepto en su redacción dada por la Ley 15/2005, fue declarada inconstitucional por la STC 185/2012, de 17 de octubre, que declaró nulo el inciso «favorable» del artículo 92.8 del Código Civil.

¹⁵ En materia de relaciones paterno-filiales, entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia, nuestro Alto Tribunal ha establecido que el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7)

Por tanto, la actual legislación nacional permite la custodia compartida, tanto por acuerdo entre los progenitores como por decisión de la autoridad judicial.

Además, algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes en sus respectivos territorios con la finalidad de otorgar carácter preferente a la custodia compartida frente a la individual en los casos de ruptura de la convivencia. Así, la Comunidad Autónoma de Aragón aprobó la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres,¹⁶ Cataluña, la Ley 25/2010, de 29 de julio de modificación del libro segundo del Código Civil relativo a la persona y la familia; Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres y la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.¹⁷

Resulta curioso que la exposición de motivos de dichas normas autonómicas justifiquen la adopción preferente del régimen de custodia compartida en base a dos principios: la protección del interés superior del menor y el principio de igualdad de los progenitores. Dejando a un lado el primero de dichos principios, ya que no es objeto del presente trabajo, la Ley de Aragón, respecto del segundo, precisaba que «la custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de la sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombre y mujeres». Mientras, el legislador autonómico valenciano, en la Ley 5/2011, justifica en su Preámbulo la preferencia del régimen de convivencia compartida, alegando que es el que «favorece la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares».

Pero, ¿por qué los legisladores autonómicos se preocupan tanto en garantizar la igualdad y la corresponsabilidad de los progenitores en el momento del cese de la convivencia, cuando nada de ello les preocupa antes de la ruptura, como lo demuestra el hecho de que se recorten las políticas de igualdad, hayan menos instituciones encargadas de su defensa y exista un estancamiento en la aplicación de las leyes de igualdad?

A pesar de que la actual normativa nacional permite la adopción del sistema de custodia compartida, tanto por acuerdo de los progenitores como por decisión judicial, y que además algunas Comunidades Autónomas han legislado en sus respectivos territorios a favor de la custodia compartida con carácter preferente, el actual Ministro de Justicia se ha comprometido en el Congreso de los Diputados, a instancias de una iniciativa presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, a presentar una norma estatal que modifique el Código Civil para eliminar la excepcio-

¹⁶ Esta ley ha sido derogada por la Disposición derogatoria única del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

¹⁷ Frente a la Ley de la Comunidad Autónoma Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad, al considerar que el contenido normativo de esta ley autonómica regula instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación civil autonómica, y por tanto, exceden las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma para «la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano» (artículo 49.1.2º de su Estatuto de Autonomía), vulnerando la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil establecida en el artículo 148.1.8º de la Constitución.

alidad¹⁸ a la hora de otorgar la custodia compartida e impulsar la misma en los casos de separación y divorcio. De verdad, ¿es necesaria esta reforma? Ésta nueva regulación, ¿garantizará la corresponsabilidad en el cuidado y atención de la prole? ¿Puede considerarse un avance para la igualdad efectiva de mujeres y hombres?

REFLEXIONES FINALES

Como hemos comprobado, actualmente en nuestro país todavía no existe una corresponsabilidad parental durante la convivencia. Por lo que para realizar una valoración adecuada sobre la conveniencia o no de dar preferencia al régimen custodia compartida, debería partirse de dicha premisa.

No cabe duda que el régimen de convivencia compartida¹⁹ supone un avance en la corresponsabilidad. Pero la realidad demuestra que, en general, los hombres continúan sin implicarse en igual medida que las mujeres, en la atención y cuidado de las personas dependientes, incluidos las/os menores. Esta cuestión requiere de medidas que rompan este desigual reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres, pero desde el inicio de la convivencia, y no solo en el momento del cese.

Pretender imponer judicialmente la custodia compartida tras la ruptura, en el momento de máximo conflicto, no puede considerarse una medida que vaya a contribuir a la igualdad de los miembros de la pareja. Ya que no hay nada más injusto que tratar de igual forma dos situaciones que tienen profundas diferencias de partida.

Además, supone partir de una interpretación liberal de la igualdad entre mujeres y hombres, no reconociendo las fuertes desigualdades que todavía hoy se dan en las relaciones de pareja, donde continua existiendo una asimetría de roles, que ha de ser superada si queremos alcanzar la igualdad real de los miembros que componen la misma.

No podemos cerrar los ojos a la realidad, porque ello conlleva discriminación para las mujeres, para aquellas que durante la convivencia han asumido el rol de cuidadoras, tal y como les exige el modelo de familia patriarcal, y sin embargo, tras la ruptura comprueban como se impone judicialmente la custodia compartida, sin reconocer su dedicación a la familia. Por lo que la custodia compartida acordada como preferente en los supuestos de ruptura oculta las diferencias reales en la dedicación parental y discrimina a los cuidadores primarios, que son principalmente las mujeres.

Adicionalmente, son muchas las ocasiones en las que la custodia compartida se utiliza, no tanto para conseguir una corresponsabilidad parental, sino para otros fines distintos, como la obtención de beneficios económicos en el procedimiento de ruptura matrimonial, tales como la no fijación de pensiones alimenticias, la no atribución del

¹⁸ La STS 579/2011, de 22 de julio ya ha interpretado la expresión «excepcional», contenida en el artículo 92.8 del CC en el sentido de que «la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla fundamentándolo en que solo de este forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. De aquí que no resulte necesario concretar el significado de la «excepcionalidad», a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla»

¹⁹ La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, sustituye el término «custodia compartida» por el de «régimen de convivencia compartida», definiéndolo como «el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial»

uso del domicilio conyugal, la liquidación rápida de los bienes gananciales, etc., pudiéndose convertir la custodia compartida en el método más eficaz para debilitar a la mujer, al ser considerada por algunos en una posición de privilegio.

Parece, por tanto, que algunos hombres más que reivindicar el papel de padres «lo que persigan sea arrebatar a las mujeres algo que históricamente les ha pertenecido para debilitarla en aquello que las ha hecho más fuertes social e individualmente en cuanto a factor básico de su identidad» (LORENTE, 2009, 175). Pero, no se hace durante la convivencia exigiendo compartir las tareas de cuidado y afecto, sino que esa reivindicación se plantea una vez que surge el conflicto y se produce la separación de la pareja.

Máxime cuando la mayoría de las mujeres viven el conflicto en los juzgados como una amenaza permanente, sobre todo en lo que respecta a la custodia de sus hijos. Y esta circunstancia es sabida y percibida por los hombres, hasta ser utilizada como punto de partida de sus exigencias. Incluso, en algunos casos el ejercicio conjunto de la custodia compartida es utilizado como instrumento para seguir controlando a la mujer, a través de los propios hijos.

Finalmente, es imprescindible hacer una referencia a los supuestos de violencia de género. En estos casos, desde posiciones radicales que reivindican la custodia compartida impuesta, se intenta minimizar la situación, dudando incluso de la existencia de la violencia de género, queriéndola plantear como «violencia entre iguales», planteando la eterna duda de las denuncias falsas, e incluso llegando a hablar de «situación consentida», con el fin de restarle credibilidad a la mujer que no ha denunciado los hechos y ha continuado con la relación a pesar de ser víctima de malos tratos. Pretendiendo, en suma, invisibilizar la violencia machista. Sin tener en cuenta que cuando un hombre agrede a su mujer, con todo lo que esto supone de agresividad previa, lo que se está produciendo es un ataque directo los valores que han de presidir la familia, además de un daño directo a los miembros que componen la misma, incluidos hijos e hijas, por lo que en estos casos, no debería concederse la guarda y custodia al maltratador.

Por supuesto que hay padres que durante la relación han realizado un ejercicio responsable y afectivo de las tareas de cuidado y la transmisión del cariño, quienes han dedicado el mismo o similar tiempo que su pareja al hogar y a los menores, quienes han compartido en condiciones de igualdad la crianza de la prole. Pues en esos casos, sin dudarlo, procede establecer un régimen de custodia compartida, ya que ésta es la consecuencia lógica de la corresponsabilidad.

Pero primero hay que ejercer una paternidad responsable y activa durante la convivencia para luego poder exigir la custodia compartida tras el cese de la misma, y no al contrario. No se puede pretender establecer, con carácter preferente, en los supuestos de ruptura matrimonial, un régimen de convivencia compartida, en el que haya una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de las/os menores, al considerar que con ello se garantiza el principio de igualdad de los progenitores; sin que antes se hayan modificado las estructuras patriarcales y superado el modelo de familia tradicional. Porque de lo contrario, lo que se está es invisibilizado la desigualdad de género.

Afirmar que la custodia compartida, sin más, fomenta la igualdad en la pareja, porque ambos progenitores son obligados a cuidar por igual de las hijas y los hijos, es sencillamente falso. La solución no está en igualar el tiempo que las/os menores pasan

con uno u otro progenitor, sino en entender la igualdad como un valor supremo dentro de la relación de pareja.

La custodia compartida, en fin, debe ser considerada como una opción a la hora de regular las relaciones de las hijas y los hijos con sus progenitores, probablemente la mejor cuando se reúnan las condiciones exigidas para su otorgamiento; pero, no debe considerarse como una solución en si misma, y menos si se trata de una imposición, en contra de la voluntad de los progenitores.

Para concluir, señalar que considero que hoy en día sigue siendo un objetivo a alcanzar la igualdad y la corresponsabilidad dentro de la familia. Eso es por lo que debemos luchar, hombres y mujeres. Y cuando en un futuro, que esperemos no sea demasiado lejano, esta meta se alcance, y se produzca la ruptura de una pareja, la custodia compartida será la solución natural, más justa e igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Amorós, Celia, 2005, *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias...para las luchas de las mujeres*, Madrid: Ediciones Cátedra.

Barona Selles, Miguel Ángel, 2011, *La Ley Valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Collado Mateo, Concepción, 2006. «Mujeres, Poder y Derecho», en: *Feminismo/s. Revista del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Alicante*. Numero 8, diciembre 2006 (p. 15-34). Alicante

Esquembre Valdés, M^a del Mar, 2010 «Ciudadanía y genero. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales», en: *Genero y Derechos Fundamentales* (p 135-174). Granada: Editorial Comares.

Engels, Friedrich, 2008, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid: Alianza Editorial

Ivars Ruiz, Joaquín, 2007, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Lorente Acosta, Miguel, 2009 *Los nuevos hombres nuevos*. Barcelona. Ediciones Destino.

Salazar Benítez, Octavio, 2013. *Masculinidades y Ciudadanía. Los hombres también tenemos género*. Madrid: Dykinson.

Valcarcel, Amelia, 2008, *Feminismo en el mundo global*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Varela, Nuria, 2008, *Feminismo para principiantes*, Barcelona: Ediciones B

LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

MARÍA JOSEFA RIDAURA MARTINEZ

Profesora Titular De Derecho Constitucional
en la Universitat De Valencia

1. CONFIGURACIÓN PLURAL DE LA CLÁUSULA DE IGUALDAD

La Constitución española de 1978, al igual que los textos constitucionales más avanzados del constitucionalismo moderno, por un lado, introduce en nuestro Estado una metamorfosis de la concepción del principio de igualdad, superando, así, su formulación estrictamente liberal; y, por el otro, sitúa al principio de igualdad como piedra angular de todo el edificio constitucional; confiriéndole una eficacia trascendente;¹ determinando que toda situación de desigualdad existente a la entrada en vigor de la Constitución sea incompatible con su orden de valores. El resultado es su configuración como un elemento nuclear de todo el orden constitucional, partiendo de un contenido proteico que vertebra el orden constitucional en aras de alcanzar una igualdad real, desterrando las desigualdades estructurales.

En este sentido, nuestro texto constitucional configura, en primer lugar, la igualdad como *un valor superior del ordenamiento jurídico* (artículo 1,1). Esta configuración no sólo tiene trascendencia dogmática, sino también metodológica, al «conceder al criterio interpretativo igualitario un peso más fuerte que a criterios derivados de otros intereses o valores no específicamente primados en el artículo 1.1».²

En segundo lugar, el artículo 14 consagra el derecho a *la igualdad formal*, excluyendo toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Ahora bien, dicho artículo 14 no contiene un mandato unívoco, sino múltiple: por un lado, exige **la igualdad de trato** (igualdad formal) a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación. Dicha igualdad de trato «limita la actuación de los poderes públicos en cuanto que ante supuestos de hecho iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales, exigiendo que toda desigualdad sea razonable y proporcionada y, por ello, justificada y no arbitraria». Esta igualdad formal exige, pues, un trato igualitario, y, por tanto, no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato³ (STC 229/1992). Por otro, exige **la prohibición de discriminación** por causas concretas y expresamente rechazables, incompatibles con la dignidad humana (art. 10), considerándolas como categorías sospechosas de discriminación. Este mandato de no discriminación va más allá que el anterior, y «prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables, que afectan a colectividades concretas»,⁴ que his-

¹ STC 8/1983, de 18 de febrero.

² LOPEZ GUERRA, L.: «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978, en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000., pág. 22.

³ FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C.: «La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de la línea jurisprudencial vacilante», en *Revista de Derecho Político*, n. 26/1988, págs. 118-119. Este mandato múltiple del artículo 14 ya fue apuntado por RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M^ªE., en su obra *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 172 y 173, y, como puede observarse el mismo Tribunal Constitucional se hace eco de esta doble dimensión en diversas Sentencias: 128/1987, 229/1992; 126/1997, 200/2001, entre otras.

⁴ FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C.: «La discriminación por razón de sexo». ob. cit, págs. 118-119.

tóricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos a los que expresamente se refiere el precepto, de entre los que se encuentra el sexo.

Este contenido múltiple supera la estricta noción de igualdad formal, ya que la prohibición de discriminación, al considerar -en concreto- el sexo como una de las categorías sospechosas de discriminación, le confiere una protección reforzada, pues la obligación de la igualdad es más intensa que la establecida con carácter general, ya que «conlleva la exigencia correlativa de que la fundamentación objetiva y razonable sea especialmente manifiesta»,⁵ reforzándose, así, la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad, y operando una inversión de la carga de la prueba.⁶

En tercer lugar, tal interdicción de la discriminación, tanto de hecho como de derecho, contemplada en el artículo 14, ha de ponerse en necesaria conexión con el art. 9.2 CE; precepto que recoge *la igualdad substancial o material*⁷ como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su cabal realización. De ahí que se ampare en dicho precepto la posibilidad de adoptar medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato. En este sentido, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional «La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados» (STC 216/1991).

Así, el mandato constitucional no se agota con la interdicción de las discriminaciones, sino que va más allá: faculta y exige, principalmente, a los poderes públicos que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva. Su consecución se supedita a la adopción de medidas que tengan como objetivo nivelar las situaciones de desequilibrio con el fin de superar dichas desigualdades. Es lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el «derecho desigual igualatorio»*; esto es, la desigual situación de partida requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con el objetivo de igualarlas de modo real y efectivo. De lo contrario se produciría la *«discriminación por indiferenciación»*, es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles. La Constitución, por tanto, no impide los tratos desiguales, pues el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento» (STC 34/1981). Lo que prohíbe el principio de igualdad es

⁵ GARCIA MORILLO, J: «La Cláusula General de Igualdad», en *Derecho Constitucional (El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos)*, vol. I. Dr. LOPEZ GUERRA, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 189. Indica Fernando Rey que esta doble dimensión no se traduce en dos principios contrapuestos (el de igualdad y el de no discriminación), sino que se trata de un mismo principio, el de igualdad, que opera de diferente modo en función de cuál sea el factor de diferenciación: cuando estamos en presencia del criterio...sexo la igualdad se transforma en prohibición de discriminación; mientras que cuando se trate de otro criterio distinto de los enumerados en el art. 14, la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato. (*El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, ob. cit. págs. 58-59.)

⁶ SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

⁷ CARMONA CUENCA, E.: «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del tribunal constitucional», REP, n. 84. pp. 265 y ss.

la desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables. Objetividad y razonabilidad que se fundamenta en la Constitución.

En definitiva, toda medida jurídica dirigida a la remoción de las situaciones de desigualdad en aras de alcanzar la igualdad real debe superar denominado «*test de la igualdad*», que el Tribunal Constitucional ha concretado en los siguientes términos:⁸ «a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».⁹

2. LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Ciertamente, como ha señalado Fernando Rey «la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, [...] la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones».¹⁰ Esta situación repugna el orden constitucional y exige la intervención de los poderes públicos, en orden a la eliminación de todo vestigio de discriminación. No obstante, la labor es ciclópea, dado el tardío reconocimiento en España, en el plano jurídico, de la mujer como sujeto de derechos, en iguales términos que el hombre. De hecho, no es, con excepción de ciertos y tímidos avances muy aislados y formales, hasta la Constitución de 1978 donde se consigue dicho reconocimiento. En efecto, nuestro texto constitucional sienta la plena igualdad entre el hombre y la mujer, articulando, además, los instrumentos necesarios para desterrar las discriminaciones, tanto de hecho como de derecho, que colocan a la mujer en una clara situación de desventaja en todos los ámbitos.

Esta proclamación constitucional de la igualdad y, en consecuencia, la ineludible prohibición de discriminación por razón de sexo, han tenido, desde la entrada en vigor

⁸ SSTC 22/1981, de 2 de julio, FFJJ 3 y 9; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4.

⁹ STC 76/1990, de 26 de abril.

¹⁰ REY MARTINEZ, F.: «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», LA LEY, 1/2000; Vid., fundamentalmente, su brillante monografía *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pág. 1, en ella pueden encontrarse más citas relevantes sobre la histórica discriminación de la mujer.

de la Constitución, un impacto trascendental sobre todo el ordenamiento jurídico, provocando la expulsión del mismo de todas aquellas normas y disposiciones que contemplaban o perpetuaban situaciones de desigualdad de la mujer.

Partiendo, pues, de un escenario real de cultura patriarcal en el que la mujer, por su condición, quedaba postergada en todos aquellos campos que trascendían de la esfera estrictamente doméstica, los poderes públicos, por mandato constitucional, han ido actuando en aras de la transformación de esta realidad. De ahí que se hayan adoptado múltiples medidas legislativas y políticas públicas de fomento de la igualdad de oportunidades de las mujeres. En este marco, la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional ha sido decisiva, ya que a través de sus pronunciamientos ha ido desterrando de nuestro ordenamiento las normas preconstitucionales que contenían auténticas discriminaciones hacia la mujer. Además, sus sentencias han constituido un vehículo apropiado para insertar en nuestro ordenamiento las distintas medidas antidiscriminatorias.

En este sentido, según apunta la jurisprudencia constitucional, la prohibición de discriminación por razón de sexo comprende no sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada; sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca.¹¹ En fin, esta prohibición de discriminación comprende tanto la **discriminación directa**, -esto es, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón de sexo donde éste sea objeto de consideración directa-, como la **discriminación indirecta**, que puede definirse como aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo.¹²

Esta amplia formulación de medidas jurídicas dirigidas a la eliminación de todo vestigio de discriminación por razón de sexo ha venido acompañada de la aceptación de la plena licitud constitucional de las medidas de acción positiva. Si bien, dicha aceptación no se produce hasta el año 1987, ya que en un principio se adopta una línea neutra, en la que como indica Rodríguez Piñero, se hace una lectura unitaria del artículo 14, entendiendo que no toda desigualdad supone discriminación, sino sólo aquella que carezca de justificación objetiva y razonable. El resultado de dicha doctrina es una visión neutra y bilateral de la no discriminación.¹³ Durante esta etapa, el Tribunal, en su afán por equiparar al hombre y a la mujer, considera que la protección de ésta por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni

¹¹ Vid. SSTC 166/1988; 173/1994; 136/1996; 20/2001; 41/2002.

¹² El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si bien se acuña por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Griggs vs. Duke Power Company* (1971) referido a la raza. Esta modalidad de prohibición de discriminación por razón de sexo ha sido reiterada en diversas Sentencias por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bôtel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*. En España, el término también es de acuñación jurisprudencial, recogándose por vez primera en la STC 145/1991 (Caso Gregorio Marañón) y reiterándose en posteriores pronunciamientos (SSTC 198/1996; 240/1999). Sobre las discriminaciones indirectas vid. SERRA CRISTOBAL, R.: «La discriminación indirecta por razón de sexo», en RIDAURA MARTINEZ; M^a J. y AZNAR GOMEZ, M. (coords.) *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant, lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 365 a 398.

¹³ RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel: «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer».

tampoco para justificar su configuración como sujeto beneficiario de la protección, al considerarlo evidentemente contrario al artículo 14.¹⁴

No obstante, el Tribunal Constitucional español supera esa primera etapa a raíz de la Sentencia 128/1987 (Guarderías Infantiles) calificada como *leading-case*. El Tribunal rompe, así, su anterior doctrina formalista y uniformadora y reconoce, al fin, la diferente situación real en la que históricamente se han encontrado las mujeres; con ello, deja de aplicar el criterio formal de igualdad de trato entre hombre y mujer, partiendo de la no equiparación entre las situaciones de unos y otros. En esta Sentencia el Tribunal afirma, en clara contradicción con las tesis mantenidas hasta el momento, que «La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas». En fin, partiendo del reconocimiento, como hecho socialmente constatable, de la posición más desfavorable de la mujer, admite la constitucionalidad de las acciones positivas, esto es, de las medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes en aras de alcanzar una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer.¹⁵

A partir de la misma, se inicia una nueva etapa en la que el Tribunal no sólo acepta su licitud, sino que exige la adopción de medidas positivas dirigidas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. Con ello, se aparta del criterio neutro seguido hasta el momento y acepta los tratamientos favorables en favor de las mujeres para acabar con la histórica situación de desigualdad. En esta línea, se enmarca la consideración de discriminatorias las **medidas paternalista y protectoras** que, aunque aparentemente ventajosas, se basan en la debilidad de la mujer, y en la práctica perpetúan la propia posición de inferioridad social de la población femenina.¹⁶

3. LOS AVANCES LEGISLATIVOS EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

La acción del legislador español en la lucha contra a la discriminación por razón de sexo han conducido a la aprobación de leyes reveladoras de su voluntad de acabar con dicha discriminación, procurando la igualdad de oportunidades y alcanzar el equilibrio entre sexos; entre las que cabría destacar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

¹⁴ Claros exponentes de esta línea jurisprudencial son las Sentencias 81/1982; 103/1983 y 104/1983, en las que como indica FERNANDEZ-MIRANDA se produce un claro menosprecio de los datos sociológicos sobre la real desigualdad de la mujer, ob. cit., pág. 125.

¹⁵ SSTC 128/1987 y 19/1989; 229/1992

¹⁶ STC 229/1992 (trabajo de la mujer en la mina), 207/1987, 142/1990, 28/1992, 3/1993, entre otras.. Un estudio de estas cuestiones puede encontrarse en RIDAURA MARTINEZ, M^a J.: «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en RIDAURA MARTINEZ, M^a J. y AZNAR GOMEZ, M. (coords.) *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant, lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 213 y ss.

- la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y labora de las personas trabajadoras, que buscaba avanzar en la igualdad de oportunidades a través de la implantación de una serie de modificaciones normativas centradas en el ámbito de la legislación laboral y de Seguridad Social;
- la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno
- y la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios

Pero, sobre todo, la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres** ha venido a incorporar, tanto la normativa comunitaria e internacional, en materia de discriminación sexual, como la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente hasta el momento.

La Ley contempla el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 3).

Sin pretender un análisis exhaustivo de su contenido, cabe resaltar de entre sus medidas la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta (ambas acuñadas jurisprudencialmente, como hemos tenido ocasión de ver) (art. 6).

Señaladamente, y recogiendo también la jurisprudencia constitucional, la Ley, en su artículo 11, positiviza las acciones positivas, como medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Estamos ante medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y las mujeres; y que tratan de favorecer a sus destinatarios sin que simultáneamente perjudiquen a los demás.¹⁷

La Ley de Igualdad erige como principio informador de la actuación de todos los Poderes Públicos el de la transversalidad de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres; estando Las Administraciones públicas obligadas a aplicarla, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.¹⁸

La Ley contempla medidas en ámbitos en los que existe objetivamente un mayor desequilibrio: derecho al trabajo, y derecho al acceso a la carrera y función pública. Y destacan en el ámbito de la participación las medidas tendentes a corregir los desequilibrios en la representación política (Disposición Adicional Segunda); recoge un mandato a los Poderes Públicos en aras de atender al principio de presencia equilibrada de

¹⁷ Un tratamiento exhaustivo de las mismas puede encontrarse en BARRERE UNZUETA, M. A.: (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Ed. Civitas Ediciones.; RUIZ MIGUEL, A.: «Discriminación inversa e igualdad», Cuadernos de Filosofía del Derecho, no 19/1996; M. J. GARCIA AÑÓN: «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2-1999. GIMENEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. ELEONORA CECCHERINI: «La igualdad de sexos en la representación política: la experiencia italiana», *ReDCE*, no 6, Julio-Diciembre de 2006, pp. 325-353. MARTIN VIDA, M. A.: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid., 2003.

¹⁸ SEVILLA MERINO, J. «Transversalidad (mainstreaming)», en *Género, constitución y estatutos de autonomía* / coord. por Teresa Freixes Sanjuán, Julia Sevilla Merino, 2005, , págs. 501-516

mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan. (art. 16), y contempla (artículos 52 a 54) la aplicación del principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma.¹⁹

Todo este entramado jurídico-constitucional encaminado a la realización efectiva la igualdad entre hombres y mujeres constituye un avance incuestionable. No olvidemos que veníamos de creencias solidificadas secularmente que consideraban que el género femenino era el «*reposo del guerrero*» (Nietzsche), «*el hombre imperfecto*» (Averroes), o de que -según G.K. Chesterton- la mujer jamás podría comprender: la libertad, la igualdad, y la fraternidad.

En consonancia con estas ideas, nuestro ordenamiento ha sido -como hemos apuntado- uno de los más tardíos en reconocer a la mujer como sujeto de derechos, en iguales términos que el hombre.

En este marco, el reconocimiento de la igualdad como piedra angular de todo el edificio constitucional; la integración que el texto constitucional permite en nuestro ordenamiento de los textos internacionales, tanto en el marco de Naciones Unidas, como en el del Consejo de Europa, así como de la Unión Europea; la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional, que ha sido decisiva para desterrar de nuestro ordenamiento las normas preconstitucionales que contenían auténticas discriminaciones hacia la mujer; y la labor de los operadores jurídicos -señaladamente del legislador orgánico- han contribuido a logros indiscutibles en pro de la igualdad. No obstante, quedan desafortunadamente demasiados reductos sociales en los que no ha calado la idea de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de género, pues los moldes educacionales todavía se resisten con cierta rigidez al cambio. Y es que -como diría Tomás y Valiente- *Es más fácil cambiar las leyes que la mentalidad social*.

BIBLIOGRAFIA:

BARRERE UNZUETA, M. A. (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.

CARMONA CUENCA, E. (1994) «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del tribunal constitucional», *REP*, n. 84. pp. 265 y ss.

ELEONORA CECCHERINI (2006) «La igualdad de sexos en la representación política: la experiencia italiana», *ReDCE*, n. 6, pp. 325-353.

FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. (1988) «La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de la línea jurisprudencial vacilante», en *Revista de Derecho Político*, n. 26, pp. 118-119.

GARCIA MORILLO, J (2000). «La Cláusula General de Igualdad», en *Derecho Constitucional (El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos)*, vol. I. Dr. LOPEZ GUERRA, L., Valencia, Tirant lo Blanch.

GIMENEZ GLUCK, D. (1999) *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

¹⁹ SEVILLA MERINO, J. y VENTURA, A.. «Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 2, p 31. Vid. Asimismo. RUIZ MIGUEL, A.: «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Aequalitas*, n. Pp. 44 y ss

GÓMEZ ORFANEL, G. (2008). «Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación», *Anuario de Derechos Humanos*, n.9

LOPEZ GUERRA, L. (2000) «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978, en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCIA AÑON, M.J. (1999). «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 2.

MARTIN VIDA, M. A. (2003) *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas.

REY MARTINEZ, F.: (2000) «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *LA LEY*, 1. (1995) *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw-Hill,

RIDAURA MARTINEZ, M^a J. (2004) «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en RIDAURA MARTINEZ; M^a J. y AZNAR GOMEZ, M. (coords.) *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M^a F. (1986) *Igualdad y Discriminación*, Madrid, Tecnos.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (1992). «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.1.

RUIZ MIGUEL, A. (1999) «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Aequalitas, Revista jurídica de Igualdad entre oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 1 (1994) «Discriminación inversa e igualdad», A. VALCÁRCEL (comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994.

SERRA CRISTOBAL, R. (2004). «La discriminación indirecta por razón de sexo», en RIDAURA MARTINEZ; M^a J. y AZNAR GOMEZ, M. (coords.) *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

SEVILLA MERINO, J. (2005) «Transversalidad (mainstreaming)», en *Género, constitución y estatutos de autonomía* / coord. por Teresa Freixes Sanjuán, Julia Sevilla Merino,

SEVILLA MERINO, J. y VENTURA, A. (2007). «Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 2.

MUTACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

GÖRAN ROLLNERT LIERN

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO Y LOS ANTECEDENTES

II. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS Y EL ESTATUTO DE CATALUÑA DE 2006

- 1. LA TESIS NEGATIVA: REFORMAR EL ESTADO AUTONÓMICO MEDIANTE LOS ESTATUTOS NO SUPONE MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN*
- 2. LA TESIS AFIRMATIVA: LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL MEDIANTE LA REFORMA ESTATUTARIA*
- 3. UNA TESIS SINGULAR: EL ESTATUTO DE CATALUÑA COMO CORRECCIÓN DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MODELO ORIGINARIO*

III. PAISAJE DESPUÉS DE UNA SENTENCIA: LA VALORACIÓN DE LA STC 31/2010

- 1. EL RECHAZO DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL*
- 2. LA CRÍTICA DE LA SENTENCIA: LA QUIEBRA DEL PACTO CONSTITUCIONAL POR UN NUEVO PODER CONSTITUYENTE ¿UNA MUTACIÓN EN SENTIDO INVERSO?*

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN. LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO Y LOS ANTECEDENTES

La mutación constitucional es una categoría dogmática elaborada y desarrollada, como es sabido, por la doctrina alemana. Por razones de espacio remito al lector interesado a los autores que se han ocupado de este tema¹ y a los efectos del presente trabajo será suficiente con hacer referencia a los dos elementos o aspectos determinantes del fenómeno de la mutación constitucional: supone una alteración en el significado de las normas constitucionales permaneciendo, sin embargo, inalterado su texto (HESSE, 1973: 91; y LOEWENSTEIN, 1957: 165).

Entre la doctrina española, DE VEGA trató la problemática de la mutación constitucional (en particular, sus límites) en unos términos que anticipaban ya la relevancia que podía adquirir en la configuración territorial del Estado articulada por la Constitución de 1978. Así, constataba «la especial proclividad del ordenamiento constitucional español a la creación de mutaciones por medio de actos normativos» y en este contexto se refería a las mutaciones mediante leyes orgánicas y, en particular, mediante los Estatutos de Autonomía (EEAA en adelante); señalaba que «el riesgo de las leyes orgánicas estriba en que siendo por su contenido más idóneas para que surja la mutación, y al no estar dotadas de la rigidez de las normas constitucionales, pueden convertirse en un mecanismo subrepticio de sustitución de la reforma, con los consiguientes peligros que ello comportaría para el mantenimiento del principio de supremacía constitucional», siendo misión del Tribunal Constitucional (TC en adelante) evitar la asunción subrepticia del poder de reforma por los poderes constituidos (1985: 192, 193, 194 y 298).

Sirva esta cita para introducir la cuestión a desarrollar, esto es, la exposición de una visión general, necesariamente aproximativa y sintética, de las posiciones doctrinales en torno a si la dinámica evolutiva del Estado autonómico español ha conllevado una mutación constitucional respecto de los planteamientos constituyentes originarios, dinámica en la que el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC en adelante) de 2006 y la posterior Sentencia del TC de 2010 han cobrado un especial protagonismo al revitalizar una temática presente desde los primeros años de despliegue de la nueva organización territorial pero que no había recibido demasiada atención entre la literatura científica.

La premisa de la discusión sobre la mutación del modelo territorial español, ha sido la generalizada y casi unánimemente aceptada² tesis de la «desconstitucionalización» de la estructura territorial del Estado, tempranamente formulada por CRUZ VILLALÓN en 1981 (2006a: 384-385), según la cual en ausencia de una estructura te-

¹ JELLINEK, 1991: 9 y 15-27; HSÜ, 1998: 29-48; LOEWENSTEIN, 1951: 164-170; y HESSE, 1973: 25-26 y 87-112. Para una síntesis de las aportaciones clásicas de JELLINEK y HSÜ, SÁNCHEZ URRUTIA, 2000: 105-113 y 125-134.

² A juicio de ARAGÓN, esa «desconstitucionalización» no es total por cuanto la Constitución no contendría un modelo específico pero sí un modelo genérico estableciendo un marco estructural y unos principios básicos que los EEAA deben respetar (2006: 78-79). Para algunos autores la idea de la desconstitucionalización del modelo de Estado se encontraría en el origen de los intentos de legitimar mutaciones constitucionales a través de reformas estatutarias (ÁLVAREZ CONDE, 2007: 48-49; PAREJO, en Encuesta, 2009: 30-31).

territorial definida en la Constitución sería el legislador orgánico quien sustancialmente podría configurar la Constitución material del Estado en lo relativo a la distribución territorial del poder. Será esta desconstitucionalización la que en 2006 lleva al mismo autor a hablar de un Estado de las Autonomías «proteico», «mutante», de tal manera que en 2003 se habría iniciado un segundo proceso autonómico dirigido a la «refundación» del Estado. El EAC sería representativo de esa nueva variante, exacerbada, del Estado autonómico en el que las Comunidades Autónomas (CCAA en adelante) actuarían con vocación co-constituyente y la mejor prueba del acierto de su tesis inicial sobre la desconstitucionalización sería que «con el mismo texto constitucional se ha podido construir una noción de autonomías cualitativamente más elevada, sin que seguramente se pueda decir en ningún momento ‘esto-es-flagrantemente-inconstitucional’, subrayando lo de flagrantemente» (2006b: 77, 79, 84, 85, 89).

Las primeras referencias explícitas a posibles mutaciones constitucionales del Estado autonómico las encontramos en sendos trabajos de SOLOZÁBAL y RUBIO LLORENTE. Así, para el primero, la equiparación competencial de todas las CCAA, no impuesta constitucionalmente pero sí alcanzable mediante el principio dispositivo, implicaría «una mutación constitucional en sentido federal» (1991: 44, 46, 47) que tendría cabida en el vigente ordenamiento constitucional.³ En cambio, a decir de RUBIO, la Constitución se encontraría inconclusa en tanto no se reformaran los Estatutos de las CCAA del art. 143 para ampliar sus competencias; la equiparación competencial vendría exigida por el «espíritu de la Constitución» que llevaría a la abolición de toda diferencia y cuando se produciría una mutación constitucional sería si se prolongase indefinidamente el proceso constituyente perpetuando indefinidamente la provisionalidad de dos niveles competenciales distintos (1993: 167-173).

Un tratamiento más desarrollado de una posible mutación constitucional en el sistema competencial es el que lleva a cabo TAJADURA TEJADA (2000) con relación a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la cláusula de supletoriedad (art. 149.3 CE) que culminó con la conocida STC 61/1997 sobre la Ley del Suelo. A su juicio, la doctrina establecida por el TC en la citada Sentencia -que sintetiza en que «el Estado debe ostentar un título competencial específico para poder dictar normas supletorias»- es una mutación constitucional interpretativa,⁴ es decir, producida mediante la interpretación judicial de la Constitución. Remitiéndose a DE VEGA, afirma, sin embargo, que el límite a la legitimidad de tales mutaciones interpretativas se encuentra en la contradicción abierta o frontal de tal interpretación con el texto constitucional de tal manera que en ese caso no hay tal mutación sino violación o falseamiento⁵ de la Constitución que es lo que entiende que se ha producido en este caso al quedar completamente vacía de contenido⁶ la supletoriedad del Derecho estatal, en evidente oposición a la rotundidad de la expresión «en todo caso» con la que el art. 149.3 declara el carácter supletorio del Derecho del Estado respecto del de las CCAA.

³ Sin embargo, posteriormente el mismo autor ha negado la posibilidad de una mutación constitucional mediante una reforma estatutaria, fiando al Tribunal Constitucional la garantía de la adecuación constitucional de las reformas estatutarias (2008: 316-318).

⁴ La «mutación de la Constitución mediante su interpretación» es una de las cuatro clases de mutaciones constitucionales que distingue HSÚ (1998: 31, 45-48 y 87-102).

⁵ Falseamiento que define DE VEGA como el «fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen» (1985: 291).

⁶ Vaciamiento de contenido que se produce por cuanto las normas estatales dictadas al amparo de un título competencial específico no serán, en la mayoría de los casos, de aplicación supletoria sino directa «por lo que el ámbito de la supletoriedad desaparece, produciéndose así un falseamiento de la Constitución» (TAJADURA, 2000).

Por su parte, BLANCO VALDÉS (2005) consideró que la regulación del procedimiento de reforma de los EEAA de la vía ordinaria a imagen y semejanza de los aprobados por la vía especial (conurrencia de la voluntad reformadora del Parlamento autonómico y, en algunos casos, aprobación por referéndum) supuso «una mutación de la naturaleza del sistema autonómico español según lo había prefigurado el legislador constituyente» (91) igualando la naturaleza jurídica de los Estatutos y dando lugar a un «genuino Estado federal» (89-92).

II. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS Y EL ESTATUTO DE CATALUÑA DE 2006

Con ocasión del último proceso de reformas estatutarias,⁷ la cuestión de la mutación constitucional se introdujo a partir de 2005 en el debate doctrinal en torno a la constitucionalidad de dichas reformas y, muy especialmente, con relación a la propuesta de Estatuto de Autonomía de Cataluña. Tratando de ordenar sistemáticamente los principales argumentos manejados en la discusión, podemos agruparlos como sigue.

1. LA TESIS NEGATIVA: REFORMAR EL ESTADO AUTONÓMICO MEDIANTE LOS ESTATUTOS NO SUPONE MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN

VIVER sería el principal valedor de esta posición cuya premisa sería que, fracasada la vía de la «relectura» de la Constitución y los EEAA y cerrada políticamente la vía de la reforma constitucional, la reforma del Estado autonómico para mejorar el nivel de autogobierno de las CCAA sólo sería viable mediante la reforma de los EEAA.

Su tesis vendría a ser que, admitiendo la Constitución distintas concreciones o lecturas, en los 25 años de Estado autonómico habría prevalecido una «lectura reduccionista» del sistema competencial en perjuicio de las CCAA mediante la penetración de las competencias básicas y horizontales del Estado y la ampliación del ámbito material de sus competencias exclusivas de tal manera que el sistema se hallaría «desconstitucionalizado» a merced de la libre disposición del legislador estatal para fijar el alcance de las materias estatales sin límites constitucionales claros que permitan un control jurisdiccional eficaz (2005a: 17 y 18).

Pero, a su juicio, este modelo restrictivo es sólo una de las posibles concreciones de la Constitución por lo que los EEAA podrían asumir la función de concretar o redefinir las competencias (materialmente al precisar las submaterias incluidas en cada materia y funcionalmente estableciendo el carácter excluyente de las competencias autonómicas exclusivas al extenderse a todas las potestades sobre la materia) garantizando estatutariamente las competencias frente al legislador estatal (el famoso «blindaje») y todo ello para reducir el margen del legislador estatal para concretar las categorías competenciales.

En un trabajo posterior del mismo año, VIVER replicará a las críticas recibidas (*vid.* el siguiente apartado) haciendo expresa referencia a la mutación constitucional. En este sentido, admite que modificar el significado y alcance de artículos constitucionales mediante normas infraconstitucionales constituiría una mutación constitucional, pero señala al mismo tiempo que dicha mutación sólo devendría inconstitucional si la reinterpretación de los preceptos constitucionales efectuada por los EEAA sobrepasare las posibilidades o los límites que impone el respeto al tenor literal de la

⁷ Una visión general de este último proceso puede verse en SEVILLA, VIDAL y ELÍAS, 2009: 184-210.

Constitución o dicha interpretación no respetare las reglas y principios de la hermenéutica jurídica o desbordase el programa normativo de las disposiciones interpretadas (2005b: 121). Sin embargo, afirma que lo que el Estatuto modificaría no sería el significado de las normas constitucionales sino «la concreción que han hecho de estos conceptos constitucionales las disposiciones infraconstitucionales que los han ido interpretando y aplicando» (2005b: 123). No se trataría de hacer en los EEAA una «reinterpretación» o «redefinición» de la Constitución que constituya una «reforma encubierta» de la misma sino de proponer una interpretación alternativa a la realizada por el legislador estatal ordinario en normas infraconstitucionales (2005b: 104). A su juicio la Constitución ha dejado abiertos muchos de los conceptos constitucionales utilizados para la distribución competencial por lo que los EEAA -como normas pactadas que se interpondrían entre la Constitución y el resto de las leyes, incluidas las orgánicas, en posición de superioridad jerárquica por la función de integración y complemento de la Constitución que llevan a cabo por remisión expresa de ésta- pueden legítimamente concretar y cerrar opciones abiertas por la Constitución sin contradecir lo claramente establecido en ella (2005a: 105, 106 y 111).

Así pues, el canon de la constitucionalidad de esa (hipotética) mutación constitucional estaría constituido exclusivamente por «el marco establecido por la Constitución» al que se refiere el art. 147.2 CE, esto es, por los conceptos constitucionales tal y como los establece la Constitución (abiertos e incompletos en muchas ocasiones) y no por la concreción interpretativa de los mismos realizada por la legislación infraconstitucional (que, aún en el caso de admitirse que formara una costumbre constitucional, no vincularía al legislador estatutario) ni tampoco por la doctrina establecida por el TC en la medida que esta última sólo avalaría la constitucionalidad de una determinada interpretación pero no excluiría otras concreciones alternativas, admitiendo el objetivo de modificar con la reforma estatutaria el canon de la constitucionalidad a aplicar por el Tribunal en el futuro (2005b: 120-121; 2011: 387-396). Por otra parte, frente a la crítica de que dicha mutación se instrumentaría mediante una norma, el Estatuto, aprobada por una mayoría parlamentaria absoluta, menos cualificada que la exigida para reformar la Constitución, alega que puesto que los EEAA no participan de la rigidez de la Constitución y no tienen su fuerza pasiva, las interpretaciones introducidas por mayoría absoluta podrían ser modificadas en el futuro por esta misma mayoría.⁸

2. LA TESIS AFIRMATIVA: LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL MEDIANTE LA REFORMA ESTATUTARIA⁹

Frente a la posición anterior, se afirma que la propuesta de reforma estatutaria catalana supone una «auténtica mutación constitucional» que al no respetar el nivel competencial mínimo garantizado al Estado devendría ilegítima por implicar una violación o falseamiento constitucional. Modificar a través del Estatuto el «significado

⁸ Argumentación que no tiene en cuenta la rigidez del procedimiento de reforma de los EEAA cuya tramitación en las Cortes Generales requiere en todo caso de la previa aprobación de la reforma por mayoría cualificada por el Parlamento autonómico.

⁹ La exposición se limitará en este punto a algunos autores pero han defendido también que el EAC de 2006 implica una mutación constitucional SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2007: 308, 310) y PAREJO ALFONSO (2008: 866, 867). Éste último, además de señalar que el proceso de reformas estatutarias es materialmente constitucional por otorgar a los Estatutos un papel co-constituyente, señala en concreto que la «interiorización» del régimen local atribuyendo las competencias exclusivas en esta materia a la Generalitat tratando de limitar el alcance de la competencia legislativa básica estatal podría constituir una verdadera mutación constitucional (2009: 29-33, 95, 105), reiterando argumentos ya defendidos en 2006 (1-7, 23).

y alcance de determinadas disposiciones constitucionales» (limitando, por ejemplo, el alcance de las bases estatales) sin acudir al procedimiento de reforma constitucional supondría una redistribución del poder público que sería «materialmente una operación constituyente» inadmisiblemente mediante una Ley Orgánica aprobada por 176 Diputados por cuanto requeriría una reforma constitucional (TAJADURA, 2005: 71, 72, 78 y 79).

Se ha afirmado también que la pretensión del Estatuto catalán de incidir restrictivamente en la extensión de los títulos competenciales estatales atribuidos directamente por la Constitución implica «una reforma encubierta del Título VIII que sólo corresponde realizar al constituyente y a través del procedimiento de reforma constitucional» (ORTEGA, 2005: 14-25)¹⁰ alegándose que la pretensión de interpretar estatutariamente los conceptos constitucionales de competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas contraviene la doctrina de la STC 76/1983 que niega la constitucionalidad de las leyes ordinarias meramente interpretativas de la Constitución por cuanto suponen completar de hecho la obra del poder constituyente situándose funcionalmente en su mismo plano «cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos» (FJ 4).

Con la tramitación de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña en las Cortes Generales, la temática de la mutación constitucional irrumpió en el TC como se refleja en el ATC 85/2006 por el que se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra la tramitación de dicha propuesta por el procedimiento establecido para la reforma de los EEAA. Alegaban los recurrentes, en síntesis, que dicha propuesta implicaba una reforma constitucional encubierta mediante la cual el poder *estatuyente* se convertía deliberada y conscientemente en constituyente con lo cual, de prosperar, se produciría una mutación del texto constitucional de 1978.

De los cinco votos particulares formulados, cuatro (los de los magistrados Delgado Barrio, García Calvo, Rodríguez-Zapata y Rodríguez Arribas) se hicieron eco de esta denuncia de una reforma encubierta o fraudulenta de la Constitución por la vía de una mutación constitucional para, en términos generales, estimar que la importancia de la cuestión planteada - «la de mayor enjundia que se puede formular a un Tribunal Constitucional» (Rodríguez-Zapata)- hubiera justificado la admisión del recurso en contra del criterio mayoritario que llevó a la inadmisión por carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC]. El magistrado García Calvo fue más allá para afirmar explícitamente que «nos encontramos claramente ante una llamada ‘reforma estatutaria’ encubridora de la realidad de una mutación constitucional [...] [que] pretende de facto manifiestamente y en su propio texto rebasar la Constitución y cambiarla en materias esenciales y medulares (como son el Título preliminar y el Título I)», constituyendo esencialmente «una encubierta propuesta de reforma de la Constitución».

Una vez aprobado el Estatuto de Cataluña en 2006, MONREAL ha defendido que, pese a las modificaciones introducidas en el Congreso de los Diputados, «normas del actualmente vigente EAC modifican normas constitucionales sin que el texto de la Constitución haya experimentado cambio alguno y, con ello, [...] están en el origen de una auténtica mutación constitucional» (2007: 275). Según este autor, la configuración del modelo de Estado sobre el principio dispositivo exige que el consenso constitucio-

¹⁰ La tesis de ORTEGA es extensamente contraargumentada por VIVER, 2005: 102-116.

nal sobre el mismo se prolongue en la aprobación y reforma de los EEAA y la «asimetría de mayorías» exigidas para la aprobación de reformas estatutarias en el Congreso (mayoría absoluta) y en los Parlamentos autonómicos (mayorías cualificadas) «permite la quiebra del consenso en torno al modelo autonómico y el carácter de los EEAA como normas de desarrollo de la Constitución posibilita que a través de la reforma de aquellos se produzca la modificación de ésta. Posibilidad que se maximiza cuando partidos soberanistas integran el Gobierno de las nacionalidades históricas a la vez que la mayoría gubernamental en el Congreso» (273-275). MONREAL se muestra muy crítico con las tesis de VIVER rechazando sus presupuestos y señalando que lo que subyace a su argumentación es que «el orden constitucional de competencias puede alterarse si es el resultado del acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma» de tal manera que las normas estatutarias «desconstitucionalizarían las bases del art. 149.1 CE con objeto de *estatutizarlas*» incurriendo así en la «arrogancia estatutaria» (275-284) de situar los EEAA al mismo nivel que la Constitución y aprovechar que la mayoría exigida en el Congreso de los Diputados para la reforma estatutaria es menor que la requerida para la reforma constitucional (277, 280).

El consenso en la aprobación de las reformas estatutarias es visto por algunos autores como requisito de legitimidad de la mutación constitucional operada por la reforma estatutaria. En este sentido, GARCÍA ROCA señala que la posibilidad de desarrollar y concretar la Constitución mediante los EEAA es consustancial a la idea de bloque de constitucionalidad pero está sujeta a límites imprecisos como no ocupar el lugar de la reforma constitucional ni imponer generalizaciones a las restantes CCAA. El consenso sería, sin embargo, una exigencia necesaria para el funcionamiento de una Constitución estructuralmente abierta de tal manera que las reformas estatutarias requerirían el más amplio consenso posible. Las mutaciones constitucionales mediante las reformas estatutarias plantearían, en todo caso, dos problemas, la falta de seguridad jurídica en las cuestiones competenciales y, de mayor gravedad, «la pérdida de legitimidad que el proceso entraña porque no ha habido un pronunciamiento del pueblo español en su conjunto sobre la transformación del modelo» y a ello se uniría el riesgo de pérdida de normatividad de la Constitución por la mutación de los títulos competenciales en los nuevos EEAA y la inestabilidad de unas reglas competenciales carentes de la rigidez y legitimidad constitucionales (Encuesta, 2009: 24-28). Entiende, en todo caso, que se ha producido una mutación constitucional del contenido de la reserva estatutaria del artículo 147 CE que no prohíbe su ampliación voluntaria (62).

La falta de entendimiento entre los partidos mayoritarios¹¹ sería también, para SÁNCHEZ FERRIZ un elemento diferenciador de la mutación constitucional que habría dado paso a un nuevo Estado de las Autonomías, mutación que no habría contado con el alto nivel de consenso de las grandes reformas de la Transición ni con la participación de todas las CCAA como partes interesadas (2008: 24-28). La legitimidad de tal mutación requeriría una actuación concertada «del poder constituyente constituido y [...] los diversos poderes ‘estatuyentes’ (entre sí)» y, en todo caso, lo que podría comportar un fraude constitucional sería el cambio de un modelo federalizante a otro con elementos confederales que desbordaría el espíritu de la Constitución, siendo lo verdaderamente grave la falta de congruencia y de preordenación de dicho cambio (2009: 360-366).

¹¹ Para VIVER en el pronunciamiento de la STC 31/2010 subyacería la idea de que la Constitución habría cometido el «error» de no exigir una mayoría cualificada para la aprobación de las reformas estatutarias que garantizase la concurrencia necesaria de los dos grandes partidos de ámbito estatal (2011: 369, 370, 397).

3. UNA TESIS SINGULAR: EL ESTATUTO DE CATALUÑA COMO CORRECCIÓN DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MODELO ORIGINARIO

Entre los autores que aceptan la existencia de una mutación constitucional del modelo territorial se singulariza la posición de APARICIO (2010). Entiende este autor que el pacto constituyente reflejado en el texto constitucional originario de 1978 dio lugar a un modelo territorial mixto o híbrido con dos tipos de autonomía, política y administrativa. Sin embargo, mediante pactos políticos extraconstitucionales (los Acuerdos Autonómicos de 1981 y 1992) se habría producido en la práctica una mutación constitucional al generalizarse un modelo autonómico común y extenderse la autonomía política a territorios que no la tenían constitucionalmente reservada (59-78). Esta voluntad política homogeneizadora pervivió en la Ley del Proceso Autonómico,¹² tras eliminarse su naturaleza orgánica y su naturaleza de ley de armonización por el TC, y dio lugar a un cambio en el modelo de Estado originario produciéndose «una verdadera mutación de la Constitución territorial; es decir, un cambio de sentido en lo que se había proclamado en el texto de la Constitución sin modificación de su contenido literal» (76). El modelo resultante de esta mutación sería contestado por aquellas CCAA que habrían visto devaluada su posición constitucional diferenciada por desajustes entre sus pretensiones y esa Constitución territorial material resultante de la mutación (78) y, desde esa clave, el EAC sería un intento de acercarse al modelo constitucional original de estructura mixta basado en la diferenciación entre nacionalidades y regiones (56, 60 y 67-73).

III. PAISAJE DESPUÉS DE UNA SENTENCIA: LA VALORACIÓN DE LA STC 31/2010

La STC 31/2010 por la que se estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra el EAC ha dado lugar a una reformulación de las posiciones doctrinales. Cabe señalar, no obstante que, a diferencia del ATC 85/2006, en esta ocasión la institución de la mutación constitucional no fue invocada literalmente por los recurrentes ni se menciona como tal en la Sentencia, sin perjuicio de que implícitamente se encuentre presente en la controversia planteada ante el Tribunal, especialmente en los votos particulares¹³ que, en síntesis, vienen a detallar las determinaciones constitucionales que, a su juicio, habrían sido modificadas por el Estatuto eludiendo el procedimiento de reforma constitucional. En este sentido, es representativo el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata según el cual «el EAC se subroga en el papel del legislador constituyente y modifica la Constitución sin seguir los procedimientos arbitrados para su reforma» (apartado 4).

1. EL RECHAZO DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL

Para CANOSA, con esta Sentencia «la mutación constitucional que preludiaba la STC 247/2007, sustentada en una expansiva interpretación de la función constitucional de los Estatutos, se ha truncado» (Encuesta, 2010: 86). En efecto, este autor había sostenido con anterioridad (2008) que con la STC 247/2007 en la que se resolvían los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto de la Comunidad

¹² La Ley del Proceso Autonómico había sido ya calificada de mutación constitucional por CAÑO, (1997: 279 y 287-289)

¹³ Vid. al respecto ÁLVAREZ CONDE y TUR AUSINA, 2011. Para DE ESTEBAN, cuatro de los cinco votos particulares disidentes habrían actuado como «verdadero poder contramayoritario» frente a la doble mayoría de las Cortes Generales y del propio TC (2011: 182), comentando en particular el del magistrado Delgado Barrio (184-190).

Valenciana, el TC parecía estar preparando una mutación constitucional al sentar una nueva doctrina que anticipaba una previsible declaración de constitucionalidad del EAC. La STC 247/2007 declaró que los EEAA, al atribuir competencias a las CCAA, delimitaban también indirectamente y por efecto reflejo las del Estado (FFJJ 7 y 10) y habría asumido la tesis de la desconstitucionalización del Estado autonómico: «los EEAA pueden libremente asumir competencias, completando así el espacio que la propia Constitución ha dejado desconstitucionalizado, para lo que han de realizar una cierta operación interpretativa» (FJ 7) que no puede pretender ser una «interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución» sino la interpretación necesaria para dictar las normas de su ámbito competencial ejerciendo las competencias propias (FFJJ 8 y 10), todo ello con el límite de que la delimitación competencial así realizada no quebrante el art. 149.1 CE por desnaturalizar y hacer irreconocibles las competencias del Estado y no impida el despliegue de las competencias estatales (FJ 10).

Esta doctrina constitucional suponía que cada Estatuto podría determinar el alcance funcional de las competencias estatales dando lugar a un modelo distinto de distribución competencial en cada Comunidad Autónoma con el único límite de que el TC garantizase la reconocibilidad de las competencias estatales y su consagración supondría «una mutación constitucional en toda regla» (2008: 582) que a la postre la STC 31/2010 habría evitado apartándose de la misma (Encuesta, 2010: 15 y 85-86).

GARCÍA ROCA valora positivamente la Sentencia y señala, por su parte, que las reformas estatutarias pueden interpretar y desarrollar una Constitución abierta para adecuarla a nuevas realidades pero, siendo que un amplio consenso es necesario para desarrollar mediante acuerdos autonómicos el Título VIII, «no cabe hacer una ‘mutación’ global de la Constitución de todo el Estado en un único Estatuto».¹⁴ A su juicio, «las mutaciones constitucionales en el *Estatut* tenían una excesiva entidad, cualitativa y cuantitativa, invadían otras no menos constitucionales reservas (LOFCA, LOPJ, etc.), y, sobre todo, se topaban con fronteras derivadas de la lógica de la multilateralidad, imprescindible en la organización de cualquier Estado ordenamiento e inherente a la ‘competencia de competencias’. La mutación era a veces excesiva, topaba con la literalidad de algunas normas constitucionales y olvidaba que la específica relación de una Comunidad con el Estado no puede imponerse al resto de las Comunidades» (Encuesta, 2010: 27).

2. LA CRÍTICA DE LA SENTENCIA: LA QUIEBRA DEL PACTO CONSTITUCIONAL POR UN NUEVO PODER CONSTITUYENTE ¿UNA MUTACIÓN EN SENTIDO INVERSO?

Si la valoración favorable de la STC 31/2010 era esperable de quienes entendían que el Estatuto pretendía una mutación constitucional en la forma territorial de Estado,¹⁵ algunas de las críticas a la misma por parte de los autores favorables a la constitu-

¹⁴ En el mismo sentido ha afirmado posteriormente que «la Constitución de todos no se puede cambiar en un el Estatuto de una única Comunidad. Con las palabras de JELLINEK -y HSÚ DAU-LIN-, podríamos decir, que la mutación de la Constitución federal en la Constitución de los Estados es posible, pero no puede llegar tan lejos, y que no cabe comprender un Estatuto con la lógica del *fait accompli*, o de la ocupación del terreno (GARCÍA ROCA, 2011: 97).

¹⁵ Muy crítico con la sentencia se ha mostrado, sin embargo, DE ESTEBAN para quien el TC habría sido cómplice de las Cortes Generales y del Parlamento catalán para «ejercer de poder constituyente constituido, reformando la Constitución de manera encubierta, sin los trámites del artículo 167», remitiéndose al voto particular del magistrado Delgado Barrio para señalar que eso es lo que ha ocurrido en materia de justicia, derechos y reforma del Estatuto y concluyendo que una Constitución normativa ha mutado en nominal por ruptura del consenso en decisiones fundamentales (2011: 189-191).

cionalidad del EAC se han formulado en términos argumentales que, implícitamente, imputan al Tribunal Constitucional una mutación en sentido inverso.

Parten estas posiciones de que en la Sentencia sobre el Estatuto el TC habría alterado -o, cuanto menos, ignorado- la doctrina establecida en la STC 247/2007 acerca de la especial naturaleza jurídica del Estatuto y de su función constitucional. De esta manera, se habrían desactivado las pretensiones estatutarias de delimitar las competencias estatales como garantía de indemnidad de las competencias propias. Los EEAA quedarían así devaluados (ALBERTÍ, 2010: 17) o degradados (VINTRO, 2010: 67) por cuanto su consideración como normas con funciones materialmente constitucionales sólo tendría un alcance puramente doctrinal o académico y su posición sería esencialmente la misma que la de las Leyes Orgánicas, perdiendo toda virtualidad dentro del bloque de la constitucionalidad para completar la indefinición constitucional sobre la delimitación competencial.

Se frustraría así uno de los objetivos confesos de la reforma estatutaria: obligar al TC a revisar su jurisprudencia sobre la distribución de competencias al modificar el Estatuto de tal manera que el Tribunal quedara vinculado por la nueva delimitación competencial realizada por el Estatuto al determinar el alcance material y funcional de las competencias (TORNOS en ALBERTÍ et al., 2010: 36). Se rechaza así en la Sentencia que el Estatuto pueda condicionar al Tribunal en la delimitación de competencias por cuanto la definición de las categorías y conceptos constitucionales corresponde exclusivamente al TC utilizando como único parámetro de constitucionalidad la Constitución y su propia jurisprudencia (BAYONA, 2010: 2; y CARRILLO, 2010: 272).

A juicio de estos autores, el Tribunal se habría erigido como un «nuevo poder constituyente» (BARCELÓ, 2010: 4) al autocalificarse como «poder constituyente prorrogado o sobrevenido» al que correspondería en exclusiva la definición única, auténtica e indiscutible de las categorías constitucionales. Sólo a él como intérprete supremo competiría adaptar la Constitución a las circunstancias históricas en defecto de reforma constitucional expresa, «única puerta que el Tribunal deja abierta para el cambio de modelo autonómico» (CASTELLÀ en ALBERTÍ et al., 2010: 90).

Finalmente, se afirma que el Tribunal habría desconocido una premisa implícita en el pacto constituyente: el valor del Estatuto como pacto político que lo situaría como norma intermedia que completa la Constitución en un plano más próximo al constituyente que al legislador constituido (BAYONA, 2010: 73; ALBERTÍ, 2010: 85). Por su parte, PÉREZ ROYO considera que la STC 31/2010 ha mutilado la Constitución quebrando lo esencial del pacto constituyente originario en virtud del cual los EEAA del art. 151 son resultado de un pacto político entre las Cortes Generales y el Parlamento autonómico cuyo control de constitucionalidad corresponde a las Cortes Generales sin que el TC pueda intervenir en la definición del contenido del pacto correspondiéndole únicamente la interpretación posterior del mismo (2011: 143, 145).

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E. (2010). «Concepto y función del Estatuto de Autonomía ante la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en: *Revista Catalana de Dret Públic* (1), 81-85.

ALBERTÍ ROVIRA, E., APARICIO PÉREZ, M. A., ARBÓS I MARÍN, X., BARCELÓ, M., FERRET I JACAS, J., TORNOS MAS, J., VINTRÓ I CASTELLS, J., y VIVER I PI-SUNYER, C. (2010). «Valoración general de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional», en: *Revista Catalana de Dret Públic* (1), 9-68.

ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R. (2011). «El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la STC 31/2010», en: *Teoría y Realidad Constitucional* (27), 315-343.

APARICIO PÉREZ, M. A. (2010). «Reforma estatutaria y mutación constitucional», en: *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autónomo de Vasconia* (7), 55-98.

ARAGÓN REYES, M. (2006). «La construcción del Estado Autónomo», en: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (54), 75-95.

BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (2010). «La doctrina de la Sentencia 31/2010 sobre la definición estatutaria de las categorías competenciales», en: *Revista Catalana de Dret Públic* (1), 251-257.

BAYONA I ROCAMORA, A. y FERRERES COMELLA, V. (2010). «El Tribunal Constitucional ante el Estatuto: La competencia del Tribunal Constitucional (composición, recusaciones). El papel de la justicia constitucional», en: *Revista Catalana de Dret Públic* (1), 69-78.

BLANCO VALDÉS, R. L. (2005). *Nacionalidades históricas y regiones sin historia: A propósito de la obsesión «ruritana»* (1.ª ed.). Madrid: Alianza Editorial.

CANOSA USERA, R. (2008). «Preparando una mutación constitucional: Comentario a la STC 247/2007», en: *Teoría y Realidad Constitucional* (22), 569-583.

CRUZ VILLALÓN, P. (2006a). *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución* (2.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CRUZ VILLALÓN, P. (2006b). «La reforma del Estado de las Autonomías», en: *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* (2), 77-100.

«Encuesta sobre la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña» (2011), en: *Teoría y Realidad Constitucional* (27), 11-129.

«Encuesta sobre el Estado Autónomo» (2009), en: *Teoría y Realidad Constitucional* (24), 11-105.

ESTEBAN ALONSO, J. DE. (2011). «De Constitución normativa a nominal», en: *Teoría y Realidad Constitucional* (27), 177-195.

GARCÍA ROCA, F. J. (2011). «El intérprete supremo de la constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: O la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en: *Revista Catalana de Dret Públic* (43), 87-120.

HESSE, K., y CRUZ VILLALÓN, P. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional: Selección* (1.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HSÜ, D. (1998). *Mutación de la constitución* (1.ª ed.). Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.

JELLINEK, G. y LUCAS VERDÚ, P. (1991). *Reforma y mutación de la constitución* (1.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

LOEWENSTEIN, K. y GALLEGRO ANABITARTE, A. (1965). *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel.

MONREAL FERRER, A. L. (2007): «*Estado de las Autonomías, reformas estatutarias y mutación constitucional*» en: Álvarez Conde, E. (coord). *El futuro del modelo de Estado* (1ª Ed., PP. 267-291). Madrid: Instituto Madrileño de Administración Pública

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2005). «La redefinición por los Estatutos de Autonomía de la distribución territorial del poder contemplado en la Constitución», en: *La reforma del Estado Autonomico* (1.ª ed., pp. 11-30). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PAREJO ALFONSO, L. J. (2006). «La organización territorial del estado: ¿proceso a continuar u obra a culminar?», en: *Revista General de Derecho Administrativo* (12), www.iustel.com.

PAREJO ALFONSO, L. J. (2008). «Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea», en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* (1.ª ed., pp. 853-908) Dykinson.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2008). «El Estado de las Autonomías antes y después de 2006», en: *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms* (51), 14-35.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2009). «Los nuevos Estatutos de Autonomía en busca de una forma de Estado: Entre el Estado federal y la enésima repetición de la máxima de Lampedusa», en: *Teoría y Realidad Constitucional* (24), 359-381.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (2007). «Reforma, mutación y... quiebra constitucional», en: *Teoría y Realidad Constitucional* (19), 295-310.

SÁNCHEZ URRUTIA, A. V. (2000). «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: Una aproximación al origen del concepto», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (58), 105-135.

SEVILLA SEGURA, J., VIDAL BELTRÁN, J. M., y ELÍAS MÉNDEZ, C. (2009). *Vertebrando España: El Estado Autonomico* (1.ª ed.) Madrid: Biblioteca Nueva. Fundación Ortega y Gasset.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1991). «Estado Autonomico y Tribunal Constitucional», en: *Revista de Estudios Políticos* (73), 35-56.

TAJADURA TEJADA, J. (2000). «La cláusula de supletoriedad en la jurisprudencia constitucional», en: *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria* (56), 297-331.

TAJADURA TEJADA, J. (2005). «La reforma del Estatuto de Cataluña: Propuesta y límites», en: VIVER I PI-SUNYER, C., BALAGUER CALLEJÓN, F., y TAJADURA TEJADA, J. *La reforma de los Estatutos de Autonomía Con especial referencia al caso de Cataluña* (1.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

TORNOS MAS, J. (2010). «El Estatuto como norma jurídica», en: *Revista Catalana de Dret Públic* (1), 96-100.

VEGA GARCÍA, P. DE. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (1.ª ed.). Madrid: Tecnos.

VIVER I PI-SUNYER, C. (2005). «En defensa dels Estatuts d'Autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídica-coconstitucional», en: *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* (1), 97-130.

VIVER I PI-SUNYER, C. (2011). «El Tribunal Constitucional, ¿«sempre, només... i indiscutible»? La funció constitucional dels Estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010», en: *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* (12), 363-402.

VIVER I PI-SUNYER, C. (2005). «La reforma de los Estatutos de Autonomía», en VIVER I PI-SUNYER, C., BALAGUER CALLEJÓN, F., y TAJADURA TEJADA, J. (2005). *La reforma de los Estatutos de Autonomía: Con especial referencia al caso de Cataluña* (1.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LES FEMMES RURALES, DROIT ET RÉALITÉ

(LE CAS DU MAROC)*

FATIHA SAHLI
HABIBA BELGITI
SAID AGHRIB

**Belgiti Habiba*, docteur en droit et chercheuse, professeur *Fatiha Sahli* et professeur *Said Aghrib*, Faculté de Droit, Laboratoire de recherches sur la coopération internationale pour le développement, URAC-59, Université Cadi Ayyad-Maroc.

INTRODUCTION

Le droit étant par définition un ensemble de normes dont l'objectif est la régulation des rapports sociaux entre les individus dans la société, son rôle est prépondérant en tant que norme de référence. Il ne peut être neutre et ses répercussions sont différentes selon un certain nombre de critères dont notamment le sexe de la personne sujette de droit ainsi que l'aire d'appartenance géographique et sociale.

Au regard de la situation des femmes rurales, quasiment identique un peu partout dans le monde et particulièrement critique dans les pays dits en voie de développement dont le Maroc continue de faire partie, tout juriste ne peut qu'être interpellé à interroger le droit à travers son rôle dans la perpétuation et/ou au contraire dans la reconstruction des identités sociales

On s'interroge en effet sur le rôle du droit dans la garantie et la protection effective de tous les droits fondamentaux des femmes rurales tout en sachant que l'analyse des statistiques officielles présentées par les organismes internationaux œuvrant dans le domaine (FAO, PNUD, BM...) montre qu'en 2010 près de 50% de la population totale mondiale est constituée par la population rurale. La majeure partie de cette population est concentrée dans les pays du tiers monde (70% de cette population appartient aux Pays les Moins Avancés, PMA).¹ De plus, les femmes rurales ne constituent pas un groupe homogène. Et comme le précise plusieurs auteurs dont Bruno Etienne, «il est difficile de parler de population rurale mais plutôt de groupes ruraux ou de catégories rurales diversifiées dont les conditions et les intérêts varient».²

Les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme sont censés œuvrer pour une garantie et une protection universelle des droits humains. Au fil du temps, ces instruments internationaux se sont concentrés et spécialisés de plus en plus dans les problèmes à traiter ainsi que sur les groupes sociaux qui ont besoin de leur protection. La législation relative aux droits de l'homme n'a donc cessé de développer et d'expliquer les droits fondamentaux qui figurent dans la Charte internationale des droits de l'homme. Et comme l'affirme VALTICOS, «qu'il en va de soi, puisque les conditions de vie, les conceptions et les aspirations humaines se modifient, le contenu des droits de l'homme ne peut qu'évoluer en conséquence».³

Ainsi, dans ce cheminement de spécialisation des instruments juridiques, est apparue la nécessité d'adopter un instrument juridique spécifique aux femmes, en l'occurrence la CEDEF.⁴

¹ Banque Mondiale, *Agriculture et développement rural*, données officielles, <http://donnees.banquemondiale.org/themes/agriculture-et-developpement-rural>, consulté en Juin 2012.

² ETIENNE Bruno, *la paysannerie dans le discours et la pratique*, Annuaire de l'Afrique du Nord, 1975, p 9.

³ VALTICOS. N, *La notion de droit de l'homme en droit international*, in Mél. à M. VIRALLY, Pedone, Paris, 1991, p. 486.

⁴ La Convention a marqué l'aboutissement de plus de 30 années de travail de la Commission de la condition de la femme, organe fondé en 1946 par les NU pour examiner la situation des Femmes.

Voir F.Sahli : « Mujeres rurales : perspectiva internacional » in *El desarrollo de la Mujer en el ámbito rural , experiencia comparada maroco-espanola*, REMALD, Collection « Thèmes actuels », N° 79, 2012, pp.181-185.

Cette convention a une importance notoire et est devenu un instrument de référence incontournable en termes de droits des femmes rurales puisque l'article 14 concerne expressément cette catégorie de femmes. Juridiquement parlant, à l'échelle internationale, il s'agit du seul et unique article de droit qui vise expressément les femmes rurales.

Ainsi, et étant donné l'importance de cet instrument dans l'édification de la conjoncture juridique concernant le droit des femmes en général et des femmes rurales en particulier, nous lui consacrons la première partie de cet article.

I - LA CONVENTION SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES (CEDEF), UN INSTRUMENT JURIDIQUE FONDAMENTAL EN FAVEUR DES FEMMES RURALES

PARAGRAPHE 1 : PORTÉE JURIDIQUE

Instrument juridiquement contraignant, sa ratification engage chaque gouvernement à inscrire dans le droit national le principe d'égalité homme-femme puisque les traités internationaux relatifs aux droits humains peuvent, après ratification ou adhésion, devenir une source de droit interne. Ainsi la CEDEF peut être utilisée dans les tribunaux nationaux des pays l'ayant ratifiée.

En outre, et dans le but de garantir et de promouvoir la mise en œuvre de cette convention, un Protocole facultatif (PF-CEDEF) à la CEDEF a vu le jour en 1999. Contrairement à la Convention, ce Protocole, n'admet aucune réserve des États lors de leur ratification du texte.

Après son entrée en vigueur en décembre 2000, le PF-CEDEF⁵ a placé la Convention sur un pied d'égalité avec d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et qui comprennent des procédures de plaintes individuelles. Il permet aux femmes victimes de discriminations sexospécifiques de porter plainte, individuellement ou collectivement, auprès du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

Il encourage également les États parties à identifier et à abroger les lois et les politiques discriminatoires et à appliquer intégralement les dispositions de la Convention CEDEF. Il est donc censé contribuer à renforcer l'application de la Convention elle-même, à développer la jurisprudence des droits des femmes en affinant la compréhension des normes et en créant une préséance, qui garantirait à long terme la promotion et l'évolution des droits humains de toutes les femmes.

Lorsque les États acceptent d'être liés par la Convention CEDEF et le PF-CEDEF,⁶ ils assument des obligations juridiques pour remédier aux violations des droits consacrés par la Convention. Toutefois, il convient de noter que le Comité CEDEF n'est pas un organe judiciaire et son avis n'est qu'une recommandation.

⁵ Résolution de l'AG : A/RES/54/4.

⁶ Ainsi, le protocole additionnel de la CEDEF stipule à l'Article 1 : Tout Etat Partie au présent Protocole («l'Etat Partie») reconnaît la compétence du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes («le Comité») en ce qui concerne la réception et l'examen de communications soumises en application de l'article 2 et à l'Article 2 : Des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat Partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet Etat Partie d'un des droits énoncés dans la Convention. Une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou groupes de particuliers qu'avec leur consentement, à moins que l'auteur ne puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement.

Ceci dit, les juristes et les experts des droits humains des Nations unies s'accordent à dire que ces recommandations, bien que n'étant pas exécutoires dans la juridiction des États parties, font néanmoins autorité et ont un caractère persuasif et que, par conséquent, elles imposent aux États l'obligation de les appliquer.⁷

Une recommandation formulée par le Comité CEDEF signifie la reconnaissance par une instance internationale qu'un Etat Partie n'a pas été en mesure de s'acquitter de ses obligations découlant des instruments internationaux des droits humains. En tant que telle, elle peut avoir du poids et être utilisée dans les juridictions et mécanismes nationaux.

Par ailleurs, la reconnaissance publique -tant sur le plan international que national- des violations des droits humains des femmes qui ont lieu sous la juridiction d'un État Partie peut souvent être un moyen utile de sensibiliser et de mobiliser la société civile afin qu'elle revendique à partir du pays même les droits que l'État s'est engagé à respecter.

La nature des droits consacrés par cet instrument confirme un processus continu de spécification et de précision des instruments normatifs à l'égard des droits des femmes.

Ainsi, la CEDEF établit la nécessité de promouvoir l'égalité réelle entre les hommes et les femmes dans tous les domaines qu'elle prend soin de préciser et de détailler.

Non seulement, elle reprend le principe juridique de non discrimination fondée sur le sexe qui figure dans tous les grands instruments qui constituent le noyau des droits humains à l'échelle internationale, mais elle appréhende également toutes les autres normes concernant les femmes ou ayant une importance particulière et leur donne une dimension beaucoup plus globale.

D'après cette convention, on entend par discrimination «toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine».⁸

PARAGRAPHE 2 - INCLUSION DE LA DIMENSION RURALE DANS LES DISPOSITIONS DU DROIT INTERNATIONAL, UNE APPROCHE MULTISECTORIELLE

L'adoption de la CEDEF se situe à un moment de profonde réflexion et de remise en question pour beaucoup d'acteurs et de théoriciens du développement.

Face à la crise de la dette cumulée par plusieurs pays en développement, ainsi qu'à la dégradation de l'environnement à l'échelle planétaire, une réévaluation des politiques et stratégies de développement commence à considérer qu'il serait important d'envisager le développement d'une toute autre manière.

On assiste alors à l'intégration du terme développement durable, mais aussi, de manière contradictoire, à l'ouverture des marchés, à l'augmentation des exportations, à l'application des programmes d'ajustement structurels, etc.

Dans une approche purement économique en rapport avec la théorie de la modernisation, dominante à l'époque, les NU et les grandes agences économiques voient dans l'engagement des femmes une façon de mettre en œuvre de nouvelles stratégies de développement. L'amélioration de la productivité des femmes devient alors un des

⁷ IWRAP, International of Women Rights Action Watch, (ONG), *Nos droits ne sont pas facultatifs ! Plaidoyer pour l'application de la CEDEF grâce à son Protocole facultatif*, IWRAP Asia Pacific, Malaisie, 2008.

⁸ la CEDEF, Article premier.

buts du développement traditionnel. En 1976, les NU créent l'UNIFEM, un Fond de développement réservé aux femmes. Selon plusieurs auteurs, c'est à partir de cette période que le féminisme du Sud a pris son envol.

Le féminisme du Sud influera positivement les réflexions concernant non seulement les droits des femmes, mais aussi celles en rapport avec les approches de développement. En effet, alors qu'au Nord, les réflexions étaient surtout axées sur les dimensions économiques, celles du Sud s'alliaient autour de problèmes sociaux et politiques (accès à la terre, à l'eau, défense des droits humains).

L'hétérogénéité de la gent féminine apparaît alors en surface. Non seulement les besoins des femmes du Nord sont distincts de ceux des femmes du Sud, mais en plus, au sein de chacun de ces « groupes », les conditions des femmes vivant en milieu urbain diffèrent de celles des femmes vivant dans les zones rurales.

Par contre, poursuivant le processus de spécialisation du droit, un intérêt particulier est porté aux femmes rurales quelle que soit leur situation géographique.

En effet, les femmes rurales sont sujettes, en plus des discriminations générales communes à toutes les femmes, à des discriminations spécifiques. Bien qu'elles jouent souvent un rôle vital dans la survie économique de leur famille et de leur communauté, il est rare que leur contribution soit reconnue et il arrive souvent qu'elles soient privées des fruits de leur travail ou des avantages du processus de développement.

L'article 14 cherche donc à corriger cet état de fait en obligeant les États parties à prendre les mesures nécessaires pour que ces femmes jouissent des droits inscrits dans la Convention.

En fait, il s'agit du premier instrument à avoir explicitement exprimé la nécessité de prendre en considération les besoins des femmes vivant dans le monde rural au vu de l'importance des rôles qu'elles assument dans la communauté. L'article 14 leur est intégralement dédié.⁹

Ainsi, selon cette convention, il convient de tenir compte des problèmes particuliers qui se posent aux femmes rurales, puisqu'elles jouent *un rôle important dans la survie économique de leurs familles, notamment par leur travail dans les secteurs non monétaires de l'économie* (article 14-alinéa 1). En outre, elle sollicite les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour assurer l'application des dispositions de la Convention aux femmes des zones rurales qui, comme nous l'avons signalé, sont sujettes à plus de discrimination notamment dans les pays en développement, où elles sont exclues de la quasi totalité des sphères.

Juridiquement parlant, à l'époque, la femme était considérée dans beaucoup de pays comme mineure et était toujours sous tutelle. Actuellement, il est vrai que la plupart des législations dont celle du Maroc, lui reconnaissent un statut juridique quasi identique à celui de l'homme. L'apport des instruments juridiques internationaux, dont la CEDEF, est sans doute incontestable à ce niveau.

Cependant, dans la plupart des milieux ruraux, l'influence des coutumes et traditions est telle que dans la pratique, les lois sont reléguées au second plan et le statut juridique légal n'a aucun impact sur le statut réel de la femme dans la société.

Économiquement parlant, la quasi-totalité du travail qu'elle exerce appartient à la sphère domestique et est donc non rémunéré, non valorisé et non comptabilisé. Ce qu'elle produit n'a pas de valeur marchande, n'est généralement pas commercialisé et

⁹ Voir l'article 14 de la CEDEF.

même lorsqu'il l'est, le père, le conjoint ou le frère s'accapare du bénéfice recueilli. Elle n'a pas accès à la terre, et là encore même lorsque la loi coutumière ou autre lui garantit ce droit, c'est à un proche de sexe masculin que reviennent les intrants.

Socialement parlant, elle est généralement analphabète, sans formation, n'a pas accès aux services de base d'éducation, de formation et de santé.

Enfin, elle n'a généralement pas de place dans la gestion des affaires du village, ni dans les instances de prise de décision de celui-ci et encore moins dans celles du pays.

Pour toutes ces raisons, et parce que les femmes rurales subissent la discrimination dans tous les domaines de la vie, l'approche de la CEDEF en ce qui concerne les femmes rurales est multisectorielle.

Ainsi, l'article 14 prend soin de rappeler aux Etats parties l'obligation d'application des dispositions de la convention aux femmes des zones rurales avant d'énoncer, dans un second paragraphe constitué de huit alinéa les droits supplémentaires à assurer afin d'assurer sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, leur participation au développement rural et à ses avantages.

En vertu de cet article, les États doivent faire en sorte que les femmes de milieu rural participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des plans de développement. Les projets de développement doivent répondre aux attentes des femmes, ainsi qu'à leurs besoins et exigences spécifiques. Ils doivent assurer aux femmes de milieu rural l'accès à des services de santé adéquats, y compris l'information, les conseils et les services appropriés en matière de planification des naissances ; ces femmes doivent aussi pouvoir bénéficier directement des programmes de sécurité sociale.

La Convention insiste aussi sur leur droit à l'éducation et à la formation, en particulier à l'alphabétisation fonctionnelle, ainsi que leur droit à l'égalité des chances sur le plan économique, par l'entremise de l'emploi salarié, du travail autonome, du crédit ou des prêts agricoles.

D'autre part, elles doivent également avoir accès aux circuits et technologies de mise en marché et bénéficier de l'égalité de traitement dans les réformes agraires et les plans d'aménagement rural.

Enfin, pour lutter contre l'isolement dont elles souffrent souvent, les États sont tenus de leur assurer des conditions de vie : logement, services sanitaires, électricité et eau, transport et communication.

On remarque donc, que la plupart des aspects de la vie des femmes rurales sont abordés, même si c'est de façon assez générale. Il n'est donc plus question uniquement de chercher à intégrer celles-ci dans le développement afin d'améliorer leur productivité, mais il importe aussi d'assurer à ces femmes un minimum de bien être social et économique afin de leur garantir une certaine équité sociale.

Cependant, et en dépit des différentes recommandations émanant de diverses instances et organismes et comités en faveur de la lecture des dispositions de la CEDEF à la lumière du genre, la mise en œuvre de celle-ci, renferme un certain nombre de limites et de difficultés.

PARAGRAPHE 3 - DIFFICULTÉS DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIONS DE LA CEDEF CONCERNANT LA PROMOTION DES FEMMES RURALES

Durant trois décennies, La situation et la condition des femmes rurales n'ont pas été à la hauteur des engagements pris par les Etats signataires de la CEDEF et qui constituent aujourd'hui plus de 95% des Etats membres de l'ONU.

Régulièrement, des statistiques et des rapports alarmants concernant la dégradation croissante des conditions de vie des femmes rurales sont établis et publiés par plusieurs agences Onusiennes ou non, gouvernementales et non gouvernementales. Ces données sont plus que révélatrices des limites de la CEDEF, en tant qu'instrument juridique fondamental ayant pour objectif d'opérer un changement véritable dans la vie quotidienne des femmes.

Ainsi, on peut citer par exemple, le guide élaboré par la FAO en 2005. Presque vingt cinq ans après l'entrée en vigueur de la convention, le département économique et social de la FAO a élaboré un guide sur l'article 14 de la CEDEF dans lequel il énumère les principaux cas où l'on rencontre la discrimination à l'égard des femmes rurales.¹⁰ Paradoxalement, ce guide reprend la quasi-totalité des domaines traités auparavant par la CEDEF (accès à la terre en faveur des hommes, Tutelle maritale, discrimination quant à l'accès aux possibilités d'instruction ; droit à la parole limité ou tout simplement nié...). Ceci constitue une preuve que les obstacles d'il y a presque trois décennies continuent de persister.

A titre d'exemple, nous pouvons relater les difficultés liées à l'application de la CEDEF au Maroc à travers le rapport périodique remis au comité CEDEF.¹¹ En Septembre 2006, le Maroc a remis au Comité CEDEF son rapport unique, valant troisième et quatrième rapports périodiques dans lequel il présente ses réalisations en matière des droits des femmes au regard de la CEDEF. Dans leurs observations finales rendues le 8 avril 2008, les experts du Comité CEDEF ont relevé un certain nombre de points suscitant leur préoccupation.

Parmi ces points, on peut citer qu'en ce qui concerne la femme rurale, le Comité constate avec inquiétude que les taux d'analphabétisme demeurent très élevés chez les femmes et les filles, notamment en milieu rural, ce qui constitue un net indice de discrimination indirecte aux termes de l'article 10 de la Convention. Il note avec préoccupation le taux élevé d'abandon scolaire parmi les filles ainsi que les difficultés de scolarisation auxquelles se heurtent celles qui sont employées de maison.

De plus, Le Comité s'inquiète tout particulièrement de la situation des femmes rurales, de leur faible participation aux processus de prise de décisions et de leurs difficultés d'accès aux soins de santé, aux services publics, à l'éducation, à la justice, à l'eau et à l'électricité, qui font gravement obstacle à la réalisation de leurs droits sociaux, économiques et culturels.

D'autre part, le Comité s'inquiète du taux élevé de mortalité infantile et maternelle dans l'État partie, de l'accès limité aux services de santé et de planification familiale. Bien que ne mentionnant pas expressément les femmes rurales dans cette remarque,

¹⁰ FAO, *Guide pour élaborer le rapport sur l'article 14 de la CEDEF*, Département économique et social de la FAO, Rome, 2005. Ce guide est en premier lieu destiné aux Ministères de l'agriculture, mais aussi à d'autres Ministères. <http://www.fao.org/> consulté en Septembre 2012.

¹¹ *Troisième et quatrième Rapports périodiques du Maroc relatifs à la mise en œuvre de la CEDEF*, SEFEPH, Maroc, 2006.

il est évident que l'insuffisance en infrastructure et en services de santé est beaucoup plus marquée dans le monde rural.

*En dernier lieu, le Comité souligne l'absence de données sur la situation de facto des femmes rurales.*¹²

Le bilan pour les femmes rurales du Maroc est donc mitigé puisque les préoccupations du Comité concernent la quasi-totalité des droits consacrés par l'article 14.

Cette situation se retrouve dans la plupart des pays en développement. Elle n'est donc pas particulière au Maroc et une lecture des rapports d'autres pays montre des situations semblables voire plus graves dans certains pays d'Afrique de l'Ouest ou d'Amérique latine.

Nous pensons que les causes sont multiples et variées. Mais en ce qui concerne la mise en œuvre de la CEDEF dans le monde rural, trois hypothèses concernant les contraintes majeures nous semblent importantes à relever.

La première concerne la possibilité pour les Etats membres d'émettre des réserves. Selon certains auteurs, cette faculté offerte par ce texte vide la convention de sa portée. Nous pensons que cela dépend surtout des articles sujets de réserves.

Ainsi, en ce qui concerne le Maroc, celui-ci avait émis des réserves concernant notamment les articles 9 et 16 mais, à notre sens, celles-ci n'ont pas eu d'impact majeur sur la mise en œuvre des dispositions concernant les femmes rurales puisqu'à leur niveau ce sont surtout les droits économiques, sociaux et culturels qui posent problème. En outre, la récente levée de ces réserves par le Maroc sera sans grande incidence sur la réalisation du reste des droits des femmes rurales consacrés par la CEDEF.

La seconde contrainte importante est le caractère qualifié de «programmatoire» de ces droits qui rend l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour non respect de ces droits difficile voire impossible. Certes cette dénomination ne fait pas l'unanimité des juristes mais devant la difficulté à mettre en œuvre les droits sociaux et économiques, cette qualification est de plus en plus admise.

Ces droits sont qualifiés ainsi parce que leur réalisation se fait à travers le temps et est censée tenir compte de l'inégalité de développement économique des Etats à l'époque de l'adoption des textes les consacrant. Certes, ce caractère programmatore n'entache pas pour autant leur juridicité. Ce n'est pas parce qu'ils sont dits programmatoires qu'ils ne sont pas juridiques. Découlant d'instruments juridiques internationaux, les Etats se doivent de les exécuter de bonne foi. S'il faut faire le bilan de ces engagements pris il y a cinquante ans, on ne peut que soutenir que les Etats n'exécutent pas de bonne foi des engagements valablement pris, ce qui est contraire au droit international et susceptible d'engager la responsabilité internationale des Etats.¹³

Or, contrairement aux droits civils et politiques, la justiciabilité des droits sociaux, économiques et culturels - repris par la CEDEF- ne fait toujours pas l'unanimité des juristes et encore moins des politiciens.¹⁴ Actuellement, la responsabilité de l'Etat pour

¹² - *Le genre dans les États et gouvernements membres: Lacunes dans la mise en œuvre de la CEDEF au Maroc, (Etude)*, Organisation Internationale de la Francophonie. <http://genre.francophonie.org>, consulté le 03/03/2012.

¹³ - OSSETE OKOYA Gilles Carson, *Pauvreté et droit international, recherche sur la définition du statut juridique de la pauvreté*, Thèse en droit public, faculté de droit et de science politique Université de Reims Champagne Ardenne, 2009, p 297.

¹⁴ - GROSBN Sophie, *L'instrumentalisation des débats en droit international autour de la particularité des droits sociaux*, Article très intéressant, paru le lundi 19 mars 2012 à la revue électronique: <http://www.Raison-publique.fr>, consulté le 29 Mars 2012.

fait de non respect des droits sociaux reste difficilement envisageable malgré tout l'arsenal juridique disponible ne la matière.

C'est ce qui explique, en partie, l'effet juridique limité des engagements de l'Etat relatifs à l'amélioration des conditions de vie des femmes rurales.

Enfin, une dernière contrainte qui nous semble freiner sensiblement la mise en œuvre de ces dispositions concerne la limite des mécanismes de suivi de la convention. Ainsi, bien que juridiquement contraignante et munie de dispositifs et de mécanismes juridiques de mise en œuvre (le comité et le protocole), l'exécution des réparations et des recommandations par les États Parties dépendra à bien des égards du dialogue permanent et de la persuasion plutôt que d'instructions strictes. En effet, la mise en œuvre des décisions et des avis du Comité est tributaire de la volonté politique de l'Etat à collaborer avec les citoyens et la communauté internationale afin de réaliser les droits humains des femmes.

Si on ajoute à cela, la situation générale d'analphabétisme, de manque d'infrastructure et de moyens financiers dont pâtissent les femmes rurales, notamment dans les pays en voie de développement, il est difficile d'imaginer ces femmes rurales tenter une action en justice contre leur État pour quelque préjudice que ce soit.

La mise en œuvre du PF- CDEF est dès lors compromise en milieu rural et nous ne pensons pas que son entrée en vigueur soit vraiment synonyme de changement réel pour la condition de ces femmes. Ainsi, sans une revendication intense et efficace de ces droits et une mobilisation massive en leur faveur, même la ratification du PFCE-DEF par les Etats n'entraînera aucun changement majeur car ce n'est qu'une procédure de «dernier recours».¹⁵

II - LA CONDITION DES FEMMES RURALES AU MAROC, UNE DISCRIMINATION PERSISTANTE

PARAGRAPHE 1 - CATÉGORISATION SEXUELLE DU TRAVAIL DE LA FEMME RURALE

Au Maroc, à l'instar de la quasi-totalité des sociétés du monde, la contribution des hommes et des femmes au bien être économique et social de la population n'est pas valorisé de la même manière. Les femmes rurales s'activent aux côtés des hommes au développement et au bien être de leurs familles et de leurs campagne.

Or, contrairement à l'homme pour lequel la sphère d'activité est bien délimitée et circonscrite aux travaux directement générateurs de revenus à dominante agricole mais aussi commerciale ou salariale, la sphère ou l'espace au sein duquel la femme s'active est bien plus large. Ainsi, cet espace d'activité féminine englobe celui de l'homme de sexe masculin et y ajoute l'espace dénommé privé ou domestique.

En effet, dans beaucoup de régions du Maroc, les femmes rurales piétinent voire intègrent entièrement l'espace supposé réservé aux hommes en participant à toutes les étapes de production agricole. Elles retournent la terre, sèment, plantent, participent à la récolte ou à la cueillette et certaines même à la commercialisation des produits agricoles mais sans forcément avoir le droit de jouir de ces revenus.

L'anthropologue F.Héritier note qu'en ce qui concerne le travail, il existe une « valence différentielle » des sexes, c'est à dire que les tâches féminines, le féminin en

¹⁵ - IWRRAW, Nos droits ne sont pas facultatifs,..., op cité.

général, est moins valorisé, moins reconnu que les tâches masculines, et tout ce qui se rapporte au masculin.¹⁶

Nous pouvons donc valablement affirmer que la catégorisation du travail n'est pas tant fonction de la nature des tâches accomplies ou de l'espace où celles-ci sont accomplies mais surtout fonction du sexe de la *personne* qui les effectue. C'est ce qui explique, en partie, la dévalorisation du travail ménager et familial effectué quasi exclusivement par les femmes, bien que celui-ci représente une réelle production de la force de travail qui permet de perpétuer la production des richesses économiques.

Pour toutes ces raisons, *nous préférons l'utilisation du terme catégorisation à celui de division*¹⁷ *puisque les limites spatiales et temporelles entre le travail féminin et masculin en milieu rural sont d'une part unilatérales et d'autre part tributaires de critères de genre bien déterminés.*

Il s'en suit qu'un même travail sera classé dans la catégorie du productif ou du reproductif (domestique), en fonction non pas de la nature du travail effectué mais du sexe de la personne qui l'accomplit.

Le travail des femmes rurales marocaines peut ainsi être subdivisé en activités non agricoles, qui peuvent être rémunérées ou non; et en activités directement liées à l'agriculture.

En ce qui concerne les activités non agricoles, le travail domestique, dans son sens strict (ménage et entretien des enfants) obéit à une division sexuelle du travail assez radicale.¹⁸ Considéré comme non productif puisque non marchand, il est non rémunéré et reste exclusivement féminin. Le travail artisanal et salarial est lui de nature marchande. Ce dernier constitue un moyen de subsistance pour les femmes rurales, surtout les femmes chefs de ménage, de plus en plus nombreuses. En effet, 16% des ménages ruraux sont dirigés par des femmes. Parmi celles-ci, près de la moitié (50.5%) sont veuves, 39.7% mariées et 6.3 % sont divorcées. N'ayant pas accès à la ressource principale en milieu rural qui est la terre, le travail salarial et le travail informel reste l'unique recours pour ces femmes pour subvenir aux besoins du ménage dont elles assument la charge. D'autre part, la précarité juridique de ces travailleuses est la règle (inexistence de contrat de travail, durée du travail supérieure à celle fixée par la réglementation, absence de protection sociale). Avec des salaires irréguliers et en absence de protection sociale et de législation du travail, les femmes rurales ne peuvent donc prétendre à aucun droit. Ainsi, même lorsqu'elles sont salariées, la pauvreté et l'analphabétisme font que les femmes rurales sont en général surexploitées, recluses dans des emplois précaires et bien moins payées que les hommes.

Quant aux activités agricoles des femmes rurales, s'il est admis qu'il existe une structuration théorique et implicite des activités agricoles dans les foyers ruraux, une analyse des pratiques sociales quotidiennes dément cette théorie. Ainsi, théoriquement, les enfants gardent le bétail, les hommes adultes s'occupent des cultures et l'activité principale des femmes réside dans le travail ménager et familial. Dans la réalité, si

¹⁶ Ce terme est utilisée par l'anthropologue F Héritier selon qui la division sexuelle du travail s'accompagne d'une «valence différentielle» des sexes, c'est à dire que les tâches féminines, le féminin en général, est moins valorisé, moins reconnu que les tâches masculines, que ce qui se rapporte au masculin. Cité par DUSSUET Annie, *Variations et permanence de la division sexuelle du travail : le cas du travail domestique*», La Rochelle, 2004.

¹⁷ BELGHITI Habiba, Approche genre et promotion de la femme rurale, cas du Maroc, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public et sciences politiques, Université Cadi Ayyad, Marrakech, Avril 201, pp 239.

¹⁸ Ici, nous employons intentionnellement le terme «division» et non «catégorisation» puisqu'effectivement le travail domestique-dans son sens strict- est quasi exclusivement exercé par les femmes et réservé à celles-ci.

les tâches des hommes et des enfants sont clairement définies, les femmes se trouvent à cheval sur plusieurs activités. En plus du travail ménager et familial, celles-ci sont omniprésentes dans le secteur agricole¹⁹ où elles représentent 94% des femmes rurales actives et 41% de la main d'œuvre du secteur. Ainsi, l'écrasante majorité de ces femmes sont des aides familiales qui représentent- en fonction des méthodes d'évaluation poursuivies - 69 à 83.9% de la population active féminine.²⁰ Ceci signifie qu'elles travaillent dans l'exploitation familiale des parents ou de l'époux sans être rémunérées. Il s'avère donc que, selon certaines estimations, le tiers du travail agricole, celui qui est produit par les femmes, est caractérisé par sa gratuité, au bénéfice tant des parents et des époux que de l'ensemble de la collectivité locale et nationale. Cette dernière bénéficie, de ce fait de produits agricoles à prix extrêmement réduits.

PARAGRAPHE 2 - VALORISATION JURIDIQUE SEXUÉE DU TRAVAIL DE LA FEMME RURALE

Tout travail, reconnu comme tel, permet normalement la jouissance d'un certain nombre de droits sociaux.

Évalué selon les méthodes classiques qui ne prennent pas en considération les caractéristiques du travail féminin en milieu rural, le taux d'activité des femmes rurales âgées de 15 ans et plus est important et s'élève à 36.6% en 2011. Si celui était calculé selon la méthode «budget temps», le taux serait encore plus élevé.²¹

Rappelons que 94% de ces femmes travaillent dans l'agriculture et trois sur quatre d'entre elles sont des aides familiales c.à.d. non rémunérées. Celles qui sont rémunérées sont surexploitées et sous payées.

2-1: Le statut socio professionnel de la femme rurale et ses implications juridiques

Si le taux d'activité chez les femmes rurales a progressivement et sensiblement augmenté au fil des années, cette progression recèle surtout un caractère quantitatif étant donné la vulnérabilité relative de la femme au chômage et au sous emploi et à la précarité du statut professionnel d'aide familial non rémunéré.

Le taux d'activité des femmes rurales âgées de 15 ans et plus s'élève à 36,6%²² en 2011, soit près de deux fois celui des citadines (18,1%). Ce taux, calculé selon les méthodes classiques, reste cependant bien inférieur à celui des hommes ruraux qui atteint 80,5%. Les femmes rurales actives sont dans leur quasi totalité occupées, le chômage ne concerne que 2,1% d'entre elles.

Elles travaillent dans la quasi totalité des cas (94%) dans l'agriculture, secteur où elles représentent près de la moitié de la main d'œuvre (41,6%). Trois femmes rurales actives occupées sur quatre sont des aides familiales.

¹⁹ BOSERUP Ester, *Woman's role in economic development*, Earthscan UK, 1970, 264 p.

BOSERUP, dans son œuvre pionnière, a été l'une des premières à mettre en exergue l'importance du travail fourni par les femmes notamment dans le domaine agricole.

²⁰ BARKHALLIL Nadira, *Genre et Activités économiques au Maroc, La persistance de la précarité dans l'activité féminine*, Livre Blanc, SEFEPH/GTZ, 2005, p 47.

²¹ Il faut signaler que les enquêtes Budget-temps permettent une meilleure visibilité du travail des femmes rendant compte ainsi plus fidèlement du degré de participation de celles-ci à la vie active. Ainsi, les recensements nationaux, aussi bien celui de 1982 que celui de 1994, ne faisaient état que d'un taux d'activité dérisoire de 9.3% pour les femmes rurales, alors que l'enquête sur la population rurale de 1986/1987 réalisée selon une approche «budget-temps», a révélé un taux d'activité «quatre fois supérieur», soit 36.5%

²² La source de toutes ces statistiques officielles proviennent du HCP, *Femmes Rurales 2012*.

Le travail salarié ne concerne que 5,5% des actives occupées rurales. L'artisanat est, de loin, le second secteur où les femmes rurales s'activent. En général, elles travaillent chez elles ou au sein de petites structures non couvertes par la législation du travail.

Le système de protection sociale au Maroc est basé globalement sur le salariat et sur le postulat du salarié masculin, chef de ménage. En effet, la législation ne concerne pas l'ensemble des travailleuses. Le Code du travail²³ exclut expressément de sa sphère d'application les employé(e)s de maison et les travailleur(se)s du secteur artisanal traditionnel.²⁴ Il prévoit aussi l'exclusion possible de certaines catégories professionnelles d'employeurs fixées par voie réglementaire, après avis des organisations professionnelles les plus représentatives. Cette exclusion vise le petit artisanat «moderne» et peut s'appliquer dès lors que l'employeur est une personne physique n'employant pas plus de cinq personnes et ayant un revenu ne dépassant pas cinq fois la tranche exonérée de l'impôt général sur le revenu. Sont donc exclues du champ d'application du code la plupart des catégories très vulnérables de travailleuses.

Le statut de salariée est donc assez négligeable et revêt des formes d'extrême précarité en raison de son caractère occasionnel et non protégé (instable, non affilié organismes socialisés, etc.). Il est limité aux grandes exploitations et il est de nature saisonnière pour l'essentiel. C'est surtout dans les zones d'émigration, et dans l'agriculture intensive que les femmes sont sollicitées comme ouvrières lors des périodes de pointe. Le mode dominant de rémunération est la rémunération à la tâche. Celle-ci constitue, une sorte d'accommodement face au caractère saisonnier du travail. Elle sert d'amortisseur en période de faible activité. En effet, ce système s'adapte parfaitement aux différentes situations notamment aux périodes creuses, en déchargeant les patrons de l'obligation de plein emploi et implique de fortes cadences en période de forte activité.

Le statut socioprofessionnel dominant est celui d'aide familiale. En effet, la ségrégation horizontale du marché du travail²⁵ au Maroc **étant très forte**, en milieu rural, plus des trois quarts de la population active occupée exercent leur emploi dans le secteur de l'Agriculture, forêt et pêche (94% des femmes rurales actives) avec plus de trois femmes sur quatre qui sont des aides familiales.

Or le statut d'aide familiale se distingue des autres par le caractère non marchand de la relation de travail et par conséquent sa gratuité. Ce travail non rémunéré constitue une contribution indirecte au budget de la famille rurale qui en son absence aurait été contrainte d'engager une main d'œuvre salariée pour les travaux agricoles.

En termes de législation sociale, plus que dans le secteur informel et dans l'artisanat, les règles qui régissent le statut des femmes aides familiales ne sont guère soumises au système de régulation marchand comme, la réglementation et la protection sociale, le salaire minimum ou la durée de travail. A ce titre la femme rurale ne peut prétendre aux droits sociaux tels que la sécurité sociale, l'assurance maladie ou la retraite vieillesse.

Certes, au Maroc, le régime de sécurité sociale a été étendu aux travailleurs des exploitations agricoles, forestiers et de leurs dépendances en 1981, le régime d'Assurance Maladie Obligatoire a été mis en place dès mars 2006 et le bénéfice des allocations

²³ Articles 1 à 5 du *Code du travail*.

²⁴ Article 4 du *Code du travail* : «Les conditions d'emploi et de travail des employés de maison qui sont liés au maître de maison par une relation de travail sont fixées par une loi spéciale. Une loi spéciale détermine les relations entre employeurs et salariés et les conditions de travail dans les secteurs à caractère purement traditionnel.». Seules les petites entreprises employant la famille et cinq personnes au plus sont concernées par cette dernière exclusion.

²⁵ La ségrégation horizontale renvoie à la concentration des femmes dans certains secteurs d'activité.

familiales en juillet 2008. Toutefois, en matière d'accès aux soins de santé, seul 17% des actifs occupés sont affiliés à un système de couverture médicale. Par milieu de résidence, cette proportion est de 31,4% en milieu urbain contre 3,5% en milieu rural. Par sexe, ce taux est de 17,3% pour les hommes contre 16,1% pour les femmes.

Cependant, de larges catégories de femmes au travail ne sont pas couvertes par ce régime parmi lesquelles les aides familiales, les domestiques de maison et de les femmes travaillant dans le secteur traditionnel ne bénéficient encore d'aucune protection sociale ni médicale.

Traditionnellement, la retraite vieillesse pour les femmes résidait essentiellement dans le nombre d'enfants, plus spécifiquement dans le nombre de ses garçons. Avec un taux de fécondité réduit à 2,7, cette option n'est plus viable pour les femmes rurales. Or, le régime de retraite actuel reste fondé sur l'image traditionnelle du modèle de la famille nucléaire où l'homme est le soutien économique principal de la famille.²⁶ On est donc loin des pays qui fournissent une définition claire du statut d'aide familial et lui octroient des droits particuliers en guise de reconnaissance de la contribution de ces personnes au bien être économique et social de la société.²⁷

2-2: Le travail de la femme rurale entre reconnaissance coutumière et jurisprudentielle «Alkad wa sihaya», et applicabilité de l'article 49 du code de la famille

Traditionnellement, et bien avant que n'existent de systèmes de protection des travailleurs, les enfants, notamment ceux de sexe masculin constituaient une sorte d'assurance de prévoyance en cas de divorce, de maladie ou de décès du conjoint. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui poussaient les femmes à désirer beaucoup d'enfants. Actuellement, les programmes de planification familiale, la cherté de la vie, le risque de chômage et l'influence de l'environnement urbain ont changé cette donne.

Une seconde source d'assurance et de protection pour les femmes rurales était la reconnaissance de leur contribution à la fructification des biens du mari par un droit coutumier à l'usage dans certaines régions rurales du Maroc, notamment dans la région du Souss. Il s'agit de ce qui est communément appelé «*Al Kad wa Sihaya*».²⁸ Le principe de ce droit coutumier appliqué depuis des siècles dans ces régions repose sur le droit de chaque individu, quel que soit son sexe, de jouir des fruits de ses efforts. D'ailleurs, cette pratique a été entérinée par la jurisprudence de ces régions puisqu'il y avait une sorte d'unanimité sur l'obligation de conférer à l'épouse sa part des biens acquis durant le mariage en contrepartie de son travail et ses efforts. Certains juristes considéraient que la femme est implicitement, et sans besoin de preuve, une associée de fait à son

²⁶ NACIRI Rabéa, LOTFI Amina, *Projet d'appui à l'implantation d'un processus d'institutionnalisation de l'égalité entre les sexes dans les secteurs de l'emploi, la formation professionnelle et la protection sociale*, Diagnostic de l'état de l'égalité/équité dans le secteur de l'emploi et la formation professionnelle et la protection sociale, MEFP, Janvier 2010.

²⁷ Ainsi, en France par exemple, un aide familial est défini comme étant une personne «qui vit dans le cadre d'une exploitation ou d'une entreprise agricole et participe à sa mise en valeur sans avoir la qualité de salarié. Ce statut est réservé aux personnes, âgées d'au moins 16 ans, ascendants, descendants, frères, sœurs ou alliés au même degré du chef d'exploitation agricole, ou de son conjoint, qui vivent sur l'exploitation et participent à sa mise en valeur sans avoir la qualité de salarié. L'aide familial bénéficie de la retraite forfaitaire ; la cotisation annuelle est versée par le chef d'exploitation et calculée comme celle du chef d'exploitation ; la retraite proportionnelle à hauteur de 16 points par année d'activité en cette qualité ; la cotisation annuelle est versée par le chef d'exploitation sur la base d'une assiette forfaitaire de 400 SMIC. L'aide familial est affilié au régime de l'assurance maladie-invalidité-décès (AMEXA) et au régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles (ATEXA) des non salariés agricoles.

²⁸ لملكي الحسن نظام الكد و السعاية الجزء الثاني نماذج من الثرات الفقهي المغربي طبعة 2010 الطبعة الثانية دار القلم الرباط 2010.

conjoint.²⁹ La jurisprudence abonde en arrêts dans ce sens et on peut y retrouver des arrêts qui reconnaissent jusqu'à la moitié des biens acquis durant le mariage.³⁰

Cette pratique, bien qu'assez largement connue dans certaines régions n'était cependant pas généralisée à toutes les contrées du royaume. De plus, au fil du temps et notamment lors du siècle précédent, celle-ci a vu son champ d'application se réduire peu à peu. Ainsi, seules les femmes rurales conscientes de leur droit et dotées de suffisamment de confiance en elles ou bénéficiant du soutien d'élites rurales pouvaient défendre leur jouissance de ce droit.

Selon certains juristes, cette pratique a été volontairement dissimulée dans les archives des tribunaux la privant ainsi de toute publication dans les revues scientifiques et académiques. L'un des objectifs principaux, selon plusieurs auteurs dont Maître Almalki, était d'en limiter la portée afin de préserver les prérogatives de genre aux personnes de sexe masculin.³¹

Cependant, l'adoption de l'approche genre, a permis la consécration juridique de la reconnaissance de la contribution de la femme rurale ou citadine aux acquêts à travers l'article 49 du code de la famille.

Cet article stipule que : «*Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre. Toutefois, les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage.*

Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage. Les adouls avisent les deux parties, lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes. . A défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille.

Toutefois, l'application et l'applicabilité de ces dispositions qui sont éminemment protectrices des intérêts de l'épouse sont sujettes à de multiples controverses notamment en milieu rural.

D'abord, les mœurs et coutumes du milieu rendent difficiles, voire impossible toute négociation d'un contrat concernant la gestion des biens lors de la conclusion du mariage. Le mariage étant perçu par la société comme un événement tellement sacré que ni les futurs mariés, ni leurs familles ne veulent «l'entacher» de «préoccupations matérielles». En outre, certains «adouls» évitent d'en aviser les futurs conjoints car ils estiment que ce type de contrat est de nature à faire obstacle à la conclusion d'une union matrimoniale et qu'il constitue une gêne dans la conduite des affaires privées du ménage. D'autant plus qu'il n'y a aucun mécanisme juridique pour garantir et s'assurer que les *adouls* ont effectivement saisi les deux époux de cette option et les en ont dûment informés. Il suffit que les *adouls* notent dans le contrat de mariage -qu'ils

29

الطالب عبد الكريم

، النزعات المدنية لمدونة الأسرة، مجلة المحاكم المغربية، هيئة المحامين بالدار البيضاء، العدد 106-2007-ص26.

30

أمدرك فاطمة، الممارسة والقانون في تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج، مقال مضمن في كتاب جماعي من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، أي جديد أشغال اليوم الدراسي الذي نظّمته اللجن، الدار البيضاء، 2005، ص. 113.

31

1 | الملوكي الحسين، قواعد وحيثيات مستخرجة من أحكام القضاء الشرعي في موضوع الكد والسعاية / الأموال الأسرية مجلة رسالة المحاماة عدد 27. 2007

rédigent par eux-mêmes- que les deux époux ont été informés, pour ne plus avoir à assumer aucune responsabilité ultérieurement.³²

D'autre part, lors d'une dissolution de mariage, le rôle du juge est déterminant puisque c'est à lui que revient la décision finale. En effet, l'article 49 du code de la famille stipule qu'*en cas d'absence d'accord, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille*. Cette disposition est très ambiguë et procure un rôle notoire aux juges. Ceux-ci invoquent en général l'absence de critères d'évaluation clairs et précis pour sa mise en œuvre afin de justifier l'ajournement de son application. Ils recourent donc aux règles générales de preuve.

Or, il est difficile, voire impossible pour une femme rurale de prouver sa participation multiple et diverse : en plus du travail familial et ménager, participation à l'approvisionnement de sa famille en bois et en eau, contribution par son travail artisanal, d'élevage ou dans les champs aux dépenses du foyer, à l'augmentation de la taille du cheptel ou encore à l'appropriation de parcelles de terres, tout cela en tant que conjointe, mère et aide familiale.³³

Par conséquent, malgré la réforme introduite par le nouveau code de la famille et où, dans une certaine mesure, la dimension genre est présente, la femme peut se retrouver sans bien foncier, sans logement et sans aucune ressource financière après la dissolution d'un mariage d'une longue durée faute de ne pas pouvoir apporter des preuves de sa contribution aux acquêts.

PARAGRAPHE 3 - ACCÈS DES FEMMES RURALES MAROCAINES À LA TERRE ET AUX AUTRES RESSOURCES DE PRODUCTION

La terre est un capital vital en zone rurale. Accroître l'accès des femmes à la terre permet d'accroître leur autonomie et leur *empowerment* qui constituent des conditions décisives dans la lutte contre la pauvreté, la marginalisation et la discrimination. Toutefois, les disparités entre les sexes concernant l'accès aux terres et aux différentes sources de production restent importantes dans la plupart des pays, quel que soit leur niveau de développement.

Une comparaison internationale des données du recensement agricole montre que moins de 20% des propriétaires sont des femmes. La situation est particulièrement dramatique en Afrique occidentale et centrale ainsi qu'au Proche-Orient et en Afrique du Nord où généralement moins de 10% des propriétaires sont des femmes.³⁴

Au Maroc, le taux de femmes marocaines ayant accès à la propriété de la terre ne dépasse pas 7% en zone urbaine et 1% en milieu rural. En termes de superficie, seu-

³² Voir Article : *Promouvoir les droits humains des femmes au Maroc, en Algérie et en Tunisie à travers l'utilisation stratégique du contrat de mariage* Recherche action auprès des autorités locales sur l'utilisation des contrats de mariage, www.globalrights.org, 2011, consulté en Mai 2012.

³³ F.Sahli, A.Elouazzani et S.Aghrib, « La reconnaissance du travail de la femme rurale », in *The Agains Poverty* edited by Peter G.Xuereb, The European Documentation and Research Centre, Jean Monnet Centre of Excellence, University of Malta . 2008, pp.68-86.

³⁴ FAO, *Genre et droit à la terre, Comprendre les complexités, adapter les politiques*, Mars 2010, p 8, Tableau 1; <http://www.fao.org>; consulté en Mai 2012.

lement 4.4% des exploitations au niveau national sont gérées par des femmes qui ne disposent que de 2,5% de la surface agricole utile (SAU).³⁵

Les causes principales de cette situation peuvent être résumées à deux facteurs principaux. Le premier concerne la complexité du système foncier et l'accès différencié des femmes aux terres et aux ressources de production. Le second facteur est en rapport étroit avec des pratiques culturelles contraignantes auxquelles la société civile tente de remédier.

3.1 - Accès à la terre:

La terre constitue, pour les femmes rurales, une ressource capitale qui joue un rôle important aussi bien dans la production alimentaire destinée au ménage que dans les activités agricoles axées sur le marché. L'héritage et le mariage sont toujours les moyens les plus courants à travers lesquels les femmes peuvent obtenir un accès à la terre. La loi -Coran et Code de la famille- reconnaît à la femme le droit d'hériter.³⁶

Cependant, nous allons voir que pour la quasi totalité des statuts fonciers, il existe différentes formes de discrimination et d'exclusion des femmes.

- a. La possession de *biens Melk* par les femmes est restreinte non pas par une loi quelconque mais par la force des traditions, une femme ne jouissant quasiment jamais à titre personnel d'un bien de façon paisible et publique. Même les femmes qui cultivent ou exploitent les terres pendant une décennie et plus, ne sont considérées que comme aides familiales travaillant sur les terres de leur proche (conjoint, père ou frère).
- b. Quant aux *terres collectives*, elles sont inaliénables, les chefs de famille mâles appartenant à la collectivité ou leurs ayants droit, également de sexe masculin, n'en ont qu'un droit de jouissance. L'exclusion des femmes collectivistes du bénéfice de ces terres ne repose pas sur une exclusion par la loi mais sur les us et coutumes. Ainsi, les femmes qui contestent leur mise à l'écart devant les tribunaux peuvent avoir gain de cause. C'est dans ce sens que, comme il en sera traité dans le prochain paragraphe, les femmes collectivistes ou *sulaliyates* de la région de Kenitra réclament avec l'appui des associations (UAF, ADFM, AMDH...), le rétablissement de leurs droits sur leurs terres et, ainsi, la levée de la discrimination sans base légale dont elles sont victimes.
- c. En ce qui concerne les *terres guiches*, les ayants droit femmes sont généralement exclus du bénéfice de ces terres sur la base de leur impossibilité à servir comme soldats. Elles vivent sur ces terres en tant que filles ou femmes de soldats du Sultan ou de leurs descendants. Exceptionnellement, certaines femmes « guicheuses » ont pu bénéficier des transformations de ces terres à l'exemple des *guich Oudayas* de Témara (préfecture de Rabat-Salé-Zemmour-Zaër).
- d. Quant au *domaine privé*, les femmes ne bénéficient de la distribution de ces terres que d'une manière épisodique.
- e. D'autre part, la constitution de *terres habous privées* a souvent servi de subterfuge pour éloigner les femmes de l'héritage. Très rares sont les habous privés constitués en faveur des femmes. Cependant, depuis février 2010, un dahir (le Dahir du 23

³⁵ Pour plus de détails, voir: Haut Commissariat au Plan (HCP), *Rapports de genre et développement dans le milieu rural* in Genre et développement: aspects sociodémographiques et culturels de la différenciation sexuelle, pub HCP Maroc, 2005, pp195-231.

³⁶ FAO, *Genre et droit à la terre*, op cité; <http://www.fao.org/gender/landrights/report/fr> consulté en Mai 2012.

février 2010) instituant le nouveau code des habous interdit dans son article 14 ce genre de habous discriminatoire. Cet article est d'une grande importance puisqu'il *déclare nul tout habous fait au détriment des femmes ou aux profits de certains enfants et au détriment d'autres*. De même, ce nouveau code permet à la loi séculaire de régir les habous à la place du *fiqh* qui a, jusqu'à présent, régi les habous.

- f. Enfin, en ce qui concerne les *terres immatriculées*, les procédures d'immatriculation sont les mêmes pour les deux sexes. La complexité des procédures peut cependant constituer un handicap en cas de recours à l'immatriculation aussi bien pour les hommes que pour les femmes. Les difficultés pour ces dernières sont encore plus marquées notamment en zone rurale où le déplacement de celles-ci est tributaire de multiples contraintes matérielles et culturelles.

Les inégalités entre les sexes concernant les droits à la terre sont donc généralisées. Non seulement les femmes ont moins accès à la terre que les hommes, mais leur accès est aussi souvent restreint à ce qu'on appelle les droits fonciers secondaires, ce qui signifie qu'elles détiennent ces droits par les membres masculins de la famille. Les femmes risquent aussi de perdre leurs droits en cas de divorce, de veuvage ou de la migration de leur mari. Les faits montrent aussi que les parcelles des femmes sont généralement de plus petite taille et de qualité inférieure.

Ainsi, même si la loi -Coran, droit foncier et code de la famille- reconnaît à la femme le droit d'hériter, la coutume voudrait que cette dernière «renonce» le plus souvent à la part de la terre qui lui revient au profit des frères, afin d'éviter qu'un étranger puisse prétendre au patrimoine familial, et du fils, pour assurer la continuité de la lignée.³⁷

Les coutumes, même non reconnues par le droit positif marocain, pèsent encore de nos jours lourdement sur la transmission des droits immobiliers surtout dans les régions rurales (Moyen Atlas, Haut Atlas, Rif). Cette discrimination se fait par le biais de subterfuges comme la non déclaration devant les autorités, lors d'un décès, des héritières potentielles avec la complicité de témoins. Ainsi, elles ne peuvent prétendre accéder à un quelconque droit et sont privées de revenus propres.

Nous pouvons ainsi relever différentes tactiques qui sont mises en œuvre pour empêcher la femme d'avoir sa part d'héritage:

- Le père, de son vivant, transmet à ses fils une partie ou toute sa propriété; Le père fait une donation -habous- de sorte que ses descendants de sexe masculin en bénéficient exclusivement, ou inclut la descendance de sexe féminin uniquement si celle-ci est dans le besoin. Dans ce cas, sont exclues les filles mariées étant donné que leur mari est censé pourvoir à leurs besoins;
- La fille ou femme cède sa part à son/ses frère(s) afin de garder de bonnes relations avec eux ou parce qu'elles subissent des pressions familiales;
- Dans le cas de l'épouse, après le décès du mari, si un héritage existe, la veuve est souvent dépossédée de sa part par la famille du mari et héritiers, ce qui peut aller jusqu'à l'expulsion du domicile conjugal.
- Dans de nombreux villages de la région Tasoute, les femmes de la région sont systématiquement privées de leur part d'héritage sans contestation possible de la part de ces dernières.

En plus de ces coutumes, d'autres facteurs ont une influence directe sur les droits fonciers différenciés selon le genre, comme par exemple:

³⁷ Genre et droit à la terre, FAO, <http://www.fao.org/gender/landrights/report/fr>. La plupart des données de ce paragraphe sont issues de ce document.

- Le morcellement des exploitations agricoles, en particulier sur les terres melk 70% des exploitations ont une superficie inférieure à 5 ha.
- L'importance de l'indivision qui concerne plus de 45% des exploitations et la multiplicité des régimes fonciers freinent la mobilité du secteur.
- Enfin, l'un des facteurs les plus importants réside dans le faible niveau d'instruction et d'alphabétisation des femmes rurales qui les empêche d'avoir connaissance et conscience de leurs droits et de pouvoir les revendiquer.

Toutes ces limites et contraintes interfèrent pour limiter l'accès des femmes rurales à la terre et aux différents droits et privilèges y afférents.

L'ensemble de ces facteurs réunis concourent à l'enfermement de la femme rurale dans une sorte de cercle vicieux où son droit de pouvoir exercer et jouir de ses droits est encore renié par manque de pouvoir l'affaiblissant encore plus.

Cependant, ces pratiques et coutumes ne sont pas immuables et l'exemple récent de la lutte menée par les femmes Sulaliyates et appuyés par plusieurs associations de la société civile, pour se réapproprier leur droit est révélateur de la possibilité de changement même lorsqu'il s'agit de coutumes ancrées depuis des siècles. Ainsi la lettre du ministre de l'Intérieur, adressée au Wali de la préfecture de Kénitra, en date du 23 juin 2009, portant le n° 2620 et faisant référence à la circulaire n° 51 du 14 mai 2007, a permis aux femmes collectivistes (sulaliyates) de la région d'être rétablies dans leurs droits fonciers. Celle-ci peut être considérée comme un jalon dans l'intervention de l'Etat pour mettre fin à la discrimination dont sont victimes les femmes collectivistes du Royaume puisqu'elle a été suivie par l'institution d'une commission spéciale de suivi de ce problème.

Un projet de rétablissement des droits des femmes collectivistes est donc en cours de généralisation à travers tout le Maroc avec la collaboration du Secrétariat Général du Gouvernement, du ministère de la Justice et du ministère des Habous et des affaires islamiques.

3.2 - Accès à l'eau et autre ressources de production

Accès à l'eau : Les droits liés à l'eau dépendent de fait des droits fonciers. Le droit d'utilisation de l'eau est assujéti à la possession d'une terre irrigable, et ne peut être cédé qu'aux propriétaires de fonds agricoles, ce qui exclut les personnes qui n'ont pas ou peu de terres par rapport à d'autres.³⁸ Du fait de l'accès restreint des femmes rurales à la terre, elles se trouvent privées de l'adhésion aux associations des Usagers des Eaux Agricoles (AUEA) qui assurent notamment la gestion des eaux d'irrigation. Et partant, elles se retrouvent privées de leur droit à l'eau d'irrigation pour leurs petites parcelles. Pourtant, l'eau étant un facteur d'accroissement de la productivité des sols, si elles y avaient un meilleur accès, les agricultrices pourraient augmenter le rendement des terres qu'elles cultivent, récolter plusieurs fois par an, contrôler l'apport en eau et mieux conserver cette dernière améliorant de ce fait la sécurité alimentaire des ménages en accroissant leur production et en augmentant leurs revenus.

Accès aux Services de formation et de crédits : Ayant constaté le manque de services pertinents ciblant les femmes en termes de formation, conseil, orientations et autres services de soutien, le ministère s'est efforcé de cibler davantage les femmes rurales. A travers le lancement de la stratégie de la promotion socio-économique de la femme rurale par le département d'Agriculture et l'adoption d'une ligne budgétaire spécifique

³⁸ SERHANI Najat, *Les femmes dans le processus de production alimentaire durable et la préservation des ressources naturelles terre et eau Synthèse d'une étude sur la femme et l'accès à la gestion de l'eau*, AMSED, 2010.

dans le cadre de l'intégration de l'approche genre un certain nombre d'initiatives ont été enregistrées. Les principales réalisations sont notamment : le lancement d'un programme de formation technique au profit des femmes rurales dans certaines régions, l'organisation de rencontres commerciales pour la promotion des produits fabriqués par les femmes rurales et la formation d'une trentaine d'animatrices rurales permettant d'améliorer la vulgarisation ciblant les femmes rurales. Aussi, des mesures d'accompagnement de la création de projets générateurs de revenus ont été dispensées permettant ainsi une certaine évolution dans ce sens (Depuis 1995 la loi sur la microfinance a été promulguée et permet désormais aux femmes de bénéficier de microcrédits).

Toutefois, ces initiatives restent encore ponctuelles et dispersées reflétant une intégration superficielle et insuffisante de la dimension genre.

De plus, le manque d'accès des femmes à la terre et l'absence de garantie à présenter aux institutions financières leur enlèvent toute possibilité d'accéder à des crédits plus importants de nature à s'investir efficacement et durablement dans la construction de véritables projets hydriques.³⁹ C'est l'investissement dans des petits projets générateurs de revenus qui est ainsi favorisé.

D'autre part, la commercialisation de l'agriculture, notamment avec la mondialisation et l'ouverture des marchés, risque d'exclure davantage les femmes car elle renforce la concentration des structures agricoles, ce qui favorise généralement les hommes chefs de ménages des plus grandes exploitations agricoles.

Enfin, en ce qui concerne l'accès des femmes aux droits par contrats entre vifs, celui-ci se heurte à leur précarité financière et au problème du partage des biens acquis pendant le mariage et lors de sa dissolution. Ce partage (Voir Sous chapitre précédent) n'obéit pas à des règles précises et laisse au juge une marge d'interprétation avec ce que cela suppose comme part de subjectivité.

PARAGRAPHE 4 : PARTICIPATION DE LA FEMME RURALE MAROCAINE À LA PRISE DE DÉCISION POLITIQUE

Les femmes, qui représentent plus de la moitié de la population rurale et dont la contribution sociale et économique est indéniable, affichent une faible présence dans la sphère de prise de décision politique. Afin de saisir le degré de marginalisation à ce niveau, nous pensons qu'il faut rechercher les déterminants de cette participation au niveau du maillon initial principal de la participation politique à savoir au niveau des collectivités locales. Certes la participation des femmes rurales au niveau des associations et des coopératives locales est de plus en plus importante mais celles-ci ne constituent que des tremplins vers une participation politique réelle au sein des institutions politiques locales et nationales.

³⁹ Une initiative intéressante a été entreprise par l'Espagne en vue de limiter le phénomène migratoire de la campagne vers la ville tout en permettant la construction d'un nouvel équilibre dans les relations de genre. L'initiative consiste à encourager les femmes rurales à demeurer dans leurs villages en leur reconnaissant un droit sur la terre qu'elles cultivent auprès de leur conjoint. Pour plus de détails voir: SEVILLA Julia, *Mujeres rurales*, in 'Le développement de la femme en milieu rural, Expérience comparée maroco-espagnole, Actes des séminaires internationaux organisés par le LRCID de l'Université Cadi Ayyad de Marrakech et l'Université de Valencia en 2011, publications de la Revue marocaine d'Administration Locale et de développement, REMALD, 2012, Série Thèmes actuels, n° 79, pp163-177.

4-1: Des normes juridiques et institutionnelles en faveur de la participation politique de la femme rurale

La Constitution marocaine de 2011 consacre le droit à l'égalité entre hommes et femmes et reconnaît explicitement aux femmes des droits politiques.

Le code électoral a lui aussi connu des amendements successifs en vue d'accroître la participation des femmes à la vie politique du pays :

- Un changement significatif a consisté, depuis 2002, d'abord dans la substitution du mode de scrutin de listes (la représentation proportionnelle) au mode de scrutin majoritaire uninominal.
- Ensuite dans la concrétisation de la demande de discrimination positive, à travers l'instauration de la liste nationale, qui constitue une forme d'application du quota, et la réservation d'une trentaine de sièges aux femmes.

En 2008, devant les résultats insatisfaisants des mesures précédentes et *«A défaut de pouvoir mettre en place des dispositions législatives claires, le gouvernement, en collaboration avec le Parlement s'est attelé à préparer le terrain à une plus forte représentativité des femmes par le biais, notamment, des réformes du code électoral et de la charte communale»*⁴⁰ dont on peut citer deux principales composante. La première concerne la création de «circonscriptions électorales complémentaires» dans les communes urbaines ou rurales et arrondissements (art 204-1 et 204-2 du code électoral). Selon une charte d'éthique, les partis politiques s'engagent à réserver « les circonscriptions électorales complémentaires «aux femmes. La seconde consiste en la création d'un fonds d'appui pour la promotion de la représentativité des femmes» (art 288 bis du même code).

Au Maroc il y a 1282 communes rurales, sur une totalité de 1503 communes (seules 221 communes sont urbaines). Donc en 2009, grâce à toutes ces réformes juridiques et institutionnelles, la représentation des femmes a pu atteindre un taux de 12.08% de femmes.⁴¹

Ceci signifie aussi que le taux de participation des femmes rurales à la vie politique ne peut qu'enregistrer une augmentation.

Bien qu'en-deçà des 30% demandés par le mouvement des femmes, le taux de présence féminine dans les communes a ainsi été multiplié par 21, en passant, de 0,56% à 12%.

4-2: Représentation des femmes rurales dans les élections communales de 2009

Considérant encore une fois que l'évaluation de la participation politique de la femme rurale peut se mesurer assez fidèlement par l'analyse quantitative et qualitative de sa représentation dans les collectivités locales, nous proposons d'effectuer une lecture des résultats obtenus lors des dernières élections communales de 2009.

Selon le découpage administratif de 2008, le Royaume du Maroc est constitué de 16 régions, 62 préfectures et provinces, 1503 communes dont 1282 communes rurales

⁴⁰ SKALLI Nouzha, Ministre du Développement social, de la Famille et de la Solidarité au Maroc, in «Boutheina Gribaa, *Projet de Renforcement du leadership féminin et de la participation des femmes à la vie politique et au processus de prise des décision en Algérie, au Maroc et en Tunisie* , INSTRAW, CAWTAR, 2008-2009, p 55. <http://www.un-instraw.org>; consulté en Août 2012.

⁴¹ INSTRAW, *Obstacles et opportunités à la participation politique des femmes en Algérie, au Maroc et en Tunisie* , CAWTAR, Avril 2010, p 5.

et 221 communes urbaines. En 2006, il y avait 1497 communes réparties en 1298 communes rurales et 199 urbaines.

L'analyse des données fournies par la direction générale des collectivités locales nous permet de déduire:

✓ **L'évolution du taux de représentativité féminine depuis 1997 :**

Conseils communaux	Taux de représentativité féminine	Nombre total d'élus	Nombre de femmes élues
1997	0.34	24 236	83
2003	0.55	22 944	127
2006	0.56	22 678	128
2009	12	27 767	3424

Tableau 1: Tableau résumant l'évolution du taux de représentativité féminine au niveau des collectivités locales depuis 1997⁴²

On constate que ce taux n'a connu une évolution significative qu'en 2009, évolution imputable aux efforts que nous avons mentionnés.

✓ **La répartition des élus, présidents et conseillers communaux, en fonction du sexe de l'élu(e) et du type de commune:**

sexe	Sexe masculin		Sexe féminin	
	rural	Urbain	Rural	urbain
Type de commune				
Président des conseils communaux	1272	219	10	2
Conseillers communaux	18494	5849	2572	852

Tableau 2 : Répartition des élu(e)s président(e)s et conseillers(ères) communal(es) en fonction du type de communes en 2009.⁴³

Le constat le plus important qui se dégage est que sur les 12 femmes élues, 10 soit 83% sont issues du monde rural. D'autre part, le pourcentage total des femmes élues président des conseils communaux par rapport au total des présidents élus est de 0.8%. En 2003, il était encore plus bas, 0.13%. De même en ce qui concerne le taux de femmes membres des conseils communaux où les femmes rurales sont largement majoritaires par rapport à leurs homologues urbaines.

La majorité des femmes élues étant des femmes rurales, nous pouvons donc valablement approcher la participation politique de la femme rurale à partir des données de ces élections.

⁴² Nous avons établi ce tableau à partir des données du rapport «*Collectivités locales en chiffres*», publié par le ministère de l'intérieur, Direction générale des collectivités locales, édition 2009.

⁴³ Nous avons établi ce tableau à partir des données du rapport «*Collectivités locales en chiffres*», publié par le ministère de l'intérieur, Direction générale des collectivités locales, édition 2009.

✓ - Le niveau d'instruction des élus:

Niveau d'instruction Fonction dans la commune		Sans	primaire	secondaire	supérieur
Président(e) des conseils communaux	Hommes	1	0	3	8
	Femmes	41	254	618	587
Conseiller(ère) communal(e)	Femmes	542	453	1300	1129
	Hommes	5148	6539	7381	5275

Tableau 3: Tableau récapitulatif le niveau d'instruction des élu(e)s en 2009⁴⁴

Les 2/3 des femmes élues présidentes ont un niveau d'instruction de niveau supérieur; tandis que pour le sexe masculin, la proportion est d'environ 1/3.

De même, en ce qui concerne les femmes élues parmi les conseillers communaux, le 1/3 est de niveau supérieur contrairement aux élus de sexe masculin pour lesquels seul le 1/7 (un homme sur sept) possède un niveau d'instruction supérieur.

✓ L'âge des élus.

Enfin, toujours selon la direction des collectivités locales, la plupart des femmes élues, près des 2/3, ont un âge inférieur à 45 ans. Pour les hommes, on observe le contraire c.à.d. que les 2/3 des élus de sexe masculin ont un âge supérieur à 45 ans.

Tranche d'âge Fonction dans la commune		+55	45-55	35-45	25-35	-25
Présidents des conseils communaux	Femmes	3	2	3	3	1
	Hommes	429	491	463	170	2
Conseillers communaux	Femmes	214	614	1006	1164	426
	Hommes	6411	7683	7306	2802	141

Tableau 4: Tableau représentant l'âge des élu(e)s lors des élections législatives 2009⁴⁵

Le tableau final qui se dresse présente donc une élite de femmes rurales jeunes, hautement instruites et dotées de suffisamment d'*empowerment* pour pouvoir influencer l'électorat puisque la grande majorité d'entre elles a été élue grâce au scrutin uninominal et non au scrutin de liste.

Ceci reflète les critères d'éligibilité des femmes qui sont plus sévères que ceux des hommes de sexe masculin. Afin de jouir du droit de tout citoyen à participer à la prise

⁴⁴ Nous avons établi ce tableau établi des données du rapport «*Collectivités locales en chiffres*», publié par le ministère de l'intérieur, Direction générale des collectivités locales, édition 2009.

⁴⁵ Nous avons établi ce tableau établi des données du rapport «*Collectivités locales en chiffres*», 2009, op cité.

décision politique et au pouvoir, la société, pour des raisons de genre, oblige en fait les femmes à fournir plus de preuves concernant leurs capacités et aptitudes à participer à la gestion communale.

En raison de ces obstacles, les femmes politiques restent peu nombreuses et celles qui accèdent à de hautes responsabilités sont encore plus rares.

Ceci explique, entre autres que le Maroc soit classé parmi les pays à développement humain moyen avec un Indice de Développement Humain IDH de 0,654 (soit 130 sur 182 pays) et un Indice Sexospécifique de Développement Humain ISDH de 0,625 (soit 111 rang sur 182), tandis que l'Indice de la Participation des Femmes IPF qui mesure le degré de participation à la vie économique et politique est de 0,318 (soit 104 sur 182 pays).⁴⁶

Pourtant, de nombreuses études ont montré que la féminisation des élites politiques et la participation des femmes rurales à la gestion locale présentent des avantages certains : elles peuvent entraîner un renouvellement des priorités comme des pratiques politiques, stimuler la dynamique communautaire et orienter les priorités vers un développement plus durable. En effet, les femmes étant premières concernées par la vie de la communauté et la gestion des espaces publics, elles sont plus sensibles aux besoins spécifiques de chaque catégorie sociale composant leur communauté.

⁴⁶ *Bilan Commun de Pays (CCA)-Maroc*, Novembre 2010, p 39.

LA ACCIÓN DE LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA EN DEFENSA DE LA IGUAL PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PARLAMENTOS:

ALIANZA DE GÉNEROS EN LA ESFERA POLÍTICA, PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA Y PARLAMENTOS SENSIBLES AL GÉNERO

MARÍA NIEVES SALDAÑA DÍAZ

Profesora Titular Acreditada de Derecho Constitucional
Responsable Área de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Huelva
manieves@uhu.es

LA ACCIÓN DE LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA EN DEFENSA DE LA IGUAL PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PARLAMENTOS: ALIANZA DE GÉNEROS EN LA ESFERA POLÍTICA, PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA Y PARLAMENTOS SENSIBLES AL GÉNERO

LA ACCIÓN DE LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA EN DEFENSA DE LA IGUAL PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO POLÍTICO Y PARLAMENTARIO

La Unión Interparlamentaria (UIP), organización internacional creada en 1889 con sede en Ginebra que integra a más de 160 Parlamentos nacionales, ha promocionado el estatus político de la mujer, potenciando su participación en el proceso de toma de decisiones, especialmente el acceso a los Parlamentos, considerando la participación de las mujeres en la vida política un elemento esencial de la democracia. Para la consecución de tales objetivos, la UIP ha venido recopilando información cronológica sobre la concesión del derecho al voto a las mujeres y a ser elegidas en todo el mundo. La cronología del sufragio femenino a nivel mundial revela que el reconocimiento de los derechos electorales de las mujeres se ha llevado a cabo durante más de un siglo, desde finales del siglo XIX hasta principios del siglo XXI, existiendo países como Omán (2003), Kuwait (2005), los Emiratos Árabes Unidos (2006, de forma limitada) y Bután (2008), en los que las mujeres han tenido reconocido el sufragio muy recientemente. Incluso, todavía hay países del mundo en los que las mujeres no pueden votar, así Arabia Saudí (hasta 2015) o Brunei (en este país no tiene derecho al sufragio toda la población).¹

Asimismo, la UIP ha venido sistematizando los datos estadísticos referidos a la proporción de mujeres en los Parlamentos nacionales en estudios comparativos a nivel mundial. En 1975 realizó la primera Encuesta Mundial sobre la participación de las mujeres en los 74 Parlamentos que entonces tenía asociados, reelaborando el estudio en 1986 tras la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Mujeres* celebrada en Nairobi, acordando realizar una evaluación cada cuatro años, que desde 1992 se extiende a todos los Parlamentos del mundo, constatándose, como se verá más adelante, que,

¹ El estudio cronológico realizado por la UIP sobre el acceso de las mujeres al sufragio refleja que fue reconocido en diferentes etapas. Así en diversos países obtuvieron el derecho a ser candidatas antes que a votar, en numerosos casos el derecho al voto de la mujer fue con carácter restrictivo, estando supeditado al cumplimiento de ciertos requisitos no exigidos para el sufragio masculino, entre otros, su estado civil (casada o viuda), tener hijos en las fuerzas armadas, saber leer y escribir o contar con cierto nivel educativo, disponer de un determinado nivel económico o posición social o, incluso, pertenecer a una etnia determinada. Las mujeres de los Estados Unidos fueron las primeras en conseguir el derecho de sufragio pasivo en 1788. Nueva Zelanda fue el primer país que les concedió el derecho al voto en 1893; son posteriores, por mencionar sólo algunos países, los casos de Australia (1902), Finlandia (1906), Noruega (1907), España (1931), Francia (1944) y Suiza (1971). Para una cronología del reconocimiento del derecho de sufragio femenino a nivel mundial, vid. *Women's Suffrage-A World Chronology of the Recognition of Women's Rights to Vote and to Stand for Election*, en <<http://www.ipu.org/wmn-e/suffrage.htm>> [consulta: 1 de febrero de 2013].

con la excepción de los países nórdicos, en la mayoría de los países las mujeres han tenido una escasa participación en sus Parlamentos.²

Para la superación de la infrarrepresentación de las mujeres en los Parlamentos nacionales a nivel mundial, la UIP ha adoptado una serie de documentos y ha diseñando numerosas estrategias en programas de acción específicos sobre la base de los conceptos de democracia y paridad. Desde 1958, el Consejo Interparlamentario ha venido afirmando su adhesión a la igualdad de los derechos políticos de las mujeres y ha invitado a los Parlamentos de aquellos países en los que las mujeres no gozaban de todos sus derechos políticos a que tomaran medidas legislativas para remediar esta situación, declarando en su Resolución sobre *Mujer y Poder Político* que «El concepto de la democracia solo asumirá su verdadero y dinámico significado cuando las políticas y la legislación nacional sean decididas conjuntamente por hombres y mujeres, tomando en cuenta, de manera equitativa, los intereses y las aptitudes de ambos sectores de la población».³

Asimismo, la Reunión de Mujeres Parlamentarias, órgano especial creado en 1978 y que desde 1999 forma parte de la estructura directiva en los Estatutos de la UIP, ha venido realizando una labor fundamental en el análisis del acceso de las mujeres al voto, el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, el acceso a los órganos legislativos, el impacto que tienen los sistemas electorales en tal acceso y el importante papel que juegan los partidos políticos en la igual participación de las mujeres en la representación política.⁴ Gracias al desarrollo de su actividad, la Reunión de Mujeres Parlamentarias ha alcanzado importantes logros: el desarrollo de un programa continuo especialmente centrado en la participación política de las mujeres, que comprende una serie de estudios comparativos (tanto estadísticos como sustantivos) con una cobertura mundial, así como el diseño de estrategias integrales para remediar el actual desequilibrio de género en el ámbito de la participación política de las mujeres; la concienciación de que el bajo nivel de integración política de las mujeres es una de las causas primordiales del déficit democrático a nivel mundial; la promoción de la alianza entre hombres y mujeres en política como vía para alcanzar formas más democráticas de gobierno y sociedades más democráticas en general; una mayor presencia y participación de las mujeres en los órganos y comités de la Unión, con el objetivo de alcanzar un equilibrio de género en la propia UIP; la creación de un Grupo para la Alianza de Géneros que contribuya a implementar las medidas propuestas, especialmente en el ámbito de las

² La Unión Interparlamentaria ha estado siguiendo el número de mujeres en los Parlamentos nacionales desde la década de 1970, y ha recopilado datos sobre los resultados electorales de las mujeres que se remontan a 1945, publicando una actualización trimestral sobre la situación de las mujeres en los Parlamentos a nivel mundial en su sitio web <<http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>> [consulta: 1 de febrero de 2013].

³ Vid. Consejo Interparlamentario, Resolución sobre Mujer y Poder Político, adoptada en abril de 1992.

⁴ Desde 1986, la Reunión de Mujeres Parlamentarias se celebra el día de la víspera de la Conferencia de la Unión Interparlamentaria, con el objetivo de definir estrategias y posiciones en las sesiones. En 1990 se definieron formalmente por escrito las funciones, objetivos, y métodos de trabajo de la Reunión de Mujeres Parlamentarias, estableciéndose una estructura permanente encargada de coordinar las actividades y garantizar la continuidad del trabajo de las mismas. Según el Reglamento, entre los objetivos de la Reunión destacan: favorecer los contactos y la coordinación entre las mujeres parlamentarias respecto a todas las cuestiones de interés común; favorecer la democracia promoviendo la paridad y la asociación entre hombres y mujeres en todos los sectores, en particular en la vida política, y fomentar y apoyar la acción de la Unión Interparlamentaria a esos efectos; fomentar y favorecer la participación de las mujeres parlamentarias en los trabajos de la Unión Interparlamentaria y facilitar su representación equitativa en todos los niveles de responsabilidad dentro de la Organización; proceder al estudio preliminar de ciertas cuestiones examinadas por la Conferencia Interparlamentaria o por el Consejo Interparlamentario, así como preparar recomendaciones sobre las mismas. Las normas de funcionamiento de la Reunión de Mujeres Parlamentarias pueden consultarse en <<http://www.ipu.org/strct-e/wmnrules-new.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

actividades y decisiones de la UIP;⁵ y, recientemente, la adopción de un *Plan de Acción para los Parlamentos sensibles al género* en la 127ª Asamblea de la Unión Interparlamentaria, celebrada en Quebec el 26 de octubre de 2012, con el objetivo de apoyar los esfuerzos de los Parlamentos por convertirse en instituciones más sensibles a la igualdad de género.⁶

Por tanto, la UIP ha venido desarrollando una intensa labor en los últimos 40 años, contribuyendo a mejorar la participación de las mujeres en el ámbito político y parlamentario, tanto a nivel nacional como en la propia UIP, aunque, como se analiza a continuación, a principios del siglo XXI queda aún mucho camino por recorrer para lograr una efectiva alianza de géneros en los sistemas democráticos de todo el mundo.

LA ALIANZA DE GÉNEROS EN LA ESFERA POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DE LA DEMOCRACIA

Para la superación de la infrarrepresentación de las mujeres en los Parlamentos nacionales a nivel mundial, la UIP ha adoptado una serie de documentos y ha diseñado numerosas estrategias en programas de acción específicos. Así, el *Plan de Acción para corregir los desequilibrios actuales en la participación de hombres y mujeres en la vida política*, adoptado por el Consejo Interparlamentario en París el 26 de marzo de 1994 como contribución a la preparación de la *IV Conferencia Mundial de la Mujer* celebrada por las Naciones Unidas en Pekín en septiembre de 1995, definió la «Alianza de Géneros» como el fundamento de la democracia y el camino hacia el desarrollo perdurable. Especialmente, en la primera sección relativa a «Las condiciones para una participación activa de las mujeres en la vida política», al considerarse que los valores religiosos y culturales de las distintas civilizaciones han asignado diferentes roles a los hombres y mujeres, limitando o incluso excluyendo la participación de éstas en la vida política, se proclama que una mayor concienciación social hacia la participación de las mujeres en la actividad política constituye un importante aspecto para la corrección del desequilibrio existente, relacionándose una serie de objetivos y medidas para la participación activa de las mujeres en la toma de decisiones políticas. Por esto, en la sección tercera, bajo el título «Participación en la política a nivel nacional», se afirma expresamente que la participación y el ejercicio de responsabilidades políticas por las mujeres exige su propia concienciación como sujetos políticos a través de su educación política y cívica, educación que ayudará a las mujeres a conocer sus derechos y a ser conscientes de sus capacidades en la dirección de la vida política. Por tanto, los gobiernos de los Estados, los partidos políticos y las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) tienen que promocionar la participación de las mujeres en la ciudadanía como parte del proceso de refortalecimiento del sistema democrático.

Entre las medidas a adoptar para asegurar la igual participación de las mujeres en las elecciones nacionales, se considera más favorable el sistema electoral proporcional, pues los resultados electorales reflejan que la proporción de mujeres elegidas es de hecho mayor que con el sistema de mayoría, asimismo, se aconseja que en el sistema de listas cerradas las mujeres estén bien situadas en las listas para que tengan mayor oportunidad de ser elegidas, y, finalmente, se promueve la adopción de medidas de

⁵ El Grupo para la Alianza de Géneros, inserto en el Comité Ejecutivo la UIP, está compuesto por dos mujeres y dos hombres y presenta sus informes dos veces al año ante el Consejo Directivo, sus actividades y composición puede consultarse en <<http://www.ipu.org/wmn-e/gender.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

⁶ Vid. Inter-Parliamentary Union (2012). *Plan of Action for Gender-sensitive Parliaments*. Report of the 127th Assembly and related Meetings, Quebec City, Canada, 21-26 October 2012, pp. 36-44, disponible en <<http://www.ipu.org/conf-e/127/res-plan.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

acción positiva que asegure la elección de un número equilibrado de mujeres en los Parlamentos, proponiéndose que sea establecido en los términos de que ningún sexo pueda ocupar una proporción de escaños inferior a un determinado porcentaje. Finalmente, se dispone la continuación de los sondeos y estudios comparativos a nivel mundial, la revisión periódica de los logros alcanzados con el Plan de Acción, tanto en el ámbito nacional como internacional, y la celebración de otra reunión en torno al concepto de la alianza de géneros en política.⁷

En cumplimiento del mandato del Plan de Acción, la UIP organizó la 105ª Conferencia Interparlamentaria Especial, celebrada en Nueva Delhi entre el 14 y el 18 de febrero de 1997, bajo el rótulo *Hacia una Alianza entre Hombres y Mujeres en Política*, en la que se declara el objetivo de construir «un nuevo contrato social en el que el hombre y la mujer actúen en plano de equidad y de complementariedad, enriqueciéndose mutuamente de sus diferencias». Contrato que viene a exigir un cambio profundo en las mentalidades tanto de hombres como de mujeres, así como una modificación de las actitudes y un reequilibrio de la sociedad en general y de la política en particular. Los debates abarcaron aspectos tan esenciales como el vínculo entre democracia y alianza de géneros, afirmándose que los derechos políticos de las mujeres forman parte de los derechos humanos, de ahí que todos los esfuerzos de los hombres y mujeres en política, Parlamentos y gobiernos, deban tender hacia su reconocimiento y a la implementación de los instrumentos internacionales que los proclaman, porque, «lo que está en juego es la democracia misma».

Sin embargo, los estudios realizados y presentados ante la Conferencia Interparlamentaria reflejan la notable infrarrepresentación de las mujeres en los órganos parlamentarios, que no podrá superarse sin el concurso y voluntad de los partidos políticos.⁸ Para su superación se analizan cuatro aspectos esenciales: el sistema de cuotas electorales, los mecanismos para garantizar la adecuada financiación de las campañas electorales de las mujeres, los medios para aumentar su capacitación política y electoral, así como la sensibilización y colaboración de los medios de comunicación. En el controvertido asunto de las cuotas electorales, se propone un cupo o cuota del 30% de mujeres en las listas electorales, de manera que representen al menos una tercera parte

⁷ El Plan se divide en cinco grandes Secciones: A) Condiciones para la participación activa de las mujeres en la vida política; B) Las bases jurídicas para la igualdad; C) La participación política a nivel nacional; D) La participación de las mujeres en las actividades de la Unión Interparlamentaria; y D) Los mecanismos de seguimiento y evaluación de la implementación del Plan de Acción, vid. Inter-Parliamentary Union (1994). Plan of Action to Correct Present Imbalances in the Participation of Men and Women in Political Life, Inter-Parliamentary Council, 154th session, Paris, 26 march 1994, puede consultarse en <<http://www.ipu.org/wmn-e/planactn.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

⁸ Con el fin de facilitar las reflexiones y los debates en la Conferencia, la UIP elaboró un estudio comparativo a nivel mundial con el título de Hombres y mujeres en política: la democracia por perfeccionar, que abarcaba todos los Parlamentos existentes así como los diversos aspectos de la participación femenina en los partidos, su participación en el proceso electoral como votantes y como candidatas, su presencia, papel y funciones en el Parlamento, que contenía datos estadísticos sustanciales, acompañado de un póster en el que se presentaba la situación en un mapamundi, vid. Inter-Parliamentary Union (1997). Men and Women in Politics: Democracy still in the Making. Reports and Documents series N° 28. Geneva.

del total de las candidaturas de los partidos políticos, garantizándose su colocación en los puestos de las listas que tengan más probabilidades de ser elegidos.⁹

Ese mismo año, el 16 de septiembre de 1997, el Consejo Interparlamentario adoptó en el Cairo la *Declaración Universal sobre la Democracia*, en la que se analizan los principios de la democracia, los elementos y ejercicio de un gobierno democrático y la dimensión internacional de la democracia, afirmándose que la democracia es un objetivo universalmente reconocido y un derecho fundamental de la ciudadanía, que debe ejercerse en condiciones de libertad, igualdad, transparencia y responsabilidad, por ello es necesario establecer condiciones que lleven al ejercicio auténtico de los derechos de participación, eliminando a la vez los obstáculos que eviten, obstaculicen o inhiban dicho ejercicio, señalándose expresamente la colaboración entre hombres y mujeres como presupuesto fundamental para la consecución de la democracia, «El logro de la democracia supone una auténtica asociación entre hombres y mujeres para la buena marcha de los asuntos públicos, de modo que tanto los hombres como las mujeres actúen en igualdad y complementariedad, obteniendo un enriquecimiento mutuo a partir de sus diferencias».¹⁰

Con todo, ocho años más tarde, en la *Resolución Beijing+10: una evaluación desde la perspectiva parlamentaria*, aprobada por la 111ª Asamblea de la UIP el 1 de octubre de 2004, se constata que diez años después de la Conferencia de Beijing las mujeres siguen estando insuficientemente representadas, especialmente en los puestos directivos de los parlamentos, gobiernos, la administración pública, las organizaciones internacionales, el poder judicial y la economía, y que hay una necesidad urgente de que los hombres y las mujeres participen en igualdad de condiciones en los cargos de poder, por motivos que guardan relación con los derechos humanos, la justicia, la legitimidad democrática y la eficacia de la política estatal. Para la superación de la infrarrepresentación de las mujeres en el ámbito parlamentario, la Resolución recomienda que haya una mayor presencia de las mujeres en las estructuras directivas de los Parlamentos nacionales y los foros interparlamentarios, así como una representación nacional equilibrada de mujeres y hombres en las relaciones parlamentarias exteriores, a nivel bilateral y multilateral. Asimismo, se recomienda que los parlamentarios hagan lo posible por asegurar la representación y participación igualitaria de las mujeres y los hombres en su labor y por aumentar el número de mujeres que integran las comisio-

⁹ Asimismo, la Conferencia Interparlamentaria de Nueva Delhi promueve: mecanismos para garantizar la adecuada financiación de las campañas electorales de las mujeres, proponiéndose que las mujeres representen al menos una tercera parte del total de las candidaturas de los partidos políticos, asignándosele igual proporción de sus fondos electorales, tanto privados como públicos y fomentándose la financiación pública proporcional de los partidos políticos en función del porcentaje de candidatas nominadas por cada partido y/o elegidas al Parlamento; los medios para aumentar la capacitación política y electoral de las mujeres, reclamando la necesidad de profundizar en la educación política de la mujer, especialmente en su formación política y electoral, como condición previa para la integración de las mujeres en la vida política, que habría de concretarse en tres ámbitos fundamentales: el ejercicio de la ciudadanía, la capacidad para presentarse como candidata y la formación en los procedimientos parlamentarios; asimismo se promueve la sensibilización y colaboración de los medios de comunicación para que traten a las mujeres como protagonistas de la escena política y cubran su trabajo y las entrevisten en igual medida como lo hacen con los hombres, animando a los Estados para que sus políticas de comunicación reflejen una mayor sensibilidad de género y coadyuven a generar una imagen más igualitaria de las mujeres en el ámbito político, vid. Inter-Parliamentary Union (1997). Specialized Inter-parliamentary Conference «Towards Partnership between Men and Women in Politics», Inter-Parliamentary Union, New Delhi, India, 14-18 february, 1997, disponible a texto completo en <<http://www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

¹⁰ Vid. Inter-Parliamentary Union (1997). Universal Declaration on Democracy, Cairo, 16 September 1997, disponible en <<http://www.ipu.org/cnl-e/161-dem.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

nes parlamentarias,¹¹ procurando alcanzar una meta del 50%, de conformidad con el documento final aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su período extraordinario de sesiones de 2000, titulado «La mujer en el año 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI» (Beijing+5), o de un 30%, como mínimo, de modo que las mujeres puedan influir en los enfoques de la legislación que se prepare, así como incorporar en ella sus diversas perspectivas e inquietudes.¹²

Por todo, no extraña que recientemente, cuando en la 189ª sesión del Consejo Interparlamentario celebrada en octubre de 2011 se aprueba la Estrategia de la Unión Interparlamentaria para 2012-2017 «Mejores Parlamentos para democracias más fuertes», en la que se abordan las tres orientaciones estratégicas que durante los próximos cinco años conducirán a la UIP para que sea universal, dinámica y eficaz, y capaz de promover la cultura, los valores y las instituciones democráticas mediante la cooperación entre los Parlamentos, se incluya como segundo objetivo de la 1ª Orientación Estratégica el impulso de la igualdad de género, centrado en cuatro ámbitos específicos: 1) la realización de investigaciones, estudios e informes sobre la participación de las mujeres en la vida política; 2) la elaboración de estrategias nacionales mediante la revisión de los textos legislativos para facilitar el acceso de las mujeres al Parlamento y apoyar la participación de las mujeres parlamentarias en la elaboración de políticas, proporcionándoles asistencia técnica y formación; 3) la introducción de cambios en los Parlamentos que reflejen la igualdad de género, elaborando normas y directrices sobre las políticas y los procedimientos sensibles al género y proporcionando asistencia para aumentar la capacidad de los organismos parlamentarios que se ocupan de la igualdad de género; y 4) el respeto de los derechos de las mujeres, ayudando a los Parlamentos a modificar las leyes discriminatorias y a reforzar su capacidad para combatir la violencia contra las mujeres, prestándose especial atención a la reforma de la legislación y al reforzamiento del control parlamentario para asegurar el cumplimiento de las leyes. Incluso, en la 3ª Orientación Estratégica, dirigida a hacer de la UIP un instrumento más eficaz de cooperación parlamentaria, se contempla en el ámbito de la representación parlamentaria la formulación de directrices sobre el equilibrio de género en las delegaciones parlamentarias, con el objetivo de incrementar la participación de las mujeres parlamentarias así como la integración sistemática de las cuestiones de género en el conjunto de la UIP, de manera que el objetivo de la igualdad de género sea elemento central de todas las actividades que desarrolla la UIP. Con todo, el principal problema que puede plantear la consecución de los objetivos fijados sobre igualdad de género en la Estrategia de la UIP para 2012-2017 es que se aplicará

¹¹ Los estudios de la UIP revelan una tendencia a concentrar a las mujeres en las Comisiones parlamentarias relativas a asuntos sociales, las llamadas comisiones blandas (soft committees), como educación y salud, estando ausentes o muy infrarrepresentadas en las relacionadas con asuntos económicos, política exterior, defensa y seguridad, vid. Ballington, Jullie (2008). *Equality in Politics: A Survey of Women and Men in Parliaments*. Reports and Documents N° 54, pp. 61-66. Geneva, disponible en <<http://www.ipu.org/PDF/publications/equality08-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

¹² Entre las medidas que pueden adoptarse en el ámbito parlamentario, la Resolución señala expresamente: que los parlamentarios promuevan una mayor presencia de las mujeres en los partidos políticos y en todos los niveles directivos mediante la implantación, por ejemplo, de sistemas de cuotas y otras medidas positivas; que las comisiones parlamentarias sostengan audiencias públicas para determinar por qué están subrepresentadas las mujeres en la política electoral y formular recomendaciones a sus gobiernos a ese respecto; que se cree un ambiente más favorable a las mujeres en los Parlamentos, examinando y revisando, de ser necesario, los reglamentos internos y de los debates, y estableciendo códigos de conducta en los que se tengan en cuenta los aspectos de género, y se aliente el establecimiento de horarios de trabajo más favorables a la vida familiar; que los Parlamentos tengan en cuenta la cuestión de las responsabilidades políticas y las obligaciones familiares de las mujeres y los hombres y les proporcionen las facilidades y el apoyo necesario para que puedan conciliar ambas funciones, vid. Inter-Parliamentary Union (2004). *Resolution Beijing + 10: An evaluation from a parliamentary perspective*, adopted by the 111th Assembly, Geneva, 1 October 2004, disponible en <<http://www.ipu.org/conf-e/111/111-3.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

mediante actividades establecidas en el programa de trabajo anual y su presupuesto consolidado, financiándose fundamentalmente con cargo al presupuesto ordinario.¹³

LA INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO PARLAMENTARIO: LOS PARLAMENTOS SENSIBLES AL GÉNERO

Para evaluar la participación de las mujeres en el ámbito parlamentario, la UIP ha elaborado el primer análisis mundial sobre la integración de las cuestiones de género en los Parlamentos, ha establecido un mapa de la situación actual, un repertorio de buenas prácticas y ha adoptado el primer *Plan de Acción para los Parlamentos sensibles al género*. Así, en el Informe publicado en 2008 sobre *Igualdad en política: Un estudio sobre mujeres y hombres en los Parlamentos*, en el que se analizan actuaciones concretas de los propios parlamentarios y parlamentarias para alcanzar la igualdad de género en su ámbito nacional, se vuelven a destacar los principales obstáculos que impiden y disuaden a las mujeres de incorporarse a la vida política, destacando la falta de medidas para conjugar las responsabilidades familiares, la falta de fuentes de financiación, así como la falta de experiencia en las campañas electorales y funciones representativas, identificándose varios cambios estructurales que podrían ayudar a promover el acceso y participación de las mujeres en los Parlamentos, especialmente, el fortalecimiento de la comisiones parlamentarias de igualdad de género, cambios estructurales en los procesos parlamentarios que permitan equilibrarlos con las responsabilidades familiares y la realización de investigaciones que coadyuven a que los Parlamentos sean más sensibles al género.¹⁴

Abundando en este concepto, en las conclusiones y recomendaciones del Informe publicado por la UIP en 2011 sobre *Parlamentos sensibles al género. Una reseña global de las buenas prácticas*, se afirma que un Parlamento sensible al género es aquél que responde a las necesidades e intereses tanto de hombres como de mujeres en lo que se refiere a sus estructuras, operaciones, métodos y trabajo, es aquél que se fundamenta en el principio de la igualdad de género, es decir, que tanto hombres como mujeres tienen el mismo derecho a participar en sus estructuras y procesos, sin discriminación ni recriminaciones y que promueve la igualdad de género. Asimismo, un Parlamento sensible al género es aquél que reúne las condiciones básicas para amparar la igualdad de género, un Parlamento en el que las normas son iguales para todos los parlamentarios, no excluyen ni discriminan a la mujer ni restringen su participación, y favorecen el uso de un lenguaje neutro en relación al género. Igualmente, es un Parlamento que acepta la necesidad de revisar todas las políticas, leyes y prácticas desde una perspectiva de género, ya sea a través de una comisión sobre igualdad de género específicamente dedicada a la cuestión, o haciendo que esta responsabilidad sea compartida por todos los órganos del Parlamento. Finalmente, un Parlamento sensible al género favo-

¹³ La Estrategia de la Unión Interparlamentaria para 2012-2017 «Mejores Parlamentos para democracias más fuertes», traza el rumbo del desarrollo de la Organización conforme a tres orientaciones estratégicas y enuncia los objetivos correspondientes, así como los resultados esperados al término de esos cinco años, dándose prioridad a las tres áreas de trabajo que estructuran las tres Orientaciones Estratégicas, esto es, mejores Parlamentos para democracias más fuertes, la mayor participación de los Parlamentos en el ámbito internacional y hacer de la UIP un instrumento eficaz de cooperación parlamentaria, vid. Inter-Parliamentary Union (2012). *Inter-Parliamentary Union Strategy 2012-2017, Better Parliaments, Stronger Democracies*, approved by the IPU Governing Council at its 189th session, Bern, 19 October, 2011, disponible en <<http://www.ipu.org/cnl-e/189/strategy.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

¹⁴ Vid. Ballington, Julie (2008). *Equality in Politics: A Survey of Women and Men in Parliaments*, op. cit., pp. 61-80; vid. también Inter-Parliamentary Union (2010). *Is Parliament open to Women? An Appraisal*. Conference for Chairpersons and Members of Parliamentary Bodies Dealing with Gender Equality, 28-29 September 2009. Report and Documents N° 62. Geneva, disponible en <<http://www.ipu.org/pdf/publications/wmn09-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

rece un lenguaje y una conducta parlamentaria menos agresiva, horarios de sesiones más favorables a la vida familiar, la creación de instalaciones de atención infantil y la concesión de permisos de paternidad para los parlamentarios y programas de formación sobre cuestiones de género que se imparten a todos sus miembros.¹⁵

Por todo, en el Informe se ofrecen una serie de recomendaciones para el establecimiento de diversos mecanismos sensibles al género en los Parlamentos, entre otros: aumentar el número de mujeres en el Parlamento y su presencia en posiciones de liderazgo parlamentario; instituir o mejorar la infraestructura y cultura parlamentaria sensible al género; expandir el rol de los Parlamentos en la incorporación de la perspectiva de género y desarrollar los mecanismos adecuados para su incorporación, especialmente a través de las comisiones parlamentarias especializadas; asegurar que la responsabilidad de la igualdad de género sea compartida por todos los hombres y mujeres parlamentarias, y que la estrategia para la incorporación de la perspectiva de género se distribuya uniformemente en todo el trabajo parlamentario; hacer que los partidos políticos sean más democráticos y transparentes; reforzar la legislación y las políticas de igualdad de género; y, finalmente, ofrecer formación en igualdad de género para todos los parlamentarios y el personal parlamentario en general.¹⁶

Como resultado de estos estudios e informes y tras un amplio proceso de consulta con todos los miembros, se aprueba el *Plan de Acción para los Parlamentos sensibles al género* en la 127ª Asamblea de la Unión Interparlamentaria, celebrada en Quebec el 26 de octubre de 2012, con el objetivo de apoyar los esfuerzos de los Parlamentos por convertirse en instituciones más sensibles a la igualdad de género. El Plan presenta una amplia variedad de estrategias en siete ámbitos de acción: 1) incrementar el número de mujeres en el Parlamento y lograr una participación paritaria; 2) reforzar la legislación y las políticas relativas a la igualdad de género; 3) integrar la igualdad de los sexos en la labor del Parlamento; 4) instaurar una infraestructura y cultura parlamentarias sensibles al género; 5) asegurar que todos los parlamentarios -hombres y mujeres- compartan la responsabilidad de promover la igualdad de género; 6) alentar a los partidos políticos a que defiendan la igualdad de género; y 7) mejorar la sensibilidad y la igualdad de género entre el personal parlamentario.¹⁷

¹⁵ Vid. Palmieri, Sonia (2011). *Gender-Sensitive Parliaments. A Global Review of Good Practice. Reports and Document* N°. 65, p. 107. Geneva, disponible en <<http://www.ipu.org/pdf/publications/gsp11-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 108-111.

¹⁷ El Plan propone muy diversas medidas en cada uno de los siete ámbitos de acción. Así, en el primer ámbito, dirigido a incrementar el número de mujeres en el Parlamento y a lograr una participación paritaria, se propone la adopción de medidas especiales para que los partidos seleccionen a un mayor número de mujeres para presentarse como candidatas a escaños que tengan posibilidad de ganar y proponer una reforma electoral y de la Constitución que prevea la asignación de escaños reservados a mujeres. Asimismo, para alcanzar la paridad en los cargos parlamentarios y mejorar la posición de liderazgo de la mujer, los Parlamentos deben aplicar alguna estrategia, como adoptar medidas de acción positiva y modificar el reglamento con objeto de dar preferencia a las mujeres para desempeñar cargos parlamentarios, rotar las posiciones de liderazgo parlamentario entre hombres y mujeres o promover la distribución proporcional y equitativa de las mujeres parlamentarias en todas las comisiones. Por lo que se refiere a la integración de la igualdad de los sexos en la labor del Parlamento, correspondiente al tercer ámbito de acción, se proponen medidas que coadyuven a los Parlamentos a integrar las cuestiones de género en todos los aspectos del trabajo parlamentario, especialmente, establecer directivas e instrumentos precisos para evaluar las leyes desde una óptica de igualdad de género, y crear una estructura y mecanismos de integración de las cuestiones de género mediante la creación de una comisión parlamentaria de igualdad de género, encargada de revisar las políticas, la legislación y los presupuestos gubernamentales desde una perspectiva de género, o mediante la integración de la perspectiva de género en todas las comisiones parlamentarias, o bien mediante la constitución de un grupo parlamentario de mujeres con mandato preciso en el ámbito de la igualdad de género. Asimismo, el cuarto ámbito de acción propone diversas estrategias para instaurar una infraestructura y cultura parlamentarias sensibles al género mediante el establecimiento de instalaciones que faciliten la conciliación entre el trabajo parlamentario y la vida familiar, y la aplicación de políticas que prevengan la discriminación y el acoso y garanticen la distribución equitativa de los recursos y los servicios del Parlamento, vid. *Inter-Parliamentary Union (2012). Plan of Action for Gender-sensitive Parliaments. Report of the 127th Assembly and related Meetings, Quebec City, Canada, 21-26 October 2012*, pp. 36-44, disponible en <<http://www.ipu.org/conf-e/127/res-plan.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Para asegurar su implementación, se insta a los Parlamentos a que adopten el Plan de Acción y a que apliquen las estrategias propuestas, mediante la definición de objetivos, medidas y plazos concretos adaptados a sus respectivos contextos nacionales, supervisando y evaluando periódicamente los progresos realizados para asegurar que se tengan en cuenta las cuestiones de género. Finalmente, la misma UIP se compromete a adoptar medidas para asegurar la plena adhesión al Plan de sus miembros, prestándoles asistencia y apoyo, poniendo en práctica una estrategia para integrar la perspectiva de género en el seno de la propia UIP, e incluyendo las cuestiones de la igualdad de género en la agenda de los debates con los Parlamentos Miembros, las organizaciones asociadas y las organizaciones parlamentarias regionales.¹⁸ Con todo, probablemente el principal obstáculo al que se va a enfrentar la implementación del *Plan de Acción para los Parlamentos sensibles al género* para alcanzar una real eficacia es el notable desequilibrio de género que, como se analiza a continuación, sigue afectando a la mayor parte de los Parlamentos del mundo a principios del siglo XXI, y es que, como expone el propio Plan, la participación paritaria puede ser un catalizador para aplicar cambios sensibles al género, pero también es, al mismo tiempo, resultado del éxito de la efectiva implementación de los mismos cambios sensibles al género.¹⁹

LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE GÉNERO EN LOS PARLAMENTOS: HACIA LA «MASA CRÍTICA» DE MUJERES PARLAMENTARIAS A NIVEL MUNDIAL

Aunque no sea fácil de demostrar la relación existente entre el número de mujeres parlamentarias y la consecución de la igualdad de género, sin embargo, diversos estudios de la UIP muestran que las cifras importan, porque cuantas más mujeres haya en el Parlamento más fácil será tratar de cambiar la dinámica de género en la cámara, aumentando su influencia en la política y en las prioridades políticas.²⁰ Desde este planteamiento, a partir de la *105 Conferencia Interparlamentaria Especial «Hacia una alianza entre hombres y mujeres en política»*, celebrada en Nueva Delhi entre el 14 y el 18 de febrero de 1997, la UIP ha promovido la «masa crítica» del 30% de mujeres en los Parlamentos nacionales a nivel mundial,²¹ según fue adoptada por las Naciones Unidas en la *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995,²² al considerarse que a partir de este nivel de representación las mujeres pueden influir en el enfoque de la legislación, teniéndose en cuenta sus intereses y perspectivas.²³

Realmente, según los datos y estudios publicados por la misma UIP a lo largo de estos años, con la excepción de los países nórdicos, en la mayoría de los casos las mu-

¹⁸ *Ibidem*, pp.42-44.

¹⁹ *Ibidem*, p. 37.

²⁰ Vid. Ballington, Jullie (2008). *Equality in Politics: A Survey of Women and Men in Parliaments*, op. cit., p. 61.

²¹ Vid. Inter-Parliamentary Union (1997). *Specialized Inter-parliamentary Conference Towards Partnership between Men and Women in Politic*, New Delhi, India, 14-18 february, 1997, párr. 14, disponible en <<http://www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

²² La Declaración y el Plan de Acción de Beijing pueden consultarse en el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York, 1996, especialmente p. 85 (A/CONF.177/20/Rev. 1).

²³ Para una revisión crítica del concepto, vid. Dahlerup, Drude (2006). «The Story of the Theory of Critical Mass», en: *Politics and Gender*, vol. 2, núm. 44. Cambridge: Cambridge University Press; Krook, Mona Lee and Childs, Sarah (2006). «Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Sí», en: *Politics and Gender*, vol. 2, núm. 4. Cambridge: Cambridge University Press.

jeros han tenido una escasa participación en sus Parlamentos.²⁴ Así, en 1975, cuando se celebra la Primera Conferencia Mundial sobre Mujeres en México, las mujeres no llegan al 11% de los representantes de la cámara baja o cámara única de los Parlamentos en todo el mundo. Una década después, la representación de las mujeres ha aumentado solo un punto porcentual. En efecto, en el Informe *Las mujeres en los Parlamentos 1945-1995: Estudios estadístico mundial*, publicado por la UIP en 1995, se constata la permanente infrarrepresentación mundial de las mujeres en los puestos de representación parlamentaria. En los 176 Parlamentos nacionales analizados en 1995 las mujeres sólo representan el 11.6% de los escaños de la cámara baja y el 9.4% de la cámara alta, alcanzando la máxima representación en el Parlamento de Suecia (40.4%) y ninguna en un total de doce Parlamentos, habiéndose logrado solo en cinco países la masa crítica del 30% de la legislatura. Por tanto, la presencia de las mujeres en los Parlamentos a nivel mundial seguía siendo meramente simbólica en 1995.²⁵

Diez años más tarde, en el informe *Mujeres en Política: 1945-2005*, se constata igualmente la persistente infrarrepresentación de las mujeres, pues de los 184 Parlamentos analizados éstas solo representan el 15.7% de los escaños parlamentarios a nivel mundial, lo que constituye, con todo, un aumento casi del 50% desde 1995, llegando solo diecisiete países a alcanzar el 30% de mujeres en sus Parlamentos. Uno de los aspectos más destacados del informe constata que los países que han implementado sistemas de cuotas son los que han alcanzando un mayor incremento de representación de mujeres en sus cámaras legislativas.²⁶

En los últimos años el porcentaje de representación de las mujeres en los Parlamentos no ha cambiado muy significativamente.²⁷ En efecto, los datos actualizados por la UIP a 31 de diciembre de 2012 reflejan que está todavía muy lejos de lograrse la «masa crítica» del 30% de mujeres en todos los Parlamentos nacionales, alcanzándose sólo el 20.4% en los escaños de los 190 países analizados, habiendo más de 40 países en cuyos Parlamentos son mujeres menos del 10% de sus miembros.²⁸ En el desglose de los datos por regiones, se confirma que sólo los países nórdicos han alcanzado las exigencias de la representación equilibrada, con un 42% de mujeres en sus Parlamentos. En las Américas, las mujeres parlamentarias sólo llegan al 23.9%; en Europa, si se excluyen los países nórdicos, sólo alcanzamos al 21.9%, lo que significa que aproximada-

²⁴ Una relación de los diversos informes y estudios estadísticos sobre la situación de las mujeres en los Parlamentos puede consultarse en el sitio web Women in Politics de la UIP, vid. <<http://www.ipu.org/wmn-e/studies.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

²⁵ Inter-Parliamentary Union (1995). Women in Parliaments 1945-1995: Worldwide Statistical Survey. Geneva, disponible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/women45-95_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013]. Vid. también el estudio posterior Inter-Parliamentary Union (1997). Men and Women in Politics: Democracy still in the Making. Reports and Documents series, N° 28. Geneva.

²⁶ Inter-Parliamentary Union (2005). Women in Politics: 1945-2005. Geneva, disponible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/wmn45-05_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013]. Vid. también Inter-Parliamentary Union (2006). Women in Politics: 60 years in retrospect. Geneva, disponible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/wmninfokit06_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

²⁷ Vid. ANEXO, Gráfico 1. Promedios mundiales y regionales de mujeres parlamentarias: 1995 y 2012. Situación de todas las cámaras parlamentarias combinadas en diciembre de 1995 y 2012.

²⁸ La UIP va actualizando los datos estadísticos sobre la participación de las mujeres en los Parlamentos nacionales a nivel mundial, por región y país, que pueden consultarse en la sección «Women in National Parliaments» de su sitio web, estando disponibles los datos actualizados a 31 de diciembre de 2012 en <<http://www.ipu.org/wmn-e/arc/world311212.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013]. Para los estudios más recientes, vid. Inter-Parliamentary Union (2012). Women in Politics: 2012 (Poster), situation on 1 January 2012, disponible en <http://www.ipu.org/pdf/publications/wmnmap12_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013]; Inter-Parliamentary Union (2011). Women in Parliament in 2011. The Year in Perspective. Geneva, disponible en <<http://www.ipu.org/pdf/publications/wmnpers11-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

mente cuatro de cada cinco parlamentarios son hombres; en el África subsahariana, la representación femenina en las instituciones legislativas se ha incrementando recientemente al 21.2%; en Asia, aunque se ha mejorado la proporción de mujeres elegidas en los Parlamentos, solo alcanza al 18.4% de sus miembros; en los Países Árabes, las mujeres siguen estando muy infrarrepresentadas, con tan sólo el 14.9% de los escaños parlamentarios; y en la región de las islas del Pacífico, las mujeres solo representan el 12.7% de los puestos en los Parlamentos.²⁹

Por lo que se refiere al ranking mundial por países,³⁰ solo los Parlamentos de 33 países han alcanzado el 30% de masa crítica demandado en la Plataforma de Beijing, lo que representa el 15% a nivel mundial.³¹ Ruanda ocupa el primer lugar en cuanto al número de parlamentarias, con un porcentaje del 56.3%, a raíz de la adopción de la nueva Constitución, la modificación del sistema electoral y la introducción de cuotas. Le sigue Andorra, con el 50%, Cuba con el 45.2% y en cuarto lugar se sitúa Suecia, el país nórdico que ha liderado durante décadas la clasificación mundial en la representación parlamentaria de mujeres, con el 44.7% de escaños. En cuanto a España, aunque ha perdido seis puestos en el ranking tras la celebración de las elecciones de 2011, ocupa el vigésimo lugar, con el 36% de diputadas y el 34% de senadoras, estando, por tanto, entre los países que han alcanzando la masa crítica de representación de mujeres en sus Parlamentos. Y por lo que se refiere al final del ranking, todavía hay 6 países que no tienen ninguna mujer parlamentaria. Por todo, los niveles actuales de representación de mujeres en los Parlamentos del mundo reflejan esencialmente un déficit democrático, y aunque se han producido algunos avances, a este ritmo habrá que esperar al último tercio del siglo XXI para alcanzar efectivamente el objetivo de la masa crítica del 30% de mujeres en todos los Parlamentos demandado en la Plataforma de Beijing, a menos que se adopten por los Estados eficaces medidas de acción positiva que aseguren su consecución en mucho menor tiempo, como es el caso de la propia UIP.

HACIA EL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN EL SENO DE LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA: ALCANCE DE LAS ACCIONES POSITIVAS ADOPTADAS

La extensa acción de la UIP en defensa de la igual participación de mujeres y hombres en el ámbito político y parlamentario ha alcanzando también a su seno, siendo la primera organización internacional en adoptar medidas de acción positiva en su ámbito interno para acabar con la infrarrepresentación y escasa participación de las mujeres en sus órganos decisorios. En efecto, no puede olvidarse que en la 36ª Conferencia Interparlamentaria celebrada en el Cairo en 1947 las mujeres representaban solo el 1.2% de los delegados de la Conferencia, y que en 1975, casi tres decenios más tarde, únicamente el 7.8% de los delegados presentes en la 62ª Conferencia celebrada en Londres eran mujeres. Para superar tal déficit de representación, el *Grupo para la Alianza de Géneros* ha desarrollado una importante actividad, contribuyendo a que la UIP haya adoptado una serie de medidas para asegurar una mayor presencia y partici-

²⁹ Vid. ANEXO, Tabla 1. Promedios mundiales y regionales de mujeres parlamentarias a 31 de diciembre de 2012.

³⁰ Vid. Inter-Parliamentary Union. Women in National Parliament. World Classification. Situation as of 31 December 2012, disponible en <<http://www.ipu.org/wmn-e/arc/classif311212.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

³¹ Vid. ANEXO, Tabla 2. Mujeres en Parlamentos nacionales. Clasificación mundial a 31 de diciembre de 2012. Países que han alcanzado la masa crítica en la cámara única o baja.

pación de las mujeres en los órganos y comités de la Unión, con el objetivo de alcanzar un equilibrio de género en la propia UIP.³²

En efecto, desde 1990 y tras un proceso de varios años, se han ido incorporando a los Estatutos y normas de la UIP medidas de acción positiva que afectan a sus tres principales órganos: la Asamblea, el Consejo Directivo y el Comité Ejecutivo. Así, para asegurar una composición equilibrada de género en la Asamblea de la UIP, que es el principal órgano y se reúne dos veces al año para debatir multilateralmente entre los delegados de los países miembros sobre temas propios de la Unión, haciendo recomendaciones sobre los mismos, se establece expresamente en los Estatutos de la Unión que los Estados miembros deben incluir hombres y mujeres en su delegación parlamentaria, debiendo esforzarse por asegurar una igual representación de ambos sexos. Estipulándose además que cuando las delegaciones estatales acudan a las Asambleas de la UIP sin representación de los dos sexos en tres sesiones consecutivas, sus miembros registrados oficialmente serán reducidos a un solo miembro y sus derechos de voto serán reducidos a un mínimo de ocho frente a los diez que se le reconocen a las delegaciones mixtas de mujeres y hombres (artículos 10.1, 10.3 y 15.2(c) de los Estatutos de la UIP). Asimismo, para el Consejo Directivo, que es el órgano plenario de toma de decisiones de la UIP,³³ adopta programas, establece los presupuestos, dictamina sobre los miembros y es el responsable de elegir al Presidente y al Secretario General, se ha adoptado una medida correctora que asegura que al menos el 30% de sus miembros sean de ambos sexos, estableciéndose que cada delegación de tres miembros incluya hombres y mujeres y en el caso de que no sea respetado los delegados parlamentarios serán reducidos a dos miembros (Norma 1.2. del Consejo Directivo).³⁴ Finalmente, para las elecciones del Comité Ejecutivo, que está formado por quince miembros que reflejan la composición geográfica y política de la UIP y está encargado de dirigir la administración de la organización, preparando recomendaciones para su ejecución

³² Al respecto, vid. Palmieri, S. y Jabre, K. (2005). «Promoting Partnership between Men and Women in Parliament: The Experience of the Inter-Parliamentary Union», en: *Women in Parliament: Beyond Numbers* (pp. 214-229). Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance; Jabre, K. (2004). «Strengthening Women's Participation in the Inter-Parliamentary Union». Paper presented at the International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)/CEE Network for Gender Issues. Conference: The Implementation of Quotas: European Experiences, Budapest, Hungary, 22-23 October 2004, disponible en <http://www.quotaproject.org/CS/CS_Europe-Jabre05.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

³³ Article 10.1. «The Assembly shall be composed of parliamentarians designated as delegates by the Members of the Union. Members shall include male and female parliamentarians in their delegation and shall strive to ensure equal representation of men and women». Article 10.3. «Any delegation that for three consecutive sessions of the Assembly is composed exclusively of parliamentarians of the same sex shall automatically be reduced by one person». Article 15.2(c). «Any delegation that for three consecutive sessions is composed exclusively of parliamentarians of the same sex shall have a minimum of eight votes (instead of the ten for mixed delegations) at the Assembly of the Inter-Parliamentary Union. For delegations entitled to a certain number of additional votes, the overall calculation will be made on the basis of eight votes instead of ten», vid. Statutes of the Inter-Parliamentary Union, adopted in 1976, entirely revised in October 1983, amended in October 1987, September 1988, March 1989, April 1990, September 1992, September 1993, April 1995, April 1996, September 1998, April 1999, October 2000, April 2001, entirely revised in April 2003, and amended in April 2004, October 2004, October 2007, October 2008, April 2009 and October 2011. Los Estatutos de la UIP pueden consultarse en <<http://www.ipu.org/strct-e/statutes-new.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

³⁴ «Each Member of the Union shall be represented on the Governing Council by three parliamentarians, provided that its representation include both men and women. Single gender delegations will be limited to two members», vid. Rules of the Governing Council, adopted in 1971, entirely revised in October 1983 and amended in September 1988, April 1995, April 1996, September 1998 and April 2001, entirely revised in April 2003, and revised in October 2004. Las normas de funcionamiento del Consejo de la UIP pueden consultarse en <<http://www.ipu.org/strct-e/cnrules-new.htm#Foot1>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

por el Consejo Directivo, se ha introducido un sistema de cuotas, exigiéndose que el 20% de sus miembros electos sean mujeres (artículo 23.2 de los Estatutos de la UIP).³⁵

Como consecuencia de las medidas adoptadas, la participación de las mujeres en las Asambleas de la UIP se ha incrementado significativamente en los últimos años, hasta el punto de que en muchos casos las mujeres parlamentarias están efectivamente mejor representadas en las reuniones de la UIP que en sus propios Parlamentos nacionales. Con todo, los avances han sido lentos y progresivos, pues se han necesitado 30 años para que las mujeres pasaran de representar el 7.8% de los delegados presentes en la 62ª Asamblea Interparlamentaria celebrada en Londres en 1975 al 32.5% en la 113ª Asamblea celebrada en Ginebra en 2005, alcanzándose la masa crítica demandada en Beijing. Porcentaje sobre el que ha fluctuado la representación de las mujeres en las Asambleas de la UIP hasta la 123ª Asamblea celebrada en Ginebra en 2010 (32.2%). No obstante, parece que en los dos últimos años se ha producido un cierto retroceso, pues la representación de las mujeres en las últimas cuatro Asambleas de la UIP ha ido decreciendo paulatinamente, hasta situarse de nuevo en la 127ª Asamblea de la UIP, celebrada en Quebec (Canadá) del 22 al 24 de octubre de 2012, en el 28%.³⁶

Por todo, no extraña que el Comité de Coordinación de las Mujeres Parlamentarias haya mostrado su inquietud por la caída de la participación de las mujeres en la 127ª Asamblea Interparlamentaria, proponiendo el establecimiento de normas más severas a fin de garantizar que todas las delegaciones estén integradas por mujeres, sugiriéndose incluso que solo las delegaciones que regularmente incluyan mujeres puedan optar a cargos electivos en la Organización. Asimismo, el Comité invitó a los miembros a reflexionar sobre la puesta en marcha de un mecanismo de seguimiento de la situación de los Parlamentos con ninguna mujer en su delegación, a garantizar una representación equilibrada de hombres y mujeres en los Comités Permanentes de la UIP y a nombrar a más mujeres como ponentes. Igualmente, el Grupo para la Alianza de Géneros manifestó su especial preocupación, comparando la composición de las delegaciones presentes en la 127ª Asamblea Interparlamentaria con las anteriores, resultando que de los 624 parlamentarios presentes en la Asamblea de Quebec solo 175, es decir, el 28%, eran mujeres, siendo el porcentaje más bajo registrado en una Asamblea Interparlamentaria desde 2008.³⁷ Por todo, el Grupo para la Alianza de Géneros anunció su intención de intensificar las medidas que se estaban adoptando para garantizar que las delegaciones que asisten a las Asambleas de la UIP incluyan a más mujeres a través de la *Estrategia de la Unión Interparlamentaria para 2012-2017*, cuya 3ª orientación estratégica -como ya se analizó- contempla la formulación

³⁵ «The President of the Inter-Parliamentary Union shall be ex officio President of the Executive Committee. Fifteen members shall be elected by the Governing Council; not less than twelve shall be elected from among the members of the Governing Council to which they shall continue to belong during their mandate. At least three of the members elected must be women», vid. Statutes of the Inter-Parliamentary Union, op. cit., art. 23.2.

³⁶ Vid. ANEXO, Tabla 3. Promedios de mujeres parlamentarias en las Asambleas y Conferencias de la Unión Interparlamentaria, 1995-2012. La representatividad de las mujeres en las Asambleas de la Unión Interparlamentaria habidas desde 1975 puede consultarse en su página web <<http://www.ipu.org/wmn-e/dlgtms.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

³⁷ Realmente, de las 129 delegaciones presentes en la 127ª Asamblea de Quebec, 112 estaban compuestas por al menos dos delegados y quince de ellas (13%) estaban constituidas exclusivamente por hombres, correspondiendo a los Parlamentos de Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Guinea-Bissau, Haití, Hungría, Lesotho, Malí, Micronesia (Estados Federados de), Mongolia, Países Bajos, Arabia Saudita, Singapur, Suriname y el Reino Unido. Por el contrario, solo las delegaciones de Andorra y Malawi estaban compuestas exclusivamente por mujeres. Y Brasil, Qatar y Arabia Saudita estuvieron sujetos a las sanciones de la Asamblea al estar representados por delegaciones del mismo sexo o por no alternarlos, en el caso de delegaciones de un solo miembro, durante tres asambleas consecutivas, vid. Inter-Parliamentary Union (2012). Report of the 127th Assembly and related Meetings, Quebec City, Canada, 21-26 October 2012, pp. 13 y 15, disponible en <<http://www.ipu.org/conf-e/127/res-plan.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

de directrices sobre el equilibrio de género en las delegaciones parlamentarias con miras a incrementar la participación de mujeres parlamentarias.³⁸ Con todo, el principal problema que plantea la Estrategia es que se aplicará según un orden de prioridades, no siendo posible poner en marcha de forma inmediata y simultánea todas las medidas enunciadas en el Plan, ni durante la totalidad del periodo de cinco años previsto, financiándose fundamentalmente con cargo al presupuesto ordinario. Por tanto, no parece probable la consolidación efectiva del equilibrio de género en las Asambleas Interparlamentarias en los próximos años, ni quizás tampoco en 2017.

CONSIDERACIONES FINALES. LOGROS Y RETOS PARA LA EFECTIVA ALIANZA DE GÉNEROS EN POLÍTICA

Sin duda, a lo largo de estos últimos 40 años la UIP ha realizado una labor fundamental en defensa la igual participación de las mujeres en el ámbito político y parlamentario a nivel nacional e internacional y en la concienciación de que la escasa integración política de las mujeres es una de las causas primordiales del déficit democrático a nivel mundial. Gracias al desarrollo de su extensa actividad, impulsada especialmente por la Reunión de Mujeres Parlamentarias, se ha promovido la alianza de géneros en política como vía para alcanzar formas más democráticas de gobierno y sociedades más democráticas en general, se ha desarrollado un programa continuo centrado en la participación política de las mujeres con estudios comparativos, tanto estadísticos como sustantivos, con cobertura mundial, se han diseñado estrategias integrales para superar la infrarrepresentación de las mujeres y el actual desequilibrio de género que afecta a los Parlamentos nacionales y a la propia UIP, se ha incluido como objetivo en la Estrategia de la Unión Interparlamentaria para 2012-2017 el impulso de la igualdad de género y se adoptado en 2012 un *Plan de Acción para los Parlamentos sensibles al género*, con el objetivo de apoyar los esfuerzos de los Parlamentos por convertirse en instituciones más sensibles a la igualdad de género.

Con todo, este estudio refleja que a principios del siglo XXI queda aún mucho camino por recorrer para lograr una efectiva alianza de géneros en los sistemas democráticos de todo el mundo. En efecto, transcurridos ya 15 años desde que la UIP promoviera la masa crítica del 30% de mujeres en los Parlamentos nacionales a nivel mundial, los progresos han sido muy escasos, alcanzándose en 2012 sólo el 20.4% de los escaños de los 190 países analizados, habiendo más de 40 países en cuyos Parlamentos las mujeres representan menos del 10% de sus miembros. A este ritmo, habrá que esperar al último tercio del siglo XXI para alcanzar efectivamente el objetivo de la masa crítica del 30% de mujeres parlamentarias a nivel mundial, a menos que se adopten por los Estados eficaces medidas de acción positiva que aseguren su consecución en mucho menor tiempo. Sin duda, los datos demuestran que las cuotas siguen siendo la vía más eficaz para incrementar la participación de las mujeres, pues aunque de los 59 países que celebraron elecciones en 2011 sólo 17 tenían establecido algún sistema de cuotas, sin embargo, las mujeres ocuparon el 27.4% de los escaños parlamentarios de estos países, frente al 15.7% de los países sin ningún tipo de cuotas. No obstante, los últimos estudios revelan que las cuotas por sí solas no son suficientes, es necesario además que los Estados introduzcan otras medidas que coadyuven a promover el acceso y participación de las mujeres en los Parlamentos, como el fortalecimiento de

³⁸ Vid. Inter-Parliamentary Union (2011). Inter-Parliamentary Union Strategy 2012-2017, Better Parliaments, Stronger Democracies, approved by the IPU Governing Council at its 189th session, Bern, 19 October, 2011, disponible en <<http://www.ipu.org/cnl-e/189/strategy.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

la comisiones parlamentarias de igualdad de género y cambios estructurales en los procesos parlamentarios que permitan equilibrarlos con las responsabilidades familiares. El problema es que la introducción de estos cambios en gran medida depende de la efectiva participación de las mujeres en los propios Parlamentos, porque, sin duda, cuantas más mujeres haya en el Parlamento más fácilmente podrá cambiarse la dinámica de género en la cámara, aumentando su influencia en la política y en las prioridades políticas.

Por todo, el principal obstáculo al que se va a enfrentar la efectiva implementación del *Plan de Acción para los Parlamentos sensibles al género* aprobado por la UIP en 2012 es el notable desequilibrio de género que sigue afectando a la mayor parte de los Parlamentos del mundo a principios del siglo XXI, y es que la participación paritaria puede ser un catalizador para aplicar cambios sensibles al género pero al mismo tiempo es también el resultado del éxito de la implementación de los mismos cambios sensibles al género. Por tanto, este es, sin duda, uno de los mayores retos a los que se enfrentará la UIP y los países miembros para lograr una efectiva alianza de géneros en política que coadyuve al fortalecimiento de la democracia en todo el mundo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ballington, Jullie (2008). *Equality in Politics: A Survey of Women and Men in Parliaments*. Reports and Documents N° 54. Geneva, en línea <<http://www.ipu.org/PDF/publications/equality08-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Dahlerup, Drude (2006). «The Story of the Theory of Critical Mass», en: *Politics and Gender*, vol. 2, núm. 44. Cambridge: Cambridge University Press.

Inter-parliamentary Union (2012). *Plan of Action for Gender-sensitive Parliaments. Report of the 127th Assembly and related Meetings*, Quebec City, Canada, 21-26 October 2012, en línea <<http://www.ipu.org/conf-e/127/res-plan.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2012). *Report of the 127th Assembly and related Meetings*, Quebec City, Canada, 21-26 October 2012, en línea <<http://www.ipu.org/conf-e/127/res-plan.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2012). *Women in Politics: 2012 (Poster)*, situation on 1 January 2012, en línea <http://www.ipu.org/pdf/publications/wmmap12_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2011). *Inter-Parliamentary Union Strategy 2012-2017, Better Parliaments, Stronger Democracies*, approved by the IPU Governing Council at its 189th session, Bern, 19 October, 2011, en línea <<http://www.ipu.org/cnl-e/189/strategy.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2011). *Women in Parliament in 2011. The Year in Perspective*. Geneva, en línea <<http://www.ipu.org/pdf/publications/wmnpersp11-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2010). *Is Parliament open to Women? An Appraisal*. Conference for Chairpersons and Members of Parliamentary Bodies Dealing with Gender Equality, 28-29 September 2009. Report and Documents N° 62. Geneva, en línea <<http://www.ipu.org/pdf/publications/wmn09-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2007). *Report on the Role of Parliamentary Committees in Mainstreaming Gender and Promoting the Status of Women*, Reports and Documents N° 52. Geneva, en línea <http://www.ipu.org/pdf/publications/wmn_seminar06_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2006). *Women in Politics: 60 years in retrospect*. Geneva, en línea <http://www.ipu.org/PDF/publications/wmninfokit06_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2005). *Women in Politics: 1945-2005*. Geneva, en línea <http://www.ipu.org/PDF/publications/wmn45-05_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2004). *Resolution Beijing + 10: An evaluation from a parliamentary perspective*, adopted by the 111th Assembly, Geneva, 1 October 2004, en línea <<http://www.ipu.org/conf-e/111/111-3.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (2000). Marilyn Waring, Gaye Greenwood y Christine Pintat). *Politics: Women's Insight*. Geneva, en línea <http://www.ipu.org/pdf/publications/womeninsight_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (1999). *Participation of Women in Political Life. An assessment of developments in national parliaments, political parties, governments and the Inter-Parliamentary Union, five years after the Fourth World Conference on Women*. Reports and Documents N° 35. Geneva.

Inter-Parliamentary Union (1997). *Men and Women in Politics: Democracy still in the Making*. Reports and Documents series N° 28. Geneva.

Inter-Parliamentary Union (1997). *Specialized Inter-parliamentary Conference Towards Partnership between Men and Women in Politics*, Inter-Parliamentary Union, New Delhi, India, 14-18 February, en línea <<http://www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (1997). *Towards Partnership Between Men and Women in Politics*. Reports and Documents N° 29. Geneva.

Inter-Parliamentary Union (1997). *Universal Declaration on Democracy*, Cairo, 16 September 1997, en línea <<http://www.ipu.org/cnl-e/161-dem.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (1995). *Women in Parliaments 1945-1995: Worldwide Statistical Survey*. Geneva, en línea <http://www.ipu.org/PDF/publications/women45-95_en.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (1994). *Plan of Action to Correct Present Imbalances in the Participation of Men and Women in Political Life*, Inter-Parliamentary Council, 154th session, Paris, 26 March 1994, en línea <<http://www.ipu.org/wmn-e/planactn.htm>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Inter-Parliamentary Union (1992). *Women and Political Power*. Reports and Documents N° 19. Geneva.

Jabre, K. (2004). «Strengthening Women's Participation in the Inter-Parliamentary Union». Paper presented at the International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)/CEE Network for Gender Issues. Conference: *The Implementation of Quotas: European Experiences*, Budapest, Hungary, 22-23 October 2004, en línea <http://www.quotaproject.org/CS/CS_Europe-Jabre05.pdf> [consulta: 4 de febrero de 2013].

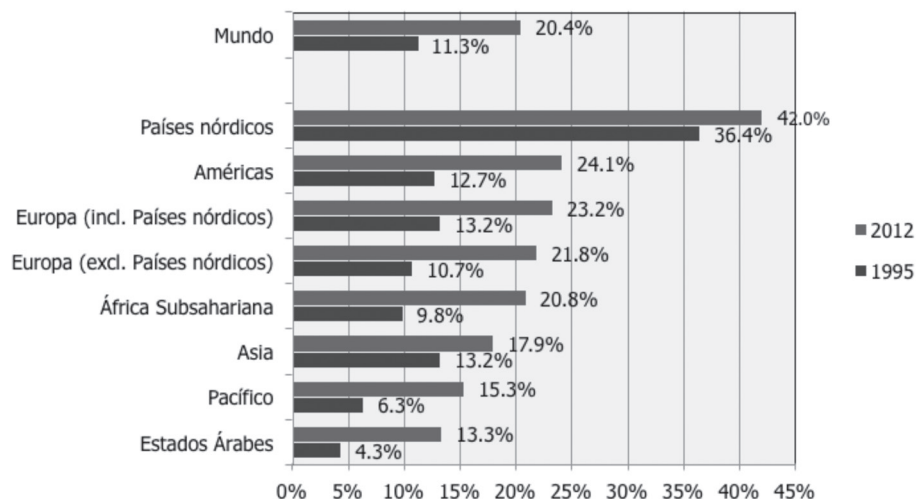
Krook, Mona Lee and Childs, Sarah (2006). «Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Sí», en: *Politics and Gender*, vol. 2, N°. 4. Cambridge: Cambridge University Press.

Palmieri, Sonia (2011). *Gender-Sensitive Parliaments. A Global Review of Good Practice*. Reports and Document N°. 65. Geneva, en línea <<http://www.ipu.org/pdf/publications/gsp11-e.pdf>> [consulta: 4 de febrero de 2013].

Palmieri, Sonia y Kareen Jabre (2005). «Promoting Partnership between Men and Women in Parliament: The Experience of the Inter-Parliamentary Union», en: Ballington, Julie y Azza Karam (eds.), *Women in Parliament: Beyond Numbers*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), en línea <www.idea.int/publications/wip2/index.cfm> [consulta: 4 de febrero de 2013].

ANEXO

GRÁFICO 1. Promedios mundiales y regionales de mujeres parlamentarias: 1995 y 2012
Situación de todas las cámaras parlamentarias combinadas en diciembre de 1995 y 2012



Fuente: Elaboración propia a partir de datos publicados en el Informe de la Inter-Parliamentary Union (1995). Women in Parliaments 1945-1995: Worldwide Statistical Survey, disponible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/women45-95_en.pdf> y el sitio web Mujeres en Parlamentos Nacionales de la UIP (31/12/2012): <<http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>> [consulta: 4/2/2013]

TABLA 1. Promedios mundiales y regionales de mujeres parlamentarias a 31 de diciembre de 2012			
	Cámara única o baja	Cámara alta o Senado	Ambas cámaras combinadas
Promedio Mundial	20.8%	18.3%	20.4%
Promedios regionales			
Países Nórdicos	42.0%	-	-
Américas	23.9%	25.0%	24.1%
Europa OSCE (Países Nórdicos incluidos)	23.7%	21.5%	23.2%
Europa OSCE (Países Nórdicos no incluidos)	21.9%	21.5%	21.8%
África Subsahariana	21.2%	17.5%	20.8%
Asia	18.4%	14.1%	17.9%
Pacífico	14.9%	6.7%	15.3%
Estados Árabes	12.7%	36.0%	13.3%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos publicados en el sitio web Mujeres en Parlamentos Nacionales de la UIP (31/12/2012): <<http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>> [consulta: 4/2/2013]

TABLA 2. MUJERES EN PARLAMENTOS NACIONALES					
Clasificación mundial a 31 de diciembre de 2012					
Países que han alcanzado la masa crítica en la Cámara única o baja					
Ranking	País	Cámara única o baja			
		Elecciones	Puestos	Mujeres	% M
1	Ruanda	9 2008	80	45	56.3%
2	Andorra	4 2011	28	14	50.0%
3	Cuba	1 2008	586	265	45.2%
4	Suecia	9 2010	349	156	44.7%
5	Seychelles	9 2011	32	14	43.8%
6	Senegal	7 2012	150	64	42.7%
7	Finlandia	4 2011	200	85	42.5%
8	Sudáfrica	4 2009	400	169	42.3%
9	Nicaragua	11 2011	92	37	40.2%
10	Islandia	4 2009	63	25	39.7%
11	Noruega	9 2009	169	67	39.6%
12	Mozambique	10 2009	250	98	39.2%
13	Dinamarca	9 2011	179	70	39.1%
14	Países Bajos	9 2012	150	58	38.7%
15	Costa Rica	2 2010	57	22	38.6%
16	Timor-Leste	7 2012	65	25	38.5%
17	Bélgica	6 2010	150	57	38.0%
18	Argentina	10 2011	257	96	37.4%
19	México	7 2012	500	184	36.8%
20	España	11 2011	350	126	36.0%
«	R. U. de Tanzania	10 2010	350	126	36.0%
21	Uganda	2 2011	386	135	35.0%
22	Angola	8 2012	220	75	34.1%
23	Nepal	4 2008	594	197	33.2%
«	Serbia	5 2012	250	83	33.2%
24	Alemania	9 2009	620	204	32.9%
25	A.R.Y. de Macedonia	6 2011	123	40	32.5%
26	Ecuador	4 2009	124	40	32.3%
27	Nueva Zelanda	11 2011	121	39	32.2%
«	Eslovenia	12 2011	90	29	32.2%
28	Algeria	5 2012	462	146	31.6%
29	Guayana	11 2011	67	21	31.3%
30	Burundi	7 2010	105	32	30.5%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos publicados en el sitio web Mujeres en Parlamentos Nacionales de la UIP (31/12/2012): <<http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>> [consulta: 4/2/2013]

TABLA. 3. PROMEDIOS DE MUJERES PARLAMENTARIAS EN LAS ASAMBLEAS Y CONFERENCIAS DE LA UIP, 1995-2012

Asamblea/Conferencia, año y lugar		Parlamentarios		
		Total	Mujeres	% M
2012	Quebec (127ª Asamblea)	624	175	28.0%
2012	Kampala (126ª Asamblea)	607	180	29.7%
2011	Bern (125ª Asamblea)	534	158	29.6%
2011	Panamá (124ª Asamblea)	615	182	29.6%
2010	Ginebra (123ª Asamblea)	460	148	32.2%
2010	Bangkok (122ª Asamblea)	621	178	28.7%
2009	Ginebra (121ª Asamblea)	519	164	31.6%
2009	Addis Abeba (120ª Asamblea)	597	165	27.6%
2008	Ginebra (119ª Asamblea)	532	159	29.9%
2008	Cape Town (118ª Asamblea)	700	196	28.0%
2007	Ginebra (117ª Asamblea)	511	159	31.1%
2007	Nusa Dua, Bali (116ª Asamblea)	588	156	26.5%
2006	Ginebra (115ª Asamblea)	485	148	30.5%
2006	Nairobi (114ª Asamblea)	602	170	28.4%
2005	Ginebra (113ª Asamblea)	548	179	32.5%
2005	Manila (112ª Asamblea)	614	165	26.9%
2004	Ginebra (111ª Asamblea)	453	130	28.7%
2004	México (110ª Asamblea)	616	162	26.3%
2003	Ginebra (109ª Asamblea)	465	131	28.2%
2003	Santiago de Chile (108ª Conferencia)	579	147	25.4%
2002	Ginebra (Sesión Especial del Consejo UIP)	406	114	28.1%
2002	Marrakech (107ª Conferencia)	663	152	22.9%
2001	Ouagadougou (106ª Conferencia)	523	141	27.0%
2001	Habana (105ª Conferencia)	688	157	22.8%
2000	Yakarta (104ª Conferencia)	563	135	24.0%
2000	Amman (103ª Conferencia)	648	139	21.5%
1999	Berlín (102ª Conferencia)	722	146	20.2%
1999	Bruselas (101ª Conferencia)	647	132	20.4%
1998	Moscú (100ª Conferencia)	693	135	19.5%
1998	Windhoek (99ª Conferencia)	567	104	18.3%
1997	Cairo (98ª Conferencia)	683	125	18.3%
1997	Seúl (97ª Conferencia)	572	97	17.0%
1996	Beijing (96ª Conferencia)	581	108	18.6%
1996	Estambul (95ª Conferencia)	604	117	19.4%
1995	Bucarest (94ª Conferencia)	558	107	19.2%
1995	Madrid (93ª Conferencia)	600	115	19.2%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos publicados en el sitio web Mujeres en las Sesiones Estatutarias de la UIP <<http://www.ipu.org/wmn-e/dlgtns.htm>> [consulta: 4/2/2013]

REVISIÓN DE LAS TESIS NEGACIONISTAS DE LA COMPETENCIA VALENCIANA EN MATERIAS DE DERECHO CIVIL: UNA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA *

REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ

Universitat de València

* Este breve estudio y el que en estos días se ha publicado en el núm. 57 de la RVEA son complementarios. El tema es el mismo aunque los concretos aspectos atendidos en ambos casos difieren complementándose hasta poder constituir un solo trabajo que no puede presentarse unido por las consabidas limitaciones editoriales que se nos suelen imponer.

La elección para este caso de lo que podemos llamar *una interpretación auténtica* en la que el centro de atención son los debates parlamentarios obedece a tal limitación material pero también, y fundamentalmente, a razones personales de recuerdo y afecto hacia Julia Sevilla. Ambas aprendimos el valor de cuanto nos podían aportar los Diarios de Sesiones cuando nuestros objetos de estudio formaban parte de la Historia Constitucional.

Y cuando el texto constitucional acababa de ser discutido y redactado realizamos en común algunos trabajos cuya fuente principal, más allá del Derecho Comparado, habían de ser, por fuerza, los debates parlamentarios. Una práctica constitucional de 34 años, y fundamentalmente la densa labor jurisprudencial del Tribunal, son suficientes para explicar la progresiva merma del interés y funcionalidad de los debates parlamentarios en la generalidad de los temas. Sin embargo, cabe que en ocasiones, como en esta que ahora analizo, ante la falta de elementos realmente determinantes de la solución de un conflicto, pueda ser decisiva la consulta de aquellos debates constituyentes a partir de los cuales se determinó un texto en el que no siempre es flagrante su significación.

Este que ahora se comenta en homenaje a Julia Sevilla es un caso singular por cuanto del texto literal del inciso «... allí donde existan» (del art. 149.1, 8, pfo.1) se llevó a cabo una casi automática interpretación que, creo poder afirmar, en absoluto se compadece con las manifestaciones del *iter* constituyente manifiestas en los debates parlamentarios. De ahí que, a diferencia de lo desarrollado en el aludido trabajo de la RVEA, núm. 57, centrado básicamente en la interpretación literal, recurro en este caso a la llamada interpretación auténtica, entendida como la averiguación de la auténtica voluntad del legislador, en este caso, constituyente.

1. REVISIÓN DE LAS TESIS QUE NIEGAN LA POSIBILIDAD DE EJERCICIO POR LA GENERALITAT VALENCIANA DE SU COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL

Recientemente he realizado un análisis detenido de esta cuestión con el que he llegado a la convicción de que, tras la negativa inicialmente formulada sobre la posibilidad de que la Comunidad Valenciana pueda legislar, en uso de la competencia que sus dos Estatutos (el de 1982 y el de 2006), asumen en materias de derecho civil, la continuidad en el mantenimiento posterior de tal formulación restrictiva inicial solo podía explicarse por la inercia; pues ha faltado, a mi juicio, una profundización en los argumentos iniciales que con posterioridad se han ido repitiendo.

A tal conclusión se llega si observamos que en los rigurosos y muy valiosos estudios de los civilistas que en los primeros años de vigencia constitucional¹ procedieron a formular tal negativa faltó desde el principio el enfoque público que todo estudio del texto constitucional requiere; con posterioridad, ni los constitucionalistas nos hemos ocupado del caso ni los civilistas han modificado en forma relevante tales posiciones² pues, aunque sí han continuado ocupándose del estudio del art. 149. 1, 8 de la Constitución, en general (y en concreto sobre el problema aquí planteado) han reiterado afirmaciones y posiciones semejantes a las iniciales sin haberse llevado a cabo una más profunda motivación.

Pues de una apurada exegesis de la expresión «allí donde existan» más que la negativa radical a nuestra posibilidad de ejercicio de la competencia referida, lo que se deriva es una ambigüedad normativa que no la niega sino que deja abierta la posibilidad de la interpretación constitucional³ (tal como en el año 1991 se llevó a cabo el Tribunal Constitucional sobre el derecho consuetudinario)⁴ y, diría más, sobre posibilidades que sí han sido perfectamente exploradas en otras Comunidades y que sin duda están aun por explorar en la nuestra.

Planteándome, por tanto, no pocas dudas las aludidas manifestaciones negacionistas, he tratado comprenderlas buscando las razones que pudieron conducir a tan radical negativa con el fin de hallar la exacta determinación de la cobertura constitucional con la que la Comunidad Valenciana puede legislar en materia civil sin para ello recu-

¹ Por todos, LASARTE ALVAREZ, C. Art. 149.1.8º, en ALZAGA VILLAAMIL, O. Comentarios a la Constitución española de 1978, Madrid, EDESA, 1988, tomo XI; o DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil», Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 4 (1994), pp. 361-404.

² Entre tantos, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, Pluralidad de Derechos civiles españoles. Madrid, Civitas, 1999. Aun en 2010, FERRER VANRELL, María Pilar, Compet. exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB, Revista para el análisis del Derecho Barcelona, jul. 2010, pág. 23; disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124272/172245>

³ Una interesante perspectiva que acude a una amplia interpretación constitucional con invocación de los cambios profundos sufridos por el Derecho desde el fenómeno de la globalidad y de la transformación social operada por aquel, con abierta invocación de los principios constitucionales, cabe encontrarse en VIDAL MARTINEZ, Jaime, Acerca de la autonomía de la persona en el Derecho Civil español, diversificado en el estado de las autonomías: panorama general, en Revista General del Derecho, núm. 561. Valencia, junio de 1991; págs. 4765 y ss.

⁴ Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre.

rrir a hechos diferenciales o a la mención de la discriminación (histórica y presente) de que habría sido objeto esta Comunidad si se comparan sus realidades históricas y presentes con otras Comunidades...⁵

Es cierto que esta cuestión ya recibió una respuesta afirmativa del TC en sentencia 121/1992, de 28 de septiembre (sobre la Ley de arrendamientos históricos), pero no lo es menos que la interpretación muy restrictiva de la misma,⁶ al vincular dicha competencia legislativa a la existencia de costumbres vivas, reabre el problema de la competencia situándola, a mi juicio, en el tejado de la interpretación constitucional. Justamente en tal ámbito trato ahora de retomar la cuestión entrando de lleno en lo que llamamos interpretación auténtica, cuestión a la que he aludido en otra ocasión⁷ y en la que ahora me propongo detenerme.

Se trata, por tanto, de abundar en lo ya iniciado en otra ocasión, en el intento de reconducir la cuestión a los términos jurídicos pero con una perspectiva constitucional; pues es posible que sólo con el cambio de perspectiva de la interpretación podamos fijar la atención en aspectos ignorados o silenciados no intencionadamente sino por efecto de la particular perspectiva, la civilista, con que se ha desarrollado en forma muy mayoritaria; esto es, yo creo que el enfoque privatista de una parte y el público de otra pueden aportar puntos de vista dispares o, cuanto menos, diferentes⁸ y complementarios; sin embargo, el constitucional, que a nosotros compete, apenas si ha sido explorado.

2. COBERTURA CONSTITUCIONAL DEL ART. 149.1.8 SIN POSIBLE REMISIÓN A LA DA 1ª CE

Pese a algunos intentos de extender la cobertura de la DA 1ª mas allá de los territorios forales para los que fue pensada,⁹ a estas alturas del desarrollo constitucional, creo que la doctrina tiene asumido que las competencias en materia de derecho civil se encuadran perfectamente en el art. 149.1, 8 CE. De tal suerte que las competencias legislativas de las CCAA en materia de derecho civil no tienen por qué poner en tela de juicio la legitimación constitucional del poder quedando referidas a una cuestión de distribución competencial que halla su justificación (excepcional respecto de la tradicional unidad de códigos) en las peculiaridades jurídicas que históricamente han singularizado los distintos territorios y que, tras su derogación en algunos de ellos a partir de la guerra española de sucesión, fueron objeto de permanente reivindicación hasta su reposición (parcial) que no llegó a alcanzar al caso valenciano.

⁵ La cuestión, por lo demás se halla perfectamente establecida en términos jurídicos en diversos trabajos, entre otros, de Simó Santonja. Por todos, SIMO SANTONJA, Vicente Ll. La identidad valenciana en el Estatut d' Autonomia; también, PALAO GIL, Francisco Javier, Entre Furs y Estatut. Notas sobre la experiencia histórico-jurídica valenciana y su recepción tras la Constitución de 1978; ambos en RVEA, núm. 57. Valencia, págs. 278 y ss. Y 206 y ss. Respectivamente.

⁶ Una lectura abiertamente crítica a tal sentencia, en DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Vicente Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil, Valencia, Corts Valencianes, 2004.

⁷ Ya he aludido en la nota inicial al trabajo del que esta colaboración presente es continuación: SANCHEZ FERRIZ, R. Puntualizaciones sobre la expresión «allí donde existan» (Art. 149,1,8 de la Constitución), en Revista Valenciana de Estudios Autonómicos, núm. 57, 2012, págs. 259 y ss. También, «El derecho civil propio como señal de identidad política. Una aproximación constitucional al caso de la Comunidad Valenciana y sus peculiaridades», Ponencia defendida en el al Congreso *The ways of Federalism*, celebrado en Bilbao en Octubre 2011, de próxima publicación.

⁸ Ello pudo ya advertirse en las breves referencias contenidas en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Estudios sobre Autonomías Territoriales, Civitas, Madrid, 1985, pp. 158-159.

⁹ Entre nosotros, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Vicente Posibilidades constitucionales..., ya cit. La propuesta más desarrollada es la preconizada por HERRERO DE MIÑON, Miguel, (entre otras obras, Derechos Históricos y Constitución. Madrid, Taurus, 1998). También la doctrina catalana ha reclamado la extensión para su caso particular.

En general, tales derechos civiles sobrevivieron en situación latente y provisional llegando a ser compilados curiosamente en el marco de un sistema unitario (jurídica y políticamente) como el del régimen anterior que, sin embargo, autorizó la recopilación de las distintas especialidades con vistas a elaborar un único Código que contemplara, en la medida de lo posible, y en forma excepcional, tales especialidades. No debe olvidarse que los primeros comentarios al art. 149.1.8 parten justamente de tal situación que en síntesis pero con absoluta claridad exponía Delgado ya en el año 1979:

«En la historia reciente de los Derechos civiles españoles, la etapa que termina con la promulgación de la Constitución tiene su inicio en el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza los días 3 a 9 de octubre de 1946... Fruto del mismo son, en definitiva, las compilaciones vigentes de Vizcaya y Álava (1953), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973). En todos los casos -salvo el de Navarra- las Compilaciones son formalmente leyes generales del Estado español... aprobadas por las Cortes sobre Proyecto presentado por el Gobierno...».¹⁰

Ahora bien, llama la atención que lo que en aquellos primeros momentos puede tener una explicación, se siga manteniendo aun hoy por quienes son defensores de los derechos forales y conocen bien la existencia de la STC 121/1992 pese a la cual siguen sosteniendo, como ya he dicho, que no cabe tal competencia en el caso de la Comunidad Valenciana.

3. ELABORACIÓN PARLAMENTARIA DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

Siendo tal entonces la situación jurídico política (de la que quedó excluida la Comunidad Valenciana), y el contexto doctrinal (civilista), cabe explicar primera reacción en la labor de interpretación. Pero creo que en esta particular cuestión jurídica no puede seguir ignorándose que la transición política iniciada en 1977 culminó con la elaboración de un texto constitucional que innovaba radicalmente el sistema político y en consecuencia también el jurídico. En efecto, a partir de la Constitución no cabía seguir teniendo como referencia determinante y única el fenómeno compilador ya aludido, sino que debió llevarse a cabo una lectura constitucional que atendiera a los nuevos principios jurídicos constitucionalizados y situara el art. 149. 1, 8 en el contexto en que realmente se halla inserto, interpretándolo a la luz del nuevo orden constitucional que no puede, en este campo, reconducirse tan solo a la existencia o no de compilaciones. En definitiva, creo que el contexto doctrinal que permite explicar las primeras interpretaciones, disipó y obvió la consideración del contexto en el que había de entenderse la norma constitucional de aplicación.

Por ello, se ha repetido hasta la saciedad que la Comunidad Valenciana no podía disponer de la competencia en materias de derecho civil (curiosamente asumidas en el Estatuto de 1982 y en su reforma de 2006) porque la Constitución la excluía desde el momento en que su texto refirió expresamente tal competencia a los casos en que el derecho civil se hallara compilado. Justamente es tal afirmación la que me parece poco o nada justificada en el texto constitucional; por ello he creído de extraordinario interés retomar los debates parlamentarios de las Cortes constituyentes de los cuales puede deducirse otra perspectiva (otra más) de lo que se quiso significar con la expresión «allí donde existan».

¹⁰ DELGADO ECHEVARRIA, J. Los derechos civiles forales en la Constitución, en Rev. Jur. de Cataluña, LXXVIII, jul-sept. Barcelona, 1979, pág. 145.

A. UNA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

Ciertamente, una breve referencia a los trabajos parlamentarios resulta oportuna por cuanto en ellos observamos la evolución en la configuración definitiva del texto interesante tal vez, no tanto para defender una taxativa y excluyente interpretación (de positivo reconocimiento de la competencia valenciana), pero sí para comprobar que tampoco, en sentido contrario, cabe seguir manteniendo la tajante interpretación de vinculación automática de la expresión «allí donde existan» al fenómeno compilador que, sin embargo, se ha venido sosteniendo hasta ahora por parte de la doctrina.

En este sentido, vale la pena recordar que el texto del Anteproyecto en absoluto se hacía cuestión de los derechos especiales que se mencionaban con ocasión de enumerar las materias civiles que eran competencia exclusiva del Estado siendo una de ellas la eventual resolución de conflictos entre las «distintas legislaciones civiles de España». ¹¹ Un voto particular de Alianza Popular proponía reducir sensiblemente el texto con la redacción siguiente: «Derecho civil, sin perjuicio de las partes incluidas en las compilaciones forales». ¹² Debe subrayarse el interés de este intento de precisar la cuestión, pues su consolidación hubiera cerrado el problema justamente en el sentido mantenido por las tesis negacionistas. Sin embargo, como vamos a ver, ello no fue sino una puntual y anecdótica propuesta absolutamente ignorada (y desechada) por el constituyente.

Alguna enmienda insistiría aún en el tema, todavía en el dicho texto del anteproyecto, y ya sin mención (al menos expresa) del fenómeno compilador. Se trata de la presentada por el diputado Gastón Sanz que a la frase final del precepto («...y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España») añadía «todo ello sin perjuicio de los derechos forales y de las peculiaridades jurídicas recogidas en cuerpos ya existentes, cuyo mantenimiento y modificación corresponderá a los pueblos y territorios donde se aplique». ¹³ Así como la formulada por el grupo parlamentario Minoría Catalana que también añadía lo siguiente: «sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas (refiriéndose a las obligaciones contractuales) que estuvieren vigentes en el Derecho sustantivo de los territorios autónomos». ¹⁴

Tras la aprobación del correspondiente informe pasa dicho art. 139 a ser el 141 que ya adquiere las características del finalmente vigente aunque sin precisar aun la limitación excluyente de una aceptación «autonomista» general, que acabará formalizándose con el discutido inciso «allí donde existan». En efecto, comienza el art. 141. 1. 8 diciendo: «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales...» Para continuar con la relación de materias que en todo caso han de corresponder al Estado. ¹⁵

En el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales el precepto pasó a ser el Art. 143.1.8º con el siguiente tenor: «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales allí donde

¹¹ Así decía el entonces art. 138.7: «... se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: ...7. Relaciones jurídico civiles relativas a la forma de matrimonio; ordenación de los Registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». Cfr. Constitución española. Trabajos parlamentarios, Madrid, Cortes Generales, vol. I, pág. 31.

¹² Ibidem, pág. 41.

¹³ Ibidem, pág. 185.

¹⁴ Ibidem, pág. 221.

¹⁵ Ibidem, pág. 624

existan, por las Comunidades Autónomas. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación.... normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso a las normas de derecho foral».¹⁶ En el debate del Pleno del Congreso se formuló una enmienda del Grupo Alianza Popular¹⁷ pero fue retirada por lo que se votó el indicado texto sin debate de ningún tipo.

Ya en el Senado, aunque constan anotadas 4 enmiendas (con los números 85, 943, 417 y 1018), en realidad solo afectaban a nuestra cuestión, las dos últimas:

La número 417 (de don Rosendo Audet, del Gr. Mixto) reducía considerablemente el texto al eliminar la primera parte del ya aprobado en el Congreso y proponía que se dijera: «Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso a las normas del derecho foral». Su justificación era la siguiente: El derecho civil en términos generales ha sido siempre peculiar de cada comunidad humana, como lo demuestra la supervivencia en España de numerosos derechos forales o especiales que han conservado a lo largo de siglos su vigencia. Debe corresponder, pues, a las Asambleas de las Comunidades Autónomas la posibilidad de legislar en esta materia sin perjuicio de la uniformidad de ciertas reglas, que este apartado recoge, para garantía de la convivencia dentro del Estado».¹⁸

Por su parte la número 1018, del Grupo Senadores Vascos, pretendía la siguiente redacción: «Legislación civil relativa a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas; forma del matrimonio; bases de las obligaciones contractuales y para la ordenación de los registros e hipotecas y normar para resolver conflictos de leyes». La justificación es igualmente escueta (en defensa, como en el caso anterior, del autonomismo): No debe sustraerse a la competencia de las CCAA la regulación de aquellas materias que no requieran una normativa uniforme para el ámbito de todo el Estado».¹⁹ La defensa de Audet en la Comisión del Senado²⁰ fue simplemente expositiva o testimonial y no mereció respuesta. Rechazada, fue mantenida posteriormente como voto particular.²¹

B. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS PARA INTRODUCIR LA IDEA DE «VIGENCIA» DE LOS DERECHOS ESPECIALES

Tal como se apuntó por los Socialistas Vascos por boca de Unzueta, «En este punto he de decir que el borrador del proyecto de Constitución ha perdido claridad desde que fue redactado inicialmente por la Ponencia...».²² Por ello, explica, tratan de que el texto vuelva a su redacción original, eliminando del presente lo que es superfluo. «Si la legislación civil es estatal, salvo el respeto a los derechos forales, el resto sobra». Cita el art. 15 de la Constitución de 1931 y también una resolución adoptada poco antes (27 y 29 de agosto de 1978) en Jaca por la Asamblea del Instituto español de Derecho Foral en la que se leía: «La Asamblea manifestó su deseo de que se reconozca a las CCAA con Derecho Privado propio la competencia legislativa sobre el derecho civil, sin otras excepciones

¹⁶ Ibidem, Vol. II, pág. 1828.

¹⁷ Ibidem, Vol. II, pág. 2439

¹⁸ Ibidem, Vol. II, pág. pág. 2841.

¹⁹ Ibidem, Vol. II, pág. pág. 3094.

²⁰ Ibidem, Vol. IV, pág. 4181

²¹ Ibidem, vol. IV, pág. 4466

²² Ibidem, vol. IV, pág. 4184

que las señaladas en el art. 13, apdo. 1 del CC»... quiero decir que «incluso el apdo. 1 del art. 13 del CC es sensiblemente mas maximalista que la enmienda que defendemos...»; de ahí deriva la necesidad de que sea aprobada su enmienda.

Pues bien, el mismo orador acabará retirando su enmienda²³ y apoyando la que presenta *in voce* el Senador Ballarin por considerarla muy superior, mostrando así gran satisfacción. El éxito de dicha enmienda alcanza la unanimidad por lo que no procedió siquiera la votación del texto. De todo ello deriva un texto sensiblemente distinto al precedente que ahora, en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado²⁴ será del art. 148.1, 8º que va a constar de los tres párrafos siguientes:

1. «La legislación civil común y la que regule los registros e instrumentos públicos.
2. La legislación para conservar, modificar o desarrollar los sistemas civiles forales o especiales corresponderá a las Comunidades Autónomas donde estén vigentes.
3. Serán en todo caso competencia del Estado las reglas....».

Llegado el debate al Pleno del Senado Audet defiende el voto particular que se acaba de transcribir en estos términos: «También en el Estatuto de 1932 se reconocía a Cataluña la legislación civil, a excepción de algunas escasas cuestiones. En esta Constitución, por el contrario, la legislación civil esta enteramente en manos del Estado, exceptuando todo lo que es modificación, conservación, y desarrollo de las legislaciones forales vigentes. La misma vigencia²⁵ de estas legislaciones forales especiales demuestra que el Derecho civil es una característica peculiar de cada Comunidad. Por tanto, todo intento de uniformización supone mantener el caduco e injustificado centralismo que ya en tantas ocasiones hemos denunciado». No obstante, no se modificó el texto.

Curiosamente, dicho texto queda definitivamente modificado por la Comisión Mixta Congreso-Senado que sustituye la expresión donde estén vigentes por la de «allí donde existan».²⁶

4. EN CONCLUSIÓN

Tal como se ha puesto de manifiesto desconocemos las razones que conducen a tal cambio pero sí vale la pena llamar la atención sobre una realidad con cuyo apunte concluimos esta colaboración: que no era la primera vez que se intentaba introducir la idea de vigencia sin que en ninguno de los casos llegara a prevalecer. Ni tampoco cabe de los debates que he citado deducir la vinculación de tal excepción al fenómeno compilador, sin perjuicio de que, desde la perspectiva civilista, fuera lógica tal asociación de ideas por tratarse de los elementos básicos de un debate sostenido durante décadas.

Pero, en todo caso, es obvio que una perspectiva constitucional habría de desvincular dicha relación, no solo por la redacción final del texto fundamental y su elaboración parlamentaria en las distintas fases que acabo de referir, sino también porque la directa aplicación de los nuevos principios constitucionales difícilmente podían verse limitados por un fenómeno del régimen anterior que se alejaba ostensiblemente de los mismos en los planteamientos y en la filosofía política que los inspiraba.

²³ Vol. IV, pág. 4211

²⁴ Ibidem, Vol. IV, pág. 4399.

²⁵ Ibidem, Vol IV, págs.. 4882-4883.

²⁶ Ibidem, Vol IV, pág.. 5074

BREVE NOTA BIBLIOGRÁFICA (OBRAS NO CITADAS EN NOTA)

CLEMENTE MEORO, Mario, «Las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», en *Revista General de Derecho*, n.º 596 (1994), pp. 4923-4945.

GARRIDO MALLOL, Vicente, «Las Competencias de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Civil: perspectivas de futuro», en *RVEA*, núm. 2004.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *Pluralidad de Derechos civiles españoles*. Madrid, Civitas, 1999.

MONTES PENADES, Vicente L. «El Derecho Foral valenciano. Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil», en BAÑO LEON, José María, *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Madrid, Civitas, 2007.

RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe, *Las competencias legislativas en materia de derecho civil y su deseable reforma constitucional*, *Revista de Derecho Privado*, n.º 7-8 (2005), pp. 3-18.

RAMON FERNANDEZ, F. *Prospectiva del Derecho foral civil valenciano*, Valencia, UPV, 2012.

ROCA TRIAS, Encarnación, *La competencia en materia de derecho civil*, *Revista de dret catala*, num. especial dedicado a la sentencia del Estatuto, disponible en http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/recursos_interes/especial%20estatut/documents%20especial%20estatut/cast/11_e_Roca_es.pdf

VIDAL MARTINEZ, J. «Reflexiones en torno al artículo 149.1. 8 de la Constitución», en *Documentación Jurídica*, 1981, págs. 289 y ss.

SOBRE LA INICIATIVA LEGISLATIVA: EFECTOS, SUJETOS Y ALGUNA PROPUESTA

ÁNGEL L. SANZ PÉREZ

Letrado del Parlamento de Cantabria y
Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Cantabria

La iniciativa legislativa es el momento inicial punto de arranque y el desencadenante del procedimiento legislativo. El efecto inicial es obligar al Parlamento a tomar una decisión, afirmativa o no, sobre el contenido de la iniciativa ejercida. La fase de iniciativa, por tanto, es aquella que supone que uno de los sujetos capacitados constitucional o estatutariamente para ello, remite al Parlamento un texto, en forma de proyecto o proposición, para que sea tramitado por éste. Los efectos son conocidos, pues la STC 136/2011, de 13 de septiembre indica que el autor de la iniciativa «tiene la prerrogativa de decidir qué materias serán sometidas al conocimiento, debate, y, en su caso, aprobación de las Cortes Generales».

Elaborar una teoría general¹ de la iniciativa legislativa es un buen trabajo de elaboración jurídica, fundamentalmente porque cada iniciativa tiene un significado diferente a las otras, y también porque la iniciativa del Gobierno está claramente privilegiada. De hecho, es la única iniciativa que es dominada de un modo absoluto por su autor, pues puede ser retirada hasta el momento anterior en el que recaiga la votación definitiva del Pleno. Además, es la única iniciativa que no necesita la confirmación previa por la Cámara para su tramitación. Así lo determina el artículo 128 RCD según el cual, el «Gobierno podrá retirar un proyecto de Ley en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara, siempre que no hubiere recaído acuerdo final de ésta.» Con fidelidad, esta disposición se reitera en todos los Reglamentos de los Parlamentos autonómicos.

Los efectos de la presentación de la iniciativa legislativa (en realidad, la de cualquier iniciativa normativa) han sido señalados por el Tribunal. En efecto, el principal efecto es activar el seguimiento de oficio de unos trámites concatenados que, una vez cumplidos los mismos, llevarán (casi siempre) a la resolución final en forma de Ley. En este sentido, el efecto de la iniciativa es fijar la materia y el objeto sobre el que va a centrarse la discusión. Las SSTC 124/1995, de 18 de julio, 38/1999, de 22 de marzo y 136/2011 de 13 septiembre, han indicado que «la materia y el objeto del procedimiento lo delimita, pues, el autor de la iniciativa legislativa, de modo tal que, cumplidos los requisitos reglamentariamente exigidos para su admisión a trámite, el procedimiento debe contraerse al mismo y actuarse en su marco.»

En definitiva, el Tribunal ha profundizado en esta idea indicando que «los proyectos de Ley del Gobierno (art. 88 CE) y las proposiciones de ley de los restantes legitimados (art. 89.1 CE), como forma de articular la iniciativa legislativa son, pues, el

¹ Como orientación bibliográfica puede citarse M. ARAGÓN REYES, «La iniciativa legislativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 16, monográfico, 1986, págs. 287 y ss.; A. DORREGO DE CARLOS, «Artículo 88...», op. cit.; J. F. MERINO MERCHÁN, «Rasgos definidores de la iniciativa legislativa prevista en el artículo 87 de la Constitución», en *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983, págs. 43 y ss.; P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La iniciativa...», op. cit.*; R. PUNSET, «Iniciativas popular y regional y fase introductoria del procedimiento legislativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 11, pág. 111; J. J. LAVILLA RUBIRA, «Las proposiciones de Ley remitidas por las Comunidades Autónomas al Congreso de los Diputados», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, pág. 9; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Comentario al artículo 87.2», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución*, coord. por Garrido Falla, pág. 1251 y ss.; F. SAN- TAOLALLA LÓPEZ, *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, págs. 257 y ss.; M. A. GARCÍA MARTÍNEZ, *El procedimiento...», op. cit.*, págs. 159 a 166, y 231 a 239; J. MOLLINEDO CHOCANO, «La iniciativa de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas», *El procedimiento legislativo. V... cit.*, págs. 279 y ss.

instrumento para poner en movimiento el procedimiento legislativo, forzar el debate político y obligar a que los distintos grupos políticos tengan que tomar expreso partido sobre la oportunidad de regular mediante ley una determina materia» (STC 124/1995, de 18 de julio, F. 3, con relación a las proposiciones de ley). Además, en STC 136/2011 indicó que con ello la Constitución está atribuyendo «a aquellos legitimados el derecho «a suscitar el debate parlamentario sobre una materia determinada mediante el recurso a la iniciativa legislativa» (STC 38/1999, de 22 de marzo, F. 3 B), con relación a las iniciativas legislativas de origen parlamentario). En suma, la iniciativa legislativa no sólo es una forma de participación de los legitimados en la potestad legislativa de las Cámaras parlamentarias, sino también un instrumento eficaz en sus manos que les permite obligar a que el Parlamento se pronuncie sobre la oportunidad o no de regular «una determinada materia» (julio, F. 3; y 38/1999, de 22 de marzo, F. 3 B)».

Con estos efectos, no es de extrañar que haya un número cerrado de titulares. La Constitución dispone en su artículo 87 que la iniciativa legislativa corresponde a Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. Este precepto es reiterado, con alguna variante interesante, por los Estatutos de Autonomía: art. 111.1 EAAnd; art. 42.2 EAAR; art. 31.1 EAPAST; art. 58.1 EAIB; art. 12.5 EACANA; art. 15.1 EACANT; art. 12.1 EACLM (que le atribuye la iniciativa parlamentaria a los diputados a través de los grupos parlamentarios) y con una fórmula más sencilla, el artículo 27 EAPV, el artículo 23.2 EAEX o el artículo 30.1 EAMU, atribuyen la iniciativa a los parlamentarios y al Gobierno autonómico. El artículo 13.1 EAG atribuye la iniciativa a los parlamentarios, al Parlamento y al Gobierno. Por su parte, con alguna modificación, el artículo 62.2 EACAT atribuye la iniciativa a los Diputados, al Gobierno y «a los grupos parlamentarios», además de a los ciudadanos y, artículo 62.3 EACAT, (y de forma similar el artículo 15.2 EAMAD) a «los órganos representativos de los entes supramunicipales de carácter territorial que establece el presente Estatuto» y que, al menos, son las comarcas (artículo 83.2 y 92 EACAT, además de muy probablemente a las veguerías). Finalmente, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana atribuye la iniciativa al Gobierno, a los grupos, junto con los Diputados. También el Estatuto de Autonomía de Murcia dispone que puedan ejercer la iniciativa legislativa, además, los municipios y las comarcas.

El cumplimiento de los requisitos de la iniciativa es algo exigible en el ámbito del Derecho Parlamentario (igual que en el mundo del Derecho Administrativo). Por ello debe preguntarse qué sucede en el caso de que se omitan requisitos de la iniciativa legislativa. Además, suele ser un lugar común en la doctrina tratar de conocer si la falta de un requisito en la iniciativa podría suponer la inconstitucionalidad de la Ley. La jurisprudencia, como se sabe, ha exigido que el defecto en la tramitación de la Ley altere de forma esencial el proceso de formación de la voluntad del Parlamento. Pero no es fácil vincular esto con algún requisito de la iniciativa. Así, son varias las regulaciones reglamentarias que se pueden vincular al bloque de la constitucionalidad, y que escape del ámbito de los interna corporis. Tal caso podría ser, por ejemplo, el relativo al número de miembros necesarios que deben adoptar la proposición de Ley (el número de miembros que tienen que presentar la proposición de Ley es muy diferente en los distintos Parlamentos, así va de los veinticinco senadores -artículo 198 RS- y quince Diputados -art. 126 RCD-, o de un único Diputado en el Parlamento de Navarra, artículo 145 RPN; los cuatro Diputados en las Cortes de Aragón, artículo 138 del RCA; Asturias, artículo 153 RJPA; Canarias, artículo 124 del RPC; Murcia, artículo 88 RAMU; los cinco de Cataluña, artículo 107 RPC; Galicia, artículo 122 del RPG;

Baleares, artículo 126 del RPIB; Madrid, artículo 151 RAM; País Vasco, artículo 105 RPV; Comunidad Valenciana; y los seis Diputados de Cantabria, artículo 110 RPC y de la Rioja, artículo 91 RPR). A priori, poca duda cabe de que una proposición de Ley presentada por menos diputados que los exigidos reglamentariamente, o por sujetos que no ostentasen la condición de Diputado, adolecería de un vicio no subsanable que chocaría con el valor pluralismo político y la correspondiente cláusula Estado Democrático, que a través del principio de igualdad exige una representación mínima en la Cámara para poder iniciar el procedimiento legislativo.

Otros requisitos de los proyectos de ley sólo podrían ser vulnerados de forma grosera. Así, podría implicar la inconstitucionalidad de la Ley el caso de que el Proyecto no fuese aprobado en reunión de Consejo por el órgano colegiado ejecutivo correspondiente. Más dudas podría plantear el hecho de que no se hubiesen emitido, en fase de redacción del Anteproyecto, los informes que la Ley obliga emitir (Consejo de Estado u órgano análogo de la Comunidad Autónoma, o el Consejo Económico Social u órganos equivalentes). En este caso, podría pensarse que la aprobación por el Parlamento de la Ley vendría sanar la falta de solicitud de documentos en una fase muy anterior a la aprobación democrática de la norma. En supuestos de no-remisión al Parlamento de los informes que debieran emitirse en fase parlamentaria es imprescindible la función de la Mesa y de quien la asesora. En cualquier caso, debe exigirse la remisión de todos los antecedentes necesarios para que la Cámara pueda pronunciarse sobre el asunto de que se trate, con el debido conocimiento de la materia respectiva.

Además, habrá que tener en cuenta la documentación exigida por el Reglamento parlamentario. Por ejemplo, algún Reglamento parlamentario (como el del Parlamento de las Islas Baleares) exige la presentación de otra documentación, pues los proyectos de ley deberán ser acompañados por «una evaluación de la legislación precedente y su incidencia efectiva» (art. 117 RPIB).

Qué se entiende por «antecedente necesario» no está nada claro, aunque el ordenamiento y la jurisprudencia constitucional han ido dejado varias ideas de cómo debe interpretarse la «necesidad» del antecedente. Además de la regulación de la Ley 50/1997, del Gobierno, debe tenerse en cuenta que el mar legislativo ha incrementado el número y calidad de informes que han de acompañar a un proyecto de ley, y que debería acompañarlo al remitirlo al Parlamento. Por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dispone que los proyectos de disposiciones de carácter general... «que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género».

Las Comunidades Autónomas han tendido a mimetizar (con poca eficacia y nula imaginación) la regulación estatal, y varias han sido las que han dispuesto la emisión de informes en materia de igualdad de género, durante la tramitación de un anteproyecto de ley. Seguramente la primera Ley fue la *Ley de Cataluña 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña*. Posteriormente han sido varias las leyes que han aprobado la *Ley de Galicia 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres*, que establece en sus artículos 7 y 8, que han de emitirse informes de impacto de género en el proceso de elaboración de las leyes y los reglamentos. Por su parte, la *Ley del País Vasco, 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres* dispone en el artículo

19 la emisión de una «evaluación previa del impacto en función del género» en la redacción del Proyecto de Ley. Además, la *Ley de las Islas Baleares 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer* también prevé la inclusión en los anteproyecto de ley de un informe que estudie la materia de la igualdad de género. Finalmente, también la *Ley de Murcia 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia*, y la *Ley de Andalucía 12/2007, de 26 de noviembre, de Promoción de la igualdad de género en Andalucía* regulan la elaboración de un documento que aborde la igualdad de género y el impacto que tiene el proyecto de norma elaborado.

La voracidad previsiva ha sido aún mayor, pues se han previsto más informes en diferentes normas. Así, puede contarse con el documento previsto por el *Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo*, la cual deberá ser remitida al Congreso de los Diputados por el Gobierno de la Nación. La *Resolución de 21 de junio de 2005, de la Presidencia del Consejo de Estado, por la que se dispone la publicación de la relación actualizada de disposiciones que preceptúan la audiencia del Consejo de Estado* es una muestra de la cantidad de materias que deben ser objeto de Dictamen del Consejo de Estado, y remitido por el Gobierno junto al Proyecto de Ley.

Como se sabe, han sido varias las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han referido a los antecedentes que han de acompañar a un proyecto de ley. Desde la STC 99/1987, de 11 de junio, F. 1 a), a la STC 136/2011 pasando por las SSTC 108/1986, de 29 de julio, F. 3) o 103/2008, de 11 de septiembre, F. 5) se ha tratado de consolidar una jurisprudencia sobre la materia. No basta, se dice, con cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el procedimiento parlamentario para declarar la inconstitucionalidad de Ley. Y ello tanto para reclamar la información que ha de acompañar al Proyecto, como para entender vulnerado algún trámite parlamentario propiamente dicho. Así, sólo se producirá si el vicio o inobservancia denunciados afectan esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios, de modo que sólo los vicios o defectos más graves provocan un «déficit democrático» en el proceso de elaboración de la Ley. Todo recurrente tiene la carga de definir qué antecedentes han sido omitidos por el Gobierno y en qué medida esa omisión les habría privado de los elementos de juicio necesarios para poder cumplir con su función de parlamentario. Además, la omisión ha de ser «denunciada» ante la misma Cámara en el momento de producirse.

Como se sabe, los requisitos de motivación y antecedentes han sido dispuestos por el artículo 88 CE para los proyectos de Ley. Sin embargo, estos últimos requisitos han sido ampliados por los Reglamentos Parlamentarios también a las proposiciones de Ley. En efecto, primero el Reglamento del Congreso de los Diputados, luego el del Senado y posteriormente los Reglamentos de los Parlamentos Autonómicos han exigido que las proposiciones de Ley también estén precedidas de una Exposición de Motivos y acompañadas de la documentación precisa. No obstante, no parece que los Diputados (ni los Grupos parlamentarios) estén en la misma posición que el Gobierno, para proporcionar información al Parlamento, y por eso se debe dudar de la efectividad y del realismo de exigir este requisito a las Proposiciones de Ley (y por lo tanto, debe dudarse también de las posibles consecuencias invalidantes de la no-remisión de documentación junto a la Proposición de Ley). En definitiva, sería muy difícil prever el mismo grado de exigencia con el Gobierno que con los Diputados en lo que a la remi-

sión de la documentación se refiere. El fundamento de la remisión de los antecedentes es la garantía de que el Parlamento cuente con toda la información de los asuntos que tramita, y este conocimiento parece que sólo está en condiciones de garantizarlo el Gobierno, en su condición de dirección de la Administración Pública. En relación con ello, el pluralismo político va a extender unos efectos protectores para la propia Institución Parlamentaria, en relación con la más que frecuente falta o insuficiente remisión de documentación por parte del Gobierno correspondiente. Por ello, la previsión protectora se dirige a favor del Parlamento frente al Gobierno, que es lo mismo que proteger a la minoría frente a la mayoría, esencia misma del Derecho Parlamentario.

La remisión de documentación² al Parlamento por parte del Gobierno se enmarca dentro del derecho a la información de Diputados, que se integra, como es sabido, dentro del ámbito del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución. La dudosa eficacia de este derecho, así como los problemas conceptuales relativos a su configuración e integración en el marco constitucional motivan que sean precisos elementos añadidos para su efectividad, a pesar de que la omisión de la documentación pueda determinar la inconstitucionalidad de una Ley en cuya tramitación falte este elemento de información. La exigencia de una previa denuncia por el Parlamento se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la citada Sentencia 108/1986, de 29 de julio.

Partiendo de la configuración del derecho de acceso a la información como un derecho subjetivo, estaría viciado el procedimiento en aquellos casos en que se hubiese solicitado expresamente la documentación y el Gobierno no lo hubiese remitido. No obstante, la perspectiva cambiaría si se observase la remisión de esta documentación no desde un punto de vista subjetivo, sino objetivo. Esto supone relacionar la remisión de documentación con el pluralismo político, pues sólo así la minoría parlamentaria puede participar en el procedimiento legislativo. Desde este punto de vista, la ausencia de información viciaría el procedimiento legislativo y mucho más en el caso de ausencia total de documentación, aunque no haya sido solicitada. La falta de información de los Diputados (sobre todo los de la oposición) les colocaría en una situación de inferioridad, que les dificultaría extraordinariamente el efectivo ejercicio de la función legislativa, y que no es coherente con el valor pluralismo político. Tampoco parece muy acomodado a la actual situación de desarrollo tecnológico el someter el ejercicio de este derecho fundamental a una previa y burocrática solicitud previa. No obstante, en cualquier caso, la función y la posición de la Mesa respectiva es imprescindible para garantizar el cumplimiento de los requisitos reglamentarios, incluyendo, desde luego éste.

Además, de forma similar y coherente con esta posición institucional de la Mesa, a ésta le correspondería asegurar, por ejemplo, la efectiva presentación del Proyecto de Ley en forma de texto articulado, debiendo rechazar un texto que no estuviese estructurado en artículos como unidad básica del Proyecto. Sin duda, el principio constitu-

² CANO BUESO, J. *El «derecho de acceso a la documentación» de los diputados en el ordenamiento parlamentario español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996; MANCISIDOR ARTARAZ, E. «El derecho de los parlamentarios a recabar información» *Revista Vasca de Administración Pública*, 24, p. 175 y ss. y este mismo autor «El derecho de información de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional», *Parlamento y justicia constitucional... op. cit.*, pp. 323 y ss.; PULIDO QUECEDO, M. *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 320 y ss.; LAVILLA RUBIRA, J. «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: Información, control y responsabilidad», *Estudios sobre la Constitución Española. ... op. cit.*, pp. 2010 y ss.; DA SILVA OCHOA, J. «El derecho de los parlamentarios a la documentación», *Revista de las Cortes Generales*, 19, 1990, pp. 7 y ss.

cional de seguridad jurídica debería garantizar, en este supuesto extremo, una decisión de la Mesa de rechazo.

El privilegio de los proyectos de ley es un peaje del tiempo de los Gobiernos en el que vivimos. Así, en lo que a los requisitos de las proposiciones de Ley se refiere, es habitual que los distintos Reglamentos Parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas prevean la posibilidad de que, de forma similar a como efectúa el artículo 134.6 de la Constitución para las Cortes Generales, el Gobierno tenga que prestar su conformidad a las proposiciones de Ley y enmiendas que supongan un aumento de créditos o una disminución de ingresos. En virtud de ello, el Gobierno podría oponerse a la tramitación de casi todas las proposiciones de Ley que pudieran ser presentadas, pues su ejecución va a suponer, casi siempre, un necesario aumento de créditos (por ejemplo, la Ley que regule los símbolos institucionales, para la adquisición de las banderas; la Ley de creación del Consejo Económico Social, para la ubicación física del Consejo...). La interpretación extensiva del previo consentimiento del Gobierno para la tramitación de iniciativas supone una clara consecuencia restrictiva para el Parlamento (y para la minoría parlamentaria en concreto), y es inadecuado a las garantías que deben derivarse del valor pluralismo político. Si la finalidad del ordenamiento jurídico parlamentario es la protección de las minorías parlamentarias, se entiende mal la extensión que han efectuado todos los Reglamentos de los Parlamentos Autonómicos. La posibilidad de que el respectivo Gobierno pueda oponerse tanto a la tramitación de una proposición de Ley como a las enmiendas presentadas a un proyecto o proposición de Ley, no está prevista en los Estatutos de Autonomía, excepto los casos de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana (artículo 76.1) y de Extremadura (artículo 60.b).

El necesario carácter restrictivo que debe tener este elemento del procedimiento legislativo, debería tenerse en cuenta para determinar el efecto que debe darse a la negativa del respectivo Gobierno a la tramitación de una proposición de Ley. Esta negativa, en la práctica generalidad de los Reglamentos Parlamentarios parece que debería tener efectos impeditivos, pues imposibilitaría la inclusión de la proposición en el orden del día del Pleno. Por ello, podría ser contrario al Reglamento una proposición de Ley que se tramite contra el criterio del Gobierno, pero más dudoso sería calificar de inconstitucional la misma Ley tramitada contra el criterio del Gobierno. Tal prerrogativa no es desarrollo de ningún valor superior del ordenamiento jurídico, principio constitucional o derecho fundamental. Más bien, es una autolimitación del Parlamento, cuya vulneración no debería viciar de inconstitucionalidad a la Ley y, por tanto, podría integrarse en el ámbito de los «*interna corporis acta*». Y todo ello partiendo de la conveniencia de que sea el propio Parlamento el que solucione el conflicto en la calificación de la enmienda. De hecho, un uso excesivo de la facultad de negativa del Consejo de Gobierno sí supondría una vulneración del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución, que no encajaría dentro de las exigencias del pluralismo político, ni en las relaciones habituales del juego parlamentario. Más aún, existen Parlamentos en los que lo habitual es la práctica contraria a esta previsión (tramitar la iniciativa a pesar de la negativa del Gobierno), lo cual supondría viciar de inconstitucionalidad muchas Leyes que tuvieron como origen una Proposición de Ley. Todo cuanto se ha señalado hace defender la conveniencia, en el futuro, de una reforma reglamentaria, que limitase o excluyese esta facultad gubernamental.

**LA CIUDADANÍA DE LAS MUJERES:
EL *FEMINISMO RAZONABLE* DE MARÍA
CAMBRILS A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX**

MARGARITA SOLER SÁNCHEZ

Universidad de Valencia

1. INTRODUCCIÓN

2. EL FEMINISMO Y SUS FUNDAMENTOS

3. LA IGUALDAD DE DERECHOS AL SERVICIO DE LA LIBERTAD

4. EL SOCIALISMO AL SERVICIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

5. LA DEMOCRACIA COMO EJERCICIO DE UNA CIUDADANÍA PLENA DE LAS MUJERES

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Creo que es conveniente hacer algunas aclaraciones previas en torno al por qué de este trabajo y en este espacio, un libro -homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino, con motivo de su jubilación. La mayoría de las profesoras de derecho constitucional de la Universidad española que estudiamos y analizamos éste desde una perspectiva de género, se lo debemos a la profesora Sevilla que, me atrevo a decir sin riesgo de equivocarme, ha sido una de las precursoras en la academia española de este tipo de análisis y estudios en el derecho constitucional. El estar predispuestas a ver *desde el análisis de género* algunas de las cuestiones relevantes para el derecho constitucional y, por ende, para la configuración del Estado y sus instituciones y, en definitiva, para los derechos de ciudadanía, eso -y no es poco- es lo que nos ha inoculado la profesora Sevilla.

Sirva, pues, esta breve contribución en forma de artículo para homenajear a Julia Sevilla. Y hágase recurriendo a un comentario crítico sobre otra precursora del feminismo y de la igualdad entre mujeres y hombres, también valenciana, que, como tantas otras mujeres con anterioridad vio oscurecida, en el transcurso de las décadas que siguieron a la publicación de su obra, la repercusión de sus meditaciones sobre la situación de las mujeres y el necesario camino hacia la igualdad de derechos con los hombres que la sociedad española debía emprender a principios del siglo XX. Un siglo después, Julia Sevilla representa el mismo espíritu de lucha e inconformismo que caracterizó a María Cambrils y que caracteriza en general al *feminismo socialista*.

A María Cambrils, llegué por casualidad, leyendo un trabajo sobre Clara Campoamor¹ en el que se cita el prólogo que la propia Campoamor realizó para el libro de la valenciana Cambrils *Feminismo Socialista* en el año 1925. Como quiera que se conoce poco de las obras de mujeres, me llamó la atención el que una valenciana de principios de siglo escribiese sobre feminismo y socialismo y fuese una desconocida, así que decidí indagar. Dicho y hecho, mi primera tarea fue localizar el libro, por tal de conocer algo más de quien a principio del siglo XX había escrito sobre un tema como ese, desde Valencia y había meritado prólogo de la propia Clara Campoamor.

Mis averiguaciones me llevaron hasta donde a otras las suyas propias les habían llevado, y me constataron que estaba, como señala Rosa Solbes,² ante una «famosa desconocida» del pensamiento feminista de principios del pasado siglo cuyo rastro, como el de tantas otras se perdió tras la Guerra Civil y el largo periodo de dictadura. Cuenta la periodista Rosa Solbes de las dificultades para seguir el rastro a la Cambrils a raíz de la búsqueda por parte del Instituto de la Mujer Vasca que pretendía reeditar el libro y que buscaba en Valencia (lugar de la edición del libro en 1925) a los herederos de la autora. En la Fundación *Pablo Iglesias* creían en un principio que estábamos ante el seudónimo de un varón que a la postre resultó ser su compañero de vida, dado cómo se reconstruye, si bien tímidamente, algunos de los fragmentos de su vida en Valencia

¹ Fagoaga, C. y Saavedra, Paloma, *Clara Campoamor. La sufragista española*, Madrid, 1981, p. 46.

² SOLBES, Rosa: «María Cambrils, la famosa desconocida». *El País*, 9-2-2003.

y de su retorno a Pego, su ciudad natal, donde ella y su compañero participarían en algunas actividades del Partido socialista y donde presumiblemente murió.

¡Cuántas veces nos encontramos con que la historia de las mujeres empieza desde cero! Una y otra vez hay que volver a poner en valor los trabajos de las que nos precedieron, reconstruyendo su historia, la historia silenciada de lo que las mujeres han dicho y han escrito y que sólo otras mujeres ponen en valor. Las reflexiones de María Cambrils son hijas de su tiempo, pero reflejan una aproximación importante a una idea de ciudadanía plena para las mujeres como aspiración feminista y, en concreto, desde el socialismo, una ideología que Cambrils considera indisolublemente unida a la causa feminista pues *aspirar a transformar la sociedad capitalista y dejar al margen de este movimiento a la mujer sería grave error*,³ reflexión ésta que tiene aún hoy pleno vigor.

El trabajo de Cambrils, en el que desgrana una visión de la situación social y jurídica de las mujeres a principios del pasado siglo, es básicamente una recopilación de sus diversos escritos publicados en la revista *El socialista*, que revela el papel al que se había relegado a las mujeres, supeditándoles *como si fuesen cosa y no un ser humano acreedor por derecho incuestionable de Natura a todos los respetos y consideraciones*.⁴ En palabras de Cambrils, su libro es un alegato contra la injusticia, la opresión, el matrimonio indisoluble y las violencias con las afecciones del corazón.⁵ Lo bien cierto es que los escritos de Cambrils no nos dejan indiferentes pues sus denuncias en su mayor parte son las mismas que seguimos haciendo hoy. Nos hacen reflexionar sobre su inquietante actualidad, sobre por qué cien años después tantas de sus afirmaciones son aun de vigente actualidad. Sus reivindicaciones son en muchos sentidos, similares a las que hacemos las mujeres del siglo XXI.

En este comentario voy a tratar de resumir algunas de las urdimbres fundamentales de su pensamiento que pasa por analizar, en primer lugar, sus concepciones sobre el feminismo y sus fundamentos; en segundo lugar, la lucha de la mujer por alcanzar la igualdad jurídica con los hombres -vieja reivindicación del primer feminismo liberal-; en tercer lugar, la necesidad de asumir los planteamientos del socialismo para alcanzar, no obstante lo anterior, la igualdad real de condiciones y oportunidades de vida; en cuarto lugar, su concepción de lo que debemos considerar una ciudadanía plena para la mujer, sin olvidar las tareas más prosaicas e instrumentales que debemos implementar para alcanzar la meta propuesta; todo ello conducente, finalmente, a unas conclusiones provisionales sobre su figura y aportación que se resume en la idea de un *feminismo razonable*, heredero del espíritu de la Ilustración que sólo desde la asunción de los valores del liberalismo y del socialismo puede cerrar el círculo de su periplo.

2. EL FEMINISMO Y SUS FUNDAMENTOS

María Cambrils es, sobre todo y ante todo, una ilustrada del siglo XX. Sus reflexiones se sitúan claramente en la estela histórica trazada por el espíritu de la Ilustración y que caracterizó al movimiento de emancipación que le siguió frente a cualquier sujeción de los seres humanos a constreñimientos sociales no justificados desde un punto de vista racional. La reivindicación de la razón frente a los prejuicios de lo irracional es una constante en su obra y este convencimiento lo aplica particularmente en el

³ Cambrils, p. 21.

⁴ Cambrils, p. VIII.

⁵ Cambrils, p. VIII.

análisis y criba que realiza a todas las sujeciones sociales a las que la mujer está atada en su época.

La primera tarea que se propone es entender los fundamentos en los que se asientan las desigualdades que sufren las mujeres frente a los hombres, los argumentos que puedan justificar que el hombre, *de iure y de facto*, se sitúe por encima de la mujer en lo que a su consideración jurídica y social se refiere. Su conclusión no deja lugar a dudas: *Ningún principio científico puede servir de fundamento racional a la pretendida superioridad del hombre sobre la mujer; solo los prejuicios llevados a nuestras leyes pueden sostener tamaña injusticia.*⁶

La ciencia, a los ojos de María Cambrils, no aporta ninguna razón que pueda justificar la desigualdad de trato en perjuicio de las mujeres: *La verdadera Ciencia desmiente, con sus enunciados de justicia, a los numerosos justificadores de la Verdad, que predicán, de diferentes modos, el menosprecio de los débiles y la inferioridad probada de la mujer.*⁷ La razón, pues, sólo la podemos encontrar en prejuicios infundados o, al menos, ajenos a cualquier fundamentación científica o racional. No es extraño, por ello y como buena ilustrada, que convierta a la Iglesia Católica en blanco de sus más aceradas críticas: *La iglesia romana no fue jamás partidaria de las reivindicaciones feministas;*⁸ o, si se prefiere sus planteamientos más actuales, los representados por *las legiones parásitas del neocatolicismo, refractarias a todo progreso ciudadano y enemigas fóbicas de las libertades civiles.*⁹

Bien es verdad que su crítica a la Iglesia católica es compatible con su asunción del cristianismo. No renuncia a la religión y, de hecho, se declara seguidora de Jesús de Nazaret, pero sí que denuncia y critica al catolicismo oficial como muñidor de los prejuicios contra las mujeres. Su blanco es *el criterio cerrado que siempre tuvo la iglesia romana contra las libertades de la mujer.*¹⁰

Obviamente María Cambrils no encuentra justificación desde el cristianismo para mantener tratamientos diferenciados: *La mujer está dotada de razón para raciocinar, de memoria para retener, de entendimiento para conocer, de voluntad para decidirse y de corazón para sentir.*¹¹ Es la Iglesia católica, su jerarquía y sus intereses los que han generado ese perjuicio que ella denuncia. Y esos intereses siguen vigentes. Por esta razón no encuentra motivos para pensar en un cambio de actitud de jerarquía eclesial respecto a esta cuestión: *si tal liberación femenina no se ha conseguido por el influjo de los omnipotentes jefes de la Iglesia romana, ¿se quiere a estas alturas... conseguir lo que, pudiéndose, no se quiso conceder en pasados tiempos de mayor predominio religioso... La liberación femenina no se concederá desde los medios religiosos. El tiempo y la historia lo demuestran.*¹²

La reacción en favor de la liberación de las mujeres sólo puede provenir de la toma de conciencia de la irracionalidad de la postergación de las mujeres en tantas dimensiones del hacer social: *El movimiento feminista [...] no fue un movimiento económico ni tampoco político, sino simplemente una muy lógica explosión de rebeldía contra el*

⁶ Cambrils, p. 50.

⁷ Cambrils, p. 37.

⁸ Cambrils, p. 61.

⁹ Cambrils, p. 58.

¹⁰ Cambrils, p. 63.

¹¹ Cambrils, p. 37.

¹² Cambrils, p. 64.

*estado de dependencia civil en que se encontraba y se encuentra la mujer con relación a las libertades ciudadanas.*¹³ Otra vez el espíritu ilustrado revelándose contra los prejuicios infundados que reclama el arrumbamiento de todas los tratamientos desiguales que no puedan ser justificados, que reclama el fin de las injusticias.

Esa es la fundamentación en la que se asienta el grito de la igualdad por parte del feminismo, un grito de libertad pues no de otra cosa se trata, garantizar la libertad de todos en igualdad de condiciones para todos, tal y como ella lo expresa: *El feminismo como instrumento para conseguir la igualdad civil y jurídica de ambos sexos.*¹⁴ También Clara Campoamor en el prólogo de la obra de Cambrils apunta en la misma dirección: el feminismo como *protesta valerosa de todo un sexo contra la positiva disminución de su personalidad.*¹⁵ Esa es la esencia del feminismo, el combate contra la desigualdad de trato no justificada por la razón y que afecta a las mujeres en relación al trato recibido por los hombres: *Combatimos la desigualdad en el trato legal que sancionan las leyes dictadas caprichosamente por los hombres de todos los tiempos.* Frente al capricho, la razón; frente al prejuicio, la Ilustración.

Y ese es un camino en el que María Cambrils sabe que no está sola, que le acompañan cientos de mujeres y que la han precedido otras más, reivindicando lo que, desde la perspectiva humana, no puede sino ser un acto de justicia para con todos. Hace por ello también en su obra una referencia a las mujeres que a lo largo de la historia han hecho una defensa de las mujeres o se han levantado contra los atropellos padecidos por las mujeres por el solo hecho de serlo, reivindicando la libertad para las mismas. Así María Cambrils resalta como ya Aspasia, la ateniense esposa de Pericles, discutía vivamente con Sócrates acerca de las libertades negadas a las mujeres.¹⁶ Asimismo, cita el primer periódico feminista, en 1836, *La gazette des femmes* y su lucha por la igualdad de las mujeres en derechos y en libertad en la Francia postrevolucionaria. Y continúa con otras referencias a toda una serie de mujeres ilustres a lo largo de la historia y en todos los países -Olimpia de Gouges, Jorge Sand, María Agnesi, Concepción Arenal, Masdame Stäel, María Wollstonecraft, Madame Curie, Berta Kinsky, Rosa Luxemburgo, Inés de la Cruz, Teresa de Jesús, Clara Campoamor, Victoria Kent, Mariana de Pineda, Federica Montseny o Rosalía de Castro, entre otras muchas- en un ejercicio de memoria histórica que hoy denominaríamos empoderamiento.

3. LA IGUALDAD DE DERECHOS AL SERVICIO DE LA LIBERTAD

El análisis de la legislación de su época no deja lugar a dudas de la situación en inferioridad jurídica que se sitúa a la mujer frente al hombre: *una legislación de clase o casta que jamás entrevió para su elaboración legislativa otro tipo de mujer que el de aquella inactiva, cuya mente en vacación prolongada no necesitaba otra protección que la de un marido, ya alimentista, ya administrador de sus bienes y siempre de su libertad personal.*¹⁷ No puede ser de otro modo dado el *deprimente papel de cosa que nos asignan los hombres, prevalidos de una superioridad legalmente reconocida contra todo derecho natural.*¹⁸

¹³ Cambrils, p. 50.

¹⁴ Cambrils, p. 44.

¹⁵ Cambrils, p. X.

¹⁶ Cambrils, p. 69.

¹⁷ Cambrils, p. X.

¹⁸ Cambrils, p. 17.

La consideración de la mujer como *cosa* no puede sino hacernos recordar la caracterización como *objeto* que hace Simone de Beauvoir en *El segundo sexo* dos décadas después en 1949. El sujeto que no reconoce al otro como igual, tan bien descrito por Hegel en la metáfora del amo y del esclavo, y que en esa medida es reducido a la condición de objeto o, si se quiere, de esclavo es la misma que tiene en mente Cambrils cuando se queja de que la mujer española *nada hace por manumitirse de la dependencia a la que se le condena y se conforma con el deprimente papel de cosa que les asignan los hombres, prevalidos de una superioridad legalmente reconocida contra todo derecho natural*.¹⁹

Simone de Beauvoir precisamente denuncia esa inacción de las mujeres en general al entender, en palabras de Susan James, que pese a que son «seres conscientes capaces de reconocer a los hombres como sujetos, en vez de luchar por su propia autoafirmación como sujetos, objetivando a los hombres a su vez, se dejan dominar e incluso cooperan en la sujeción».²⁰ Compare el lector estas palabras actuales con las de María Cambrils: *la mujer, ser pensante que tiene facultades demostradas para poder intervenir en todas las cuestiones que se derivan del interés público, no hace nada por sustraerse a ese estado injusto de inferioridad en que con respecto al hombre le colocan las leyes y los prejuicios*.²¹

La emancipación de la mujer de su condición servil es la misma que se espera del esclavo de Hegel que en un gesto de rebeldía se alza contra el amo afirmando su condición de sujeto: *como la mujer, en su consciente, reconoce que tiene personalidad propia y que la esclavitud es un estado de servidumbre innecesario, al considerarse esclavizada se subleva, se declara rebelde*.²² Ese acto revolucionario requiere toma de conciencia de la situación y voluntad para actuar. Cambrils lo tiene claro, la inacción es la perpetuación de la situación de injusticia en el mundo: *convenzámonos de que vegetando en el quietismo no haremos sino contribuir a perpetuar nuestro ignominioso estado de esclavitud doméstica... Ni la Iglesia, ni la Democracia burguesa, ni ningún Estado constituido a base del predominio capitalista, por libertador que se nos ofrezca, reconocerán al mal llamado sexo débil la identidad de derechos ni la igualdad de condiciones legales*.²³

Y de eso se trata de adquirir la igualdad jurídica en materia de derechos. Cambrils lo defiende en términos generales *-limitarnos al simple papel de guardianes del hogar y a las naturales funciones fisiológicas de la maternidad es tanto como aceptar voluntariamente la esclavitud a la que nos condena la sociedad-*,²⁴ pero se detiene en un análisis pormenorizado de la institución del matrimonio y de la falta de reconocimiento del divorcio como señalando los dos problemas más relevantes para ella en la sociedad de su tiempo que determinan negativamente las posibilidades de libertad e igualdad de las mujeres.

¹⁹ Cambrils, p. 17.

²⁰ Utilizo la interpretación de Susan James en «Feminismos» publicado en el libro de Terence BALL y Richard BELLAMY, eds. (2013) *Historia del pensamiento político del siglo XX*, Madrid, Akal.

²¹ Cambrils, p. 17.

²² Cambrils, p. 99.

²³ Cambrils, p. 18.

²⁴ Cambrils, p. 19.

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE SERVIDUMBRE

Aunque no argumenta explícitamente el matiz, para Cambrils, existe un cambio en la percepción del estatus de la mujer en relación a su paso desde la condición de hija a la de esposa: *El sexo femenino cuya condición ciudadana desaparece al nacer bajo el poder paterno, convirtiéndose en cosa al llegar al estado del matrimonio.*²⁵ Posiblemente la razón estriba en el reconocimiento del amor paternal hacia una hija, difícil de descartar desde el humanismo que defiende nuestra autora, frente a la consideración de mero contrato de la institución matrimonial donde el amor no tiene por qué tener ningún papel. Si, a ojos de Cambril, una hija no tiene condición de ciudadana pero es persona, la situación de la esposa es mucho peor, ni tiene la condición de ciudadana ni de persona, es *cosa*, mero objeto al servicio de los intereses del marido.

Esa baja consideración de la mujer en el seno del matrimonio desde luego no responde a ningún criterio racional que se precie como ha quedado demostrado, no puede sostenerse desde los planteamientos de los derechos naturales, sólo puede hacerse desde los prejuicios y, aunque Cambrils no lo dice así, no es más que un constructo social, especialmente legitimado desde la religión. Es la religión, en concreto la católica en nuestro país, la que justifica la esclavitud marital: *La subordinación de la mujer al marido, según ordenan los preceptos de casi todas las religiones conocidas va hasta el extremo de poder castigar el hombre a su compañera, a su igual, con golpes, como reconoce San Agustín para quien el matrimonio no es otra cosa que un contrato de servidumbre que da al esposo toda clase de derechos sobre su cónyuge.*²⁶

Una institución, pues, donde el amor no tiene ningún papel y al servicio de los intereses económicos de las partes que, en la mayor parte de las ocasiones, no son el marido y la esposa, sino el marido y la familia de la esposa. ¿Qué derechos puede tener la mujer en el contrato matrimonial en unos mal llamados países civilizados donde la religión permite que *el hombre pueda golpear a la mujer, pero a condición, como recomienda el católico Beamonair, de hacerlo con moderación y sin causarle la muerte?*²⁷

Frente a esta concepción del matrimonio como mero contrato de servidumbre, Cambrils reivindica el matrimonio como resultado del *amor libre*, esto es, de *una unión libre producida por la mutua atracción y sin otros estímulos que los impuestos por las ineludibles leyes naturales que son las más justas, las más sabias y que no se pueden desacatar sin incurrir en grave daño para la vida, el don máspreciado de la Naturaleza.*²⁸ A esta cuestión dedica algunas páginas porque se ve en la obligación de aclarar el sentido de lo que el feminismo socialista entiende por *amor libre* frente a los ataques injustificados pero de fácil seguimiento que la expresión puede haber dado a lugar: *algunos equivocados definen el amor libre como un medio expedito para satisfacer apetitos groseros de la carne, exentos de toda espiritualidad... una manifestación amoral que siembra el vicio y predispone a la prostitución.*²⁹ Todo lo contrario, para Cambrils, el amor libre está basado esencialmente en la espiritualidad y, sólo de forma complementaria a ésta, por los deseos corporales: *entendemos el amor como una manifestación psíquica de refinada delicadeza, digna de los mayores respetos... Amor significa simpatía, primero; atracción, después, y la concreción fusional de ambos senti-*

²⁵ Cambrils, p. 50.

²⁶ Cambrils, p. 90.

²⁷ Cambrils, p. 91.

²⁸ Cambrils, p. 115.

²⁹ Cambrils, p. 119.

*mientos, corriente magnética que aproxima y une a los seres irresistiblemente. Atentar contra esta aproximación espiritual de dos seres que se aman es proceder contra la vida y contra el derecho inmanente concedido por la Naturaleza.*³⁰

Su planteamiento es, pues, moral, lo que le lleva a rechazar explícitamente determinados feminismos de carácter ácrata que defienden la comunitarización de afectaciones puramente individuales o, todavía peor a su entender, que se defiendan, como hace el ácrata comunista francés Jean de Meau, la comunitarización de la mujer, en definitiva, su conversión en cosa esta vez no al servicio del marido sino al servicio de la comunidad.³¹

EL DIVORCIO COMO CUESTIÓN DE JUSTICIA

Por las mismas razones que el matrimonio es concebido en el ordenamiento jurídico de la época como un mero contrato de servidumbre, esa misma legislación ni siquiera se ha planteado la posibilidad de su ruptura jurídica a través del divorcio: *Ni la sociedad ni nuestros organismos jurídicos se detienen a examinar si en la vida del matrimonio existen o no causas que puedan justificar, en determinados casos rupturas de compromisos.*³²

Para Cambrils, obviamente el divorcio está enteramente justificado desde distintos puntos de vista, empezando por los fundamentos del matrimonio monogámico: *la indisolubilidad del matrimonio es hija, en parte, de la situación económica de la que salió la monogamia... en la actualidad está ya asaltada por todos los lados.*³³

Obviamente, si el matrimonio se justifica por amor, la desaparición del mismo ha de justificar su ruptura: *si el casamiento por amor es sólo el moral, podrá serlo únicamente donde el amor persista.*³⁴ Si es entendido como un contrato económico, como cualquier otro contrato puede romperse por la voluntad de las partes: *tal cual se verifica actualmente, tiene un marcado carácter de concierto económico y, como consecuencia del interés que lo inspira, puede y debe romperse por derecho legítimo, cuando una de ambas partes concertantes lo estime conveniente.*³⁵ Como cualquier otro contrato, existen razones para prever su disolución: *Si se reconoce en todo litigio de jurisprudencia y de derecho civil, el error de apreciación y hasta el equívoco doctrinal ¿porqué no han de allanarse los canonistas a la reparación de los matrimonios equivocados?*³⁶

Representa pues un dualismo evidente contra el derecho natural nuestras leyes civiles y canónicas por cuanto dejan a la mujer en todos los casos de separación judicial completamente indefensa con respecto a los asedios del hombre: *Ni el código civil prevalece la vieja y tiránica teoría de que la mujer al contraer matrimonio legal, pierde su condición de ciudadana y adquiere la condición del marido, y también su derecho personal en todo cuanto se relaciona con el libre albedrío, lo cual sí se reconoce sin limitaciones a los hombres.*³⁷

³⁰ Cambrils, p. 119.

³¹ Cambrils, p. 120.

³² Cambrils, p. 91.

³³ Cambrils, p. 100.

³⁴ Cambrils, p. 100.

³⁵ Cambrils, p. 104.

³⁶ Cambrils, p. 97.

³⁷ Cambrils, p. 99.

Por otro lado, existen argumentos comparativos con la legislación al respecto en otros Estados. Señala que *son muy pocos ya los países en que la mujer esté relegada, como en España, al deprimente papel de cosa. [...] Los estados modernos, inspirados por las doctrinas equitativas difundidas por el socialismo, procuran rodear de garantías legales los derechos de la mujer.*³⁸ De hecho, en la época existían leyes de divorcio, con más o menos restricciones en países como Gran Bretaña, Suecia, Francia, México o los Estados Unidos, por poner algunos ejemplos.

Por último, las consecuencias de la postergación del divorcio, más allá de los excepcionales casos previstos en la época, no pueden ser más negativas y evidentes: *los frecuentes casos de infidelidad, los hastíos de la mujer por continuar soportando una ficción inaguantable y el creciente desarrollo que viene adquiriendo entre el sexo femenino la reclamación de una ley de divorcio que emancipe a la mujer de una esclavitud a la que jamás ha prestado su consentimiento.*³⁹

Así pues, *el divorcio debe establecerse como una medida reparadora de justicia y de saludable rectificación, a pesar de todas las disposiciones canónicas, que no deben estar, en este ni en ningún caso, por encima de la voluntad soberana de quienes lo reclaman por fuerza de su derecho personal a darse leyes que regulen su vida.*⁴⁰

4. EL SOCIALISMO AL SERVICIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

María Cambrils se reivindica desde las primeras frases de su libro como feminista socialista y es que para ella sólo desde el socialismo los seres humanos podrán librarse de las injusticias de este mundo: *El socialismo será el que nos conduzca al estado de derecho que reclaman las privaciones impuestas y la justicia desatendida.*⁴¹ Y presenta su fe en su doctrina de una forma cuasi absoluta. Para ella sólo el socialismo puede ser la solución, algo que no se cansa de afirmar una y otra vez: *el reconocimiento de los derechos que se niegan a las mujeres sólo pueden venir de los medios socialistas;*⁴² *el socialismo... será el procedimiento político que como única solución a tanto vejamen manumitirá a la mujer de la esclavitud civil que la menosprecia;*⁴³ o, en sentido excluyente, *ni la iglesia, ni la democracia burguesa ni ningún estado constituido a base de predominio capitalista, por libertador que se nos ofrezca reconocerán al mal llamado sexo débil la identidad de derechos ni la igualdad de condiciones legales.*⁴⁴

Su profesión socialista se argumenta a partir de las insuficiencias del feminismo liberal para superar todas las injusticias. Frente a *éste el socialismo será, a pesar de todo y más pronto de lo que parece, la solución de todos los problemas latentes que acusan un malestar social insostenible. Sus doctrinas de una equidad que se evidencia, contienen el remedio para todas las dolencias económicas que afligen a la parte más laboriosa de la familia humana, desheredada del patrimonio colectivo injusta y arbitrariamente por las leyes de sucesión y transferencia.*⁴⁵

³⁸ Cambrils, p. 102.

³⁹ Cambrils, p. 99.

⁴⁰ Cambrils, p. 96.

⁴¹ Cambrils, p. 15.

⁴² Cambrils, p. 18.

⁴³ Cambrils, p. 17.

⁴⁴ Cambrils, p. 18.

⁴⁵ Cambrils, p. 17.

En realidad el grueso de su argumentación está basado en criterios, por un lado, morales y, por otro lado, utilitarios: *Sepa la mujer española que en el Socialismo está su puesto, no sólo por razón de moral social, si que también lo exige la defensa de sus derechos.*⁴⁶

Fundamentalmente ve el socialismo como un instrumento: *nuestra acción tiende a señalar al pueblo, a las mujeres y a los hombres, los senderos que conducen hacia la meta de las libertades.*⁴⁷

Además, en la comparación con otros feminismos, ve respaldadas sus ideas: *Somos socialistas porque hemos comprendido y reconocemos que únicamente el Socialismo labora por la igualdad en todos los órdenes del humano derecho para los dos sexos.*⁴⁸

Son tres los feminismos objeto de sus críticas:

1. **Feminismo republicano.** La crítica la dirige en realidad contra el *silencio sospechoso* de todos aquellos que aceptan como principio la igualdad de hombre y mujeres -demócratas, republicanos o liberales- pero la postergan *ad infinitum* en la historia por sus consecuencias. Recoge en ese sentido las palabras del republicano Dioscorides Leive en *El Pueblo*, diario republicano publicado en Valencia, según el cual «que la mujer tiene derecho a salir de su humillante tutela; que es apta para la emancipación, a pesar y con pesar de los peligros constantes a que la vida tiene sujeto al bello sexo, es innegable. Pero de ahí a que se la concedan de golpe y porrazo todos sus derechos, hay un enorme trecho. Ello sería tan perjudicial a ella misma, como perjudicial es a un ciego ponerlo cara al sol apenas recobra visualidad». Para María Cambrils *todo esto no es más que antifeminismo disfrazado, enemiga evidente sostenida contra la igualdad civil y jurídica de ambos sexos.*⁴⁹
2. **Feminismo catequista.** Especialmente crítica es su contestación a la propuesta de *frente único* de todas las feministas de España, defendida por el confesionalismo religioso que ella ejemplifica en la defensa que del mismo hace doña Celsia, la directora de *Las Subsistencias*, pues, a pesar de que ésta cree que tal unión es del todo imposible, la recomienda. Sin embargo, para Cambrils, esta línea sólo beneficiaría a la mojigatería catequista y no solucionaría el problema social de fondo, el de la justicia de la sociedad. Para Cambrils, el feminismo catequista no es más que *el instrumento inconsciente a la par que sumiso, de manejos masculinos, realizados ladinamente en la sombra por quienes pretenden sostener un dominio oneroso sobre las conciencias y los intereses,... de los mentores interesados en que persiste el status quo con respecto a la división de sexos y privilegios masculino, sancionados como intangibles por la iglesia romana.*⁵⁰
3. **Feminismo aristocrático.** Las aristócratas también hacían un llamamiento al frente único feminista, pero para Cambrils, si aquellas fueran feministas de verdad se moverían para procurar al menos más cultura para las mujeres. Critica, así por ejemplo, que sus herencias se las leguen a la Iglesia y no a becas: *Ellas mejor que nadie por el plano que ocupan, habrían podido conseguir de los poderes públicos, cuando no la Universidad libre para las mujeres obreras gran número de matrículas gratuitas y hasta con su correspondiente pensión si hubieran hecho pequeñas restas*

⁴⁶ Cambrils, p. 26.

⁴⁷ Cambrils, p. 28.

⁴⁸ Cambrils, p. 46.

⁴⁹ Cambrils, p. 44.

⁵⁰ Cambrils, p. 54.

*a su grandes presupuestos [...] como los hemos hecho las feministas socialistas a nuestros misérrimos salarios con los que sostenemos las escuelas neutras y periódicos que siembran la cultura entre los desheredados de la fortuna.*⁵¹

Frente a estos feminismo espurios, Cambrils entiende que el socialismo o, mejor, el feminismo socialista será la solución de todos los problemas sociales y, en especial, la solución de los problemas que atenazan a la mujer en la vida social.⁵² Y eso es porque, más allá de las diferencias religiosas entre las mujeres socialistas -ateas, materialistas, heterodoxas, teósofas, cristianas, anglicanas y espiritualistas-, a todas ellas les une, junto con su común aspiración de *defensa colectiva de las libertades civiles* de las mujeres, un ligamen esencial: su también común aspiración a resolver la raíz del mal, *el problema económico que ha de resolver el Socialismo.*⁵³

No solamente así lo reconoce sino que además entiende que el socialismo debe establecer como una prioridad de su agenda política la lucha por la igualdad de las mujeres. En ese sentido, apela a que *los partidos socialistas de todos los países hagan lo imposible para apoyar a la organización de las mujeres en el movimiento obrero [...] el partido socialista deberá considerar la emancipación de la mujer como una de las tareas más importantes de su política [...] y se comprometen a reclamar la igualdad en derechos del hombre y la mujer en el matrimonio, la colocación en el mismo plano de los hijos naturales que los otros, según los principios de un derecho civil verdaderamente humano; la libertad de la mujer en la vida profesional, comprendido en las funciones del Estado; la igualdad económica en las condiciones de trabajo y de salario.*⁵⁴

EL movimiento socialista debe en consecuencia tener en consideración en su política las necesidades de las mujeres, tanto como las de los hombres. Y es concebido por María Cambrils como la superación del proyecto liberal, subsumiendo a éste en una respuesta de mucho mayor calado: *El feminismo de orientación socialista, no pretende protección, sino justicia y el reconocimiento de los derechos detentados.*⁵⁵ Por eso, a juicio de Cambrils nuestro objetivo no puede ser meramente el reconocimiento de la igualdad jurídica, sino que hay que defender el cambio de las estructuras económicas sobre las que se asienta la explotación de la mujer: no se debe exhortar a las trabajadoras para que se constituya un organismo federativo -propuesta del feminismo aristocrático- que produzca como único resultado, «la consignación en los códigos de la igualdad de la mujer con el hombre», porque ello, además de resultarnos engañoso, nos evidencia el interés que se tiene en sostener los privilegios de clase, al pretender apuntalarlos, de este modo, con los sostenes que se quiere sustraer, habilidosamente, del material destinado por los socialistas de ambos sexos a construir un estado de justicia de acuerdo con el derecho de todos, donde no tengan razón de ser ni la lucha de clases ni las demandas del feminismo.⁵⁶

5. LA DEMOCRACIA COMO EJERCICIO DE UNA CIUDADANÍA PLENA DE LAS MUJERES

María Cambrils afirma que *la historia de una humanidad libre no se podrá escribir en tanto sea la mujer esclava.* La superación de la esclavitud, como hemos analizado,

⁵¹ Cambrils, p. 67.

⁵² Cambrils, p. 46.

⁵³ Cambrils, p. 57.

⁵⁴ Cambrils, p. 82.

⁵⁵ Cambrils, p. 60.

⁵⁶ Cambrils, p. 60.

necesariamente pasa por el reconocimiento de la igualdad en derechos y jurídica de la mujer y la superación de los condicionamientos económicos que la sitúan en una peor condición frente al hombre. Sólo de esta forma forjará su condición de sujeto y, por tanto, su libertad. Para María Cambrils, la mujer debe darse cuenta de que es un ser humano con derechos indiscutibles para intervenir en todas las cuestiones que afectan a la vida ciudadana, pues se la retiene en una situación de inferioridad que no se corresponde a su categoría racional. *La mujer no puede ser la esclava del hombre sino su igual en todos los derechos que se reconocen.*⁵⁷

Esa libertad y estatus implica el ejercicio de una ciudadanía plena, su intervención sin cortapisas no justificadas en el ámbito público, en el juego democrático de las instituciones sociales. Por esta razón, insiste en la idea de que la democracia es retórica sino incluye a las mujeres: *Nadie que ostente representación liberal de las masas puede, en nombre de la libertad, negar a la mujer derechos legítimos de intervención en la vida ciudadana, ya que como el hombre es un ser pensante, con facultades mentales demostradas para poder intervenir en todas las cuestiones de interés público.*⁵⁸

El más esencial de esos derechos en una democracia representativa es el voto: *La emancipación de las mujeres exige el otorgamiento a las mujeres y a los hombres de los mismos derechos políticos, en particular el mismo derecho al sufragio, activo y pasivo, en la medida constitucional en que los hombres se benefician.*⁵⁹ No es casualidad que sea una de las reivindicaciones más antiguas del movimiento feminista, desde la revolución francesa al menos, se han levantado voces reclamando el voto para las mujeres: *Las mujeres han reclamado desde los albores del feminismo su derecho al voto y el de intervenir, por consecuencia, en la acción política y administrativa, reservada exclusivamente para el elemento masculino.*⁶⁰

En nuestro país, cuando Cambrils escribe *Feminismo Socialista* las mujeres todavía no tienen reconocido el derecho de sufragio con carácter universal -habría que esperar a la República para su reconocimiento-. Nos explica, sin embargo, que a las viudas y a las solteras se les había concedido el derecho a ser electoras y elegibles en la administración municipal y provincial pero ella no lo encuentra satisfactorio porque asegura que *aspiramos a intervenir en todo cuanto se relacione con los intereses del país que son también los nuestros.*⁶¹ Y, obviamente, no sólo solteras y viudas sino el conjunto de las mujeres, incluyendo a las casadas.

A los argumentos de justicia y derecho natural aducidos a lo largo del libro, añade ahora argumentos comparativos. Compara con otros países recordando a Saborit: *En los países escandinavos y bálticos, en Inglaterra y en las naciones germánicas, las mujeres gozan de los derechos electorales.*⁶² No hay que olvidar que en Nueva Zelanda las mujeres vieron reconocido su derecho de voto en 1893; asimismo, había ocurrido en varios Estados de Estados Unidos en esa misma década; en Finlandia, en 1906; en Australia, en 1908; y así en otros países que convertía en inexcusable desde el punto de vista comparativo la adopción de este derecho en un país como España ya entrada la década de los veinte.

⁵⁷ Cambrils, p. 19.

⁵⁸ Cambrils, p. 31.

⁵⁹ Cambrils, p. 81.

⁶⁰ Cambrils, p. 50.

⁶¹ Cambrils, p. 19.

⁶² Cambrils, p. 20.

Se enfrenta, además, a una de las críticas recurrentes a la concesión del voto a las mujeres por parte de una buena parte de la izquierda que entendía que las mujeres en nuestro país estaban fuertemente influenciadas desde los confesionarios a favor de planteamientos conservadores. Frente a los que desde el socialismo entienden que dar el voto a las mujeres fortalece a las derechas, ella sin cuestionarlo y citando a Saborit, evidencia que está en sus manos el evitar que ello sea así: *es evidente que de nosotros depende, en buena parte, el resultado... aspirar a transformar la sociedad capitalista y dejar al margen de este movimiento de redención a la mujer sería grave error. Por eso habrá un debate especial consagrado a la propaganda de nuestras ideas entre la mujer, que un día monopolizó la Iglesia... de esa manera es como entre nosotros se organizarán las mujeres y abandonarán las viejas prácticas religiosas.*⁶³

No obstante, la democracia plena más que una condición prejurídica es un ejercicio permanente de participación política que exige otros condicionantes no estrictamente jurídicos, de ahí la importancia que María Cambrils otorga a la formación. Considera que *la instrucción bastaría para poner a las mujeres en condiciones de intervenir como el hombre en todos los asuntos que afectan al interés general y a la vida social del conjunto*, para poder defender las libertades políticas y civiles desde lo que denomina «un feminismo razonable».⁶⁴

Hacerlo realidad depende en última instancia de la consecución del socialismo, pero en el camino son las propias mujeres las protagonistas de su ejercicio de liberación. Por eso no duda, para conseguir el objetivo propuesto, para alcanzar el advenimiento de los Estados de justicia social, en alentar a las mujeres a que se organicen en torno a las *agrupaciones femeninas socialistas*.⁶⁵ Y no sólo es tarea de las mujeres: la función de un socialista militante debe empezar por difundir no solo en los sitios en los que se desenvuelve, sino también con su compañera y sus hijas.⁶⁶ Y es que, en definitiva, *los verdaderamente convencidos del Socialismo no cesan jamás de batallar, de difundir, de laborar por el convencimiento de las masas dolientes, de infiltrar lo mismo en la mujer que en el hombre, el espíritu de combatividad contra todo lo que se opone, ciegamente y sin razón, al imperio de la justicia.*⁶⁷

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

María Cambrils se nos presenta con su libro *Feminismo Socialista* como una luchadora, comprometida con la causa de las mujeres. Si no podemos calificarla de teórica del feminismo -ni lo es, ni pretende serlo- sí que se constituye en una excelente divulgadora, aguerrida defensora y eficaz propagandística de un ideal de justicia donde la mujer, en iguales condiciones que el hombre, alcanza su emancipación y libertad.

María Cambrils, en la defensa de sus ideales, recorre los grandes debates de su época, la década de los años veinte del siglo XX, y, a través de este recorrido, se puede rastrear las influencias recibidas, sus fuentes de inspiración y sus pilares doctrinales. En realidad, Cambrils bebe de tres tradiciones ideológicas -la ilustración, el liberalismo y el socialismo- que se superponen a lo largo de su obra, aunque terminan fusio-

⁶³ Cambrils, p. 21.

⁶⁴ Cambrils, p. 33.

⁶⁵ Cambrils, p. 19.

⁶⁶ Cambrils, p. 29.

⁶⁷ Cambrils, p. 14.

nándose en la defensa a ultranza del socialismo como la única solución definitiva a los problemas que aquejan a las mujeres.

Su obra se sustenta básicamente en tres compromisos que ella explicita con suma claridad:

- El primero, con la igualdad de derechos entre mujeres y hombres: *La historia de la humanidad no se podrá escribir en tanto la educación cultural de la mujer esté sujeta a restricciones, mientras no se le concedan legal y humanamente los mismos derechos que se reconocen para el hombre.*⁶⁸
- El segundo, con el socialismo: *Fuera del socialismo la mujer no podrá evitar ni librarse de las constricciones legales y religiosas con que se tienen aprisionados sus libertades civiles y económicas.*⁶⁹
- El tercero, con la democracia: *Aspiramos a intervenir en todo cuanto se relaciones con los intereses del país, que son también los nuestros.*⁷⁰

Igualmente tiene localizado las raíces de las injusticias que sufren las mujeres impelidas por los hombres y la sociedad a una situación de subordinación que por justicia no les corresponde. La raíz del mal, en términos marxistas, es la estructura económica de la sociedad, pero a su servicio está la superestructura ideológica, cultural y religiosa que la fundamenta y legitima, esto es, los prejuicios más allá de la razón y, especialmente, los legitimados por la religión o, mejor, por los intereses de la Iglesia católica: *La historia de la humanidad libre no se podrá escribir en tanto sea la mujer esclava de los prejuicios religiosos y de la pretendida superioridad masculina y no se confunda en el ejercicio de los derechos con su igual el hombre.*⁷¹

La solución, desde un punto de vista instrumental, a este estado de cosas exige la toma de conciencia de las mujeres y su batallar incansable para emanciparse de su situación de esclavitud. En términos prácticos, pasa por el *feminismo socialista*, al que ella califica de razonable: *Cerrarse en banda contra los postulados del feminismo, sin demostrar que no tienen razón las mujeres para reclamar la igualdad de derechos en los órdenes civil, jurídico, administrativo y económico es un atropello incalificable, a más de una oposición del todo irracional.*⁷²

Esa lucha por la libertad y la igualdad de las mujeres que María Cambrils reclama está todavía vigente hoy día. Se han conseguido mejoras y avances, pero no una igualdad real de las condiciones de vida y de las oportunidades para poder elegir libremente cómo construir nuestro futuro. Por esta razón las palabras de María Cambrils nos siguen pareciendo de gran actualidad. Su lucha es la lucha del feminismo actual, más allá de las circunstancias concretas en el que esta lucha se desenvuelve. Es precisamente la lucha que ha caracterizado la vida de la profesora Julia Sevilla a quien homenajeamos en esta obra.

Quisiera terminar estas líneas con una cita de Cambrils que creo que reflejar perfectamente la personalidad de Julia: *no debemos seguir en el ostracismo que origina la resignación ni soportar calladamente la prepotencia masculina de aquellos que se juzgan superiores a nosotras y nos cierran todas las puertas de la intervención, así en el*

⁶⁸ Cambrils, p. 40.

⁶⁹ Cambrils, p. 64.

⁷⁰ Cambrils, p. 19.

⁷¹ Cambrils, p. 47.

⁷² Cambrils, p. 42.

*orden jurídico como en todo lo que se relaciona con los intereses generales.*⁷³ Julia Sevilla decidió un día alzar la voz e intervenir en el espacio público, defendiendo los intereses generales y en especial la libertad de la mujer para construir su propio destino en condiciones de igualdad con el resto de la humanidad. ¡Gracias, Julia!

BIBLIOGRAFÍA

CAMBRILS, María (1925): *Feminismo Socialista*, Valencia, Las Artes.

JAMES, Susan (2013): «Feminismos» en BALL, Terence y BELLAMY, Richard, eds. (2013): *Historia del pensamiento político del siglo XX*, Madrid, Akal.

SOLBES, Rosa: «María Cambrils, la famosa desconocida». *El País Semanal*, 9-2-2003.

⁷³ Cambrils, p. 20.

FACULTADES DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN

EL CASO DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA CAM

ENRIQUE SORIANO HERNÁNDEZ

Letrado de les Corts Valencianes

INTRODUCCIÓN

El nacimiento de las comisiones de investigación está siempre rodeado de una especie de halo dramático, catártico. Parece como que el mero hecho de su creación fuera suficiente para resolver los problemas que motivaron su nacimiento. Esa creencia obedece a la convicción de que son instrumentos útiles y eficaces de control. A ello han contribuido los medios de comunicación sublimando su importancia y, paralelamente, los grupos mayoritarios con su renuncia a su creación, plantean la duda de qué se quiere opacar.

La realidad no coincide con las aspiraciones. Sin embargo, las comisiones de investigación tienen la virtualidad, frente a otros instrumentos parlamentarios, de permitir a los ciudadanos tener un escaparate en el que conocer una parte de lo que motivó llegar a la situación crítica que se examina. Como señala Aragón Reyes «lo más importante, a efectos de control, no es la decisión final que la Cámara adopte a results de lo actuado por este tipo de comisiones, habida cuenta de que la decisión la impondrá la mayoría, sino el hecho mismo de la investigación, esto es, la actividad fiscalizadora (comprobadora, desveladora, expresada no sólo en la información recogida sino en la discusión y debate sobre la misma) que la comisión realiza» (ARAGÓN, 2002: 199).

En el presente trabajo no se pretende indagar sobre si las comisiones de investigación alcanzan a cumplir las expectativas que los ciudadanos¹ depositan en las mismas. Las aspiraciones son mucho más limitadas. El propósito es sólo examinar el alcance de su capacidad de actuación,² específicamente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y, en concreto, en el de la Comunitat Valenciana. La base de estas consideraciones se encuentra la experiencia desarrollada en el parlamento valenciano con ocasión de la creación de una comisión de investigación sobre la intervención de la Caja de Ahorros del Mediterráneo.³

REGULACIÓN DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA COMUNITAT VALENCIANA

Las comisiones de investigación, al igual que sucede con todos los mecanismos y procesos que se desarrollan en el seno de las Cámaras parlamentarias, no se incardi-

¹ El País: El partidismo ciega las comisiones de investigación, 2 de julio de 2012.

² Sobre las comisiones de trabajo, además de la bibliografía que se cita, se puede ver el trabajo de Josu Osés Abando *Las comisiones parlamentarias de investigación. Balance de un modelo a reformar en el control del Gobierno en democracia*, AELPA, 2013, en el que aborda todos los aspectos de las comisiones de investigación.

³ El nombre de la Comisión es: *Comisión no permanente especial de investigación sobre el proceso que ha llevado a la intervención por parte del Banco de España, el pasado 21 de julio, de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), con la destitución de todos los gestores, en un proceso de restructuración dirigido a un nuevo intento de privatización que incluso podría desembocar en la desaparición de la sociedad* en adelante Comisión de Investigación de la CAM.

nan exclusivamente en una única función.⁴ Las comisiones de investigación se conciben como un instrumento específico dentro de la función de control, entendido como algo más amplio que el control estrictamente jurídico, cuyos efectos pueden «recorrer una amplia escala que va desde la prevención a la remoción, pasando por diversas situaciones intermedias de fiscalización, corrección u obstaculización» (ARAGÓN, 2002: 189). Es un mecanismo de control político cuyos instrumentos esenciales para cumplir su función son recabar información y realizar indagaciones.

Los precedentes históricos de la existencia de las comisiones de investigación se pueden remontar a la revolución gloriosa de 1688 (RECODER, 2001: 1289). Será a partir de la II Guerra Mundial cuando las comisiones de investigación encontrarán acomodo en los textos constitucionales, aunque algunas anteriores como la de Weimar, en su artículo 34, ya las contemplaban. Tras la II Guerra Mundial encontramos que la Constitución de la República Federal de Alemania, en su artículo 44, la Constitución italiana, en su artículo 82, la Constitución griega, en su artículo 66, la Constitución portuguesa, en su artículo 181, o nuestra Constitución, en el artículo 76, las incorporan como instrumentos que merecen una mención singular, otorgándoles especial notoriedad.

En España, la inclusión de las comisiones de investigación fue objeto de debate por los constituyentes de 1931, pero no es hasta la vigente cuando se incorporan en el artículo 76 CE. Este precepto constitucional prevé la existencia de comisiones de investigación en el seno del Congreso y el Senado y, en su caso, en ambas Cámaras conjuntamente para cualquier asunto de interés público, por lo que se trata de una especie orgánica singular, «dentro del género de la comisión» (RECODER, 2001: 1289). Las funciones de las comisiones de investigación sólo las puedan realizar ellas, no otro tipo de comisiones como las legislativas permanentes.

En cuanto a los poderes que el artículo 76 CE atribuye a las comisiones, su apartado 2, señala la obligación de comparecer «a requerimiento de las Cámaras», correspondiendo a la ley la regulación de las sanciones. No se ha querido utilizar un modelo judicializado como el portugués, que en su artículo 181.5 atribuye las «facultades de investigación propias de las autoridades judiciales», o el alemán cuyo artículo 44.2 permite que para la obtención de pruebas que se apliquen por analogía «las normas del procedimiento penal sin perjuicio del secreto de la correspondencia, del correo y de las telecomunicaciones». Por su parte, el artículo 82 de la Constitución italiana atribuye a las comisiones de encuesta «análogos poderes e idénticas limitaciones que la autoridad judicial».

El desarrollo de la previsión constitucional, establecida en el artículo 76.2 CE, se efectuó, en un primer momento, mediante la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras. Posteriormente se incorporó en el Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el artículo 502 (ARCE, 1997: 63-94; CIRIRERO, 2002: 15-41), en el que ya se incorpora de forma expresa a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

⁴ «No hay en rigor procedimientos parlamentarios de control porque el control es, simplemente, una perspectiva desde la que puede analizarse toda la actuación parlamentaria o una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad. Los procedimientos parlamentarios son siempre multifuncionales y el análisis de la función de control no puede reducirse, en consecuencia a procedimientos determinados, sino que ha de tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria». Rubio Llorente, F. «El control parlamentario», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 1997, p. 220.

El Reglamento del Congreso de los Diputados destina los artículos 52 y 64.4 a la regulación de las comisiones de investigación. En el Reglamento del Senado esta modalidad de comisiones se encuentra en los artículos 59 y 60.

Junto con las normas indicadas es necesario tener en cuenta el Real Decreto Ley 5/1994, de 29 de abril, por el que se regula la obligación de comunicación de determinados datos a requerimiento de las comisiones parlamentarias de investigación, cuyo artículo único hace mención a las comisiones a que se refiere el artículo 76 CE, lo que hace considerar que el ámbito de este Real Decreto-Ley se limitaba a las comisiones de investigación creadas en el seno del Congreso y del Senado, o de ambas cámaras conjuntamente.

El artículo 90.1, párrafo segundo, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, precepto dedicado al secreto profesional, hace mención a las comisiones parlamentarias de investigación, indicando que sus miembros vendrán obligados a la adopción de las medidas pertinentes que garanticen la reserva. El párrafo primero, del mismo apartado 1, se destina, específicamente, a la información a las Cortes Generales, contemplando que por la Presidencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) se podrá solicitar motivadamente la celebración de sesión secreta o la aplicación del procedimiento establecido para el acceso a materias clasificadas.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), establece en el art. 95.1.e), como excepción al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la administración tributaria en el desempeño de sus funciones, la cesión cuando tenga por objeto «la colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido».

La Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, dispone en su artículo 66.1 la exención del carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones, cuando la cesión o comunicación de los mismos tenga por objeto la colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

Asimismo, cabe reseñar expresamente el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de crédito, al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, cuyo artículo 6.4 l) excluye de la obligación de secreto regulado en el citado precepto: «Las informaciones requeridas por una Comisión Parlamentaria de Investigación en los términos establecidos en su legislación específica». A su vez incorpora, en el apartado 5 del mismo artículo, la obligación de que los miembros de una comisión parlamentaria adopten las medidas necesarias para garantizar la reserva de la citada información. Ciertamente es que en el artículo 6.2 del RDL 1298/1986 hay una mención expresa a las Cortes Generales, pero no supone *eo ipso* que se excluya a otros Parlamentos. La referencia a las Cortes Generales no se proyecta sobre todo el precepto. Lo que hace el apartado indicado es precisar los mecanismos que en las Cortes Generales, espacio habitual en el que pueda plantearse la necesidad de informar, garantizan la reserva de la información y documento. No cabe por tanto excluir radicalmente que comisiones de investigación distintas de las creadas en el seno de las Cortes Generales puedan en supuestos muy singulares estar en una posición análoga a las mismas para tener acceso a determinada información.

Las últimas normas citadas, a diferencia del RDL 5/1994, cuando establecen una excepción a la reserva de determinadas informaciones, incluyen, con una redacción semejante, a las «comisiones parlamentarias de investigación». La terminología empleada no es una cuestión baladí ya que el uso del término «comisión parlamentaria» rechaza que se esté refiriendo en exclusiva a las comisiones del Congreso y del Senado. Cuando se hace referencia a las Cortes Generales, o a las Cámaras que las componen, se hace mención expresa a las mismas.

Por último, dentro de la legislación del Estado, cabe reseñar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que en su artículo 11.1, establece que: «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». El consentimiento no será necesario, según establece el apartado a) del punto 2 del mismo artículo, cuando la cesión esté autorizada por ley.

LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En el ámbito Comunidades Autónomas no todos los Estatutos de Autonomía prevén la existencia de las Comisiones de Investigación⁵ en el seno de sus respectivos parlamentos. Sin embargo, sí se contemplan en todos los reglamentos parlamentarios. Los Estatutos de Autonomía que no prevén la existencia de comisiones de investigación, algunos incluso después de haber sido objeto de diversas reformas, son los de las Comunidades de Castilla y León, Madrid, Navarra, Galicia, La Rioja y el País Vasco. En la actualidad la regulación de la posible creación de comisiones de investigación en los parlamentos autonómicos es la siguiente: Andalucía (106.3 EAA y 52 RPA), Asturias (art. 29 EAPA, 74 RIGPA y Resolución general 2/IV, de 20 de octubre de 1998, de la Presidencia de la Junta General del Principado de Asturias, sobre las competencias ante las Comisiones de Investigación), Cantabria (art. 12 EAC y 54 RPC), Castilla y León (art. 50 RCCL), Extremadura (art. 21 EAEx, 106 y 107 RAE), I. Baleares (art. 45 EAIB y 55 a 56 RPIB), Madrid (75 RAM), Navarra (art. 62 RPN), Aragón (art. 39 EAA, 63 a 65 RCA), Canarias (art. 52 y 53 RPC), Castilla-La Mancha (art. 11 EACLM y 62 a

⁵ Sobre las comisiones de investigación en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas puede verse: Arce Jánáriz, A. «Las comisiones de investigación en las asambleas autonómicas tras la aprobación del nuevo código penal», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 3 1997, p. 63-94; Arévalo Gutiérrez, A. «Las comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43 enero-abril 1995, p. 113-205; Auzmendi del Solar, M. «El control parlamentario a través de las comisiones de investigación», en *Treinta años de Constitución: congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 953-971; García Mahamut, R., López Aguilar, J.F. *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996; García Mahamut, R. «Las comisiones de investigación en las Cortes Valencianas», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 5, sept.-nov. 1993, p. 135-144; García Morillo, J. «El control parlamentario de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación», en *Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 1-15; García Morillo, J. «Principio de autonomía y control parlamentario: el supuesto de las comisiones de investigación», en *Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n. 44-I, en.-abr. 1996, p. 153-169; García Pechuán, M. «Extensión y límites de la actuación de las comisiones de investigación parlamentarias de los Länder en la República Federal de Alemania (un análisis de jurisprudencia)», en *Revista General de Derecho*, n. 615, 1995, p. 13097-13116; Garrido Gutiérrez, P., Arlucea Ruiz, J.E. «Comisiones de investigación en el Parlamento Vasco», en *Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 1-34; Greciet García, E. «Posición constitucional de las comisiones de investigación y protección de los derechos de los comparecientes», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 10 2004, p. 53-156; Gude Fernández, A. *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, Universidade, 2000; Martí Sánchez, S. «El Tribunal Constitucional y la disolución de las comisiones de investigación», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 16 2005; p. 283-298; Pau i Vall, F. «Las comisiones de investigación como instrumento de control del gobierno en el Parlamento de Cataluña», en *Parlamento y control del gobierno*, Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 291-301.

63 RCCLM), Cataluña (59 EAC, 58 y 59 (RPC), Galicia (50 a 52 RPG), La Rioja (art. 48 y 49 RPC), Murcia (art. 72 y 73 RAM), País Vasco (art. 59 a 60 RPV).

En el EACV la mención a las comisiones de investigación en el seno de Corts Valencianes se encuentra en el art. 22.e). En este artículo se delimita el ámbito de estas comisiones como instrumento especial para el control sobre la administración situada bajo la autoridad de la Generalitat, sin que exista ninguna precisión sobre el alcance de sus facultades. Es en el Reglamento de Corts Valencianes (art. 53),⁶ dentro de la regulación de las comisiones, donde se puede encontrar una mayor delimitación sobre su creación, funcionamiento y potestades. Aunque, la única mención a las potestades es la referencia que en el mismo se encuentra a que la comisión tiene la capacidad de requerir la presencia de «cualquier persona para que sea oída»

Finalmente, es necesario mencionar la Resolución de carácter general 4/IV, de 22 de mayo de 1996, que regula las comparencias (AGUILÓ, 1994; FERNÁNDEZ-VIAGAS, 1992: 7-31) ante las comisiones de investigación (BOCV número 59, de 31 de mayo de 1996).

El artículo 22.e) EACV, desde su primera redacción y con un tenor semejante al de otros Estatutos de Autonomía, establece como una de las funciones de Corts Valencianes: «Ejercer el control parlamentario sobre la acción de la Administración situada bajo la autoridad de La Generalitat. Con esta finalidad se podrán crear, en su caso, comisiones especiales de investigación, o atribuir esta facultad a las comisiones permanentes».

El RCV prevé la posible creación de comisiones de investigación en su artículo 53, cuyo texto imita la dicción constitucional al establecer que estas se pueden constituir sobre «cualquier asunto de interés público para Comunitat Valenciana». Una delimitación más precisa la podemos encontrar en el artículo 58.1⁷ del Reglamento del Parlamento de Cataluña, el artículo 106.1⁸ del Reglamento de la Asamblea de Extremadura

⁶ «1. El Pleno de Les Corts, a propuesta del Consell, de la Mesa, de un grupo parlamentario o de la décima parte de los miembros de la cámara, podrá acordar la creación de una comisión de investigación sobre cualquier asunto de interés público para la Comunitat Valenciana estableciendo en el acuerdo de creación el plazo de finalización de sus trabajos.

Una vez publicado el escrito, que lo será en el plazo máximo de 10 días, mediante el cual se propone la creación de la comisión de investigación, la propuesta se incluirá en el orden del día del Pleno siguiente o, como máximo, el segundo como el segundo Pleno siguiente.

2. Las comisiones de investigación elaborarán un plan de trabajo, podrán nombrar ponencias en su seno y requerir la presencia, de acuerdo con la normativa aplicable y por medio del presidente o presidenta de Les Corts, de cualquier persona para ser oída. Los extremos sobre los que deba informar la persona requerida deberán serle comunicados con una antelación mínima de tres días.

3. El presidente o presidenta de Les Corts, oída la comisión, podrá, en su caso, dictar las oportunas normas de procedimiento, de acuerdo con la legislación vigente.

4. Las conclusiones de estas comisiones deberán plasmarse en un dictamen que será discutido en el Pleno de la cámara siguiente a su aprobación. El presidente o presidenta de Les Corts, oída la Junta de Síndics, está facultado para ordenar el debate, conceder la palabra y fijar los tiempos de las intervenciones.

5. Las conclusiones aprobadas por el Pleno de la cámara serán publicadas en el *Boletín Oficial de Les Corts*, sin perjuicio de que la Mesa de la cámara dé traslado de las mismas al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

6. A petición del grupo parlamentario proponente se publicarán en el *Boletín Oficial de Les Corts* los votos particulares rechazados.»

⁷ «El Pleno del Parlamento, a propuesta de dos grupos parlamentarios, de la quinta parte de los miembros del Parlamento, de la Mesa del Parlamento, oída la Junta de Portavoces, o del Gobierno, puede acordar la creación de una comisión de investigación sobre cualquier asunto de interés público que sea competencia de la Generalidad.»

⁸ «El Pleno de la Asamblea, a propuesta de la Junta de Extremadura, de la Mesa, de dos grupos parlamentarios o un grupo parlamentario que represente al menos la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una comisión de investigación sobre cualquier asunto de interés público dentro del ámbito de las competencias de la comunidad autónoma.»

o el artículo 75.1⁹ del Reglamento de la Asamblea de Madrid, en los que se determina que esos asuntos de interés público deben encontrarse dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma.

En el caso valenciano, la diferente redacción entre el Estatuto de Autonomía y el Reglamento parlamentario, podría plantear si el Reglamento no se excede en el objeto fijado por el Estatuto de Autonomía. La necesaria conciliación entre ambas redacciones hace considerar que el ámbito de actuación de la comisión parlamentaria de investigación no excederá de las competencias atribuidas al Parlamento, del que son órganos auxiliares (ARCE, 2008: 1428-1435; DE SILVA, 1994). Las comisiones de investigación no tienen un ámbito de actuación universal, sino delimitado por el marco de las competencias que le corresponden a la Comunidad Autónoma, administración que, situada bajo la autoridad del Ejecutivo, le corresponde controlar (MASSO, 2002: 208). De esta forma se concilia la diferente redacción que se configura en el reglamento parlamentario y en el EACV.

La distribución competencial entre las CCAA y los órganos del Estado no es una cuestión cuya delimitación sea ajena al conflicto y a una constante revisión. Es difícil encontrar en los diferentes listados de competencias alguna materia que corresponda en todas sus dimensiones a las Comunidades Autónomas o al Estado. Lo habitual es que nos encontremos diferentes círculos de actuación que se entrecruzan y superponen que son frecuente motivo de conflicto. En esa circunstancia no puede resultar extraño que sobre la materia objeto de una comisión de investigación se encuentren aspectos íntimamente relacionados con la misma que resulten ajenos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma. Ese supuesto no deshabilita la competencia de la Comunidad Autónoma, ni excluye la intervención del parlamento en el ámbito que le corresponda a la Comunidad.¹⁰

La decisión de creación de una comisión, habitualmente por el Pleno de la Cámara, debe gozar de la presunción de legitimidad de actuación de los poderes públicos, que es mayor cuanto más próxima es la conexión del órgano con la voluntad popular,¹¹ y cuya máxima expresión se encuentra en la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas que emanan de los parlamentos. Solo la decisión de un órgano con capacidad suficiente podría declarar la ausencia de competencia para la creación de ese órgano y revocar la decisión del pleno.

⁹ «La Mesa, a propuesta de dos quintas partes de los miembros de la Asamblea, acordará la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público dentro del ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid...».

¹⁰ En los dictámenes del Consejo de Estado 852/2012 y 194/2013 se aborda la competencia de la Generalitat Valenciana en relación con el objeto de la Comisión no permanente especial de investigación sobre el proceso que ha llevado a la intervención por el Banco de España, el pasado 21 de julio, de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) creada en el seno de Corts Valencianes. En el primero de los Dictámenes indicado cuyo origen se encontraba en el requerimiento de comparecencia y documentación dirigidos a determinadas autoridades y personal del Banco de España, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria se insiste en que la competencia de supervisión e intervención de las entidades de crédito tiene una «dimensión que trasciende el ámbito autonómico y que justifica su atribución al Estado», aunque se reconoce que esa competencia lo es sin perjuicio « de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.» En segundo dictamen, motivado por haber sido requerido a comparecer el expresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala que el ejercicio de competencias de «supervisión, inspección y sanción de los mercados de valores y de la actividad de los sujetos y entidades que en ellos intervienen...-tiene una dimensión que trasciende el ámbito autonómico y que justifica su atribución al Estado», destacando que «el informe del Servicio Jurídico de la CNMV, que las cuotas participativas de la Caja de Ahorros del Mediterráneo no fueron admitidas a negociación exclusivamente en la Bolsa de Valencia, sino que cotizaban también en otras Bolsas españolas, «lo que excluye las competencias de supervisión, inspección y sanción de la Comunidad Valenciana en relación con las operaciones realizadas en relación a las mismas»

¹¹ Por todos véase el ATC 105/2010, de 29 de julio.

En cuanto a lo que deba entenderse por interés público (art. 53 RCV), la STC 88/2012, de 7 de mayo, señala que deben ser asuntos de interés general, no «asuntos de estricto interés particular, por más que puedan ser de interés del público, sin trascendencia en cuestiones que puedan ser de interés para la ciudadanía en cuanto tal». La determinación de ese concepto corresponderá en todo caso al órgano que decide sobre la creación de la comisión de investigación.

Los sujetos sometidos a control solo serán aquellos sobre los que existe capacidad para ejercer la función de control por el parlamento que a tenor del precepto estatutario es «la Administración situada bajo la autoridad de La Generalitat». Ello no supone que deban confundirse los sujetos que pueden ser objeto de control con aquellos a los que la comisión pueda requerir para el adecuado ejercicio de ese control que estatutaria y reglamentariamente le corresponde.

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se encuentra hasta la fecha una resolución que delimite claramente las funciones, potestades y naturaleza de las Comisiones de investigación, aunque sí encontramos algunos pronunciamientos relacionados con las Comisiones de investigación. La primera resolución que cabe reseñar es el ATC 215/2000, de 21 de septiembre, donde se cuestiona el modo en el que adopta el acuerdo sobre el calendario de los trabajos. En algunos casos encontramos resoluciones que de forma tangencial emiten pronunciamientos sobre alguna de las cuestiones reseñadas. Entre estas cabe destacar la STC 46/2001, de 15 de febrero, en la que se indica que «las Comisiones parlamentarias cuando actúan en el ejercicio de sus facultades de investigación y estudio, emiten, como les es propio, juicios de oportunidad política que, por muy sólidos y fundados que resulten, carecen jurídicamente de idoneidad para suplir la convicción de certeza que sólo el proceso judicial garantiza».

Entre las resoluciones del Alto Tribunal que tienen por objeto cuestiones relacionadas con las comisiones de investigación se encuentra el ATC 181/2003, de 2 de junio, cuyo objeto se relacionaba con las propuestas de comparecencia en el seno de una comisión de investigación en el seno de la Junta General del Principado de Asturias. En el citado ATC el Alto Tribunal señalaba que «las propuestas de comparecencia ante tales Comisiones deben deducirse en el seno de éstas y no ante la Mesa de la Junta General, pues son aquellas quienes han de elaborar su propio plan de trabajo, debiendo evitarse interferencias en el mismo por parte de otros órganos de la Cámara. Interpretación, además, que viene avalada por una consolidada práctica parlamentaria en la Junta General».

Las STC 226/2004 (PARDO, 2005) y 227/2004, ambas de 29 de noviembre, abordaron la introducción de una causa de disolución de las comisiones de investigación no contempladas en expresamente en el reglamento parlamentario. El TC en las sentencias indicadas manifestó que con la introducción de «una causa de disolución no contemplada expresamente por el Reglamento han vulnerado la reserva de Reglamento y afectado, por ello, al derecho garantizado a los parlamentarios recurrentes por el artículo 23.2 de la Constitución» (STC 226/2004 F6).

En la sentencia 39/2008, de 10 de marzo (MARTÍNEZ CORRAL, 2008), se aborda la composición de las comisiones de investigación, señalando que «la exclusión de los parlamentarios afectados por la investigación de la Comisión parlamentaria puede considerarse una medida idónea, bien que no suficiente, para preservar los criterios de

actuación fijados para la Comisión en su resolución de creación, pues podían arriesgar un interés personal distinto del estrictamente político que invocan.../... Por todo ello cabe concluir que la decisión controvertida no ha vulnerado el derecho de los recurrentes a ejercer con libertad y en condiciones de igualdad su labor representativa; máxime cuando se trataba de averiguar las razones que habían impedido al conjunto de miembros de la Cámara ese ejercicio a resultas del comportamiento de los parlamentarios afectados por el objeto de la Comisión creada por la Resolución de la Mesa de la Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid de 10 de julio de 2003.» De la misma sentencia se puede reseñar la distinción que efectúa entre la labor que desarrolla el parlamento y los órganos de la jurisdicción ordinaria, a tal efecto establece que «...es preciso evitar toda confusión entre la labor investigadora que puedan llevar a cabo las Asambleas autonómicas o las Cortes Generales y aquella que corresponde a los órganos integrantes del Poder Judicial. Como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, «las Comisiones parlamentarias cuando actúan en el ejercicio de sus facultades de investigación y estudio, emiten, como les es propio, juicios de oportunidad política que, por muy sólidos y fundados que resulten, carecen jurídicamente de idoneidad para suplir la convicción de certeza que sólo el proceso judicial garantiza» (STC 46/2001, de 15 de febrero, F.12). Esta distinción no sólo es predicable del resultado de la investigación sino que se aprecia en toda la actividad desarrollada por las Comisiones parlamentarias de investigación, a las que no puede exigirse la objetividad e imparcialidad propia de los órganos jurisdiccionales.»

La STC 108/2011, de 20 de junio, cuyo objeto era un acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón, inadmitiendo a trámite la petición de una asociación para que se constituyera una comisión de investigación, pero en este asunto el fondo se relaciona más con el derecho de petición que con las comisiones de investigación.

La última sentencia, hasta la fecha, ha sido la STC 88/2012, de 7 de mayo, que tiene su origen en la no admisión a trámite de la propuesta de creación, y su posterior reconsideración, de una comisión de investigación en la Asamblea de Madrid. El TC señala que cuando el reglamento parlamentario hace mención a que la propuesta de la comisión de investigación debe «recaer sobre un «asunto de interés público dentro del ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid» no está atribuyendo a la Mesa la facultad de realizar un examen liminar sobre si existen o no motivos que fundamenten la investigación solicitada, sino, simplemente, está estableciendo qué tipo de asuntos pueden ser objeto de estas comisiones y para ello sólo requiere que se trate de asuntos que incidan en cuestiones de interés general y que sobre los mismos tenga competencias la Comunidad de Madrid, con independencia de la valoración que puedan merecer los hechos que pretenden ser investigados.»

POTESTADES DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN DE CORTS VALENCIANES

Los rasgos generales que definen el modelo de Comisiones de investigación en nuestro ordenamiento jurídico son:

- Es un modelo no judicializado, excluyendo la posibilidad de que estas comisiones gocen de análogos poderes a las autoridades judiciales como sucede en ordenamientos como el italiano o alemán.
- Las comisiones de investigación disponen de un plus de facultades para que puedan realizar sus investigaciones. Facultades que se reducen a poder requerir la comparecencia obligatoria de cualquier persona.

- Estas Comisiones son compatibles con los procedimientos judiciales, a diferencia otros ordenamientos.
- A las comisiones de investigación no les corresponde perseguir en primera instancia presuntas actuaciones delictivas. El artículo 76.2 CE establece el deber de las cámaras de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado de sus investigaciones por si de ellas se pudiera deducir la existencia de indicios racionales de criminalidad. La obligación de dar cuenta al Ministerio Fiscal, en el caso del reglamento de Corts Valencianes (art. 53.6), recae sobre la Mesa de la Cámara para, en su caso, el ejercicio de las acciones oportunas.

Los poderes de las comisiones de investigación se concretan en lo que en la terminología anglosajona se conoce como *power to send for persons, papers and records*. Es decir, la posibilidad de requerir obligatoriamente la presencia de personas que puedan aportar información sobre el tema objeto de investigación y la reclamación de documentación para tal fin. Esas facultades, que también poseen las comisiones ordinarias, tienen en las comisiones de investigación un plus de facultades, según lo dispuesto en el artículo 76 de la CE y en el artículo 502 del Código Penal (MARTÍNEZ-BUJÁN, 2009: 1315/1334).

1. REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN

El primero de los poderes reseñados, la capacidad de requerir documentación, no tiene definido, como hemos señalado, un plus de facultades en relación a las comisiones ordinarias. La regulación será la que existe con carácter general. Aunque ello no excluye que en normativa sectorial podamos encontrar referencias explícitas a la capacidad de las comisiones de investigación de requerir documentación.

El derecho a la documentación¹² lo encontramos con un tenor semejante en todos los Reglamentos parlamentarios españoles cuando la documentación es recabada por los parlamentarios. En un precepto¹³ diferente los reglamentos parlamentarios regulan la capacidad de recabar documentación e información por las comisiones parlamentarias por medio de la Presidencia del parlamento.

En el reglamento del Parlamento valenciano podemos distinguir claramente tres supuestos. El primero, el referido a las solicitudes de documentación dirigidas a las administraciones públicas de la Generalitat, instituciones, organismos y entidades públicas empresariales dependientes de la misma, cuyo régimen se establece en los apartados 1 a 4, para las solicitudes de diputados y diputadas, y en el art. 44.1 primero, cuando el requerimiento es de una comisión. El segundo supuesto que se contempla son las solicitudes de documentación dirigidas a las administraciones locales o del Estado y de los órganos de gobierno de las otras comunidades autónomas. El último supuesto es el previsto en el apartado final de este artículo, la documentación que se encuentra en la propia cámara.

¹² Sinopsis del artículo 109 CE realizada por Fabio Antonio Pascua Mateo, página web del Congreso [<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=109&tipo=2>]

¹³ El Reglamento de les Corts Valencianes establece en su artículo 44: «Primero: Recabar la información y documentación que precisen del Consell, de los servicios de la propia cámara y de cualquier autoridad de La Generalitat. Las autoridades requeridas, en un plazo no superior a los treinta días, facilitarán lo que se les hubiera solicitado, o bien manifestarán al presidente o presidenta de Les Corts, de forma motivada, la imposibilidad de cumplir el plazo, y como consecuencia de ello, solicitar una ampliación, o, en su caso, los impedimentos legales que imposibilitan atender la petición». Así como «solicitar tanto de la administración del Estado como de la administración local información y documentación sobre materias de interés para la Comunitat Valenciana»

En el primer caso la única limitación que consta en el Reglamento es la derivada de la posibilidad de que los datos, informes o documentos solicitados por los diputados o diputadas afecten al contenido esencial de los derechos fundamentales o libertades públicas, constitucionalmente reconocidos, en cuyo caso la Mesa, a petición del Consell, podrá declarar el carácter no público. En estos casos el acceso a los datos, informes o documentos, únicamente corresponde, pudiendo el diputado, tomar notas pero no copias ni acompañarse de asesores. Ello no supone que se pueda negar el acceso a la documentación, sino que deben adoptarse las medidas adecuadas para garantizar que los derechos y libertades fundamentales reconocidas constitucionalmente no se vean afectados.

El apartado 5 del art. 12 RCV contempla la posibilidad de que también se pueda solicitar documentación de las administraciones locales o del Estado y de los órganos de gobierno de otras Comunidades Autónomas, si los parlamentarios consideran que afecta, de alguna forma, a la Comunidad Valenciana, siempre dentro del marco de la legalidad. A diferencia de las solicitudes de documentación dirigidas a la administración pública de la Generalitat, instituciones, organismos y entidades públicas empresariales dependientes de la misma cuando las solicitudes que se dirigen a las administraciones locales o la administración del estado no se encuentra la exigencia de facilitar la información o documentación. El precepto señala que se «podrá» solicitar pero nada se dice de la obligación de contestar a la petición y sobre las consecuencias de la ausencia de respuesta.

En el art. 44.3 RCV, que comprende todo tipo de comisiones, la posibilidad de solicitar información y documentación, tanto de la administración local como de la administración del estado, es más amplia que en el precepto anterior ya que alcanza a materias de interés para la Comunitat Valenciana. El término «interés» no debe traducirse en una capacidad universal para recabar cualquier tipo de documentación o información. Esta facultad deberá estar ligada, de algún modo, a las competencias que le corresponden a la administración situada bajo la autoridad de la Generalitat a la que le corresponde controlar y, en todo caso, no genera una obligación para administraciones distintas a la de la Generalitat.

Es en este contexto en el que debemos insertar lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la Ley General de Seguridad Social y, específicamente, en lo que afecta a esta comisión de investigación, el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea. Todo ello sin perjuicio de que se adopten las medidas necesarias para garantizar la reserva de la información que se pone en conocimiento de la comisión.

Junto con los preceptos indicados es necesario recordar el deber general de colaboración entre las administraciones, junto con los principios de cooperación y coordinación con otras administraciones públicas que expresamente figura en el artículo 3.2.h de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o el principio de lealtad institucional anunciado en el artículo 4 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo.

El deber de colaboración y lealtad institucional, enunciado por jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 18/1982, 80/1985) supone un principio general de colaboración y cooperación en el ejercicio de las competencias de otras instan-

cias, «el Estado y las Comunidades Autónomas están sometidos a un deber general de colaboración, que no es preciso justificar en preceptos concretos porque es de esencia al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución». El deber de colaboración supone «el deber de recíproco apoyo y lealtad mutua» (STC 96/1986) que, como ha recordado más recientemente el alto tribunal en la STC 247/2007, es parte del principio de solidaridad «concreción, a su vez, del más amplio deber de fidelidad a la Constitución» (STC 11/1986).

2. COMPARECENCIA DE PERSONAS

El segundo de los poderes de las comisiones de investigación es la capacidad de convocar con unas facultades superiores a las habituales en otras comisiones parlamentarias, a personas ante las mismas. La posibilidad de efectuar comparecencias de personas ante las comisiones se encuentra previsto con carácter general en los reglamentos parlamentarios. Junto con la regulación general, en la regulación específica de las comisiones de investigación, se prevé la capacidad de requerir a cualquier persona.

Las facultades superiores de las comisiones parlamentarias de investigación encuentran su manifestación en la tipificación penal de la incomparecencia ante las mismas. El artículo 502 del Código Penal contempla la incomparecencia ante una comisión de investigación como un delito de desobediencia. Hemos de recordar que con anterioridad al precepto indicado, incluido en 1995 en el Código Penal, existía la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras, que como su título indica se limitaba exclusivamente a las comisiones de investigación que se crean en el seno de las Cortes Generales.

Ni en el Código Penal, ni en el Reglamento de Les Corts, establecen limitación en orden a las personas que tienen la obligación de comparecer ante las comisiones de investigación.¹⁴ En el supuesto que se estimase inadecuado que se pueda requerir a personas que ostentan o lo han hecho determinados cargos, sería necesario que una norma con el rango adecuado lo delimitase.

Como se ha señalado a las comisiones de investigación se les dota de unas facultades extraordinarias en relación a las que le corresponden a las comisiones parlamentarias que no tiene ese objeto. Eso comporta que las comisiones de investigación poseen entre sus potestades la facultad de requerir la presencia de las personas que estimen necesarias para el cumplimiento de la función de control que tiene encomendada, en el caso de las Cortes Valencianas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 22.e del Estatuto de Autonomía.

2.1. Algunos supuestos previos a la Comisión de Investigación de la CAM

La duda sobre quienes deben comparecer y hasta donde alcanza la obligación de comparecer se ha planteado en algunos supuestos. Así, con ocasión de la Comisión de investigación constituida en relación al siniestro del petrolero Prestige en el Parlamento de Galicia, se requirió la presencia de determinadas autoridades, altos cargos de la Administración del Estado, lo que dio lugar a la emisión de informes, previos al refe-

¹⁴ En les Corts Valencianes la comparecencia de personas está desarrollada en la Resolución de carácter general 4/IV, de 22 de mayo, de 1996, que regula las comparecencias ante las comisiones de investigación (BOC número 59, de 31 de mayo). Esta resolución determina el procedimiento para efectuar los requerimientos a quienes deben comparecer ante las comisiones de investigación de Corts Valencianes, estableciendo con carácter supletorio lo dispuesto en la LO 5/1984.

rido del Consejo de Estado,¹⁵ tanto de la Abogacía del Estado (MARTÍNEZ-BUJÁN, 2009: 1325). como del Secretario de Estado de Organización Territorial.

El Consejo de Estado en su Dictamen 34/2003, de 6 de febrero, señaló que «a juicio del Consejo de Estado, las normas anteriores y, en particular, las del Reglamento del Parlamento de Galicia, por lo que se refiere a la consulta, requieren que las potestades de las comisiones de investigación se interpreten con forma congruente con su objetivo y finalidad, de modo que su poder fiscalizador y de control, al requerir la presencia de determinadas autoridades y funcionarios, no pueda considerarse ilimitado sino que habrá de ajustarse al ámbito propio de actuación de las instituciones autonómicas.» Tales facultades, según el citado dictamen, han de circunscribirse exclusivamente a la actuación en el ámbito competencial de las autoridades y funcionarios de la Comunidad Autónoma, según el bloque de constitucionalidad. Solo así se atiende al fin institucional propio de las comisiones de investigación creadas por un Parlamento Autónomo orientas a «investigar» y «controlar la actuación de los responsables públicos de la propia Comunidad Autónoma».

Entre las comparecencias que se sustanciaron en la Comisión de investigación sobre el 11 de marzo de 2004 estuvo la del titular del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional para informar sobre los extremos que tuvieran conocimiento en relación a la investigación parlamentaria. El titular de un juzgado no es indudablemente una autoridad o funcionario que pueda ser objeto de control parlamentario por las Cortes Generales. En la interpretación que realiza el citado dictamen del Consejo de Estado no sería posible que una comisión de investigación pueda requerir la presencia de un magistrado dado que este no se encuentra dentro del ámbito de lo que puede ser objeto de control por el parlamento.

Los ámbitos de actuación de investigaciones, parlamentaria y jurisdiccional, son diferentes, como ha expresado el Tribunal Constitucional. La comisión de investigación sobre el 11-M requirió la titular del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional para informar sobre los extremos que tuvieran conocimiento en relación a la investigación parlamentaria. La comparecencia en la comisión se produjo en calidad, por tanto, de experto, dentro de los límites que en su momento fijó el Consejo General del Poder Judicial.

La Comisión de investigación no tenía pretensión alguna controlar la actuación de un miembro del Poder Judicial. El testimonio del Magistrado no podía «de ningún modo referir información relativa a los hechos, organizaciones, o personas que estén siendo objeto de instrucción actualmente en el Juzgado del que es titular o que haya sido objeto de diligencias anteriores».¹⁶ Tampoco podía extenderse la información a aquellos hechos, personas o circunstancias, que, aún figurando en diligencias judiciales objeto de investigación por otro órgano, español o extranjero, hayan sido conocidos por razón del cargo que ostenta el Magistrado compareciente.

Otro supuesto en el que personal ajeno al ámbito de la Comunidad Autónoma participó en una comisión de investigación fue en la «Comisión de Investigación sobre el Accidente ocurrido el pasado día 3 de julio en la línea 1 de Metrovalencia» que se constituyó en 2006 durante la VI Legislatura en esta Cámara. Entre las comparecencias que se celebraron se encuentran las del Director General de Explotación de

¹⁵ Sobre esta materia con anterioridad el Consejo de Estado se había pronunciado en los dictámenes 47.997, de 29 de julio de 1986 y 34/2003, de 6 de febrero.

¹⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones de Investigación núm. 6, 2004, VIII Legislatura, pág. 2.

Infraestructuras Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, entidad pública empresarial dependiente del Ministerio de Fomento¹⁷ y la del Subdelegado del Gobierno.¹⁸

En otro orden cabe mencionar el art. 59.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña confiere a su parlamento. El precepto indicado establece que «Los cargos públicos y el personal al servicio de las Administraciones públicas que actúan en Cataluña tienen la obligación de comparecer a requerimiento del Parlamento». Precepto que no fue objeto de recurso alguno ante el Tribunal Constitucional.

El citado precepto fue objeto de un informe de la Abogacía General del Estado, de 31 de octubre de 2006, complementado por otro posterior de 22 de diciembre de 2006.¹⁹ En los citados informes se cuestionaba el ámbito subjetivo, ámbito territorial y alcance exacto de la obligación de comparecencia. En relación a la primera cuestión el informe afirma que alcanza a los cargos públicos y personal de cualquier Administración pública, habiendo sido rechazado en el proceso parlamentario de elaboración del estatuto los intentos de limitar la obligación de comparecer a los cargos públicos y funcionarios de la Generalidad.

La capacidad del parlamento de requerir la comparecencia de cargos públicos y funcionarios no integrado en la administración dependiente del ejecutivo al que le corresponde controlar se fundamenta en los principios de colaboración y cooperación que, como se ha indicado, son principios básicos en la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, del que son parte las propias Comunidades Autónomas. La mención en un Estatuto de Autonomía concreto no puede llevar a la conclusión que su ausencia en otro Estatuto de Autonomía impida la comparecencia de los sujetos indicados. Nos encontramos ante la plasmación de unos principios de articulación propios de un Estado compuesto como es España.

El precepto estatutario citado establece la obligación de comparecer de los cargos públicos y funcionarios cuyas competencias quedan limitadas al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma excluyendo la Abogacía del Estado la obligación de comparecer de autoridades de la Administración del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio del estado o cuya competencia se encuentre fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de referencia. Los supuestos contemplados son los de comparecencia obligatoria pero ello no supone que estimen prohibido o limitado la posibilidad de comparecer ante el parlamento de una Comunidad Autónoma.

El primero de los informes de la Abogacía del Estado referidos también aborda el alcance de la comparecencia, señalando en relación al mismo que «la presencia en el Parlamento catalán de los cargos públicos y del personal al servicio de la Administración del Estado, titulares de órgano de dicha Administración o integrados en los mismos cuya competencia *ratione loci* queda limitada al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña, no puede ser otro que el meramente informativo, sin que, por consiguiente, dichos cargos y personal puedan ser sometidos a control de carácter político alguno por parte de los miembros del Parlamento autonómico».

¹⁷ DOSCCV 5/VI, de 28.07.2006.

¹⁸ DOSCCV 5/VI, de 31.07.2006.

¹⁹ Referencia AG Servicios Jurídicos Periféricos 12/06 y 15/06.

2.2. Conflictos sobre los requerimientos para comparecer ante la Comisión de Investigación de la CAM

El requerimiento para comparecer de ex altos cargos del Banco de España, el FROB, personal al servicio de esas instituciones así como del ex presidente de la CNMV por la Comisión de investigación de la CAM dio lugar a que se solicitaran sendos dictámenes al Consejo de Estado.

El primer dictamen del Consejo de Estado en emitirse en relación a la Comisión de Investigación de la CAM fue el 852/2012. El origen de este dictamen era la solicitud de comparecencia ante la Comisión de Investigación de la CAM de determinados altos cargos y personal tanto del Banco de España como del Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB), así como documentación que se había requerido a estas autoridades. El informe, tras examinar las comisiones de investigación tanto en nuestra Constitución como en los Estatutos de Autonomía, entra a conocer el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, concluyendo, en relación a los mismo, que «las competencias de supervisión e intervención de las entidades de crédito ... tiene una dimensión que trasciende el ámbito autonómico y justifica su atribución al Estado, especialmente cuando su finalidad es la adecuada tutela del interés supraautonómico ...», así resulta expresamente del artículo 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía de Banco de España, que atribuye exclusiva al Banco de España «la supervisión de la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cuales quiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuido, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias».

El dictamen del Consejo de Estado repite la tesis de que «el control parlamentario de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas debe circunscribirse a la actuación de los órganos y autoridades de la propia Comunidad Autónoma, sin que puede alcanzar a órganos y autoridades ajenos a su ámbito de competencia, como son los de la Administración del Estado, debiendo alcanzarse análoga conclusión en cuanto al requerimiento de documentación remitido al Banco de España». En cuanto al principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reiterado en la jurisprudencia constitucional, estima que «ante dicho principio de colaboración no se infiere en el presente caso la posibilidad de interferencia entre competencias y potestades que han de desenvolverse en sus respectivo y propia ámbito». El dictamen también señala el régimen jurídico específico, tanto del Banco de España como del FROB, derivado de la Ley de Autonomía del Banco de España que en su artículo 6.2 relativo del deber de secreto. Concluye el dictamen que no es obligado atender los requerimientos de comparecencia y remisión de documentación dirigidos a autoridades y personal del Banco de España y del FROB por la Comisión de Investigación de la CAM al carecer dicha comisión de «potestad para fiscalizar la actuación de órganos ajenos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma».

La no comparecencia de las autoridades y personal del Banco de España y del FROB²⁰ motivo, tras realizar dos citaciones, que la Comisión de Investigación sobre la CAM acordará ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si la incompa-

²⁰ Cabe reseñar que la carta del Director General del FROB difería de las remitidas por las autoridades del Banco de España. En la carta del DG del FROB se hacía constar que si lo que se deseaba obtener de la comparecencia de autoridades del FROB era la información que podía aportar, en su condición de administrador provisional de la CAM, ello ya se había realizado con la comparecencia de quien había sido designado administrador provisional por lo que cabía la posibilidad de reconsiderar la necesidad de las comparecencias cursadas.

recencia era un acto constitutivo de delito. El Ministerio Fiscal, tras examinar el expediente, acordó decretar el archivo por considerar que no habiéndose advertido la posible existencia de responsabilidad penal, de conformidad con lo preceptuado en el art. 502 CP, no se daban los requisitos exigidos para la existencia de un delito.

El Dictamen 194/2013, de 28 de febrero, del Consejo de Estado, tenía por objeto el «conflicto jurídico en relación con la solicitud de comparecencia del expresidente de la CNMV, D. Julio Segura, ante la Comisión no permanente especial de investigación de las Corts Valencianes».

El dictamen, al igual que en el ya reseñado, tras analizar la regulación de las Comisiones de Investigación y examinar el ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma en las materias relacionadas con el objeto de la comisión, insiste en que «el control parlamentario de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas debe circunscribirse a la actuación de los órganos y autoridades de la propia Comunidad Autónoma, sin que pueda alcanzar a órganos y autoridades ajenos a su ámbito de competencia, como son los de la Administración del Estado,...». Añade el dictamen que el principio constitucional de colaboración no «infiere en el presente caso la posibilidad de interferencia entre competencias y potestades que han desenvolverse en su respectivo y propio ámbito».

El dictamen hace especial referencia a que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que regula en su artículo 90 el deber de guardar secreto, que corresponde a quienes desempeñan o han desempeñado una actividad en la CNMV de los datos de carácter reservado que hayan tenido conocimiento. Para que estas personas puedan prestar declaración, testimonio, comunicar, exhibir datos o documentos se requiere expreso permiso otorgado por el órgano competente de la CNMV. Concluye el dictamen que no es obligado para el expresidente de la CNMV atender el requerimiento de la comparecencia.

A la vista del nuevo dictamen del Consejo de Estado la Comisión de Investigación de la CAM adoptó un acuerdo para su remisión a la presidencia de la CNMV en el que se exponía que para la «Comisión no permanente especial de investigación sobre la CAM el Dictamen emitido por el más alto órgano consultivo del Gobierno incurre en una inadecuada apreciación del objeto de la comparecencia al considerar que la misma es un procedimiento de control. La Comisión no permanente especial de investigación sobre la CAM no pretende desarrollar ningún procedimiento de control sobre la actuación del ex presidente de la CNMV ni sobre el organismo que presidió, dado que este Parlamento carece de competencias para ello.

El propósito de la Comisión de investigación es limitarse al objeto que se encuentra dentro del ámbito competencial del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que según dispone su art. 22.e) es «ejercer el control parlamentario sobre la acción de la administración situada bajo la autoridad de la Generalitat». El requerimiento al ex presidente de la CNMV no tiene más objeto que contribuir con la información que pueda aportar al esclarecimiento de los hechos que llevaron a la desaparición de la citada entidad de ahorro en relación con el ámbito competencial de la Generalitat, sin que su comparecencia pueda suponer que incurra en una vulneración de los deberes que como ex presidente de la CNMV le vinculan» En esa línea solicitaba, de conformi-

dad con lo que dispone el art. 90.3 de la Ley 24/1988²¹, autorizara la comparecencia y, en su, caso se adoptarán la medidas que se estimarán pertinentes para no incurrir en la infracciones previstas en el citado precepto.

La presidencia de la CNMV estimo que no era necesaria la adopción de ninguna medida específica dado que como había acordado la comisión no se pretendía realizar ninguna actuación de control ni se le iba a requerir al compareciente ninguna información de carácter reservado (DSCV de 15 de abril de 2013).

En consonancia con la contestación de la Presidencia de la CNMV el exPresidente de la misma institución manifestó su disposición a comparecer ante la Comisión de investigación de la CAM, produciéndose la comparecencia el día 13 de mayo de 2013.

La comisión acordó dirigirse al Gobernador del Banco de España en análogos términos. Sin embargo, la respuesta dada fue de un tenor diferente, reiterando que de acuerdo con las conclusiones del dictamen del Consejo de Estado, de 26 de julio de 2012, no es obligatorio atender los requerimientos de la Cámara parlamentaria por carecer de competencia para fiscalizar o investigar la actuación del Banco de España. Aunque en la comunicación se indicaba que no era propósito de la Comisión de Investigación ni fiscalizar, ni investigar al Banco de España, sino obtener información para realizar la investigación dentro del marco competencial que le corresponde. Sin embargo, en la respuesta remitida se abría la posibilidad de que alguna de las personas requeridas comparezca de forma voluntaria.

En la misma carta negaba la capacidad de autorizar que se pudiera revelar datos o informaciones. Al margen de la interpretación que se realiza del alcance de esa capacidad para dar permiso a prestar declaración, testimonio, publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, en la comunicación al Gobernador del Banco de España lo que se solicitaba era la adopción de las medidas que estimara pertinentes para que en modo alguno se pudiera incurrir en la infracción de los deberes que tienen quienes su comparecencia se solicita.

Paralelamente el exgobernador manifestó su voluntad de comparecer ante la Comisión de investigación, produciéndose ésta el día 10 de junio de 2013.

CONSIDERACIONES FINALES

La restricción de las facultades de las comisiones de investigación de los parlamentos de las Comunidades Autónomas que se concluye en los dictámenes del Consejo de Estado tiene su origen en una confusión sobre el objeto de las comparecencias. Del tenor de esos dictámenes toda presencia en la Cámara comporta un acto de control en sentido estricto. El ejercicio de control sobre el gobierno y su administración no puede suponer que para su ejercicio se deba limitar a requerir la presencia de autoridades, funcionarios o agentes dependientes del Gobierno autonómico. Ello supondría que para el desarrollo de su función no se podría tampoco convocar a ciudadanos que por sus circunstancias puedan aportar elementos para el adecuado desarrollo de la función de la comisión, ya que a los mismos no se les controla.

²¹ Todas las personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para la Comisión Nacional del Mercado de Valores y hayan tenido conocimiento de datos de carácter reservado están obligadas a guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación determinará las responsabilidades penales y las demás previstas por las leyes. Estas personas no podrán prestar declaración ni testimonio, ni publicar, comunicar, exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo expreso permiso otorgado por el órgano competente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Si dicho permiso no fuera concedido, la persona afectada mantendrá el secreto y quedará exenta de la responsabilidad que de ello emane.

La tesis reiterada por el Consejo de Estado que impide la convocatoria de autoridades, funcionarios o agentes que no puedan ser objeto de control por el Parlamento de una Comunidad Autónoma supone confundir la función de control con los instrumentos que se pueden emplear para el ejercicio de esa función. Para el adecuado ejercicio de la función de control puede ser necesario la obtención o verificación de una información que puede aportar únicamente personal al servicio de una administración distinta de la autonómica o simplemente aportar el conocimiento que posean de la materia.

El artículo 44.1 Primero RCV, dentro de las facultades de las comisiones, incluye que se pueda requerir a personas distintas a los miembros del Consell, altos cargos de la administración o autoridades y funcionarios. En el precepto específico que el Reglamento de Les Corts destina a las comisiones de investigación, art. 53.2 RCV, la mención es a «cualquier persona para ser oída». A ello hay que añadir que como hemos indicado que el art. 502 CP no establece limitaciones. Un ciudadano que no atendiese los requerimientos legalmente efectuados para comparecer en una comisión de investigación podría ser sancionado, tras el pertinente proceso, con las penas establecidas en el citado artículo del Código Penal. El plus de facultades que se confiere a las comisiones de investigación tiene por objeto dotarlas de una serie de medios extraordinarios a fin de que puedan cumplir unos fines inhabituales en el funcionamiento de las comisiones parlamentarias.

Otra cuestión que podría plantearse es si los sujetos requeridos son los más adecuados para suministrar la información necesaria para atender la finalidad para la que se creó la comisión de investigación. En el supuesto de que el requerimiento de una persona obedezca a ser quien ostenta la representación del órgano, le correspondería indicar quién o quienes está capacitados para atender esa solicitud, de forma análoga a como dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 309, para el interrogatorio de persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica.

El requerimiento de cargos o autoridades ajenos a la administración que se somete, cuya exclusión *ab initio* no es posible, al control de un Parlamento puede estar motivado en que, a juicio de la comisión de investigación, su presencia sea necesaria como expertos conocedores de la materia, directa o indirectamente. En el supuesto que la autoridad o funcionario ajena a la Comunidad Autónoma esté sujeta a limitaciones derivadas de la específica función que desempeña, deberían habilitarse mecanismos que impidan vulnerar las normas a las que se encuentra sujeto, lo que no debería ser difícil si existe una voluntad de colaboración.

La experiencia parece mostrarnos la necesidad de clarificar el alcance de las facultades de las comisiones de investigación, especialmente la de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y si se desea que como comisiones de investigación se conviertan en instrumentos útiles para la función de control deben dotarse de los medios necesarios para ello.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ LÚCIA, Lluís. «El Debate secreto en las comisiones de investigación y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen», en *Parlamento y opinión pública*, Francesc Pau i val (coord.), Jornadas AELPA, Madrid, 1994.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, Democracia y Control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002.

ARCE JANÁRIZ, Alberto. «Artículo 75», en *Comentarios a la Constitución Española*, [Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.)], Wolters Kluwer, España, 2008.

ARCE JANARIZ, Alberto. «Las comisiones de investigación en las asambleas autonómicas tras la aprobación del nuevo código penal», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 3, Corts Valencianes, Valencia, 1997.

ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso. «Las comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, enero-abril 1995.

AUZMENDI DEL SOLAR, Montserrat. «El control parlamentario a través de las comisiones de investigación», en *Treinta años de Constitución: congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

CIRIRERO SOLETO, Francisco Javier. «La no comparecencia y el falso testimonio ante las comisiones de investigación: análisis del art. 502 del código penal», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 13, Corts Valencianes, Valencia, 2002.

DE SILVA OCHOA, Juan Carlos. *Las comisiones parlamentarias* (coord. Juan Carlos de Silva Ochoa), Parlamento Vasco, 1994.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. «La comparecencia de los ciudadanos ante las comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, septiembre-diciembre 1992.

GALVEZ MONTES, Javier. «Auxilio a las Cortes Generales: artículo 109», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Óscar Alzaga Villaamil (dir.), T. VIII, Cortes Generales, Madrid, 1998.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario. «Las comisiones de investigación en las Cortes Valencianas», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 5, sept.-nov. 1993.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario., LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. «El control parlamentario de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación», en *Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. «Principio de autonomía y control parlamentario: el supuesto de las comisiones de investigación», en *Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Ardurularitzazko Euskal Aldizkaria*, n. 44-I, en.-abr. 1996.

GARCÍA PECHUÁN, Mariano. «Extensión y límites de la actuación de las comisiones de investigación parlamentarias de los Länder en la República Federal de Alemania (un análisis de jurisprudencia)», en *Revista General de Derecho*, n. 615, 1995.

GARRIDO GUTIÉRREZ, Pilar, ARLUCEA RUIZ, Juan Esteban. «Comisiones de investigación en el Parlamento Vasco», en *Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

GRECIET GARCÍA, Esteban. «Posición constitucional de las comisiones de investigación y protección de los derechos de los comparecientes», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 10 2004.

GUDE FERNÁNDEZ, Ana. *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Universidade de Santiago de Compostela, 2000.

LAVILLA RUBIRA, Juan José. «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos, información, control y responsabilidad», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Sebastián Martín-Retortillo (coord.), Vol. III, Madrid, Civitas, 1991.

MARTÍ SÁNCHEZ, S. «El Tribunal Constitucional y la disolución de las comisiones de investigación», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 16 2005.

MARTÍNEZ CORRAL, Juan Antonio. «El sonado caso de diputados que estaban y se les esperaba, pero no aparecieron», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «Desobediencia a comisiones parlamentarias autonómicas de investigación» (a propósito del caso Prestige), en el libro *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo II (J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer, dirs.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

MASSO GARROTE, Marcos Francisco. *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, Congreso de los Diputados, 2002.

OSÉS ABANDO, Josu. *Las comisiones parlamentarias de investigación. Balance de un modelo a reformar en el control del Gobierno en democracia*, AELPA, 2013.

PARDO FALCÓN, Javier. «Lagunas en el Reglamento Parlamentario», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2005.

PASCUA MATEO, Fabio. «El recurso de amparo frente a actos parlamentarios: elementos procesales y materiales de la jurisprudencia más reciente», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, diciembre 2002.

PAU I VALL, Francesc. «Las comisiones de investigación como instrumento de control del gobierno en el Parlamento de Cataluña», en *Parlamento y control del gobierno*, Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Pamplona, Aranzadi, 1998.

RECORDER DE CASSO, Emilio.: «Artículo 76», en *Comentarios a la Constitución* (coord. Garrido Falla, F.), Madrid, Civitas, 2001.

RUBIO LLORENTE, Francisco. «El control parlamentario», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 1997.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. «Artículo 109», en *Comentarios a la Constitución*, Fernando Garrido Falla (coord.), Madrid, Civitas, 2001.

TUDELA ARANDA, José. «Artículo 109», en *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario* (directores Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.), Las Rozas, Madrid, Fundación Walters Kluwer, 2009.

CONDORCET, UN AVANZADO DE LA IGUALDAD FEMENINA*

ANTONIO TORRES DEL MORAL

Catedrático de Derecho Constitucional

* Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2009/11050 «Prehistoria del Derecho Constitucional», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que el autor es Investigador Principal.

SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN

2.- LOS DERECHOS Y EL PODER

3.- LA IGUALDAD

3.1. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

3.2. CLASES DE DESIGUALDAD

3.3. LA IGUALDAD DE LA MUJER

3.4. IGUALDAD PARA TODAS LAS RAZAS Y ENTRE LAS NACIONES: SOLIDARIDAD MUNDIAL

3.5. ¿PRECURSOR DEL RADICALISMO O DEL SOCIALISMO?

4.- INSTRUCCIÓN Y PROGRESO

4.1. LA INSTRUCCIÓN COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL PROGRESO

4.2. EL PROGRESO INDEFINIDO

4.3. INSTRUCCIÓN OBLIGATORIA Y GRATUITA

4.4. INSTRUCCIÓN DE LA MUJER Y COEDUCACIÓN

4.5. INSTRUCCIÓN PARA LA CIUDADANÍA

1. INTRODUCCIÓN

Me complace participar en este homenaje, tan merecido, a Julia Sevilla, mi querida amiga y compañera, luchadora incansable por la igualdad de la mujer y por su protagonismo social y político. Y lo hago precisamente con un apunte sobre uno de los primeros feministas que en el mundo han sido aunque lamentablemente las historias del pensamiento político apenas le dedican atención. Seguramente mi compañera homenajeada sabrá aprovechar y mejorar algunos de sus argumentos recogidos en el presente trabajo.

Marie Antoine Jean Nicolas Caritat, marqués de Condorcet, científico, filósofo, político y masón de la segunda mitad del siglo XVIII, fue el último ilustrado y el más completo de ellos. Tuvo ocasión de vivir la primera etapa de la Revolución y tomó parte muy activa en ella, siendo su guía y su víctima. Por decirlo con pocas palabras, él sintetiza el pensamiento francés de su siglo y proyecta los conocimientos y doctrinas de su tiempo hacia el futuro en una optimista prospección sobre los progresos del espíritu humano.

Acaso la primera noticia que se tiene de él en España sea la datada en 1803, correspondiente a la traducción española de su *Compendio de la riqueza de las naciones*. En efecto, Condorcet con la colaboración de su esposa, publicó un resumen de la obra de Adam Smith, resumen que fue traducido al castellano por Carlos Martínez de Irujo, el cual se permitió hacerle adiciones sin preaviso, lo que le resta valor como instrumento de investigación. Que Condorcet era en España más conocido que Adam Smith por aquellas fechas parece desprenderse de que el traductor español valora la obra de éste por haber merecido que aquél se ocupara de ella.

Bien dispuesto desde joven para las Matemáticas, fue elogiado más tarde por maestros eminentes de esta ciencia ingresando muy joven en la Academia Francesa. Se interesó también por muchos otros saberes, como la Psicología, la Historia, la Política, y, de la mano de economistas consagrados, también por esta otra área de conocimiento. Pese a que la tesis más extendida entre sus estudiosos ha sido la de que ese interés por otras ciencias significó una ruptura en sus preocupaciones intelectuales, no hubo tal, puesto que siguió publicando trabajos matemáticos; así, en 1785 editó su *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions à la pluralité des voix* y un año más tarde el *Traité de calcul integral*. Como evidencia el título de la primera obra citada, consistente en aplicar el análisis matemático a cierta parcela de la política, buscó conciliar ambas inclinaciones.¹

CAHEN, un notable estudioso de su vida y obra, estima que el pensamiento condorcetiano más relevante emergió con su protagonismo revolucionario. Entiendo yo, sin embargo, que dicho pensamiento se ubica precisamente antes de su carrera po-

¹ Se habrá advertido, aunque sólo sea por el título de esta obra, que Condorcet, frente a los demás «filósofos» ilustrados, percibió el derecho a concurrir a la formación de las leyes (esto es, el derecho de participación mediante el sufragio) como un problema que tiene una dimensión técnica de la que dependen los demás derechos, como los de libertad, seguridad, etcétera.

lítica y que sus escritos de esta última época eran más posibilistas y menos teóricos, aunque mucho más incisivos en los problemas políticos acuciantes.²

No le escatima elogios ALENGRY, el cual lo califica como teórico del Derecho Constitucional, precursor de la Ciencia Social, el pensador más cualificado de su época y guía de la Revolución francesa, de cuya filosofía política fue, según dice, su expresión más elevada, y a quien la posteridad deberá asignar un lugar eminente junto a los fisiócratas y a Turgot, entre Montesquieu y Augusto Comte.³ También lo elogia CAHEN, para quien Condorcet fue el más grande filósofo republicano;⁴ GRANGER, llevado de su admiración, lo considera como el último y más perfecto enciclopedista;⁵ y en nuestro país PECES BARBA se mostró sorprendido de la modernidad del lenguaje que utiliza Condorcet en sus escritos y lo considera «posiblemente uno de los hombres más brillantes y lúcidos de la época».⁶

2. LOS DERECHOS Y EL PODER

Una de sus preocupaciones axiales, como se desprende de la lectura del presente estudio, fue la construcción de una sociedad libre, justa, segura y en constante progreso. Conseguirlo es una empresa en la que hay que poner tino y cuidado. A este respecto, se pregunta Condorcet:

«¿Hemos llegado a la situación de cimentar todas las disposiciones legales sobre la justicia o sobre una probada y reconocida utilidad, y no sobre vagas, inciertas y arbitrarias perspectivas de pretendidas ventajas políticas? ¿Hemos establecido reglas precisas para escoger aquéllas que mejor aseguran la conservación de estos derechos... y las que mejor garantizan la tranquilidad, el bienestar de los individuos, la fuerza, la paz y la prosperidad de las naciones?».⁷

Apenas puede reiterarse más el mismo concepto con menos palabras. Si en un primer término nos habla de justicia y utilidad, inmediatamente las trata en contraposición con la inseguridad. Es a través de la seguridad como aquéllas resultan realizables. Ahora bien, a su vez, la seguridad sólo es posible mediante el respeto y sometimiento a la ley (tesis común a todos los ilustrados), no por fetichismo nomocrático, sino porque la ley, en una sociedad correctamente organizada, es fiel traducción de la justicia.⁸ Condorcet lo expresa en un curioso contrato de mandato entre los ciudadanos y el Gobierno que reza de la siguiente guisa:

«Cada hombre, al votar por el establecimiento de un Gobierno, le dice: os establezco para regular el modo de *asegurar* a mis conciudadanos y a mí el disfrute de nuestros derechos; obedeceré las voluntades generales que erijáis en leyes; pero yo debo poner

² CAHEN, L.: *Condorcet et la Révolution Française*, París, 1904, reimpr. Ginebra, 1970, pág. VII.

³ ALENGRY, F.: *La philosophie politique de la Révolution Française dans son expression la plus élevée: Condorcet* (en adelante, título abreviado), París, 1938, pág. 3; cfr., del mismo autor, *Condorcet, guide de la Révolution Française*, París, 1904, reimpr. Ginebra, 1971, pág. XIII.

⁴ CAHEN, L.: *Condorcet et la Révolution Française*, ob. cit., pág. VII.

⁵ GRANGER, E.: *La mathématique social du marquis de Condorcet*, Presses Universitaires de France, París 1957, pág. 16.

⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789», en la obra dirigida por él mismo *Historia de los derechos fundamentales*, ob., pág. 185 (ver cita completa en nota 37).

⁷ *Bosquejo de un cuadro histórico sobre los progresos del espíritu humano*, edic. cast. a cargo del autor de este estudio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edic., Madrid, 2004, pág. 172.

⁸ Puede criticarse la idea como utópica, puesto que no es nada fácil cumplir tal requisito; pero tal objeción pecaría de ligera puesto que no habría tenido en cuenta que estamos ante un modelo teórico.

límites a ese poder e impediros emplear contra mis derechos el poder que os doy para defenderlos».⁹

Varias ideas destacan netamente en el texto transcrito, ninguna de las cuales puede ser calificada ciertamente de novedosa, pero, expuestas juntamente en ese a modo de pacto, resultan de muy rico contenido y de gran coherencia expresiva:

- El poder se origina en el *pueblo*, que lo establece.
- Lo establece para su bien, no en su detrimento.
- Ese bien se concreta principalmente en el *disfrute seguro* de los derechos.
- Seguridad que sólo se alcanza con el sometimiento a las *leyes*.
- Las leyes se han aprobado mediante algún tipo de *participación* ciudadana: mal podría hablarse, en otro caso, de *voluntad general*.
- Esta participación es el criterio de su corrección formal y de su obligatoriedad.
- Existen *límites* que el poder no puede traspasar en su función legislativa ni en ningún otro proceso de toma de decisiones: límites que vienen evidenciados tanto; por el fin de la sociedad y del Derecho (del «arte social») como del poder mismo: la defensa de los derechos.

El despotismo nunca es de uno solo, aunque así lo parezca. Condorcet intuye con agudeza --aunque un tanto elementalmente, como es lógico-- la existencia perenne, en toda situación política, de una «élite del poder», como se la llamaría más adelante. El despotismo siempre lo es de unos pocos sobre la mayoría porque esos pocos, esa élite del poder, está en mejor disposición para ejercerlo; en primer lugar, debido a que, como son pocos, pueden reunirse fácilmente y llegar con rapidez a acuerdos; en segundo término, pero como factor mucho más importante, porque esa élite la constituyen las personas de superior renta, que compran con su riqueza las fuerzas necesarias para ello. Por su parte, el pueblo no suele percatarse cabalmente del despotismo e incluso mira a los déspotas como a sus protectores.¹⁰ Frente al despotismo y a la tiranía, Condorcet propone:

«reunir todos estos derechos [que antes ha calificado de «naturales»] en una declaración, exponerlos en ella con claridad y detalle, publicar solemnemente esta declaración estableciendo en la misma que el Poder Legislativo... no podrá ordenar nada contrario a estos artículos [de la declaración]». ¹¹ En otro momento, Condorcet se muestra harto expresivo:

«Indignados al ver a los pueblos oprimidos... algunos hombres generosos se atrevieron al fin a examinar los fundamentos de su poder y revelaron a los pueblos la gran verdad de que su libertad es un bien inalienable; que no hay prescripción a favor de la tiranía ni convenio que pueda ligar irrevocablemente una nación a una familia; que los magistrados... son oficiales del pueblo y no sus señores; que el pueblo conserva el poder de retirarles la autoridad que les ha confiado... y que, en fin, tiene derecho a castigarlos, como tiene derecho a destituirlos»; ¹² texto en el que se aprecian varias ideas de Locke y de Rousseau.

⁹ *Declaración de derechos*. Salvo excepción, que será explicitada, las obras de Condorcet distintas del *Bosquejo* serán citadas por la edición *Oeuvres Complètes* de Henrich, Fuchs, Köemnig et Levraut, Schoell et Cie, París, 1804 (año XIII); existe un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Madrid; el volumen irá en romano y la página en arábigo. El texto citado se encuentra en XII, 252-3 (cursiva mía).

¹⁰ *Ideas sobre el despotismo*, XII, 205-6 y 210.

¹¹ *Ibidem*, 230.

¹² *Bosquejo*, pág. 92.

Condorcet lleva lejos la idea de que el poder está en función de y limitado por los derechos naturales del hombre, no viceversa.¹³ Tan es así que incluso lo afirma en situación de guerra.¹⁴

Al ser los derechos lo absoluto incondicionado, se debe poder añadir a la declaración que los reconozca todos los nuevos derechos --o aspectos nuevos de derechos ya conocidos-- que el progreso vaya conquistando. La declaración debe ser lo más extensa posible, pero cada derecho debe estar formulado de forma clara y breve para que toda violación grave del mismo resulte al alcance de todas las inteligencias.

¿Cuáles son estos derechos? Condorcet, influido por la teoría de su amigo Paine y por la revolución americana, elaboró en su ensayo *Declaración de Derechos*, anterior a 1789, una muy extensa y explicativa, en la que los agrupaba en cinco sectores: 1) los derechos relativos a la libertad de las personas; 2) los de la seguridad personal; 3) los correspondientes al derecho de propiedad; 4) los de la seguridad de la propiedad; 5) la igualdad.¹⁵

Con la finalidad de hacer real y efectivo su disfrute, expone cada grupo de derechos en tres partes que son otras tantas apelaciones al poder público:

- a) prohibiéndole que adopte medidas en menoscabo de los derechos;
- b) prohibiéndole que adopte medidas que los pongan en peligro;
- c) obligándolo a impedir toda turbación en el ejercicio de los mismos.

3. LA IGUALDAD

3.1. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

El concepto condorcetiano de la igualdad es, además de básico en su pensamiento político, complejo y con formulaciones no siempre coincidentes. Pero es posible encontrar el hilo conductor y deducir la coherencia de sus tesis, como intentamos en las páginas que siguen.

a) Igualdad formal

En un principio Condorcet entendió la igualdad y la desigualdad como, respectivamente, posibilidad e imposibilidad *jurídica* de acceso al goce de los mismos derechos y sólo requería el abstencionismo estatal.¹⁶ Todo lo más, la sociedad (los poderes públicos) debe defender los derechos reprimiendo su vulneración. Estamos en el modelo liberal de Estado gendarme, como era propio de un pensador formado en la ideología fisiocrática, discípulo de Turgot y de Quesnay.

¹³ *Cartas de un burgués de New-Haven*, XII, 81-82 y 106.

¹⁴ *Declaración de Derechos*, XII, 257.

¹⁵ *Ibidem*, 253; cfr. *Vida de Turgot*, V, 254; en otro ensayo, *Ideas sobre el despotismo*, XII, 232, hace una distribución similar, pero en sólo tres grupos, uniendo en uno solo los dos correspondientes a la persona y en otro los dos de la propiedad.

¹⁶ *Bosquejo*, pág. 162.

b) Igualdad como disfrute de los mismos derechos

En cambio, cuando idea un pacto social, se muestra más exigente:

«Habiéndose reunido los hombres en sociedad para el mantenimiento de sus derechos naturales, y siendo estos derechos los mismos para todos, la sociedad debe asegurarles a cada uno el disfrute de los mismos derechos».¹⁷

En este pasaje, incluido en su ensayo *Declaración de derechos*, aporta dos nuevas ideas:

1) La seguridad postulada en el pacto social ha de ser para los mismos derechos en cada hombre. La igualdad, como «disfrute de los mismos derechos» significa que no esté vedada a nadie ninguna facultad o conducta propia de la vida humana y que todos y cada uno de los seres humanos tengan acceso a todos los derechos, sin exclusión ni discriminación; por eso

«toda institución social que dé lugar, para un hombre o un grupo de hombres, a una ventaja de la que están privados los demás, lesiona el derecho de igualdad natural».¹⁸

2) El mantenimiento de los derechos es una *tarea positiva* de la sociedad (o, lo que es igual, de sus órganos rectores) y no meramente el fin al que tiende.

c) Igualdad real y efectiva. Igualdad y libertad

Aun así, cabe que el disfrute de esos derechos sea en cuantía e intensidad diferente. Por tanto, todavía se puede dar un paso más y postular, como hace el geómetra filósofo, definiéndola como *igual disfrute*:

«La igualdad natural, que es el disfrute igual de los mismos derechos...».¹⁹

Nunca hasta entonces habíamos visto formulada esta tesis con tal claridad. En efecto, la relación entre libertad e igualdad ha sido, es y probablemente será caballo de batalla de ideologías y programas; el lema revolucionario de 1789 incluye ambas, pero casi todos los apoyos doctrinales y los desarrollos legales del liberalismo incidieron más en la libertad que en la igualdad, la cual apenas es descrita con cuatro palabras: igualdad ante la ley.

Por eso es destacable que Condorcet dedique tanto o más estudio a ésta que a aquélla. Pero es aún más reseñable que por doquier vaya poniendo de relieve las íntimas vinculaciones entre ambas, de modo que la igualdad se nos aparece como ingrediente esencial e indispensable de la libertad. Hasta tal punto es esto así que Condorcet, en ese libro tan rico titulado *Bosquejo de un cuadro histórico sobre los progresos del espíritu humano*, dice que la diferencia entre igualdad real y formal «ha sido una de las principales causas de la destrucción de la libertad en las repúblicas antiguas».²⁰

Sin igualdad no hay libertad, como tampoco hay paz ni felicidad.²¹ Hasta ahí, empero, había llegado Rousseau. Condorcet avanza todavía un paso más, el único que quedaba por dar en este punto. Y de nuevo lo dice con suma elegancia y concisión:

¹⁷ *Declaración de derechos*, XII, 286.

¹⁸ *Ibidem*, mismo lugar.

¹⁹ *Ensayo sobre la constitución y las funciones de las Asambleas Provinciales* (en adelante, título abreviado; la 1ª parte ocupa el vol. XIII y la 2ª el XIV), XIV, 291; Cfr. *Cartas de un gentilhomme a los señores del tercer estado* (en adelante, título abreviado), XII, 308.

²⁰ *Bosquejo*, pág. 162.

²¹ *Cartas de un gentilhomme*, XII, 313-314

«No perdamos de vista que igualdad de derechos y libertad son sinónimos».²²

No lo escribe por necesidad del discurso intelectual pues éste no dejaría de ser correcto considerando la igualdad como condición necesaria de la libertad. Pero Condorcet ve con claridad que, ateniéndonos a los hechos, la igualdad y la libertad son coextensivas e inescindibles; y que, por consiguiente, cualquier intento de libertades desiguales es un sofisma y un engaño, porque, en la realidad social, toda desigualdad institucional (no la natural, sino la establecida o provocada por las leyes) es «un verdadero ataque a los derechos de la humanidad», un verdadero ataque a libertad misma que se proclama.

A la igualdad real y efectiva así entendida le corresponde el carácter de absoluto incondicionado que nuestro autor atribuía a los derechos naturales. Y con mayor énfasis y propiedad, sin duda, como debía ser para guardar la coherencia de su pensamiento. En efecto, el derecho natural de uno no puede ser absoluto en términos estrictos, puesto que tiene como límite el derecho natural de otro. En cambio, la igualdad, como concepto relacional, comparativo, como limpia ecuación, o se da o no se da, sin que quepa término medio. Por lo tanto, no hay más forma de postular, de instaurar o de defender la igualdad que *absolutamente*. Más aún: en el propio *Bosquejo* hace Condorcet de la igualdad natural de los hombres el fundamento de toda moral verdadera.²³

Esto supuesto, no se queda en un nivel teórico, sino que da a este principio su sentido político más completo: la igualdad como obligación positiva de los poderes públicos,²⁴ en función de la cual éstos deben corregir las desigualdades institucionales, derogar los abusos y los privilegios, erradicar las discriminaciones de sexo, de color y de condición social sin detenerse ante nada y sin respeto a supuestos derechos adquiridos (mal adquiridos y, como tales, no propiamente derechos). En síntesis, y con las propias palabras de Condorcet, más expresivas de nuevo que cualesquiera otras:

«Su poder no puede tener límites en el establecimiento de la igualdad».²⁵

Valoremos, para mayor énfasis, que esto lo dice un liberal abstencionista. Dicho de otro modo: el liberalismo condorcetiano no puede alinearse ni con el mero conservadurismo decimonónico ni con el liberalismo económico smithiano, regido por una mano misteriosa y observado por la mirada pretendidamente neutra de un Estado gendarme.

3.2. CLASES DE DESIGUALDAD

Por su parte, la desigualdad puede obedecer a varias causas: una es la desigualdad de riqueza que puede existir entre quienes poseen alguna, entre propietarios; otra es la existente entre los poseedores de bienes perennes transmisibles *mortis causa* y los que no tienen sino lo que les proporciona su trabajo; y una tercera es la *desigualdad de instrucción*. A estas tres causas hemos de sumar otra, muy grave, a la que nuestro autor se refiere reiteradamente en sus obras: la provocada por las leyes.

²² *Asambleas Provinciales*, 2ª parte, XIV, 415.

²³ *Bosquejo*, pág. 100.

²⁴ En *Asambleas provinciales*, XIV, 290-291, habla Condorcet de la conservación de esta igualdad natural que las instituciones sociales deben conformar y no destruir.

²⁵ *Declaración de Derechos*, XII, 291.

«Estas diversas causas de desigualdad no actúan de una manera aislada; se unen, se penetran, se sostienen mutuamente, y de la combinación de sus efectos resulta una acción más fuerte, más segura, más constante».²⁶

Pues bien, los medios de lucha contra la desigualdad han de estar interrelacionados, como lo están los factores que la crean. Efectivamente, a este círculo vicioso de la desigualdad sólo se le puede poner término iniciando otro círculo de signo contrario, es decir, un círculo virtuoso de la igualdad. Por eso dice inmediatamente después de las palabras transcritas:

«Si la instrucción es más igual, de ella nace una mayor igualdad en el ejercicio profesional y, por consiguiente, en las fortunas; y la igualdad de fortunas contribuye necesariamente a la de instrucción».²⁷

3.3. LA IGUALDAD DE LA MUJER

Es Condorcet uno de los primeros feministas, en lo que acaso influyera la fortuna de su matrimonio. Madame Condorcet fue una mujer ilustrada, lectora de Rousseau, traductora de Adam Smith y sostenedora de uno de los más brillantes salones de París, que terminó siendo, en palabras de ALENGRY, «el hogar de la República».²⁸

Pues bien, conforme a una nítida racionalidad deductiva, defiende nuestro geómetra masón la igualdad de derechos de la mujer con variados argumentos que hoy todavía son manejados por los movimientos feministas, si bien otros pagaron su óbolo al contexto cultural en que se movió o respondieron a la situación crítica en la que vivió.

Si los derechos del hombre son naturales, no se les puede negar a quienes participan de igual naturaleza ni por razones de confesión religiosa ni de ninguna otra índole, menos aún si se trata de la mujer, que es la mitad del género humano. Si le corresponden al hombre, dice en 1788, por ser éste un ser sensible capaz de combinar ideas, por igual motivo le corresponden a la mujer.²⁹ Dicho de otro modo: los derechos corresponden a los hombre únicamente por el hecho de que son seres sensibles y susceptibles de adquirir ideas morales y de razonar sobre ellas; por eso, teniendo las mujeres las mismas cualidades, tienen necesariamente los mismos derechos.

A este problema dedica el ensayo *Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía*, que data de 1790, y muchas páginas a lo largo de toda su obra. En el *Bosquejo* insiste en la misma idea:

«Entre los progresos del espíritu humano más importantes para la felicidad general debemos contar la total destrucción de los prejuicios que han establecido entre los dos sexos³⁰ una desigualdad de derechos funesta incluso para el sexo al cual favorece».³¹

A mi juicio, de conformidad con el pensamiento de nuestro autor, sería más preciso decir que esa desigualdad es funesta incluso para el sexo que *parece* favorecer.

Le corresponden a la mujer por justicia todos los derechos, sin excepción, incluidos los derechos políticos aunque una práctica casi general la haya privado de ellos.

²⁶ *Bosquejo*, pág. 166.

²⁷ *Ibidem*, mismo lugar.

²⁸ ALENGRY, F.: *Condorcet, guide de la Révolution Française*, ob. cit., págs. 78-79.

²⁹ *Asambleas Provinciales*, XIII, 35 ss. *Cartas de un burgués de New-Haven*, XII, 19-27.

³⁰ He creído inexcusable mantener la terminología original del autor, que era la propia en la época, y aun durante casi dos siglos después.

³¹ *Bosquejo*, pág. 175.

Es así porque ni su organismo psíquico ni la constitución de su inteligencia permiten considerar a la mujer como criatura inferior y excluirla de ciertas funciones políticas.

No se le puede negar que contribuya a la formación de las leyes que le afectan igual que a los hombres. La realidad desmiente la supuesta incapacidad de la mujer para la política, puesto que no pocas han alcanzado la Jefatura del Estado al ser titulares de la Corona y sería un contrasentido negarle algo menos trascendente, como es el acceso a las urnas para ejercer una función pública de carácter electoral. Más aún: no sólo debe reconocérsele el derecho de elegir representantes, sino también el de ser elegida para el desempeño de un puesto político.

Oponerse a la incorporación de la mujer a los citados derechos por el temor de que la vida política la aparte de la familia y del hogar se desmiente por dos vías: en cuanto al sufragio activo, se trata de una función poco absorbente, que la apartaría del hogar un rato cada cierto tiempo; y la función de representante, que sí exige más dedicación, la desempeñan meramente unos pocos, de los que sólo una parte serían mujeres. Por lo demás, aceptar dicho argumento nos llevaría a excluir también de las funciones políticas a todos los que tienen una ocupación útil, puesto que ésta se vería desatendida, es decir, deberían ser excluidos los trabajadores, los artesanos, etcétera, con lo que la Asamblea Nacional estaría integrada sólo por la aristocracia adinerada y desocupada.³²

No mejor suerte corren en sus escritos otros argumentos en contra de los derechos políticos de la mujer. Así, por ejemplo, la objeción de que la esposa ya está representada por su marido desconoce que los derechos políticos son personales y le pertenecen a cada cual soberanamente. De igual modo, decir que las mujeres no pueden cumplir sus funciones públicas porque están expuestas a embarazos y a indisposiciones pasajeras requeriría excluir también a los hombres que se resfrían frecuentemente y a los que padecen gota en invierno. En fin, objetar que la elección de la mujer como diputada comportaría alteraciones en las deliberaciones de la Asamblea es sencillamente ridículo.

Además, conforme al *Reglamento Provisorio* de 1788, muchas mujeres propietarias de mansiones señoriales tuvieron asiento en asambleas de bailíos y fueron llamadas a votar. ¿Y lo que reconocía el Derecho feudal no iba a poder ser generalizado por razones de igualdad y de Derecho natural?³³

Ciertamente esa injusta práctica discriminatoria se suele apoyar en la menor preocupación y preparación de la mujer para los problemas políticos. Pero ello no es sino fruto de esa misma costumbre y de la discriminación femenina en la instrucción.

Acepta Condorcet como un hecho cierto en su época que las mujeres, por lo general, no se sentían vocadas a la función pública y permanecían en el cuidado doméstico. Sin embargo, este hecho no debía traducirse en una pérdida de su derecho a acceder a ella; por eso debían tener previo acceso a una instrucción idónea, sin la cual aquel derecho sería ilusorio,³⁴ idea esta que vertebra el pensamiento de nuestro ilustrado geómetra, como veremos más adelante.

³² *Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía* (en adelante, título abreviado); este ensayo no está incluido en la edición de O.C. que vengo citando, por lo que, excepcionalmente, lo hago por la de Arago, París, 1847-1849, vol. X, pág. 128.

³³ Cfr. CAHEN, L.: *Condorcet et la Révolution Française*, ob. cit., pág. 188, y ALENGRY, F.: *Condorcet, guide de la Révolution Française*, ob. cit., pág. 448.

³⁴ *Sobre la instrucción pública*, IX, 68-69 y 74-75.

Finalmente, quien estime que es muy inconveniente que la mujer acceda a puestos representativos tiene la opción de no votarla en vez de exigir que se le prohíba ser candidata.³⁵

En conclusión, Condorcet estima con el abate Saint-Pierre que es monstruoso zaherir a la mujer con la incapacidad cívica.³⁶ Y el reconocimiento de esa su capacidad lo debe ser tanto para elegir representantes como para ser elegida.

GARCÍA MANRIQUE llama la atención sobre el hecho de que, en su *Proyecto de Declaración de Derechos* presentado a la Asamblea en 1793 que hubiera de encabezar la Constitución, no incluyó los derechos políticos de la mujer.³⁷ No nos dejemos sorprender: ciertamente una cosa es redactar un ensayo y otra redactar una Constitución; en este segundo supuesto hay que contar con varios cientos de constituyentes más o menos dirigidos por sus jefes de fila y cuyo voto es el que habría de dar o no aprobación a lo redactado.

Según marchaban los acontecimientos de Francia, Condorcet sabía que su Proyecto de Constitución no lograría la anuencia de la Asamblea por el pleno enfrentamiento entre girondinos y montañeses. Éstos últimos, cuyo poder crecía constantemente, entorpecieron algunos debates y lograron que se aprobaran diversos preceptos presentados y defendidos por Robespierre, que lideraba el *Comité de los Seis*, íntegramente montañés, y era cada vez más el dueño de la situación. Y aunque los montañeses eran partidarios del voto de la mujer, Lanjuinais, que dirigía, como miembro del referido Comité, la sesión de la Asamblea en la que se debatió el problema, lo resolvió diciendo que aceptaba el derecho de ciudadanía de la mujer... pero para más tarde. Y curiosamente lo hizo con argumento enteramente condorcetiano, sólo que al revés: «los vicios de nuestra educación hacen todavía necesario este alejamiento de la mujer, al menos por algunos años».³⁸

No hay contradicción, pues, en nuestro noble filósofo. En el clima descrito, prefirió, aun en contra de sus ideas, mantener en la Asamblea una posición moderada y posibilista. Fue en vano. Los jacobinos impusieron su criterio aprobando una Constitución parcialmente diferente y Condorcet, que se había permitido criticarlos, fue acusado y proscrito como girondino y, por tanto, como enemigo del pueblo. Era la justicia de Robespierre, el ciudadano *virtuoso* administrador de la guillotina. El resto está envuelto en una cierta nebulosa: nuestro filósofo huyó de París, pero, descubierto meses más tarde y encarcelado, apareció al día siguiente muerto por envenenamiento, sin que se haya esclarecido si se suicidó o fue víctima de un asesinato.

En todo caso, el feminismo ya había prendido en algunas mujeres, que tomaron parte activa en la revolución y habían redactado su propia declaración de derechos como réplica a la de 1789.³⁹ Pero el recorrido de esta igualdad sería lamentablemente muy premioso, hasta el punto de no haber llegado todavía a puerto en los Estados

³⁵ Sobre la admisión de las mujeres..., ob. y edic. cit., X, 128.

³⁶ Cfr. CAHEN, L.: *Condorcet et la Révolution Française*, ob. cit., pág. 32.

³⁷ Cfr. GARCÍA MANRIQUE, R.: «Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores», en PECES-BARBA MARTÍNEZ (dir.): *Historia de los derechos fundamentales*, t. II: *Siglo XVIII*; vol. III: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 371.

³⁸ Cfr. ALENGRY, E.: *Condorcet, guide...*, ob. cit., págs. 247-293.

³⁹ Cfr. ABENSOUR, L.: *Histoire générale du féminisme des origines à nos jours*, París, 1921; LASSERRE, A.: *Participation collective des femmes à la Révolution française*, París, 1906; MICHELET, J.: *Les femmes de la Révolution*, París, 1854; VILLIERS, M. de: *Histoire des clubs des femmes et des légions d'amazones*, París, 1910; DUHET, P. M.: *Les femmes et la Révolution*, Collection Archives Julliard, no consta lugar, 1971; CERATI, M.: *Le club des citoyennes républicaines révolutionnaires*, París, 1966.

sociales y democráticos de Derecho de la segunda posguerra mundial y ni siquiera en nuestros días, ya en pleno siglo XXI.

3.4. IGUALDAD PARA TODAS LAS RAZAS Y ENTRE LAS NACIONES: SOLIDARIDAD MUNDIAL

En fin, por las mismas razones que en el caso de la mujer, la igualdad de derechos se extiende a otras razas distintas de la blanca. Condorcet es, una vez más, de los primeros que se pronuncian en favor de la igualdad de derechos de todos los hombres y por la abolición de la esclavitud (aduciremos como ilustración que fue Presidente de la *Société des Amis des Nègres*). Pues, si los derechos pertenecen al hombre por su naturaleza, pertenecen a todos los hombres sin exclusión. Por consiguiente, la esclavitud es un crimen aunque esté legalizada, aunque la aprueben todos los hombres y todas las leyes del mundo.⁴⁰ De otra manera no habría diferencia entre una sociedad jurídicamente ordenada y una horda de ladrones.

«Si diez mil o veinte mil hombres, siguiendo su interés, tienen derecho de mantener en la esclavitud a un hombre, ¿por qué no podría un hombre fuerte como Hércules someter a su voluntad a un hombre débil?»⁴¹

Mientras la esclavitud subsista, mal puede decir la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* que todos los hombres nacen libres e iguales. De igual manera, dice con precisión y sarcasmo, mientras subsista la esclavitud, decir que los negros son iguales a los blancos, incluidos los blancos esclavistas, entraña una grave injuria para los negros.⁴² Sin embargo, nuestro progresista marqués, optimista hasta el fin, cree ver el final de esta lacra: todo parece indicar, dice, que «la esclavitud de los negros, este resto bárbaro de la política del siglo XVI, cesará pronto de deshonrar al nuestro».⁴³

Así, pues, refiriéndose a la mujer, pero con una tesis predicable literalmente a esta otra faceta de la igualdad, sentencia con vigor:

«O ningún individuo de la especie humana tiene verdaderos derechos, o todos tienen los mismos».⁴⁴

Por último, Condorcet percibe otra faceta hasta entonces inusual de la relación entre igualdad y libertad: que es una falacia predicar ambas en un país desentendiéndose del resto del género humano. Lo dice de un modo terminante que más de uno se inclinará a etiquetar como ingenuo:

«Yo creo... que cuantos más pueblos libres existan más asegurada está la libertad en cada uno de ellos. Yo creo incluso que mientras exista sobre el globo una gran nación esclava, ni la causa del género humano estará decidida ni sus cadenas rotas para siempre».⁴⁵

Por eso, el visible y gozoso proceso de igualación natural de las personas también se da en las relaciones internacionales, o se daría si desapareciera ese medio artificial que es la *explotación colonialista*. Porque el verdadero interés de una nación nunca está separado del interés general de la humanidad; y, frente a la idea sugerida por Federico

⁴⁰ *Reflexiones sobre la esclavitud de los negros*, XI, 93-94 y 105.

⁴¹ *Injusticia de la esclavitud de los hombres considerada en relación al legislador*, V, 111.

⁴² *Discurso pronunciado en la Academia Francesa en la recepción del Sr. Marqués de Condorcet (21-II-1782)* (en adelante, título abreviado), X, 85. Por las mismas razones aducidas en una nota anterior, también en este caso he creído obligado mantener la terminología de la época en la que escribe el pensador estudiado.

⁴³ *Ibidem*, pág. 111-112.

⁴⁴ *Admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía* edic. de O.C. de Arago, ob. cit., vol. X, 122.

⁴⁵ *Carta de un ciudadano de los Estados Unidos*, XII, 137.

II de Prusia en su *Antimaquiavelo*,⁴⁶ nuestro filósofo sostiene que la naturaleza no ha fundado la felicidad de un pueblo sobre la desgracia de su vecino.⁴⁷

3.5. ¿PRECEDENTE DEL RADICALISMO O DEL SOCIALISMO?

Como hemos podido apreciar, nuestro filósofo revolucionario evolucionó desde el modelo liberal abstencionista a otro (derechos humanos, igualdad, solidaridad, laicismo, moral civil, instrucción, progreso, participación popular directa...) mucho más exigente con la intervención de los poderes públicos. El testigo fue recogido por el progresismo y el republicanismo decimonónico, una de cuyas derivaciones dio origen al *radicalismo*, que ha tenido en Francia diversas concreciones históricas en partidos políticos, de los que Condorcet puede ser considerado un notable precedente.

Hemos de resaltar que también se ha hecho de Condorcet una interpretación socialista, un tanto forzada a mi juicio, acaso porque una de las derivaciones del radicalismo acabó en el seno del socialismo reformista, derivaciones que, a su vez, han vuelto a entroncarse en ocasiones en un partido radical-socialista. Incluso COLE alude repetidamente a él como uno de los precursores del pensamiento socialista.⁴⁸ Es más plausible, sin embargo, el juicio de HERRIOT, para el que, si los socialistas encontraron en Babeuf a uno de sus protagonistas más destacados, los radicales reconocieron en Condorcet al más completo de sus predecesores y su referencia típica. Y lo mismo sostiene NICOLET: «El gran hombre de los radicales es Condorcet».⁴⁹

4. INSTRUCCIÓN Y PROGRESO

4.1. LA INSTRUCCIÓN COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL PROGRESO

Para Condorcet existen dos clases de ciudadanos: instruidos e ignorantes,⁵⁰ y esta diferencia es la base de una relación desigual: si unos son instruidos y otros no, éstos necesitan de aquéllos:

«¿Puede decirse verdaderamente de un hombre que es libre si es dependiente de otro? ¿No se forman entonces necesariamente dos clases de ciudadanos? ¿Quién podría sostener que existe entre ellos la igualdad ordenada por la naturaleza?».⁵¹

La instrucción libera y corrige las desigualdades naturales mientras que la ignorancia esclaviza, divide la sociedad en clases y consolida la desigualdad.⁵² ¿Disfruta un ser de sus derechos cuando los ignora?, se pregunta con agudeza. La instrucción, por ello, se convierte, en cientos de páginas de la muy voluminosa obra de nuestro pensador, en protagonista de la evolución y del progreso en libertad, en justicia, en igualdad y en un clima de auténtica seguridad. La instrucción y el progreso van unidos, lo mismo que

⁴⁶ FEDERICO DE PRUSIA: *Antimaquiavelo*, cap. XVI.

⁴⁷ *Discurso de recepción en la Academia*, X, 113-114.

⁴⁸ COLE, G. D. H.: *Historia del pensamiento socialista*, edic. cast. Fondo de Cultura Económica (en adelante, FCE), México, 1964, I: *Los Precursores 1789-1850*, págs. 16, 46-47, 52 y 172.

⁴⁹ HERRIOT, E.: *Pourquoi je suis radical-socialiste*, Les Éditions de France, París, 1928; NICOLET, C.: *Le radicalisme*, Presses Universitaires de France, París, 1957; ambos citados por TOUCHARD, J.: *Historia de las Ideas Políticas*, edic. cast., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 541.

⁵⁰ *Informe sobre la Instrucción Pública* (en adelante, título abreviado), IX, 416-417.

⁵¹ *Necesidad de la instrucción Pública*, IX, 392; igualmente págs. 400-401.

⁵² *Ibidem*, 392; cfr. igualmente *Memorias sobre la Instrucción Pública* (en adelante, título abreviado), IX, 83-86 y 227; *Informe*, IX, 416-417 y 477-nota; *Discurso de recepción en la Academia Francesa*, X, 116, y *Bosquejo*, págs. 45-46, 65 y 70-71, entre otras.

la ignorancia y la servidumbre,⁵³ de manera que difícilmente puede llegarse al ideal político si no es contando con hombres ilustrados. En una nación mayoritariamente instruida no pueden arraigar leyes injustas ni imprudentes:

«Los progresos hacia la libertad han seguido, en cada nación, a los de las luces con esa constancia que evidencia un nexo necesario entre dos hechos fundados en las leyes eternas de la naturaleza».⁵⁴

A lomos de su *racionalismo iusnaturalista*, presente en Condorcet como en tantos pensadores coetáneos,⁵⁵ sostiene que los principios morales, políticos y económicos son accesibles a los hombres por cuanto son seres sensibles y dotados de capacidad de razonamiento; sólo hace falta cultivar esa capacidad, y el no haberlo hecho así, dice, es la causa de que se haga tan lento y trabajoso progresar en cuestiones tan sencillas. Los enemigos de las luces son, por ello, enemigos de la libertad y de los derechos de los hombres.⁵⁶

No poca culpa del retroceso o del no avance ha tenido el interés, por parte de las «castas docentes» y de los sacerdotes, de enseñar sólo lo que les convenía y de difundir el error para así mantener al resto de la sociedad en la ignorancia y en la superstición y aumentar su propio poder.⁵⁷

Ciertamente, la igualdad completa es una quimera; más aún: si la instrucción pública está difundida y generalizada, las diferencias entre las personas pueden ser útiles, pero, si falla la instrucción, juegan a favor de los charlatanes.⁵⁸ Y, puesto de nuevo a denunciar, señala a las gentes de leyes y a los sacerdotes como los que han ejercido un mayor imperio sobre el pueblo ignorante: «éstos se apoderan de su conciencia, aquéllos de sus negocios...».⁵⁹

A pesar de unos y otros contratiempos, la fe y el optimismo de nuestro filósofo ilustrado era indesmayable. De ahí su Plan de instrucción pública. La programación de la instrucción se erige, así, en una obligación positiva del Estado.

Para remediar la desigualdad de conocimientos no se precisa una instrucción preocupada por las teorías ni por la cantidad de conocimientos, sino por su *orientación*. Debe ser, dice Condorcet, una instrucción que excluya toda dependencia, forzada o voluntaria, del ignorante respecto del culto e instruido.

Hay que acertar, pues, en la elección de los conocimientos y de los métodos para instruir a todas las personas de todo lo que tienen derecho a saber. La orientación de esa instrucción es la de *que cada hombre sepa bastarse a sí mismo y enjuiciar a sus gobernantes según sus propias luces*.

Esta instrucción es la piedra de toque de la verdadera igualdad, de la igualdad real y efectiva. Hace Condorcet al respecto un apunte sumamente interesante: debe ponerse especial cuidado en el buen conocimiento del idioma y de los modos de expresión.

⁵³ *Necesidad de la instrucción pública*, IX, 391, cfr. *Vida de Turgot*, V, 290-291.

⁵⁴ *Ibidem*, 391; cfr. *Vida de Turgot*, V, 290-291.

⁵⁵ Racionalismo, iusnaturalismo y empirismo son importantes componentes de las corrientes gnoseológicas y metodológicas del siglo XVIII, en difícil equilibrio, no siempre conseguido. Locke, en quien se dan cita todos esos ingredientes, está presente en todos los ilustrados franceses pese a que no fue consciente de que su *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, era, en este aspecto, contradictorio con su *Ensayo sobre el entendimiento humano*.

⁵⁶ *Carta de un ciudadano de Estados Unidos*, XII, 149.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 32-36.

⁵⁸ *Necesidad de la instrucción pública*, IX, 394-395.

⁵⁹ *Ibidem*, 402-403.

Con extraordinaria visión, se acerca a lo que posteriormente han explicado el estructuralismo, la filosofía del lenguaje y la Sociología del conocimiento: que los distintos lenguajes o modos de expresión dentro de una sociedad son no sólo efecto, sino también causa de su división clasista. Asume con ello hipótesis flotantes en el siglo XVIII derivadas de una profundización en el estudio de Locke.

4.2. EL PROGRESO INDEFINIDO

Tanto Condorcet como Marx creyeron que su sociedad modélica era real. Marx anuncia la suya. Condorcet cree estar ya viendo la que dibuja. Apoyado en el progreso experimentado por la Humanidad desde su comienzo hasta el tiempo en que él escribe, concibe la idea de un progreso indefinido, uno de cuyos factores más decisivos es la instrucción.

La idea de progreso, dice PRIOR, se desarrolló en Francia, donde la sostuvieron Bodino, Descartes, Fontenelle y el abate Saint-Pierre.⁶⁰ Junto a estos antecedentes, Condorcet pudo tener en cuenta el *Ensayo sobre las costumbres*, de Voltaire, que, según la tesis más extendida, que hace suya CASSIRER, influye, «en derecha continuidad», en el *Bosquejo condorcetiano*,⁶¹ así como con toda seguridad tuvo muy presente el *Tableau historique des progrès sucesifs de l'esprit humain*, de Turgot, a quien, como sabemos, Condorcet estuvo muy vinculado.

Según indica TORAU-BAYLE, Condorcet adoptó como postulado del arte social el principio de *perfectibilidad del hombre* y añade que este principio es tan absoluto y evidente como el *cogito* cartesiano.⁶² Arriesgando no poco en la interpretación, sostiene CENTO que Condorcet tuvo clara conciencia de haber desacralizado los conceptos de Naturaleza y de Historia haciéndolas dominio del hombre: «Con la ciencia newtoniana el hombre aprendió a poseer la naturaleza, con la idea de progreso posee la Historia».⁶³ La marcha de ese progreso humano, indica este mismo autor, no es propiamente circular, sino espiral: el círculo no se cierra, sino que sube cada vez más alto, sin volver a la posición de partida, pero incluyéndola en su subida.⁶⁴

Precisamente por esta vertiente de su pensamiento Condorcet es comúnmente considerado un precedente de la Sociología: tanto Saint-Simón como Augusto Comte reconocieron que fue él quien, a partir de las obras de Turgot y de Priestley, señaló el progreso como una de las leyes fundamentales para el estudio de la humanidad.⁶⁵ Así lo aprecia también BURY, según el cual Condorcet estimaba muy útil el estudio de la Historia de la civilización porque «permite establecer el hecho del progreso y debería permitirnos determinar su dirección futura y acelerar, por tanto, el ritmo de progresión».⁶⁶ Por su parte, TRUYOL señala que la idea de aplicar la ciencia matemática al estudio de la sociedad, o lo que es lo mismo, la idea de una *matemática social*

⁶⁰ PRIOR, O. H.: «Introducción» a su edición del *Bosquejo, Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, París, 1931, pág. XXI.

⁶¹ CASSIRER, E.: *Filosofía de la Ilustración*, edic. cast., FCE, México, 1950, págs. 224 y 244.

⁶² TORAU-BAYLE, X.: *Condorcet, marquis et philosophe, organisateur du monde moderne*, París, 1938, pág. 143.

⁶³ CENTO, A.: *Dei manoscritti del «Tableau» di Condorcet*, U. Hoeplis, Milano, 1955, págs. 80-82 y 93-96.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 115.

⁶⁵ Cfr. NISBET, R.: *Historia de la idea de progreso*, edic. cast., Gedisa, Barcelona, 1981, pág. 292.

⁶⁶ BURY, R.: *La idea del Progreso*, edic. cast., Alianza, Madrid, 1971, pág. 193.

(Condorcet también la llama *aritmética política*),⁶⁷ lo hace uno de los precursores de la Sociología actual.⁶⁸

Por lo demás, el *Bosquejo* condorcetiano es, como señala atinadamente TRUYOL, una obra «henchida de optimismo» que adquirió, por el final de su autor, «un acento particularmente dramático» como verdadero «testamento filosófico».⁶⁹ En la última parte de su *Bosquejo* hace Condorcet una proyección refrescante de todos los conocimientos de la época hacia el futuro, en la que a veces parece que estamos leyendo una revista científica de la segunda mitad del siglo XX. Una proyección que es también optimista, pese a que estaba condenado a muerte y perseguido por el jacobinismo, lo que no le impidió -noble él en todos los sentidos- cantar las alabanzas a la Revolución.

Estos pasajes, según TRUYOL, anuncian la felicidad universal y son «una versión terrenal de la Ciudad de Dios»,⁷⁰ pues, en efecto, según interpreta TOUCHARD, la Revolución era para Condorcet resultado del progreso, pero no su término.⁷¹ CRAMPE-CASNABET, escribe: «Este testamento es un himno a la humanidad, a las luces, a la democracia, y una serena apología de la Revolución».⁷² Y, por no alargar más los testimonios sobre esta su obra más conocida, podemos resumir, con ALENGRY, que rezuma un optimismo que no remitió por las circunstancias en que lo escribió y ni siquiera en la víspera de su trágica muerte.⁷³

Para este «volcán cubierto de nieve», como lo describió D' Alembert, el progreso lo es del espíritu y de la inteligencia, de la ciencia y de la filosofía, de la reflexión y de la sensibilidad estética, de los derechos del hombre y de la igualdad, de la supremacía de la ley y del libre pensamiento, del pacifismo y del laicismo; de la justicia. Ese progreso es el triunfo sobre la superstición y sobre las iglesias, sobre el fanatismo y sobre la explotación colonial, sobre el esclavismo y sobre el machismo; sobre el despotismo.

El punto de arranque del progreso y su camino propio es la ciencia: «Todos los errores en política, en moral, tienen por base unos errores filosóficos, que, a su vez, están ligados a unos errores físicos».⁷⁴ Sólo hay que saber conducirlo y ésa es la tarea que le corresponde a un sistema de legislación y a un sistema de instrucción dignos de tales nombres. Con fe inagotable en su planteamiento, Condorcet, aunque estaba perseguido y condenado, y sin un solo libro a su alcance que pudiera consultar, hizo en la décima época del *Bosquejo* un sugestivo ejercicio de anticipación de la marcha del progreso en el futuro.⁷⁵

⁶⁷ Así lo hace en muchos estudios; cfr., por todos, *Memorias*, IX, 160-164.

⁶⁸ TRUYOL SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 4ª edic., Alianza, Madrid, 2007, vol. II, pág. 368.

⁶⁹ *Ibidem*, mismo lugar.

⁷⁰ *Ibidem*, págs. 368 y 370.

⁷¹ TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., pág. 340.

⁷² CRAMPE-CASNABET, M.: *Condorcet, lecteur des Lumières*, Presses Universitaires de France, París, 1985, pág. 6.

⁷³ ALENGRY, F.: *La philosophie politique...*, ob. cit., págs. 25-26.

⁷⁴ *Bosquejo*, pág. 147.

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 157-184.

4.3. INSTRUCCIÓN OBLIGATORIA Y GRATUITA

La primera consecuencia que extrae Condorcet de su planteamiento consiste en que, al ser el progreso en las luces un factor importantísimo para mejorar la suerte de la humanidad en todos los órdenes,⁷⁶ la instrucción se constituye en obligación muy principal de la sociedad, de las instituciones, de los poderes públicos, como medio de liberación, de perfeccionamiento y, sobre todo, de igualdad real de los ciudadanos. Condorcet lo afirma categóricamente, lo justifica con las palabras con que encabeza sus *Memorias sobre la Instrucción Pública* y lo repite en varias ocasiones: la instrucción debe ser obligatoria y gratuita para «no dejar subsistir ninguna desigualdad que entrañe dependencia»; los individuos desigualmente instruidos no ejercen ni disfrutan igualmente sus derechos: «no combaten con iguales armas...».⁷⁷

Más aún: precisamente es en esa situación de *dependencia por ignorancia*, cuando el respeto de los derechos, de la independencia personal y de la igualdad se tornan de benéficos en peligrosos, pues son campo abonado para que la astucia, la impostura, la audacia, la perfidia, la hipocresía, la complicidad, el engaño, la calumnia, la ambición, la indignidad, la seducción y el terror⁷⁸ ejerzan «bajo la máscara de la libertad, la más vergonzosa y feroz de las tiranías». Y un pueblo poco instruido es incapaz de arrancar la máscara de los tiranos».⁷⁹

«Habéis reservado al pueblo el derecho de elegir, pero la corrupción, precedida de la calumnia... le dictará su elección...»

En cambio, un pueblo instruido no puede ser presa fácil de los embaucadores.⁸⁰

Frente a otros pensadores ilustrados, este inquieto marqués desemboca en un *intelectualismo ético*:

«La Naturaleza enlaza, mediante una cadena indisoluble, la verdad, la felicidad y la virtud».

Por eso, la instrucción no sólo es un arma infalible para la mejora social y política, sino también para el progreso moral, pues, según tal posición filosófica, el mal moral procede de la ignorancia, de los prejuicios y del fanatismo.⁸¹

Por último, la instrucción debe ser una obligación de la sociedad porque perfecciona al hombre incluso como especie.⁸² Es decir, facilita y promueve un desarrollo humano integral. Si se hace así, ya nadie podrá decir

«la ley me asegura una completa igualdad de derechos, pero me rehúsa los medios de conocerlos».⁸³

⁷⁶ En *Asambleas provinciales*, XIV, 276, llega a decir que ése es el único medio, pero el pensamiento de Condorcet es más matizado, como hemos venido viendo y como veremos más adelante.

⁷⁷ *Memorias*, IX, 1-9; *Informe*, IX, 407-408 Y 411-412; *Asambleas Provinciales*, XIV, 290-291.

⁷⁸ Todas y cada una de estas palabras son de nuestro autor; no hemos limitado a unir las para mejor ilustrar el énfasis que puso en esta cuestión.

⁷⁹ *Memorias*, IX, 83-84.

⁸⁰ *Ibidem*, 85.

⁸¹ *Bosquejo*, pág. 175.

⁸² *Ibidem*, mismo lugar.

⁸³ *Informe*, X, 411-412.

4.4. INSTRUCCIÓN DE LA MUJER Y COEDUCACIÓN

Coherentemente con todo lo anterior, Condorcet hace a la mujer partícipe de ese progreso dedicándole amplias reflexiones en varias de sus obras, principalmente en *Ensayo sobre las Asambleas Provinciales* y en *Memorias sobre la Instrucción Pública*. La primera propone

«una educación común para hombres y mujeres, porque no se ve la razón para que siga siendo diferente, ni por qué motivo uno de los dos sexos habría de reservarse ciertos conocimientos, ni por qué los conocimientos generalmente útiles a todo ser sensible y capaz de raciocinio no habrían de ser igualmente enseñados a todos».⁸⁴ Y en la segunda extrae la conclusión obvia:

«[es preciso] guardarse de separar los hombres de las mujeres, de preparar para ellas una instrucción más limitada y de abusar del nombre de la naturaleza para consagrar los prejuicios de la ignorancia y la tiranía de la fuerza».⁸⁵

Añade a continuación nuestro pensador una frase algo inesperada que parece romper su línea argumental: «Une nation ne peut avoir d'instruction publique, si les femmes ne peuvent y remplir les devoirs d'instituteurs domestiques».⁸⁶ Impresión que depara igualmente el *Ensayo* citado:

«Si los hombres se reservan todos los empleos, todas las ocupaciones ajenas a los cuidados domésticos, con más razón las mujeres han de ser instruidas de manera que puedan educar a sus hijos y gobernar la casa...».⁸⁷

Pero, a decir verdad, estos argumentos son utilizados a efectos dialécticos, para después combatirlos. En ambos textos puede apreciarse la opinión general de su tiempo y la práctica casi general de la división del trabajo por razones de género. A lo cual Condorcet opone su tesis invariable:

«la instrucción debe ser la misma para hombres y mujeres, pues no se ve cómo la diferencia de sexos va a exigir una diferencia en las verdades enseñadas ni en la manera de probarlas».⁸⁸

Por eso puede decir que, incluso reducida la mujer a las tareas domésticas, sería miopía grave impedirles una instrucción igual a la del hombre. Y aduce para ello tres argumentos de gran fuerza persuasiva. Primero: una mujer instruida puede cuidar mejor el proceso de aprendizaje de sus hijos, completando así la labor del maestro. El segundo argumento refleja una fina sensibilidad respecto de la relación conyugal, que será más plena -dice- si el marido encuentra en su esposa una persona con la que poder hablar y leer, cosa hasta entonces bien rara. El tercero es ciertamente dramático: la falta de instrucción de la mujer introduce en la familia una desigualdad muy grave entre marido y mujer, entre hermano y hermana, e incluso entre madre e hijo.⁸⁹ La felicidad y la paz familiares dependen muy mucho de ello, pues la desigualdad de instrucción entre sus miembros puede llevar al desprecio de unos por otros, incluido el del hijo por su madre.⁹⁰

⁸⁴ *Asambleas Provinciales*, XIII, 289-90.

⁸⁵ *Memorias*, IX, 250.

⁸⁶ *Ibidem*, mismo lugar.

⁸⁷ *Asambleas provinciales*, XIII, 289-290.

⁸⁸ *Memorias*, IX, 68

⁸⁹ *Ibidem*, IX, 68-69 y 74-75.

⁹⁰ *Ibidem*, 71-74.

Porque la mujer debe ser no sólo querida por los suyos, sino también respetada. ¿Cómo ejercería en su familia la autoridad que le corresponde si una gran diferencia de conocimientos establece entre ella y su marido y sus hijos tan sensible desigualdad?

En el *Bosquejo sobre los progresos del espíritu humano* insiste Condorcet en todos esos puntos y, sobre todo, en lo nociva que es para el hombre mismo y para toda la familia la falta de instrucción de la mujer.

Es también este aristócrata revolucionario uno de los primeros en defender lo que después se ha denominado *coeducación*. Con bastante audacia para el momento en que escribe, pues todavía hoy son muchos sus oponentes y dista de ser un sistema pedagógico generalizado, nos explica que la coeducación introduce un factor de normalidad en las relaciones intersexuales desde la infancia y es el único modo de destruir los hábitos vergonzosos que originan las costumbres de casi todos los pueblos.⁹¹

La separación sexual en la enseñanza es, por otra parte, inútil porque dura tan sólo el rato de la escuela, mientras que niños y niñas vuelven a unirse en la vida familiar salvo en familias de una gran fortuna. Mantener la separación en la escuela es desconocer tercamente la realidad social.⁹² Los enemigos de este sistema pedagógico esgrimen peligros morales, pero parecen olvidar que durante ese rato escolar los niños tienen la supervisión del maestro.⁹³

En fin, la coeducación facilita y economiza la instrucción al hacer necesarios menos maestros y maestras. Porque, y éste es otro aspecto interesante del ideal pedagógico condorcetiano que hoy se ha hecho práctica común pero que no lo era en absoluto en su época, tanto el hombre como la mujer, indistintamente, deberían poder impartir esa educación. Por consiguiente, la mujer no debe ser excluida de la enseñanza. Condorcet se hace eco de la experiencia, ya conocida por aquel entonces, de su buen rendimiento en este terreno, poniendo como ejemplo Italia, donde las mujeres habían llegado incluso a la docencia universitaria.⁹⁴

Pero nuestro filósofo, siendo como era tan independiente, pagó tributo, sin embargo, a los prejuicios arraigados durante milenios; él, que tanto luchó por destruirlos. Así observamos que, tras aseverar que la docencia de la mujer es una prueba evidente de su capacidad para la ciencia, añade que pueden contribuir a su progreso acaso no con grandes descubrimientos, pero sí haciendo observaciones o componiendo libros elementales para los cuales suele ser más idónea por su minuciosidad, su paciencia, su amable flexibilidad y su vida sedentaria y reglada.⁹⁵ Como también se repliega, en aras del posibilismo y del realismo político, a la hora de presentar su *Informe sobre la Instrucción Pública*, en el que se muestra más precavido y señala que debe haber coeducación si hay una sola escuela y separación si hay dos;⁹⁶ pasaje éste que, como hicimos respecto de los derechos políticos, debe ser interpretado en función de la naturaleza de la obra en la que se inserta, que buscaba, también aquí, ganar el voto de un conjunto de personas no todas las cuales profesaban un liberalismo tan abierto como el condorcetiano.

⁹¹ *Asambleas Provinciales*, XIII, 290-91.

⁹² *Memorias*, IX, 76-78

⁹³ *Ibidem*, 75.

⁹⁴ *Ibidem*, 68-70.

⁹⁵ *Ibidem*, 70-74.

⁹⁶ *Informe*, IX, 504.

4.5. INSTRUCCIÓN PARA LA CIUDADANÍA

Puede sorprender que rechazara Condorcet la inclusión de la educación en su plan de instrucción siendo así que observamos en él una extensa atención a las ciencias morales y a la política. El equívoco se deshace precisando que nuestro revolucionario aristócrata entendía por educación, al menos en algunos pasajes, las consignas de comportamiento y que éstas eran predicadas por clérigos e ideólogos. Por eso dice que la instrucción pública no debe extenderse a transmitir opiniones políticas, morales y religiosas porque atentaría al derecho de los padres y sería contraria a la libertad de opinión.⁹⁷ Postula, pues, la separación entre las enseñanzas de la moral y de la religión, debiéndose impartir en los centros escolares únicamente la primera y dejando la segunda para la prédica de los clérigos en sus templos.⁹⁸

Pero rechaza no sólo el adoctrinamiento en cualquier ideología o credo, sino incluso en torno a la Constitución. Ésta no debe ser enseñada como algo sagrado, sino simplemente como un hecho dentro de la Historia de Francia: ni la Constitución ni la Declaración de Derechos deben ser presentadas como tablas caídas del cielo que es preciso adorar y creer.⁹⁹

Esta instrucción es, pues, refractaria a las consignas oficiales y a la sacralización de los textos normativos: es verdad que la enseñanza de la Constitución de cada país debe formar parte de la instrucción nacional, pero a condición de que se la enseñe como un hecho jurídico, no como religión política.¹⁰⁰ La instrucción debe limitarse al conocimiento de la legislación vigente y no provocar la admiración de la misma, como tampoco debe intentar hacer iuspublicistas a veinticuatro millones de ciudadanos activos, sino incidir en los principios, de manera que éstos queden facultados para apreciar e incluso corregir dicha legislación. Lo adecuado, además, es separar los principios de política general y el Derecho público nacional. En resumen, se debe aspirar a que toda lección de política lo sea de justicia.¹⁰¹

Este progreso de la ciencia y de la instrucción no puede producirse sin un ambiente de libertad. Condorcet lo expone en términos similares a lo que más adelante se denominará *libertad de cátedra*:

«pues es el poder dice el que debe seguir a las luces, y no las luces al poder?».¹⁰²

En este punto Condorcet vuelve a ser terminante: la enseñanza debe ser independiente del poder público.

«¿qué poder --se pregunta-- podría tener el derecho de decir: he ahí lo que necesitas saber, he ahí el término en que debes detenerte?».¹⁰³

Dado que sólo la verdad es útil y todo error es un mal, ¿con qué derecho un poder, cualquiera que fuere, tendría la audacia de determinar dónde está la una y el otro?¹⁰⁴

⁹⁷ ALENGRY, F.: *La philosophie politique...*, ob. cit., págs. 45-47.

⁹⁸ *Informe*, IX, 457-461.

⁹⁹ *Ibidem*, mismo lugar.

¹⁰⁰ *Memorias*, IX, 61-67.

¹⁰¹ *Ibidem*, IX, 62, 228-230 y 298-301; *Informe*, IX, 478-nota.

¹⁰² *Memorias*, IX, 58-61; cfr., más ampliamente, 47-67, e *Informe*, IX, 413, 416 y 479-nota; Cfr. ALENGRY, F.: *La philosophie politique...*, ob. cit., págs. 51-61.

¹⁰³ Cfr. *Informe*, IX, 515-21.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 515-516.

En consecuencia, el poder público no puede establecer un único cuerpo de doctrina, ni puede establecer sus opiniones como base de la instrucción.

Esta concepción pedagógica, que bien podría ser calificada como *instrucción para la ciudadanía*, no tenía otro objetivo que formar ciudadanos en su sentido más extenso y completo. En ella no hay materias tabúes: es necesario, dice Condorcet, que la enseñanza de la metafísica, de la lógica y de las diferentes ramas de las ciencias políticas se asuma como enteramente nueva, rompiendo «todas las cadenas de la autoridad, todos los lazos religiosos y políticos». Es preciso examinarlo todo, discutirlo todo,¹⁰⁵ con los límites dichos.

Tampoco debe prevalecer la preocupación por la cantidad de conocimientos que se transmiten, sino que, como hemos comentado, hay que cuidar su *orientación* y de manera muy especial prevenir contra el error».¹⁰⁶

En la presentación de su *Informe sobre la Instrucción Pública* en la Asamblea, en el cual abogaba por hacer real la igualdad formal, Condorcet resumió este programa en los siguientes términos:

Messieurs: Offrir à tous les individus de l'espèce humaine les moyens de pourvoir à leurs besoins, d'assurer leur bien-être, de connaitre et d'exercer leurs droits, d'entendre et de remplir leur devoirs. Assurer à chacun d'eux la facilité de perfectionner son industrie, de se rendre capable des fonctions sociales auxquelles il a droit d'être appelé, de développer toute rétendue de talents qu'il a reçus de la nature; et par là établir, entre les citoyens, une égalité de fait, et rendre réelle l'égalité politique reconnue par la loi. Tel doit être le premier but d'une instruction nationale; et, sous ce point de vue, elle est, pour la puissance publique, un devoir de justice.¹⁰⁷

La programación de la instrucción es, pues, una obligación positiva del Estado. La idea directriz debe ser *excluir toda dependencia, forzada o voluntaria, del ignorante respecto del instruido*.¹⁰⁸ Concretamente, el plan de instrucción debe:

- poner ante los ojos de los hombres lo que más interesa para sus derechos y para su felicidad;
- procurar *que sepan decidir por sí mismos*, que sean capaces de cumplir las funciones públicas para evitar que éstas caigan en manos de una oligarquía profesionalizada;
- formar hombres seguros, hábiles, que se basten a sí mismos y *sepan enjuiciar a sus gobernantes*.¹⁰⁹

De ahí la importancia de adoptar un plan general de instrucción pública y del método que se siga en dicha enseñanza.¹¹⁰ A ello dedica Condorcet las obras que estamos comentando y múltiples referencias en otras cuyo estudio no es ya objeto de este trabajo.

En conclusión, nuestro pensador representó en su contexto histórico el papel de ideólogo de una pedagogía revolucionaria que tomaba al ser humano en su integridad y buscaba *formar no súbditos, sino ciudadanos*, ciudadanía de la que ni por razones lógicas, ni morales ni científicas podía quedar excluida la mujer.

¹⁰⁵ *Memorias*, IX, 355; *Discurso de recepción*, IX, 103.

¹⁰⁶ *Memorias...*, IX, 126.

¹⁰⁷ *Informe*, IX, 407-408. He respetado el texto original, en el que hay algún término escrito al uso de fines del siglo XVIII.

¹⁰⁸ *Ibidem*, págs. 150-151.

¹⁰⁹ *Memorias*, IX, 32-33 y 64; *Informe*, IX, 451; *Bosquejo*, 150-51.

¹¹⁰ *Ibidem*, 127-131.

**EL DERECHO A UNA VIDA LIBRE
DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO
DERECHO FUNDAMENTAL:
CRÍTICA CONSTITUCIONAL DESDE EL
PARADIGMA FEMINISTA**

MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En noviembre de 2012 Amnistía Internacional publicaba un interesante y crítico estudio bajo el siguiente rótulo: «*¿Qué justicia especializada? A siete años de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Obstáculos al acceso y obtención de justicia y protección*». El estudio analiza cuál es la respuesta judicial en el ámbito de la violencia de género tras siete años de vigencia de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. Y es que Amnistía Internacional denuncia una serie de datos preocupantes, máxime si desde la dogmática jurídico-constitucional y desde el paradigma (epistemológico y metodológico) feminista se conceptúa el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Entre los datos que Amnistía Internacional destaca cabe resaltar el gran número de sobreseimientos judiciales, el descenso de concesión de órdenes de protección a las mujeres víctimas de violencia de género así como el descenso en el porcentaje de sentencias condenatorias. Los datos y los testimonios que se recogen en el estudio referenciado nos invitan a reflexionar críticamente sobre una serie de cuestiones: ¿Ha sido suficiente la aprobación de una ley contra la violencia de género para la tutela de los derechos de las mujeres víctimas de esta lacra? ¿Qué dificultades se observan en su aplicación e interpretación? ¿Cuáles son los obstáculos y/o resistencias que se advierten en un contexto social que todavía sigue siendo patriarcal? ¿Es factible hablar -en el contexto social actual- de un derecho a una vida libre de violencia de género tributario de todas las mujeres? ¿Cabría conceptuarlo como derecho fundamental en nuestro texto constitucional? Estas y otras cuestiones serán objeto de abordaje en el presente artículo. Un abordaje que se inserta en la crítica constitucional -toda vez- que desde este enfoque crítico el paradigma feminista o el feminismo jurídico cuestionan, por un lado, el nacimiento y evolución del sujeto jurídico-político (sujeto hegemónico, abstracto y universal) y, por otro, los propios procesos de elaboración, aplicación e interpretación normativa ajenos al género, esto es, ajenos a la epistemología y/o metodología feminista esenciales -por otra parte- en la configuración de nuestro Estado como social y democrático de Derecho.

II. CONCEPTUALIZACIONES

1. EL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El artículo 15 de la CE dispone textualmente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]». La dicción literal del precepto extractado nos permite colegir que es en dicho precepto donde se reside el derecho a una vida libre de violencia de género. Ahora bien -desde el paradigma feminista y desde una visión crítica del Derecho (y de los derechos)- cabe advertir cómo nuestro texto constitucional no conceptualiza expresamente el derecho a una vida libre de vio-

lencia de género en los términos en los que en este artículo doctrinal se plantean. Y no lo constitucionaliza porque para el legislador constituyente de 1978 este derecho no era una prioridad. ¿La razón? Parece obvia si pensamos en el contexto político, social, económico y cultural de la España de 1978. Un análisis del estudio de la ponencia del artículo referenciado así como de las intervenciones de los distintos grupos parlamentarios lo evidencia. En este sentido resulta de interés acudir -entre otros documentos- al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 18 de mayo de 1978 en donde se recoge el debate del contenido del entonces artículo 14 del texto constitucional sobre el derecho a la vida de la persona y a su integridad física. Un debate que se centra en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, en determinar quién o quiénes son los sujetos titulares del derecho a la vida¹ y a la integridad física y moral, aspecto que deriva en un debate más profundo sobre la determinación del momento en el que comienza la vida humana.² Y en segundo lugar, en introducir o no una referencia expresa a la abolición de la pena de muerte en el precepto mentado del texto constitucional.³ Y es que el contenido original del artículo referenciado disponía textualmente: «La persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». A este precepto -y tras los debates en la Comisión Constitucional y en la Sesión Plenaria se añade el siguiente inciso: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas a su propia condición al fuero castrense». Finalmente, el precepto en cuestión -ya ubicado en el artículo 15 -queda con el siguiente contenido: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».⁴

Tras la lectura del texto de la ponencia y de los debates en la Comisión Constitucional y en la sesión Plenaria del Congreso de los Diputados del -actual- artículo 15 de la CE cabe realizar una serie de consideraciones críticas. Consideraciones que se plantean desde la sistemática constitucional y desde la defensa del derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Y es que desde estos planteamientos se observa cómo el legislador constituyente es consciente de la importancia de constitucionalizar expresamente el derecho a la vida como el primer derecho fundamental - su ubicación en el texto constitucional en la sección primera del Capítulo II del Título I así lo evidencia. Se observa, por tanto, como el derecho a la vida se colige como un «*prius*» (BALAGUER, 2011: 387) respecto a los demás derechos, en tanto en cuanto, se erige en presupuesto para el resto de derechos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985 cuando en su fundamento jurídico 3º precisa que el derecho a la vida es «[...] esencial y troncal en cuanto es el

¹ Consúltase el Diario de Sesiones de la sesión Plenaria nº 34 de 6 de julio de 1978.

² Sobre esta cuestión resulta de interés prestar especial atención a los argumentos esgrimidos en aras de que en el artículo objeto de comentario la expresión «todas las personas» se modificara por «todos». Se pretendía evitar polemizar sobre el concepto «persona» ante una futura regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de los derechos sexuales y reproductivos.

³ Consúltase el Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional nº 69 de 18 de mayo de 1978. Resultan interesantes las aportaciones realizadas por el diputado Gregorio Peces Barba Martínez que apuesta por introducir un inciso del siguiente tenor «Queda abolida la pena de muerte» y Manuel Fraga Iribarne.

⁴ Con respecto a la pena de muerte cabe señalar que su abolición definitiva se produce en 1995 con la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. Su artículo primero determina el objeto y fin de la norma cuando dispone textualmente «Queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra».

supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». Con respecto al derecho a la integridad física y moral -también- residenciado en el precepto objeto de comentario cabe resaltar cómo mediante este derecho el legislador constituyente perfiló una protección -nada baladí en su contexto histórico- sobre las personas en la medida en que su ámbito de protección se extiende a la inviolabilidad de las personas contra determinados ataques encaminados a lesionar su cuerpo o su espíritu.

Precisaba -en líneas anteriores- que la protección que el legislador constituyente diseñó no era baladí. Y no lo era porque en su mente todavía pervivía esa imagen de un Estado autoritario, de un Estado didactorial con el poder de decidir sobre el derecho a la vida y/o a la integridad física y moral de las personas. De ahí que la protección se articulara -en líneas generales- contra la actuación (y/u omisión) de los poderes públicos y en los espacios públicos. Claro ejemplo de lo expuesto lo encontramos en la articulación de la protección contra la tortura en donde el bien jurídico a proteger no es otro que la integridad física y mental de las personas frente a actos infligidos intencionalmente que le ocasionen dolores o sufrimientos graves con el fin de obtener una confesión o determinada información o de castigarla por un acto que se considera que ha cometido o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Con este tenor se pronuncia el art. 1 de la Convención contra la tortura, precisando -su dicción literal- que dichos dolores o sufrimientos deben ser infligidos por un funcionario público o por cualquier persona en el ejercicio de sus funciones públicas.⁵ Se observa, por tanto, como el derecho a la vida así como el derecho a la integridad física y moral se perfilan frente a injerencias cometidas -con carácter general- en los espacios públicos y por los poderes públicos (o por terceros) en un ejercicio de poder que subyace de la asimetría en las relaciones Estado/ciudadanos/as. Obviamente, esa protección de la vida se extiende -como no podía ser de otra manera- a las relaciones entre terceros y en los espacios privados y/o domésticos en donde nuestra forma de socialización ha naturalizado la desigualdad de género subyacente. Desigualdad que el *Derecho* -lo jurídico- ha obviado porque su marco referencial de análisis ha seguido el paradigma dominante haciendo abstracción de las aportaciones que en el marco conceptual y metodológico permite la epistemología feminista (HARDING, 1996: 124; HARAWAY, 1995, LONGINO, 1997). Y es que desde este enfoque epistemológico y metodológico el derecho a la protección de la vida y a la integridad física y moral cobra una nueva dimensión. Una dimensión que se erige crítica con respecto a las relaciones de poder que se han articulado y se articulan en los espacios privados/domésticos (AMORÓS y DE MIGUEL, 2007; MOORE, 2004; MOLINA, 1994; MURILLO, 2006), los espacios de los afectos, de la intimidad personal y familiar donde tiene lugar la reproducción social. ¿Cabrá hablar -en estos espacios- de relaciones asimétricas de poder entre mujeres y hombres? Y si es así ¿qué papel han jugado los poderes públicos (Estado) en la protección y/o tutela de la vida y/o la integridad física y moral de las mujeres? ¿Qué dice la Constitución -sí es que dice algo expresamente- sobre este extremo? Sin duda las cuestiones planteadas en este punto requieren de una reflexión previa en aras de perfilar al sujeto jurídico-político como titular abstracto de los derechos y libertades positivizados en el texto constitucional de 1978. Un sujeto que pese a la abstracción y neutralidad con la que se le ha dotado no deja de ser un sujeto jurídico-político varón -paradigma de la individualidad, de la universalidad y de la igualdad formal. En este

⁵ Sobre la determinación de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes véanse -entre otras- las SSTC 120/1990 (caso GRAPO) y 65/1996 (caso Condena por malversación de caudales públicos).

contexto no es de extrañar que la Constitución de 1978 no se pronunciara expresamente para proteger la vida y la integridad física y moral de las mujeres en los espacios privados y/o domésticos.⁶ Y es que en la mente del legislador constituyente esta protección se daba por hecho al articular de forma general, abstracta y neutral el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral en los términos anteriormente comentados, obviando las asimetrías de poder que subyacen en unos ámbitos -los privados/domésticos- en donde la influencia del patriarcado (REGUANT, 1996: 20; SAU, 2000: 237 y ss) como forma de socialización y como articulador de las relaciones políticas, jurídicas, económicas, culturales y familiares constituye (y ha constituido) una realidad incuestionable.

2. SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE ANÁLISIS

Aludía en líneas anteriores a la necesidad de conceptualizar, nombrar y, por ende, constitucionalizar el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Y es que la realidad evidencia que su no constitucionalización como derecho fundamental autónomo dificulta su erradicación y su visibilización como un problema social de primera magnitud en donde es necesario la implicación de los poderes públicos y de los distintos actores sociales. Además, su no positivización dificulta su correcta conceptualización con el riesgo que esto conlleva para los derechos de las mujeres en la medida en que se tiende a distorsionar el marco referencial de análisis en los desarrollos normativos, quedando los derechos de las mujeres al *albur* de voluntades políticas que no siempre «reconocen» derechos a las mujeres sino que más bien tienden a «concederlos» con la inseguridad -jurídica, política, social y económica- que cualquier concesión lleva implícita y con el riesgo de involución ante alternancias políticas. Llegados a este punto resulta esencial denunciar la naturalización con la que el *Derecho* -«lo jurídico»- ha tratado el problema de la violencia contra las mujeres, el problema de la violencia de género. En este sentido, un recorrido por la historia jurídico-penal más reciente de nuestro ordenamiento jurídico da prueba de ello (LARRAURI, 1994; ACALE, 2006). Y lo mismo cabe decir de otras parcelas del derecho como el ámbito civil.⁷ Ámbito -este último- en donde el patriarcado se ha reproducido (y se reproduce) con una mayor facilidad (BALAGUER, 2005: 181) «[...] en la medida en que (ha contenido y) contiene históricamente la regulación del contrato matrimonial, en el que se genera la sujeción de la mujer al marido, no solamente en el

⁶ Sobre esta cuestión véase el Informe de ONU Mujeres «*El progreso de las Mujeres en el mundo 2011-2012*». En dicho informe se pone de manifiesto como el derecho no es neutral sino que, por el contrario, las leyes han reflejado y reforzado los privilegios e intereses de quienes ostentan el poder en términos de clase social, origen étnico o racial, religión o género. Añade el informe cómo los sistemas judiciales también han reflejado tales desequilibrios de poder y cómo las mujeres -en todas las sociedades- han ostentado, pese a los avances, menos poder. El informe hace especial hincapié en dos áreas en donde los derechos de las mujeres están menos protegidos, esto es, donde el estado de derecho es más débil y donde los derechos de los hombres suelen estar más arraigados. Estas áreas son el ámbito privado donde muchas mujeres no tienen derecho a vivir en un entorno libre de violencia o a tomar decisiones sobre su sexualidad, matrimonio, divorcio o salud reproductiva y el ámbito económico donde muchas mujeres son explotadas y no se les reconoce el derecho a un empleo digno, a heredar, controlar la tierra y otros recursos productivos.

⁷ Véase el art. 57 del Código Civil tras la Ley de 12 de marzo de 1938. El citado precepto disponía textualmente «El marido debe proteger a la mujer, ésta obedecer al marido». Con el mismo tenor se pronunciaba el art. 60 del cuerpo legal mentado cuya dicción literal señalaba cómo «El marido es el representante de su mujer. Ésta no puede sin licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de procurador [...]». En este mismo sentido se han pronunciado MORAGA GARCÍA, M.A. (2006). «La igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución española de 1978», en: *Feminismo/s*, 8, pp. 53-69 y ALCANÍZ MOSCARDÓ, M. (2010). *Cambios y continuidades en las mujeres. Un análisis sociológico*. Barcelona: Icaria, pp. 54 y ss.

ámbito económico [...] sino además a través de instituciones de sujeción en materia de corrección y disciplina, vigentes hasta hace relativamente poco tiempo [...].»

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, lo cierto y verdad es que conceptualizar el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental implica -desde la sistemática constitucional- delimitar su objeto y contenido así como sus límites (APARICIO, 2009; BASTIDA, 2005; PÉREZ LUÑO, 1984) sin olvidar determinar uno de los aspectos -en esta temática- más conflictivos desde el punto de vista de la conceptualización jurídica del género como es la identificación de sus titulares. Junto a estos aspectos cabe señalar que realizar esta conceptualización implica tener presente esa doble dimensión objetiva y subjetiva de la que son tributarios los derechos fundamentales recogidas -entre otras- en la STC 25/1981 cuando expresamente señala cómo los derechos fundamentales «[...] en un primer lugar [...] son derechos subjetivos, derechos de los individuos en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el [...] Estado social y democrático de derecho [...]». El extracto de la sentencia anterior permite colegir cómo los derechos fundamentales -desde la dimensión subjetiva- se configuran como una serie de expectativas de acción jurídica que la norma atribuye a una serie de sujetos lo que confiere a su titular -entre otras garantías- la exigibilidad ante la jurisdicción ordinaria y/o constitucional (art. 53 CE). Además, desde esta dimensión subjetiva los derechos fundamentales se erigen en concreciones de la dignidad humana (art. 10.1 CE). Junto a esa dimensión subjetiva, cabe citar la dimensión objetiva. Dimensión -esta última- desde la que los derechos fundamentales contribuyen a la configuración de un sistema objetivo de valores que junto a éstos se erigen en fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) al propio tiempo que se configuran como fines vinculantes para el resto de los operadores jurídicos, especialmente, para aquéllos que tienen como cometido la creación, aplicación y/o interpretación normativa. Pues bien, partiendo de estas consideraciones la conceptualización del derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental no resulta baladí en la medida en que los derechos catalogados como fundamentales determinan un concreto contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos y requiere, en tal sentido, de actuaciones concretas que garanticen su observancia y desarrollo. En el ámbito de la violencia de género cabría señalar que, quizás, desde la dimensión subjetiva la credibilidad de las mujeres víctimas de violencia de género no se cuestionaría de forma general, ya que este cuestionamiento -sin base alguna- implicaría atentar contra la dignidad de las mujeres víctimas de esta lacra. Por su parte, desde la dimensión objetiva el derecho a no sufrir violencia de género formaría parte de ese sistema objetivo de valores que se torna crítico con la lógica patriarcal, por tanto, contribuiría a su resignificación a través de una especie de subversión imaginaria en donde el patriarcado se cuestionara y deslegitimara por parte de los propios operadores jurídicos.

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas anteriormente conviene delimitar conceptualmente el término y/o expresión violencia de género en aras de perfilar su objeto y contenido. Un objeto que requiere de un análisis crítico -toda vez- que se trata de dilucidar cuál es el bien jurídico protegido y si éste -en el marco del derecho a una vida libre de violencia de género- tiene entidad suficiente como para poder hablar de un derecho fundamental autónomo o, por el contrario, si resulta suficiente su actual

ubicación sistemática dentro de la abstracción en cuanto al género de los derechos residenciados en el art. 15 de la CE. Junto al objeto del derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental resulta esencial delimitar -también- su contenido, entendiendo por tal el conjunto de facultades que se atribuyen a su titular, los obligados a observarla, las garantías, etc. Y es que -a los objetos de este artículo- se trata de sistematizar el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental y esto requiere de una clara precisión en cuanto a los dos elementos citados en líneas anteriores en aras de evitar interpretaciones y/o valoraciones interesadas⁸ que obstaculizan la efectividad de las normas actualmente vigentes.⁹

Centrando la cuestión en la delimitación conceptual de la expresión violencia de género¹⁰ cabría precisar que con dicha expresión se trata de visibilizar un tipo de violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo y sirve para resignificar el componente estructural/patriarcal de este tipo de violencia. Un componente estructural que obliga a distinguir entre sexo y género precisando que con el término sexo (ASTOLA, 2005: 525; ESPINAR, 2006; MONCÓ, 2011) se alude a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y los rasgos fisiológicos, mientras que con el término género se alude a las características que socialmente se atribuyen a uno y otro sexo (masculino/femenino). Características -estas últimas- que no son naturales sino que han sido atribuidas social y culturalmente por las relaciones de poder social que denominamos relaciones de género o sistema sexo/género (RUBIN, 1975; TURBET, 2003). De ahí el concepto de violencia de género donde se produce la confusión entre naturaleza/sexo y cultura/género y de ahí que desde el paradigma feminista -desde el feminismo jurídico- se ponga de manifiesto como las relaciones de género han creado entre mujeres y hombres unas relaciones desiguales (asimétricas) de poder (COLLADO, 2006; NICOLÁS, 2009) que implican no sólo diferencia sino también jerarquías, esto es, superioridad/masculina e inferioridad/femenina. Se observa cómo el concepto género se torna esencial en la delimitación conceptual de la violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo. Un concepto que no ha sido (y no es) pacífico ya que cuestiona la forma de estructuración social instituida por el patriarcado a través de la implementación de la perspectiva¹¹ y/o enfoque de género como elemento crí-

⁸ Sobre las interpretaciones y/o valoraciones interesadas en la conceptualización de la violencia de género cabe aludir a aquellas sentencias que exigen probar un elemento intencional a las mujeres víctimas de violencia de género. Sobre este extremo véase TORRES DÍAZ, M.C. (2011). «Estado y violencia de género. Perspectiva de género y credibilidad de las mujeres víctimas», en: *Investigación y género. Logros y retos. III Congreso Universitario Nacional Investigación y género* (pp. 1925-1939). Sevilla: Universidad de Sevilla. Véase también MONTALBÁN HUERTAS, I. (2004). *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

⁹ Véase la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Véase también la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

¹⁰ Sobre la delimitación conceptual de la expresión violencia de género véase la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979) y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993). En el ámbito del Consejo de Europa resulta interesante el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011).

¹¹ Sobre la perspectiva de género como instrumento científico de análisis véase la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -en concreto su Disposición adicional decimotercera- cuando alude a la categoría género como una categoría transversal en la investigación. Puede consultarse en <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/06/02/pdfs/BOE-A-2011-9617.pdf>>. Consultado: 11/12/2011. Véase también el Maletín de recursos Género y Ciencia elaborado en el marco del Proyecto del MICINN DER2010-09940-E (Investigadora principal del proyecto Teresa Freixes). Puede consultarse en <<http://eucatcons.uab.cat/images/Publicacions/Maletin-de-Recursos-sobre-Genero-Ciencia.pdf>>. Consultado: 02/02/2013.

tico de análisis en las normas jurídicas¹² y, por ende, en la consolidación del sujeto jurídico-político. Además, cabe significar como el concepto género se desarrolla en el interior del debate feminista siendo su objetivo principal evidenciar la falsedad de las explicaciones biologicistas de la subordinación de las mujeres. De ahí las resistencias a su utilización como criterio de análisis y como marco que permite resignificar (AMORÓS, 2005) determinados conceptos, categorías e instituciones jurídicas.

Retomando la expresión violencia de género cabe aludir al *I Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer*¹³ cuando señala que la violencia de género es una «manifestación suprema de la desigualdad entre hombres y mujeres y la muestra más aberrante de la dominación secular de un sexo sobre otro». Por tanto, la violencia de género es una violencia contra las mujeres que se deriva de su naturaleza, es una violencia sexualizada y que se ejerce contra la víctima única y exclusivamente por el hecho de ser mujer. En el mismo sentido se expresa el *Protocolo Común para la atención sanitaria ante la violencia de género*¹⁴ en donde se recoge cómo «los principales factores determinantes de la violencia de género son la relación desigual entre hombres y mujeres y la existencia de la «cultura de la violencia» como medio para resolver conflictos». Resalta dicho Protocolo que la violencia contra las mujeres es estructural, ya que «no se debe a rasgos singulares o patológicos de una serie de individuos, sino que tiene rasgos estructurales de una forma de definir las identidades y las relaciones entre los hombres y las mujeres». Por tanto, el principal factor de riesgo para la violencia de género es el hecho de ser mujer. En este sentido, se puede colegir que la violencia de género es instrumental ya que el poder de los hombres y la subordinación de las mujeres es un rasgo básico del patriarcado y requiere de determinados mecanismos de sometimiento, siendo la violencia contra las mujeres el modo de afianzar ese dominio. Desde estos planteamientos, la violencia de género se erige en un fin en sí mismo. Fin que tiene como cometido la dominación y el control social de las mujeres.

Partiendo del marco conceptual expuesto no resulta aventurado -desde la sistemática constitucional de los derechos fundamentales- apostar por la positivización expresa del derecho fundamental a una vida libre de violencia de género. Y es que desde este marco referencial -y desde el paradigma feminista- tanto su objeto como su contenido estarán perfectamente delimitados evitando interpretaciones y aplicaciones normativas aparentemente neutras pero en las que subyace un claro androcentrismo derivado de la hegemonía del varón como sujeto universal y como parámetro a seguir. Obviando y cuestionando -una vez más- la especificidad de este tipo de violencia que no se reduce a conductas meramente aisladas sino que se enmarca dentro de un modelo cultural (y jurídico) patriarcal en el que las mujeres son sujetos por extrapolación al sujeto jurídico varón. Máxime en el ámbito afectivo/convivencial en el que los valores y principios constitucionales -entre ellos el principio de igualdad- carecen de una aplicabilidad efectiva y real. Y todo ello porque en este ámbito afectivo/convivencial el principio de autonomía de la voluntad (consentimiento) junto a la enarbolación de la

¹² Véase la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

¹³ El I Informe anual del Observatorio de violencia sobre la mujer puede consultarse en la siguiente dirección url <http://www.msc.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/colecciones/PDFS_COLECCION/I_Informe_anual_Observatorio_Estatal_VMujer_Junio_2007_CASTELLANO.pdf>. Consultado: 20/01/2013.

¹⁴ El Protocolo Común para la atención sanitaria ante la violencia de género puede consultarse en la siguiente dirección url <http://www.sergas.es/Docs/muller/protocoloComun_violenciagenero.pdf>. Consultado: 17/12/2012.

libertad individual han invisibilizado (e invisibilizan) la desigualdad de género subyacente. A tenor de lo expuesto cabría preguntarse ¿puede un Estado autodefinirse como social y democrático de Derecho si la igualdad de mujeres y hombres y, por ende, el derecho a una vida libre de violencia de género carecen de las garantías suficientes para su efectividad en los ámbitos privados/domésticos? ¿Puede un Estado social y democrático de Derecho seguir obviando -en la configuración del sujeto jurídico-político- los espacios de la reproducción social en donde se inserta y cobra vigencia el contrato sexual (PATEMAN, 1985)? ¿Puede un Estado social y democrático de derecho hacer abstracción de la dimensión política de las desigualdades de género que han legitimado -o al menos no han denunciado con la suficiente contundencia- la naturalización de la sujeción de las mujeres en los ámbitos privados/domésticos?

3. EL PRINCIPIO/DERECHO A LA IGUALDAD COMO EXCLUSIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL DE LAS MUJERES

El art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género regula el objeto de la ley. Su dicción literal dispone que su objeto es «[...] actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». De la lectura del extracto anterior cabe advertir la estrecha relación y/o conexión entre la violencia de género y la desigualdad que subyace en las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.¹⁵ En este sentido, no resulta aventurado colegir que la igualdad de mujeres y hombres es el eje vertebrador sobre el que se erige la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Una igualdad plasmada en nuestro texto constitucional con un carácter trifonte al conceptualizarse como valor superior que fundamenta nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), como principio identificado como igualdad promocional, esto es, material y efectiva (art. 9.2 CE) y como derecho¹⁶ (igualdad formal) en la ley y ante la ley (art. 14 CE). Una igualdad que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido perfilando progresivamente, pudiendo destacarse una primera línea de interpretación en la que únicamente se hace una valoración formal de la igualdad (SEVILLA y VENTURA, 2003; ESQUEMBRE, 2006)¹⁷ cuyo resultado no ha ido más allá de una valoración neutra y bilateral y, por tanto, androcéntrica de la realidad social de las mujeres y en donde el Tribunal Constitucional no duda en equiparar el hombre a la mujer considerando que la protección de ésta por sí sola no es razón suficiente para justificar su diferenciación (STC 103/1983). Tras esta primera línea argumental, en 1987, se inicia otra (STC 128/1987) en donde el máximo intérprete constitucional acepta la licitud de las medidas dirigidas a conseguir

¹⁵ Véase la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en donde se pone de manifiesto que la violencia de género no es un problema que afecta al ámbito privado sino que es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad.

¹⁶ Con respecto a la igualdad del art. 14 CE el Tribunal Constitucional en varias sentencias lo ha catalogado como derecho fundamental. Véase el FJ 2 de la STC 49/1982, de 14 de julio, cuando el máximo intérprete constitucional señala cómo «El art. 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual». Véase también la STC 142/1985, de 23 de octubre.

¹⁷ La profesora Esquembre señala como la inclusión del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se ha configurado como el cauce para el reconocimiento de las mujeres como ciudadanas y como sujetos de derechos. No obstante, advierte que ni la consagración de la igualdad en las Constituciones ni su desarrollo normativo ha posibilitado la erradicación secular de desigualdad de mujeres y hombres.

la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres apartándose, por ende, de esa limitada concepción (inicial) de la igualdad meramente formal. A partir de esta sentencia, se observa cómo el máximo intérprete constitucional toma en consideración la diferente situación real de partida de las mujeres y los hombres. Tras esta segunda línea argumental cabe identificar una tercera.¹⁸ La STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre constituye el referente más inmediato. Y es que en esta sentencia el intérprete constitucional alude -con mayor o menor acierto- a la perspectiva de género en sus argumentos jurídicos señalando la raíz estructural de la violencia de género para justificar el tratamiento más severo que el legislador concede a las agresiones de los hombres hacia las mujeres en el ámbito afectivo/convivencial. No obstante, cabe matizar desde la crítica jurídica feminista que la sentencia obvia -en su análisis- un elemento esencial y es conceptualizar este tipo de violencia como una forma de discriminación estructural de las mujeres (LAURENZO, 2010) en donde la violencia de género rompe las reglas básicas de justicia social -justicia de género desde la epistemología feminista. Por tanto, se obvia otorgar un significado político/público a este tipo de violencia que desde la óptica constitucional podría haber servido al máximo intérprete constitucional para resignificar (reconceptualizar) el principio de igualdad y no discriminación desde una clara perspectiva de género. En este sentido cabe recordar que la violencia de género como forma de discriminación fue introducida -por primera vez- en la II Conferencia Internacional sobre la Mujer celebrada en Nairobi en 1985, plasmándose posteriormente en la Recomendación 12 del Comité de la CEDAW. Por tanto, no estamos ante una conceptualización nueva. Lo novedoso desde el punto de vista jurídico-constitucional es que se hubiera recogido en estos términos en la sentencia anteriormente referenciada. Y es que la consideración de la violencia de género como forma de discriminación no resulta baladí en la medida en que permite que la lucha por su erradicación se instaure en el marco del Estado, en el ámbito de lo público/político (saliendo, por tanto, del ámbito «privado/doméstico») y también en el ámbito del principio de igualdad. De esta forma la violencia de género se erige en un problema político y de profundización de la democracia lo que facilita el establecimiento de un marco de interrelación con el esquema interpretativo crítico con el patriarcado, en el que la violencia de género se configura como la expresión más evidente de unas relaciones de poder que obstaculizan el disfrute y el ejercicio de los derechos de las mujeres.

4. CRÍTICAS DESDE EL PARADIGMA FEMINISTA Y DESDE LA FORMULACIÓN TEÓRICA DEL ESTADO SOCIAL

Llegados a este punto resulta esencial perfilar las críticas a la no conceptualización del derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Críticas que se esbozan desde el paradigma feminista -en sus planos metodológicos y epistemológicos- y desde la formulación teórica del Estado social. Críticas que apues-

¹⁸ Dentro de esta tercera línea argumental cabría citar otras sentencias como la STC 12/2008, de 29 de enero, por la que el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del art. 44 bis y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, redactados por la disposición legal segunda de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, así como la STC 13/2009, de 19 de enero de 2009, por la que el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de los arts. 3.7 (párrafo segundo), y 20.4 b), 5, 6 y 7 y las disposiciones finales segunda (apartado 2), cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, sin olvidar la STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009, por la que el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del art. 171.4 del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

tan por conceptualizar la violencia de género -en general- pero sobre todo la que se da en los ámbitos afectivos/convivenciales como una forma de discriminación, como la manifestación violenta de la desigualdad (la más grave) y como una vulneración de los derechos humanos de las humanas (LAGARDE, 1996). Críticas que desde la epistemología feminista inserta en la óptica constitucional permiten apelar a la reivindicación de la «contradicción olvidada»¹⁹ -la contradicción de género- en el seno del Estado social. Y es que si la consolidación del Estado liberal supuso para el derecho constitucional el reconocimiento del sujeto individual -un sujeto abstracto y universal- que representaba, en sus inicios, los derechos de una minoría homogénea (varones, blancos, propietarios y heterosexuales), el advenimiento del Estado social determinó una ampliación del sujeto de derechos por cuanto el conflicto social dio origen al reconocimiento del sujeto colectivo, esto es, a los sujetos excluidos del original pacto social (trabajadores, minorías étnicas, homosexuales, etc.). De esta forma, se observa como las Constituciones del Estado social insertan en su articulado el conflicto (Capital-Trabajo) (DE CABO, 2010: 16 y ss) que subyace en la vida real en los ámbitos públicos/privados reconociendo los intereses no sólo del sujeto individual - ejemplificado en los derechos civiles y políticos, básicamente, sino también los derechos del sujeto colectivo que vio positivizados, en los textos constitucionales, sus intereses a través del reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales. Se observa, en este sentido, una especie de subversión imaginaria que ha permitido cuestionar la subjetividad y los derechos de los sujetos instalados y/o acomodados en el sistema capitalista/patriarcal. Ahora bien ¿cómo se han insertado los derechos del sujeto colectivo en las normas supremas? ¿Han gozado (o gozan) los derechos sociales del mismo nivel de protección y/o garantías que los derechos de corte liberal? ¿Bajo qué parámetros se ha insertado el «conflicto» en nuestra Constitución actual? Y es que si partimos de que las Constituciones son los textos supremos en donde queda plasmado el pacto social que da origen al reconocimiento de los sujetos jurídicos-políticos y, por ende, al reconocimiento de los derechos y libertades de los que son tributarios, no resulta aventurado señalar que en las Constituciones del Estado social, el pacto entre el sujeto individual (liberal) y el sujeto colectivo (social) es (y ha sido) un pacto asimétrico -un pacto jerárquico- que permite vislumbrar las asimetrías de poder que subyacen en el orden social. Pero es que, además, desde el paradigma feminista (en contraposición al paradigma dominante) se advierte la inconsistencia de un pacto cuya vigencia real sólo se extiende -con carácter general- a los sujetos y relaciones que se visibilizan en unos ámbitos concretos (públicos/privados). Ahora bien ¿y que ocurre con los sujetos y las relaciones del ámbito doméstico? ¿Por qué desde la óptica constitucional no se han visibilizado y/o constitucionalizado las relaciones, esto es, el «conflicto» que subyace en ese otro ámbito? Las cuestiones anteriormente planteadas permiten catalogar al Estado como patriarcal en la medida en que bajo una falsa neutralidad sexual se ha olvidado de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en sus textos supremos y se ha olvidado de los espacios de la reproducción social donde cobra materialidad el contrato sexual. Espacios en los que se inserta la contradicción de género (sistema sexo/género) como contradicción previa y anterior a la única contradicción (conflicto) que recoge (y reconoce) nuestra Constitución, esto es, la contradicción Capital-Trabajo.

¹⁹ Utilizo la expresión «contradicción olvidada» -haciendo un guiño al libro *La Ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XIX* de Alicia PULEO- para poner de manifiesto la invisibilización de las mujeres en el texto constitucional. Y es que si como afirma el profesor Carlos de Cabo la Constitución del Estado social es la Constitución de la contradicción y, por tanto, la Constitución de la realidad porque el conflicto Capital-Trabajo se inserta en su articulado, ¿qué ocurre con la contradicción de género (sistema sexo/género)?

Olvido que no es causal sino que responde a una única manera de entender el Derecho, en general, y el Derecho constitucional, en particular. Una manera que sólo ha visibilizado los pactos y las relaciones de producción que se dan en el ámbito público/privado, obviando que para la existencia y subsistencia de éstos es necesario garantizar los pactos y las relaciones de reproducción que se dan en la esfera doméstica. Pactos que son fruto del contrato sexual²⁰ y pactos que necesitan ser resignificados en aras de cuestionar, por una parte, el orden social/patriarcal institucionalizado y, por otra, el «no otorgamiento» y/o reconocimiento de su verdadera dimensión política/pública.

Extrapolando estas consideraciones al ámbito de la violencia de género cabe entender el por qué de la no constitucionalización del derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Y es que en el imaginario colectivo patriarcal-constituyente el derecho a una vida libre de violencia de género no era una prioridad. Y no lo era porque las mujeres en los espacios de la reproducción social han sido las pactadas, siendo sus derechos «concedidos» más que «reconocidos». En este sentido, conviene recordar la alusión realizada en párrafos anteriores a la «contradicción olvidada» en el seno del Estado social. Contradicción de género (sistema sexo/género) que ha sido obviada en los textos constitucionales impidiendo y/o dificultando la consolidación de las mujeres como sujetos jurídico/políticos. Máxime cuando su subjetivación se ha limitado a unos «espacios naturalizados de sujeción» que bajo una errónea concepción de libertad e igualdad (de los iguales) ha logrado la pervivencia de las desigualdades de género. Y es que ya lo apuntaba MACKINNON²¹ cuando señalaba que «El ámbito de libertad privada de los hombres es el ámbito de subordinación colectiva de las mujeres».

III. CONSIDERACIONES FINALES

Comenzaba el presente artículo formulando una serie de cuestiones a tenor del estudio publicado por Amnistía Internacional en noviembre de 2012 con el siguiente título: «¿Qué justicia especializada? A siete años de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Obstáculos al acceso y obtención de justicia y protección». Cuestiones que me han permitido perfilar el eje central de este artículo en aras de teorizar, desde el paradigma feminista inserto en la crítica constitucional, sobre la necesidad de conceptualizar el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Pues bien, partiendo de las anteriores consideraciones y del contenido del presente artículo se colige:

- La necesidad de conceptualizar el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental desde el paradigma feminista inserto en las teorías del constitucionalismo crítico.
- Esta conceptualización permite dotar de carácter público/político a la violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo. Y hacerlo a través de la norma fundamental, otorgándole una serie de garantías y mecanismos de tutela reforzadas.
- De esta forma el derecho a una vida libre de violencia de género -como derecho fundamental- se configuraría como un límite de acción para el legislador ordinario, de tal manera que no se podría vulnerar el contenido esencial del

²⁰ Con respecto al contrato sexual teorizado por Carol PATEMAN cabe resaltar cómo es un contrato previo al contrato social a través del cual los hombres pactan la sujeción de las mujeres.

²¹ MACKINNON, C.A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, col. Feminismos, pp. 301.

mismo. Contenido esencial formulado desde la crítica a la lógica patriarcal en el Estado social que resulta determinante para asentar conceptualmente expresiones tales como violencia de género, violencia sexista, violencia machista y/o violencia patriarcal, evitando -de esta forma- la utilización de expresiones que descontextualizan este tipo de violencia tales como violencia doméstica y/o violencia familiar.

- Además, la conceptualización del derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental, gozaría de eficacia directa, es decir, resultaría aplicable aunque no contara con una norma de desarrollo. En este sentido, bastaría su reconocimiento constitucional para ser directamente aplicable y para vincular a los/as aplicadores/ras de la norma (Poder Judicial y Administraciones públicas). Aplicadores/as e interpretadores/ras de la norma que no podrían cuestionar -de forma general e injustificada- la credibilidad de las víctimas de esta lacra por la propia delimitación conceptual de este tipo de violencia.
- Con respecto al resto de los poderes público dicha conceptualización también les vincularía, de tal forma, que las políticas públicas tendrían que ir encaminadas a garantizar este derecho como derecho fundamental. Derecho cuya concreción se materializaría a través de otros derechos como el derecho a la información, los de contenido laboral, los económicos y asistenciales así como -el no menos importante- derecho a la asistencia jurídica gratuita puesto en cuestión con la regulación y entrada en vigor de la actual Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Estas son -en líneas generales- las consideraciones finales que cabría extrapolar del presente artículo. Un artículo que pretende ser el inicio de una reflexión y/o teorización más profunda sobre la necesidad de conceptualizar el derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental. Y es que como cabe advertir, en el fondo de todo este planteamiento crítico constitucional con la subjetivización de las mujeres, se erige el propio concepto de dignidad de la persona humana (art. 10.1 CE). Concepto que desde el paradigma feminista cabría resignificar ya que constituye el pórtico del todos los derechos y fundamenta el orden político y la paz social.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid: Reus.

ALCAÑÍZ MOSCARDÓ, M. (2010). *Cambios y continuidades en las mujeres. Un análisis sociológico*. Barcelona: Icaria.

AMORÓS, C. (2006), «*Conceptualizar es politizar*», en: Materiales del Curso de experto/a universitario y Máster en Malos Tratos y Violencia de Género de la UNED. Madrid: UNED.

AMORÓS, C., y DE MIGUEL, A. (2007). *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*. Madrid: Minerva ediciones.

APARICIO PÉREZ, M.A. Y BARCELÓ i SERRAMALERA, M. (coords.) (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) (2011). *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid: Cátedra.

BASTIDA FREIJEDO, F.J. y otros (2005). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

COLLADO MATEO, C. (2006). «Mujeres, Poder y Derecho», en: *Feminismo/s nº 8* (pp. 15-34). Alicante: Universidad de Alicante.

DE CABO MARTÍN, C. (2010). *Diálectica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta.

ESPINAR RUIZ, E. (2006). *Violencia de género y procesos de empobrecimiento*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

ESQUEMBRE VALDÉS, M. (2006). «Género y ciudadanía. Mujeres y Constitución», en: *Feminismo/s nº 8* (pp. 35-51). Alicante: Universidad de Alicante.

HARAWAY, D.J. (1995). *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Madrid: Cátedra, col. Feminismos.

HARDING, S. (1996). *Ciencia y feminismo*. Madrid: Morata.

LAGARDE, M. (1996). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid: Cuadernos inacabados.

LARRAURI, E. (1994). *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno.

LAURENZO COPELLO, P. (2010). «Introducción. Violencia de Género, Ley Penal y Discriminación», en: LAURENZO COPELLO, P. (coord.) (2010). *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España* (pp. 15-36). Madrid: Dykinson.

LONGINO, H. (1997). «Feminismo y filosofía de la ciencia», en: GÓNZALEZ GARCÍA, M.I. y otras (1997). *Ciencia, tecnología y sociedad: lecturas seleccionadas*. Barcelona: Ariel.

MACKINNON, C.A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, col. Feminismos.

MOLINA, C. (1994). *Dialéctica feminista de la Ilustración*. Barcelona: Anthropos.

MONCÓ, B. (2011). *Antropología del género*. Madrid: Editorial Síntesis.

MONTALBÁN HUERTAS, I. (2004). *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

MOORE, H.L. (2004). *Antropología y feminismo*. Madrid: Cátedra.

MORAGA GARCÍA, M.A. (2006). «La igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución española de 1978», en: *Feminismo/s, 8* (pp. 53-69). Alicante: Universidad de Alicante.

MURILLO, S. (2006). *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*. Madrid: Siglo XXI.

NICOLÁS, G. y BOLEDÓN, E. (comps.) (2009). *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Anthropos.

PATEMAN, C. (1985). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos.

PÉREZ LUÑO, A.E., (2011). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

REGUANT, D. (1996). *La mujer no existe*. Bilbao: Maite Canal.

SAU, V. (2000). *Diccionario ideológico feminista, vol. 1*. Madrid: Icaria.

SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A. (2003). «Estado, Derecho y Estudios de Género», en: *Feminismo/s, 1* (pp. 177-194). Alicante: Universidad de Alicante.

TORRES DÍAZ, M.C. (2011). «Estado y violencia de género. Perspectiva de género y credibilidad de las mujeres víctimas», en: *Investigación y género. Logros y retos. III Congreso Universitario Nacional Investigación y género* (pp. 1925-1939). Sevilla: Universidad de Sevilla.

TURBET, S. (2003). *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*. Madrid: Cátedra, col. Feminismos.

PARLAMENTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS

JOSÉ TUDELA ARANDA

Letrado de las Cortes de Aragón
Secretaría General de la Fundación Manuel Giménez Abad

1. INTRODUCCIÓN. CRISIS DE LOS DERECHOS Y CRISIS POLÍTICA

2. EL PARLAMENTO GARANTE DE LOS DERECHOS Y GARANTE DE LA POLÍTICA

3. LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN EL PARLAMENTO EN UN CONTEXTO DE CRISIS

4. UNA OPORTUNIDAD. DESAFECCIÓN, PARLAMENTO Y DERECHOS

BIBLIOGRAFÍA

Estas hojas sólo tienen la tímida pretensión de servir de homenaje a Julia Sevilla, compañera y amiga, desde que inicie mi andadura en el Parlamento y en la Universidad, hace ya demasiados años. La pasión por la enseñanza, por los derechos y por aquello que el parlamento representa en el imaginario de todos los que entramos a trabajar en aquellos años, son hoy el recuerdo que quisiera trasladar mediante estas palabras.

1. INTRODUCCIÓN. CRISIS DE LOS DERECHOS Y CRISIS POLÍTICA

La palabra crisis recorre cualquier ámbito de conversación, oral o escrita. De una forma que alguno puede considerar súbita, un mundo de seguridades y certezas se ha derribado y nos vemos abocados a vivir en crisis. La crisis es económica. Incluso, para muchos es sólo económica o fundamentalmente económica. Pero la innegable dimensión económica de la crisis no puede ocultar una realidad más profunda. No se trata de una crisis exclusivamente económica. Ni siquiera, pienso, básicamente económica. En las causas y consecuencias de la crisis económica se encuentran manifestaciones de otras crisis que hoy ya son evidentes y que comienzan a ocupar la atención de los dirigentes políticos y sociales casi en la misma medida que la económica.

Antes de extenderme con la brevedad obligada en ese escenario de crisis concurrentes, resulta preciso realizar una matización. En la mentalidad siempre eurocéntrica en la que nos desenvolvemos, vivimos una crisis mundial. Sin embargo, los hechos no abonan esta teoría. La crisis de occidente, lógicamente, ha tenido consecuencias sobre otros espacios geográficos. Pero han sido consecuencias marginales. Ni política, social o económica, áreas geográficas como África, Latinoamérica y Canadá, Asia y Oceanía, se encuentran en la misma situación. Es decir, deberíamos aceptar que la crisis, en todas sus manifestaciones, es, ante todo, una crisis del modelo europeo y, en menor medida, de los Estados Unidos. Sin empezar a tener una visión más completa de lo que sucede en el mundo, será difícil entender algunas cosas.

En estas páginas no se va a tratar la crisis económica. El foco se va a dirigir a la crisis política, crisis de la política, crisis del sistema político. En cualquier caso, es premisa de esta reflexión ser conscientes de que la gravedad e intensidad de la crisis económica ha abonado el terreno para que una crisis política ya latente, manifestada en expresiones muy diversas, se haga más contundente. Para desarrollar la tesis que se sostiene, se han elegido dos instituciones centrales del orden democrático y que afectan con contundencia a la visión que el ciudadano tiene de la política, el Parlamento y los derechos fundamentales.

Como se dijo, la crisis económica sólo ha puesto en evidencia, y agudizado, los síntomas de una crisis previa. Sobre el Parlamento, poco es necesario decir. Su marginalidad, incluso irrelevancia en un sistema como el español en el que la deriva del estado de partidos ha tenido como consecuencia una mutación de la proclamada forma de gobierno parlamentaria, ha sido puesto en evidencia desde hace ya mucho tiempo. Hasta el punto de que una expresión como la de crisis del Parlamento, ha llegado a

perder toda significación. Lo que no resultaba tan evidente, al menos para las élites políticas es que detrás de esa crisis institucional, había una crisis más grave. La de la confianza de los ciudadanos en el modelo representativo. Era absurdo pensar que la evidente irrelevancia del Parlamento no iba a trasladarse a la percepción ciudadana y que, en consecuencia, la confianza en la institución representativa por excelencia de la democracia no se iba a ver lastrada. Hoy sabemos que esa desconfianza es una de las expresiones más rotundas de un nuevo lugar común de nuestro análisis político, la desafección. «No nos representan» es un grito tan agudo como expresivo de este hecho. El grito es reciente, pero sus causas no lo son tanto. Desde el inicio de la democracia, el Parlamento ha visto como ha pasado, en sucesivas etapas, de ser una Institución símbolo, a ser meramente respetada; de ser una institución marginal a concentrar el rechazo ciudadano. El Parlamento es la institución central de la política en una sociedad democrática. El actual juicio ciudadano no puede dejar de ser tomado en consideración. Precisamente, es su identificación con la democracia lo que hace tan peligroso el devenir actual de la opinión pública.

El análisis de lo sucedido en torno al Parlamento podría ser suficiente. Pero he considerado oportuno vincularlo a los derechos fundamentales. En primer lugar, porque el Parlamento es manifestación de uno de los derechos básicos del orden democrático, el derecho de participación política. De él nace y en su seno se desarrollan las expresiones más relevantes de este derecho. En segundo lugar, porque en un tiempo de crisis en el que las circunstancias plantean retos de innegable transcendencia a los derechos consolidados, la actuación del Parlamento en relación con los mismos es relevante. Lo es porque en muchas ocasiones el futuro de esos derechos estará ligado a decisiones parlamentarias. Pero también porque esas mismas circunstancias de crisis podrían haber provocado que el Parlamento aprovechara la oportunidad para reivindicarse socialmente en torno a los mismos. No se desconoce la realidad. Es evidente que una Cámara parlamentaria no puede desarrollar una agenda propia, independiente, de la del gobierno y de sus presupuestos en relación con los derechos. Pero ello no le resta al Parlamento un amplio margen de actuación como garante y promotor de los mismos. Desde el derecho de participación política, a la defensa de las libertades y de la igualdad en tiempos de crisis, hasta los derechos sociales. También, desde luego, porque deseaba vincular los derechos fundamentales a un trabajo en homenaje a Julia Sevilla.

La crisis no ha producido un reencuentro del Parlamento con los derechos fundamentales. No es extraño. Sólo hay que recordar que hace pocos años, 2005, 2006, 2007, se aprobaron en varias Comunidades Autónomas, Estatutos de Autonomía que tenían como una de sus más relevantes novedades la inclusión de catálogos de derechos e, incluso, al menos en algunos, una reivindicación del derecho de participación política e instrumentos para su fortalecimiento. La crisis económica sucedió de manera casi inmediata a su aprobación. Pero el contenido de los nuevos Estatutos facilitaba a los Parlamentos autonómicos herramientas para afrontar su relación con los derechos, y por ende con la ciudadanía, de una manera más vigorosa. Era una buena ocasión para reivindicar, simultáneamente, el papel del Parlamento, su representatividad, y de la propia autonomía. Reitero que no pretendo que el Parlamento pueda, siquiera, evitar recortes en algunos derechos. Pero, incluso en el caso de que se acepte de que no puede llegar limitarlos, algo que habría que examinar, siempre puede modular y jerarquizar opciones. Además, por supuesto, de profundizar en todas aquellas cuestiones que no suponen un coste efectivo. Y, sobre todo, tratar de reivindicarse a si mismo como expresión de ese derecho de participación política. No debiera haberse olvidado, y así

ha sucedido, que en momentos de crisis es cuando los ciudadanos necesitan más el poder identificarse con sus instituciones. Ello exige ejemplaridad, responsabilidad, comunicación, empatía. Todo ello estaba al alcance de la mano de los representantes políticos. Desgraciadamente, el camino ha sido inverso. Hoy la crisis económica continúa siendo muy grave. Pero pocos niegan que la relevancia de la crisis institucional es igual o mayor. El territorio que ofrecían los derechos no ha sido recorrido. Ni en el Estado ni por los diferentes Parlamentos autonómicos. Una vez más, se echa en falta una mayor iniciativa en las Cámaras autonómicas. Por muchas circunstancias, su capacidad de responder con agilidad a determinados retos es mayor que la de las Cortes Generales. La comunicación con los ciudadanos debería ser una de sus fuerzas. La crisis plantea un escenario sugerente para poner a prueba su capacidad en este terreno. Pero nada se ha hecho. Al menos, nada especial.

2. EL PARLAMENTO GARANTE DE LOS DERECHOS Y GARANTE DE LA POLÍTICA

Como se ha indicado, la relación del Parlamento con los derechos es tan profunda como que el propio Parlamento es expresión de un derecho y escenario del ejercicio continuado de los mismos. Además, es el espacio destinado a la aprobación de las leyes como garantía de la mejor y más plural regulación de los derechos. El control del poder, el reconocimiento del mismo como expresión de la voluntad popular y la consideración del ciudadano como sujeto inalienable de derechos y libertades, fuente última de toda legitimidad, son elementos vertebradores de la ideología constitucional en los que Parlamento y derechos coinciden. En este tiempo de zozobra, resulta preciso recordar que el Parlamento y los derechos son dos amarres esenciales de nuestro orden ideológico. Ni el Parlamento ni los derechos son concepciones instrumentales. Son expresión primera del orden ideológico democrático. En el territorio de las instituciones y en el territorio de la ciudadanía. Reivindicar el valor ideológico de la construcción democrática y social de la Europa de posguerra es una tarea que no tiene coste económico. Requiere, por supuesto, ejemplaridad y empatía. Pero ni una ni otra tienen coste económico y sí muchas ganancias visibles. Esa reivindicación es hablar del Parlamento y de los derechos. Es decir en voz alta que el Parlamento nace de un derecho y se desenvuelve en una concepción de la política basada en un orden de derechos y que del Parlamento nacen los derechos que sirven para modular el ser y el estar de los ciudadanos en la sociedad.

Los errores han sido muchos y están acumulados. En una sociedad democrática, la política se concentra en el Parlamento. Olvidar este aserto tenía que tener consecuencias. Centrar, de manera exclusiva y excluyente, la política en el debate interpartidista, no es una buena manera de fortalecer las instituciones y comprometer a los ciudadanos con las mismas. Inevitablemente, el Parlamento es escenario del conflicto político entre los distintos partidos políticos. Así debe ser en una democracia. Pero esta expresión de la vida parlamentaria no debiera ocultar otra dimensión de la institución no menos relevante, su capacidad para conformar y expresar el interés general. Incluso la disputa entre las distintas opciones políticas puede y debe ampararse en la búsqueda de ese interés general. Si es así, la Institución y la política en general se fortalece por el pluralismo inherente al Parlamento.

Durante un tiempo, el consenso formó parte del vocabulario políticamente correcto de nuestro País. Hasta que pudo afirmarse, con razón, que se abusaba de la apelación al consenso y que una sociedad democrática es una sociedad con intereses

contrapuestos y, lógicamente, conflictiva. Poco a poco, cosas conocidas, el mapa de lo políticamente correcto, comenzó a cambiar. El consenso, y su asociación a la transición, comenzó a no ser tan bien vistos. La democracia exigía confrontación y, en la medida de lo posible, segar puentes al rival. Lo cierto es que la política cotidiana vio como desaparecía la búsqueda de acuerdos, salvo, lógicamente los estrictamente imprescindibles, y se ubicaba en una posición de trincheras en las que muchos, medios incluidos, parecían bastante más cómodos. Todos contentos. Habíamos adquirido la madurez democrática. Mientras, un dinero cuyo origen preferíamos todos evitar conocer, seguía enriqueciendo, al menos aparentemente, nuestro Producto Interior Bruto y nuestro mapa de infraestructuras. Más contentos todavía. Así estábamos cuando llegaron unos vientos que pronto se convirtieron en un huracán tan constante como de fuerza creciente.

Alguien puede pensar que es un escenario razonable. Un tiempo de zozobra como era el de la transición de un régimen dictatorial a un régimen democrático exigió un esfuerzo común y, más allá, la formación de una cultura política del pacto que no podía mantenerse en el tiempo cuando las circunstancias políticas se normalizasen. Es un pensamiento lógico. Y por la misma lógica se puede reivindicar el retorno de la política de consensos. Porque, de nuevo, nos encontramos ante una situación extraordinaria. Pero, más allá, me resulta imposible no omitir un inciso. La sustitución de la política de consenso por una política más de partido, resultaba, desde luego un fenómeno natural. Pero lo que sucedió es que la política perdió por el camino su ideología y la única manera de entenderla que prevaleció fue una concepción patrimonial del poder. Claro, había matices ideológicos. Pero la lógica patrimonial era la dominante. Quizá por ello hoy es más difícil retomar la lógica y buscar consensos.

Para la política entendida como gestión, sin ideología y con el mencionado componente patrimonialista, el Parlamento no es espacio propicio. Al revés, al no poder renunciar al mismo como escenario preferente de su ejercicio, lo ensucia y adultera. Por el contrario, la política entendida como búsqueda del bien común conforme a unos determinados parámetros ideológicos; la política como búsqueda de los acuerdos necesarios para la realización de determinadas políticas, esa política sí requiere al Parlamento como escenario preferente.

Hoy, en cualquier caso, los ciudadanos no pueden realizar esa identificación. Han visto como muchas de las decisiones más relevantes para su vida cotidiana se han tomado al margen de la institución. En sus manifestaciones más relevantes, el Parlamento se ha visto fracasado como expresión de esa relación privilegiada con la política. En relación con la función legislativa, su papel es claramente deudor de las decisiones previas del poder ejecutivo. Incluso las expresiones deliberativas del procedimiento legislativo pierden fuerza paulatinamente. La crisis ha agravado de manera manifiesta esta deriva hasta el punto de que el gobierno no se contenta con determinar agenda y contenido legislativo. Directamente legisla a través de Decretos-Leyes, 28 en lo que va de legislatura.

Junto a la función legislativa, el control es expresión paradigmático del fracaso del Parlamento en lo que le corresponde como institución política. Muchos de los problemas que han aflorado con la crisis eran claramente perceptibles. En principio, el Parlamento, los diferentes Parlamentos españoles, disponen de la colaboración de un amplio abanico de instituciones que deberían haber hecho más sencilla su tarea de control y detección de algunos problemas. Sin embargo, nada de ello sucedió. Ni en el

Estado ni en ninguna de las diecisiete Comunidades Autónomas, los Parlamentos fueron capaces de anticiparse mínimamente no ya a la crisis sino a algunas de sus causas, claramente visibles desde hace tiempo. Las lógicas del poder del Estado de partidos lo hacían imposible.

Constatar un fracaso debe ser sólo la premisa para el cambio. El Parlamento sigue siendo lo que ha sido siempre. La primera expresión institucional de la democracia. La sede del pluralismo en nuestras sociedades. La mayor y mejor expresión de la política definida como conformación del interés general. Si no ha cumplido esta función, no es porque no pueda hacerlo. Ni siquiera porque la lógica del estado de partidos lo impida. En una democracia la competencia por el voto hace inevitable que la búsqueda del interés general se concilie con los recursos ideológicos que puedan acercar al poder a una determinada formación política. Si se ha fracasado es porque, simplemente, los partidos y sus dirigentes han renunciado a la política. Desde esa renuncia, el Parlamento se ha convertido en un escenario de palabras vacías. Los ciudadanos lo han entendido bien y han perdido de manera muy significativa su confianza en la institución. Es cierto. Es tiempo para la política. Se necesita política y políticos. Pero no se es político sólo por estar afiliado a un partido ni se hace política sólo por ejercer un cargo electo. La política, como demuestran estos tiempos de turbulencia, es más exigente. Se requiere de ideología, de capacidad de compromiso y de sacrificio en aras al interés general. Se requiere de saber subordinar no ya los intereses de partido sino los intereses personales en el partido, por el compromiso adquirido por los ciudadanos. Y se requiere de empatía con estos. La política, los políticos, el Parlamento tienen que mirar cara a cara a los ciudadanos, tienen que transmitir y comunicar. Los ciudadanos tienen que ver cómo sus representantes hacen suyos sus problemas cotidianos y los jerarquizan. Tienen que ver como en una situación excepcional como la actual, subordinan algunas de sus legítimas aspiraciones a generar una imprescindible confianza social.

El Parlamento debiera ser la expresión de esa política. No sólo debe aspirar a serlo. Asimismo, debe aspirar a que los ciudadanos lo perciban como tal. Es una exigencia indeclinable. Ha pasado el tiempo en el que el ser es suficiente. Hay que convencer. No es una tarea sencilla. El descrédito es grande y la desconfianza mayor. Las palabras no serán suficientes. Tampoco los acuerdos ni las comisiones. Ni se puede pensar en que una crisis de semejantes características va a resolverse en un corto periodo de tiempo. Todo ello sólo obliga a empezar a trabajar en el cambio de una manera inminente. Toda la política, la forma de hacer política, debe cambiar. Y hacerlo en profundidad. Para visualizar ese cambio no hay mejor escenario que el Parlamento. España dispone de diecinueve Cámaras parlamentarias. Para muchos, un número excesivo. Depende. En la batalla por la recuperación de la política ese número puede ser un gran aliado. Si comienzan a hacerse las cosas de manera diferente, si el Parlamento comienza a ser expresión de una política acorde con los intereses ciudadanos, si es el escenario necesario del control y del ejercicio de la responsabilidad, tener ese número de Parlamentos fortalecerá y acelerará la recuperación de la confianza en nuestras instituciones. Si por el contrario, no hay síntomas de reacción, todo se mantiene como hasta ahora, los ciudadanos mirarán hacia otro lado.

Una de las primeras expresiones de la política en una sociedad democrática son los derechos de los ciudadanos. El significado ideológico del artículo 16 de la Declaración de derechos sigue inmutable. En consecuencia, el Parlamento se encuentra necesariamente vinculado a los mismos. Lo está de muchas maneras. Pero aquí, en este contexto

de crisis, interesa destacar su vinculación como garante. Un contexto de crisis necesariamente abre vías de agua al estatus de derechos y libertades. El Parlamento debe ser la institución que vele para que la erosión no se produzca o sea lo más leve posible. Los ciudadanos tienen que ver en el Parlamento, la institución que los representa, una institución sensible a sus preocupaciones, una institución que vela por la defensa de sus derechos.

Cuando se hace referencia a los derechos en un contexto de crisis, es normal circunscribir la reflexión a los derechos sociales. Ello es lógico. En el marco de una crisis económica como la actual, son los derechos sociales los que más sufren. La necesidad de disminuir el gasto público repercute necesariamente en derechos como educación o sanidad. Por ello, es normal que la atención se concentre alrededor de los derechos de prestación. Pero los tiempos de crisis no son sólo amenaza para los derechos sociales. El ejercicio de las libertades públicas toma una dimensión diferente, ligada a acciones de protesta, y puede ser una tentación del poder limitar el ejercicio de algunos de estos derechos. Igual sucede con los derechos ligados al mundo laboral. Por ello, un Parlamento debe estar atento a lo que pueda suceder a derechos y libertades. Los derechos y libertades deben ocupar siempre un espacio privilegiado en la agenda parlamentaria. Que no sea así, al menos que no lo sea con la contundencia necesaria, es una de las causas de la distancia que hoy separa a los ciudadanos de la institución parlamentaria. En un momento como el actual su presencia no sólo debe ser particularmente intensa, sino que debe hacerse un esfuerzo significativo por lograr su visibilidad.

3. LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN EL PARLAMENTO EN UN CONTEXTO DE CRISIS

Como se ha indicado, el Parlamento es la suma política por excelencia. Una política que en relación con los ciudadanos debiera ser especialmente sensible en relación con los derechos y libertades. El contexto de estas páginas es esa relación en el marco de la actual crisis política y económica. Pero no estará de más realizar alguna reflexión intemporal sobre la presencia de los derechos y libertades en la agenda parlamentaria.

Si bien el Parlamento nace de un derecho y es escenario permanente del ejercicio de los derechos de participación política, lo cierto es que tradicionalmente ha vivido esta relación con cierta ajenidad. Desde luego, es al Parlamento a quien por mandato institucional le corresponde desarrollar las libertades públicas y algunos derechos sociales. También quien aprueba los textos relativos a derechos presentados por el gobierno. Pero rara vez el Parlamento tomará la iniciativa bien para regular un nuevo derecho bien para modular uno existente. Por lo que se refiere a la protección, el Parlamento podría en el ejercicio de la función de control, realizar una notable labor de garantía. Sin embargo, en línea generales, no la realiza. Tiene que tratarse de una circunstancia de especial gravedad para que Diputados y Grupos Parlamentarios presten atención a una actuación. Para la protección efectiva de los derechos, se entiende, se encuentran los jueces y tribunales e instituciones como el Defensor del Pueblo. Desde luego, el Parlamento ocupa tiempo en los derechos y libertades. Pero estos no llegan a conformar una agenda homogénea y, menos, visible para los ciudadanos. De esta manera, la Institución parlamentaria desaprovecha uno de sus instrumentos naturales de legitimación. Si alguna vez hubiese un intento serio de responder a la cuestión de por qué los ciudadanos entienden que el Parlamento, y los políticos en general, se ocupan de cuestiones que no les interesan, quizá ésta fuese una buena pista a seguir. Pero, repito, lo primero sería plantearse la pregunta en serio.

Las Comisiones de Peticiones y Derechos Humanos y la relación con la institución del Defensor del Pueblo y similares autonómicos, son reflejo de la atonía con la que los derechos y libertades se desenvuelven en la agenda parlamentaria. Las Comisiones languidecen convertidas a lo sumo en un espacio para el desenvolvimiento de competencias ciudadanas. Lejos de hacer de ellas el órgano de fortalecimiento de una verdadera política parlamentaria en relación con los derechos, se han convertido en un espacio marginal e irrelevante. La causa no es otra que la reducción del Parlamento a escenario de luchas interpartidistas. Desde esa premisa, estas comisiones son necesariamente poco relevantes. Podrían ser otra cosa. Hace tiempo que podrían haber sido aprovechadas como cauce efectivo de participación ciudadana, de recepción de la sensibilidad social, de termómetro de la misma en relación con los diferentes derechos. Un buen desarrollo en sede parlamentaria del derecho de petición habría contribuido poderosamente a ello. Pero hay, junto al mismo, otros muchos instrumentos, teniendo como apoyo esencial las tecnologías de la información y el conocimiento. Si ello no ha sucedido, ha sido, una vez más, por la actitud indiferente de los Diputados. Por que, debe reiterarse, el Parlamento son los Diputados. No existe Parlamento en abstracto. Un Parlamento es lo que sus Diputados hacen con él.

Mención singular merece la institución del Defensor del Pueblo. Como comisionado parlamentario para la protección de los derechos fundamentales, debería haber sido un instrumento de gran utilidad para el Parlamento en su relación con los derechos y libertades. Disponer de un órgano especializado en contacto directo con los ciudadanos es una gran ventaja. Sin embargo, esa ventaja no sólo no se ha aprovechado sino que ha erosionado el interés de los parlamentarios por los derechos. De alguna manera, se puede leer en muchos comentarios que para su protección ya está el Defensor del Pueblo. Este esquema podría ser aceptable si los parlamentarios hiciesen un uso cabal de la información aportada por el Defensor del Pueblo. Esa documentación, informes generales e informes especializados, es muy valiosa y permitiría a partir de la misma desarrollar toda una agenda en relación con derechos y libertades y, singularmente, en relación con los aspectos en los que se hubiesen encontrado mayores debilidades. Pero, de nuevo, la realidad no ha seguido el guión teórico. La creación de estas figuras, en buena medida, ha venido a suponer el alejamiento definitivo de la temática del día a día de los derechos de la institución parlamentaria. El Parlamento cumpliría designando al cabeza de la Institución y escuchando sus informes con la periodicidad reglamentaria. Por otra parte, tampoco desde las propias defensorías se ha buscado el papel muy activo del Parlamento, siempre temerosas de ver menguar su protagonismo institucional.

En la relación entre Parlamento y Defensorías hay mucho trabajo por realizar, como entre Parlamento y Cámaras de Cuentas. En realidad, todo está por hacer. Se trata de órganos que, básicamente, son comisionados parlamentarios al servicio del Parlamento en dos cuestiones tan sensibles como Derechos y cuentas públicas. En consecuencia, deberían ser órganos estrictamente auxiliares de la función parlamentaria de control. Dotados, sí, de independencia. Una independencia que, recuérdese, es innata a la concepción democrática del Parlamento. Independencia con origen político en su pluralismo y jurídico en su autonomía. Esa independencia podría reforzarse en torno a este tipo de órganos cuyo trabajo debiera ser fundamentalmente instrumental del trabajo de control que corresponde al Parlamento. Reforzarlo en las dos áreas mencionadas, derechos y cuentas públicas, se antoja una cuestión esencial.

Si se hace un estudio pormenorizado del trabajo legislativo de todos los Parlamentos españoles desde que se inició la crisis, se podrá constatar como la mayoría de las leyes tienen un contenido sustantivamente económico, incluso que, como se señaló, el número de las aprobadas ha ido reduciéndose paulatinamente a favor de un número creciente de Decretos-Leyes. Ello no significa que no se haya legislado sobre derechos. Muchas de esas leyes contenían medidas que afectaban a derechos, la mayoría de ellos sociales y en casi todas las ocasiones, con carácter restrictivo. Como se ha indicado, una crisis económica de la magnitud de la actual suele afectar de manera inevitable a algunos derechos de carácter prestacional. Es difícil que el Parlamento, incluso con plena capacidad en el ejercicio de su función legislativa, pueda impedir que ello suceda. Pero el Parlamento puede intentar mitigar efectos, establecer jerarquías, favorecer a los más débiles, transmitir empatía política y diseñar hojas de ruta para el próximo futuro.

Todo es lo que se ha echado en falta en la actual crisis. Hay que volver a recordar que la realidad parlamentaria española es muy rica. Hay 18 Parlamentos, 19 Cámaras. La omisión ha sido la regla general. No puede sorprender. La crisis, lejos de atenuar la tendencia hiperpresidencialista de nuestra forma de gobierno, la ha acentuado. Partidos fuertemente jerarquizados, concepción meramente instrumental de un Parlamento que apenas cumple entre desasosiegos su función de escenario de determinados debates y cada vez con las constantes más débiles. Un diseño institucional de la política podría haber permitido al Parlamento un protagonismo en la crisis. Un protagonismo que se podría haber traducido en debates pausados, plurales, con explicaciones claras a la ciudadanía de las razones de los recortes y sus consecuencias. Un diseño de la política que podría haber favorecido que el Parlamento matizase, modulase determinadas actuaciones del ejecutivo, de forma que los ciudadanos comprobasen no ya el valor de la institución sino el valor de la propia política. Un ser y estar del Parlamento en beneficio de los más débiles, jerarquizando sus intereses en la agenda parlamentaria y evitando el añadido de la soledad a su desasosiego. Un velar permanentemente por intentar que la erosión de la igualdad traspasase determinados límites. Un trabajar pensando en el futuro, pensando no ya cómo recuperar lo perdido sino cuál puede ser la agenda de derechos y libertades para un futuro que es ya presente.

Como se ve, son muchas las cosas que el Parlamento podría haber realizado en torno a los derechos. Casi ninguna de ellas supone coste efectivo. En algún caso, con costes muy reducidos se habría conseguido un notable impacto de legitimación de la política. Por ejemplo, el desarrollo de la función de estudio o del fomento de la relación con la sociedad civil, hubiesen sido de extraordinaria utilidad. La función de estudio debiera ser una de las primeras a desarrollar por un Parlamento contemporáneo. En una sociedad en tránsito, que exige respuestas colectivas a retos nuevos, el Parlamento es el lugar político por excelencia para iniciar esas respuestas desde un consenso. En medio de la crisis, los derechos y su futuro, especialmente los ligados al Estado social, deberían haber tenido un protagonismo extraordinario.

La relación con la sociedad civil apenas exige explicación. El éxito de la consigna del no nos representan explica la cuestión. El Parlamento no ha sido capaz de sintonizar con la ciudadanía, de transmitir a ésta que sus problemas eran sus problemas. Su comportamiento ha continuado siendo esencialmente ajeno a esa realidad, a una realidad que finalmente ha soltado amarras. En estos momentos, el reto de recuperar

la credibilidad institucional se presenta como uno de los mayores no ya para el Parlamento, sino para el propio futuro de la democracia.

Hay que preguntarse cómo se ha llegado hasta aquí, porque incluso ya sobreaviso de la actitud de los ciudadanos, no se ha hecho ningún esfuerzo institucional realmente serio para, al menos, evitar que la dimensión de la crisis continuase creciendo. Es una pregunta que es preciso plantear y que debe ser respondida satisfactoriamente, si se desea una solución real a la crisis.

4. UNA OPORTUNIDAD. DESAFECCIÓN, PARLAMENTO Y DERECHOS

La magnitud de la crisis institucional ha desbordado cualquier previsión. Hasta el extremo de que conociendo bien la dimensión de la crisis económica, somos muchos los que estimamos de mayor gravedad la crisis del sistema político. La palabra desafección ha servido para resumir lo que los ciudadanos sienten en relación con la política y se usa como expresión máxima de la crisis política. Hoy, pienso, es una palabra demasiado neutra. Casi engañosa. Desafección implica una cierta pasividad, desdén y lejanía. Puede que ese fuese el estadio inicial de la crisis de confianza en las instituciones. Pero hoy no sirve para describir el estado actual de la situación. La desafección ha pasado a ser, directamente, hostilidad y desconfianza radical. La generalización de los casos de corrupción, la casi nula asunción de responsabilidades, la ineficiencia frente a la crisis o el mantenimiento de disputas partidistas, han provocado ese salto cualitativo en la relación entre los ciudadanos y la política. Si bien la crisis económica ha agravado considerablemente la crisis política, es preciso recordar que sus raíces son anteriores a la misma. Las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas acreditan desde hace años que para la ciudadanía los políticos lejos de ser solución a los problemas son uno de los problemas más graves de nuestra sociedad. Esta percepción se ha consolidado y con el tiempo el porcentaje de aquellos que ven a la política como problema no hace sino crecer.

Si a estos datos, y otros similares, se unen expresiones como el movimiento de los indignados, y su grito síntesis de «No nos representan», se comenzará a tener una visión fidedigna del estado actual de las relaciones entre ciudadanía y política. Como era de esperar, una de las instituciones más castigadas por la percepción de la opinión pública es el Parlamento. Si el Parlamento es la máxima expresión de la política en una sociedad democrática y la opinión que se tiene de la política es la que es, la conclusión resulta inevitable. Pero todavía hay circunstancias agravantes. El Parlamento ha logrado una identificación casi absoluta con la lucha interpartidista. Así, resulta inevitable que las peores críticas a los partidos se extiendan a la institución parlamentaria. Pero los males del Parlamento no acaban allí. Tradicionalmente, una de las preguntas que más ha pesado sobre su prestigio y posición social es la referida a su utilidad. Los ciudadanos no perciben con claridad cuál es la función que cumple la institución parlamentaria. Esa sensación se ha agravado dramáticamente con la crisis económica. La sensación de que las decisiones llegan al Parlamento adoptadas y con una naturaleza irreversible es tan generalizada como real. Si incluso el cambio de la Constitución en una cuestión de especial transcendencia como la reforma del artículo 135 es claramente ajena a la iniciativa de las Cortes Generales o si el número de Decretos Leyes supera al de leyes, se puede comprender fácilmente que la ciudadanía no acabe de ver la función del Parlamento.

Es habitual decir que la crisis es siempre una oportunidad. A veces sí y a veces no. Lo único claro es que la crisis política y social que en la actualidad sufre España pone en evidencia abiertamente la necesidad de hacer una revisión radical de su funcionamiento institucional. Y hay que volver a recordar que la dimensión de la crisis económica no es ajena a esa crisis institucional. En buena medida, el debilitamiento del Estado de derecho, del sistema de pesos y contrapesos propio de un orden democrático, facilitó que tuviesen lugar algunos de los hechos más dramáticos que han protagonizado la crisis económica, como ha sido la caída de la crisis del sistema financiero o las deudas acumuladas por las administraciones públicas. Sí, hay que realizar un examen desnudo del funcionamiento institucional. Hay que estudiar cuáles son sus presupuestos jurídicos y cuál ha sido su deriva, intentando detectar donde se encuentran las llaves de paso que han hecho posible este derrumbe colectivo.

Un matiz obligado. Es preciso subrayar la necesidad de realizar una comprensión amplia de la voz institución. No se trata de limitarse al funcionamiento de las instituciones formales del Estado. Hay que manejar una concepción amplia que permita reivindicar cuestiones tan sencillas como el principio de legalidad; el respeto al procedimiento; o el cumplimiento de las exigencias presupuestarias. Y, por supuesto, el examen deben abarcar instituciones como medios de comunicación, partidos, sindicatos u organizaciones empresariales que, sin ser formalmente públicas, son esenciales, y han tenido un protagonismo central en la deriva antedicha.

La sociedad no ha sido ajena a nada de lo sucedido. La generalización de la corrupción no hubiese sido posible sin una amplia gama de complicidades que han llegado a cientos de miles sino millones de españoles no directamente ligados a la política. Al respecto, no hay más que ver la sanción electoral que han merecido los candidatos y partidos afectados por la misma. Sí, es cierto, en todos los países hay corrupción. Pero lo que diferencia radicalmente a unos de otros es la respuesta. La española ha sido la que ha sido también porque la sociedad ha aceptado determinadas reglas de juego. Los años del dinero fácil conquistaron a todos. Hoy, es verdad, unos pagan mucho más que otros. Pero un ejercicio colectivo de autocritica se hace imprescindible.

¿Cuál puede ser el papel del Parlamento en este debate? El Parlamento se encuentra en un momento crítico y en un lugar crítico. El momento ya se conoce; el lugar, el epicentro del debate sobre la democracia que en cualquier momento puede trascender lo que hoy es un murmullo social. Al Parlamento sólo le cabe o reaccionar con firmeza o dejarse llevar por unas aguas que no anuncian nada bueno. Una reacción drástica podría ser la oportunidad que se proclama vinculada a la crisis. Esa reacción exige que en buena parte el protagonismo político regrese a la sede parlamentaria. Dicho de otra manera, que la política pase a ser realmente plural y construida sobre una mínima base de consenso. Una construcción realizada desde una comunicación cotidiana con los ciudadanos y desde una agenda regeneracionista que ha de mostrar signos de implacabilidad. La asunción efectiva e inmediata de responsabilidades; la empatía con aquellos que sufren de manera más grave la crisis; la regeneración del tejido institucional, dando a cada institución el espacio necesario para que pueda desarrollar con la libertad necesaria la función constitucional que le corresponde; la recreación de una verdadera cultura del Estado de derecho que cubra todas sus manifestaciones, desde la más sencilla hasta el uso del Decreto-Ley; un cambio visible y contundente del funcionamiento interno de los partidos, con visibilidad inmediata en el resultado de selección de dirigentes, serían algunas de las manifestaciones de esa agenda. Ninguna

de ellas exige de cambios constitucionales ni siquiera de grandes cambios legislativos. Desde luego, perfeccionar el modelo y dotarlo de una cobertura imprescindible, sí exige esa reforma constitucional.

El Parlamento debe ser el lugar de ese debate. De momento, debe ser la institución que asuma la bandera del cambio y el protagonismo en el ejercicio de la política en estos momentos convulsos, de final incierto.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN GARCÍA GONZÁLEZ, A. M., El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales, Tecnos, 1989

- Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento español, REP nº 84, 1994

AJA FERNÁNDEZ, E. y LARIOS PATERNA, M.J., Parlamentos autonómicos y participación popular. La participación de los grupos sociales en la elaboración de las leyes, Corts nº 6 extraordinario, 1998

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., Representación política y derecho fundamental. La participación política representativa en la Constitución española de 1978, CEPC-Fundación Manuel Giménez Abad, 2005

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., El mandato parlamentario, Congreso de los Diputados, 1991

CHRESTIA, P., La rénovation du Parlement, une oeuvre inachavée, Revue Française de Droit constitutionnel nº 30, 1997

CHUECA RODRÍGUEZ, R., Representación política y representación de la política, Asamblea nº 13, 2005

COBREROS MENDAZONA, E., El estatus parlamentario como derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 de la Constitución, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría, Cívitas, 1991

CONTRERAS CASADO, M., Parlamento y participación directa de los ciudadanos, Anuario jurídico de La Rioja nº 3, 1997

DÍAZ PINTOS, G., A favor de un derecho fundamental de acceso a la red, Persona y derecho nº 45, 2001

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición, REDC nº 65, 2002

GUIRÓN REGUERA, E., La revitalización del derecho fundamental de petición por la nueva regulación legal, RVAP nº 62, 2002

GUTIERREZ RODRÍGUEZ F. J., El derecho fundamental al debate parlamentario, Corts 16, 2005

LÓPEZ GUERRA, L., Control parlamentario y minorías, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario nº 8, 1996

MANZELLA, A., El parlamento en el siglo XXI, en El Parlamento del siglo XXI, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002

MARCO ABATO, M., Una aproximación a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la Ley, Corts nº 6 extraordinario, 1998

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., Democracia, pluralismo y representación. Consideraciones acerca de la reforma del Parlamento, *Corts. Anuario de Derecho parlamentario* nº 4 extraordinario, 1997

MONTERO GIBERT, J.R., Parlamento y opinión pública: las percepciones y los niveles de apoyo de las Cortes Generales, en *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, 1990

OÑATE RUBALCABA, P., Parlamento y ciudadanía en España: ¿25 años de desencuentros?, *Corts* nº 13, 2002

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., El protagonismo del Parlamento en Memoria del curso académico, Universidad de Lérida, 1996

PIZZORUSSO, A. Recientes tendencias del parlamentarismo, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 39, 1994

PRATS i CATALÁ, J., Por unos parlamentos al servicio de la democracia, la eficiencia económica y la equidad social, *Revista Reforma y Democracia* nº 6, Caracas, 1996

RUBIO LLORENTE, F., Parlamento y representación política en La forma del poder, CEC, 1993

TORCAL, M., La confianza en el Parlamento español. Tendencias, causas y consecuencias en Ciudadanía y política, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Fundación Manuel Giménez Abad, 2004

TUDELA ARANDA, J., El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el Siglo XXI, Congreso de los Diputados, 2008

- Las relaciones con otras instituciones y nombramientos. Otras funciones parlamentarias. Hacia un nuevo modelo parlamentario en El reglamento parlamentario: propuestas de reforma, Parlamento de Cantabria, 2003

LOS MITOS DE LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES EN LA TOMA DE DECISIONES

ROSARIO TUR AUSINA

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Miguel Hernández de Elche

*El poder es la probabilidad de que un actor dentro de un sistema social
esté en posición de realizar su propio deseo, a pesar de las resistencias*

M. Weber

INDICE

I. UN PUNTO DE PARTIDA: LA IGUALDAD DESDE LA LÓGICA DEL PODER

II. DESTRUYENDO MITOS

III. RECOMPONIENDO LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA

I. UN PUNTO DE PARTIDA: LA IGUALDAD DESDE LA LÓGICA DEL PODER

Hace ya mucho tiempo -mucho para la perentoriedad con que deberíamos proteger los derechos en democracias avanzadas como la nuestra, sin que nos valga la «dulce espera»-, que la democracia paritaria circula por las instituciones y por la doctrina. En un libro editado en 2004 que no puede ser más que un referente, la Profesora Julia Sevilla nos hacía un balance de toda la trayectoria que la democracia paritaria y el principio de participación equilibrada habían recorrido, justificando con la vehemencia que exige el compromiso personal con la igualdad, la necesidad de darle una cabida coherente a tal principio en nuestros ordenamientos internos. Pasados unos años, sin embargo los debates sociales, políticos -e incluso académicos- en torno a este tema, no parecen haber dado los frutos deseados. A reflexionar brevemente sobre estas circunstancias se dedican estas páginas.

A pesar del mundo tan diverso en que nos encontramos, nuestras sociedades suelen compartir el rasgo de la presencia constante de una mayoría minorizada, en una lucha persistente por construir un costoso camino para la igualdad. Nadie puede negar a estas alturas que los cambios -en cualquier ámbito social-, existen y son notorios. Pero también es cierto que estos tienen lugar de un modo desigual y con esfuerzos y obstáculos excesivos. Y es que no es difícil observar que cuando en la relación de mujeres y hombres prima la libertad (donde el ser humano simplemente depende de su mérito o su capacidad), las mujeres han conseguido una notable autonomía, independencia y emancipación. Y sin embargo, cuando está en juego la igualdad, ante relaciones asimétricas que requieren de un esfuerzo nivelador como ocurre en los ámbitos donde hay un reparto de poder (no existiendo la libertad y plena autonomía a la que aludíamos con anterioridad o, expresado en otros términos, fuera de un contexto de competición por espacios en términos de fuerza, dependiendo de la voluntad de repartir y del poder mismo), parece observarse que, en general, la situación de las mujeres se debilita. E incluso se acrecienta su vulnerabilidad ante tiempos de crisis, pues tratándose de época de escasez se corre el riesgo de que tenga lugar una involución y de que emerja acusadamente la tradicional visión androcéntrica de las relaciones sociales, políticas y económicas.

Así pues, cuando el poder se deja sentir la discrecionalidad campa a sus anchas y la igualdad parece presentar rémoras difíciles de salvar, disminuyendo la presencia de mujeres sin que podamos encontrar razones objetivas y generales que avalen tal consecuencia. Por tales motivos, no es difícil detectar que, *a priori*, la toma de decisiones se convierte en un espacio complejo y complicado para la consecución de la igualdad.

También desde el reconocimiento jurídico-constitucional, la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones es uno de los aspectos más débiles y que mayores resistencias presenta. El problema se inserta, de hecho, en un más amplio debate: el del potencial transformador de las normas jurídicas respecto a la cultura política y social. Si bien aquellas no son la solución del problema, creemos que no dejan de encerrar una vocación transformadora importante que exigirá, no

obstante, esfuerzos adicionales en su elaboración a fin de no resultar excesivamente voluntaristas y sí más comprometidas e incisivas. Como es lógico, resulta mucho más fácil legislar si existe una importante cultura política que, generación tras generación, afianza determinados postulados democráticos;¹ y así es posible incluso que baste la asunción de determinados principios por la sociedad misma para hacer idónea su aplicabilidad, sin normativa al efecto. Pero ello no impide, ni una regulación que evite posibles desviaciones, ni una normativa que facilite o encauce aquella. Lo importante es, en cualquier caso, que la regulación sea capaz de contribuir a la cultura política citada y a la adecuada comprensión y afianzamiento de los principios que aquella proclama. El reto de las modernas democracias es, de hecho, atender a la capacidad transformadora del ordenamiento, a su eficacia y perfecta adaptación a la realidad social que intenta reajustar. Y más aún ante los riesgos que el movimiento globalizador conlleva y la posible precariedad de los derechos que se proclaman (ESQUEMBRE, 2006).

En el caso de la Constitución Española no existe, como es bien sabido, mención explícita a la participación equilibrada, habiendo sido reconducida al mandato de promoción de una igualdad que sea real y efectiva en virtud del art. 9.2, dado el carácter orientador del precepto, que obliga a determinar las normas y políticas públicas en el sentido de la igualdad, a modo de deber.

Si observamos las influencias foráneas detectamos que los desarrollos más directos y rotundos de la igualdad de mujeres y hombres vinieron precisamente del derecho antidiscriminatorio europeo, donde primero la *non nata* Constitución Europea de 2004, antes la Carta de Niza de 2000, y luego el Tratado de Lisboa de 2009, explicitaron, como no lo hace la Constitución, la igualdad de mujeres y hombres desde diversas dimensiones. Pero una de esas dimensiones es, paradójicamente, la gran olvidada: la participación equilibrada en la toma de decisiones. Y es que la omisión en todo este meritorio -siempre mejorable- marco normativo de evidente trascendencia constitucional, no parece ser una casualidad. Las referencias, sin embargo, al principio de participación equilibrada en el *soft law* europeo (Consejo de Europa, Unión Europea), han presentado menos reticencias, habiendo servido de importante impulso para el debate y la reflexión, y consiguiendo que una categoría dogmática se introduzca en el ordenamiento a través del «derecho blando» para hacerse presente y mostrar, al tiempo, las dificultades por consolidarse. La cuestión es que los ordenamientos, mediante normas de diversa tipología insertas en una concepción flexible del sistema de fuentes (*hard law-soft law*), consigan convertir sus pretensiones en resultados factibles y convincentes, evitando que se produzca una separación latente entre la norma y la realidad.

Huelga decir, de otro lado, que los desarrollos legales en nuestro ordenamiento han sido importantes. La LOI, por su parte -piénsese en la reforma del art. 44 *bis* de la LOREG, en la definición que lleva a cabo del principio de la participación equilibrada, en los incentivos a las empresas, etc.-, pero también las normativas -estatutarias y legales- autonómicas, en diverso grado,² parecen haberse mostrado más sensibles a esta dimensión de la igualdad de mujeres y hombres; todo lo cual no ha impedido

¹ De aquí el clásico debate a si es preferible que la participación equilibrada se regule por ley, incidiendo en la propia dinámica electoral, o si resulta suficiente con que así se prevea en los propios estatutos de los partidos políticos, o que estos lo asuman voluntariamente. Un debate en cierto modo estéril, pues ello depende, en resumidas cuentas, del Estado en cuestión, de su tradición jurídica incluso, pero sobre todo de su capacidad para hacer realidad ciertos compromisos constitucionales. Por lo demás, ello exige valorar qué modelo de igualdad promueven las distintas formaciones políticas y sociales que canalizan la voluntad ciudadana, y en qué medida existe o no coincidencia en los aspectos que habrían de considerarse sustanciales.

² En tal sentido algunas legislaciones más incisivas como la vasca, la castellano-manchega, la balear o la andaluza.

que la implementación general de esta estrategia no haya sido todo lo deseable que la normativa pretende.

En resumidas cuentas, un derecho antidiscriminatorio para la participación equilibrada de mujeres y hombres, notable, con un efecto ejemplar, pero que muestra -quizá en este ámbito más que en ningún otro-, un cierto «nerviosismo legal», pues se satisfacen las demandas sociales, se recogen las previsiones auspiciadas desde diversos entes, pero sin entenderse el problema o sin una construcción consecuente de los conceptos jurídicos que abrazan, quizá en un exceso de fe en el voluntarismo político-social. Avancemos, en tal sentido, que organizaciones relevantes para la articulación político-social y económica de las demandas, como partidos políticos, sindicatos, etc., no son precisamente un ejemplo para la aplicación de este principio -ni por los hechos, ni por la voluntad de modificación de sus propias normativas-; o que las propias administraciones no parecen cumplir más que puntualmente -en determinados momentos, respecto a concretas instituciones más visibles, y en ocasiones a la baja como es el caso del Congreso y del Senado-, con el mismo.

En resumen, una regulación constitucional escasa, no bien encajada, a lo que se suma un desarrollo legal que atiende más a las consecuencias -conseguir un determinado objetivo, cual es de mostrar que se está presente sin más-, que a las causas -pues no se trata solo de estar, sino de comprender que se está porque constituye una exigencia democrática, por decirlo en pocas palabras-.

II. DESTRUYENDO MITOS

La participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones parece haberse convertido en uno de los temas sobre los que más confusión conceptual existe. El debate se complica, además, si pensamos en las resistencias que genera, pues hablamos de espacios en los que una de las partes pierde poder porque lo ha de repartir con la otra. Y ello sin que, desde planteamientos teóricos de base, parece que puedan realizarse significativas distinciones entre el ámbito público y el privado cuando de aplicar este subprincipio constitucional se trata. A nuestro juicio, las consideraciones siguientes, con ciertos matices por la naturaleza de la cuestión concreta y de los actores implicados, son igualmente válidas, pues parece llegado el momento de replantear las conocidas resistencias por constitucionalizar lo privado. Piénsese que también las empresas aplican en ocasiones los criterios de mérito y capacidad mientras en otras, sin embargo, no -como ocurre con la toma de decisiones-, donde si bien dichos criterios se presuponen, no son factores objetivos y determinantes para la selección de quienes van a ocupar estos puestos de ejercicio del poder.

Desde estas consideraciones, se trata de aportar ciertas reflexiones sobre los mitos -y consecuente insatisfactoria construcción de los conceptos correspondientes-, que rodean este tema. Porque lo importante de los mitos no es tanto el valor de verdad que contienen, sino sobre todo su capacidad para atraer a las gentes y crear un estado de la cuestión que parece convertirse en irreversible, a pesar de todos los intentos doctrinales serios por construir categorías sólidas y claras. Y todo ello sin olvidar que tras los mitos específicos que son objeto de tratamiento en estas páginas, existe la necesidad de destruir los roles y estereotipos que afectan a mujeres y hombres, pues aquellos no dejan de ser un alimento para todos los que particularmente se proyectan en los más diversos ámbitos.

1) PRIMER MITO: LAS MUJERES-CUOTA

Cuando se implantaron las medidas de participación equilibrada desde diversos ámbitos resultó obvio el objetivo: se trataba de incorporar en los puestos de poder al sexo infrarrepresentado, el femenino en dicho caso, lo cual llevó a que, en aplicación de este principio, se las denominara «mujeres-cuota», con el efecto peyorativo que esta expresión implica y que es bien conocido. En efecto, no ha sido infrecuente considerar que las mujeres-cuota no acceden a los puestos por mérito y capacidad, sino sólo por su mera consideración como mujeres, lo que correlativamente lleva al argumento siguiente, según el cual una vez se accede a la toma de decisiones aquéllas tratarían de combatir la presencia de otras mujeres.

Sin embargo, frente a este mito -con sus nefastas consecuencias-, el argumento nos lo aporta la propia Ley estatal de igualdad. La disposición adicional primera señala al efecto que «A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, *las personas de cada sexo* no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento» (la cursiva es nuestra), precepto que tiene sus desarrollos en otra parte de la norma, como la reforma del art. 44 bis de la LOREG que lleva a cabo la disposición adicional segunda, y que supone la implicación equitativa de ambos sexos. Ello significa que, en caso de haberlas, **si hay mujeres cuota, también hay hombres cuota**, o que tan cuota son unos como las otras, desde la correcta filosofía que inspira la norma.

Pero el sentido peyorativo para la expresión, que en todo caso habría de resultar aplicable a cualquiera de los dos sexos, se neutraliza además con la destrucción del siguiente mito.

2) SEGUNDO MITO: LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES ES EQUIVALENTE A LAS CUOTAS

Con la normativa y las políticas públicas dirigidas a establecer la participación equilibrada se vino a señalar, efectivamente, que se estaban introduciendo en este ámbito -como ya se venían utilizando para otras posibles situaciones de discriminación que afectaran a determinados colectivos-, las denominadas «cuotas». Sin embargo, a nuestro juicio, es fácil concluir que **no hay cuotas**, pues no hay regla de preferencia con personas ganadoras y otras perjudicadas. No hay, en efecto, usurpación de espacios ganados por mérito y capacidad, que en virtud de una necesidad de compensación o criterio corrector resulte exigible dada la vulnerabilidad de determinados colectivos. Por el contrario, tratándose de la igualdad de mujeres y hombres en la toma de decisiones y en el ejercicio del poder a los más altos niveles, el mérito y la capacidad no puede más que presuponerse. Y si no se presupone, el riesgo afecta por igual a mujeres y hombres -sin que existan pruebas concluyentes, en absoluto, de que el riesgo es mayor para las primeras que para los segundos-, con los notables perjuicios adicionales que, además, puedan generarse para las instituciones y empresas, para los intereses públicos y privados (en muchas ocasiones entremezclados y difuminados) que se están gestionando. Por ello, el mérito y la capacidad se convierten en criterios irrelevantes desde este punto de vista; porque a los espacios desde los que se adoptan las decisiones no se accede por pruebas objetivas, no tratándose efectivamente de un ámbito de libertad, sino de reparto de poder y de competencia, que se determina a través de la regla del sujeto más fuerte y más legitimado por las razones más diversas.

3) TERCER MITO: NO SE TRATA DE QUE HAYA MUJERES Y HOMBRES EN LA TOMA DE DECISIONES, SINO BUENOS POLÍTICOS Y/O POLÍTICAS, BUENOS GESTORES Y/O GESTORAS

De nuevo tras este mito, observándose como unos enlazan con los otros para re-entrelazarse mutuamente, se detecta una deficiente comprensión de la participación equilibrada.

En efecto, el concepto de candidato o candidata «mejor» en la toma de decisiones, en lo público y en lo privado, no viene medido por criterios objetivos sino eminentemente subjetivos, dependiendo de los que decida hacer primar la persona o el ente que lleva a cabo la selección. Pero también es cierto que en una democracia que se precie de ser considerada de calidad y, en consecuencia, que se rija por criterios de justicia social, no valdría cualquier tipo de criterio. Dejando al margen que no habrían de servir los criterios basados en premisas clientelares o corporativistas, parece además obvio que tampoco caben los prejuicios ligados al factor género, entendiéndose que no es la misma en ambos sexos la predisposición laboral de la persona implicada, las relaciones familiares que puedan afectarles, o tantas otras circunstancias unidas a los estereotipos que se atribuyen habitualmente a ambos sexos y que parecen dificultar -o no resultar convenientes-, para un ejercicio pleno del poder. Por ello, la idoneidad para los puestos correspondientes no puede verse mediatizada por roles que conlleven la reducción de las oportunidades para hombres o mujeres. Esta circunstancia lleva a la conocida consideración de un nuevo contrato social que elimine el clásico paternalismo y la visión androcéntrica que ha regido estos ámbitos (PATEMAN, 1995: 10-11); más aún en un momento de «escasez», ya no sólo económica, sino social e institucional. En este contexto pueden acentuarse las posibilidades de las más débiles, como así evidencian las últimas estadísticas de muy diversas instituciones, con el consecuente incremento de discriminaciones ocultas e indirectas que implican un notorio retroceso para una democracia de calidad.

En definitiva, si **los candidatos y candidatas mejores no se eligen por criterios objetivos**, parece una exigencia partir de un enfoque de justicia social a fin de evitar que los criterios utilizados resulten sesgados, perjudicando, en general, a las personas que no entran en esas prácticas distorsionadas del buen gobierno -público y privado-, muy en particular a aquellas otras simplemente por el sexo que comparten. Por ello la perspectiva de género ha de ser un factor connatural a la toma de decisiones misma y a la buena gestión pública y privada; porque supone considerar a las personas desde la igualdad de oportunidades y de las concretas dificultades en que las coloca la sociedad misma, como seres humanos plenos.

4) CUARTO MITO: LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA FRAGMENTA EL CUERPO SOCIAL/ CUERPO ELECTORAL

No hay representatividad propia y separada y sí la necesidad de presenciar a ambos sexos con roles diferenciados, confluyendo al respecto dos tipos de argumentos.

De un lado, la sociedad evoluciona y resulta modificada desde la toma de decisiones misma, por lo que se trata de que los estereotipos que impiden equiparar a quienes componen aquella se discutan al máximo nivel. Porque se trata de nivelar, de igualar, y de compensar los desequilibrios que la naturaleza misma -pero no siempre y solo ésta-, genera.

Junto a ello, de otro lado, es posible observar que esta sociedad no se compone de «ciudadanos» (y utilizamos a propósito el llamado «genérico», pretendiendo demostrar que no es tal) neutros. La sociedad, y la toma de decisiones, han de ser equitativas desde la pluralidad; porque aquella es biológicamente sexuada (VOGEL-POLSKY, 1994: 3 y 6), y sin que además pueda señalarse que estamos ante una categorización más de las personas (por razón de sexo,³ equiparable a otras categorías sospechosas tradicionalmente mencionadas en el derecho antidiscriminatorio), tratándose más bien de la división básica, pues el sexo trasciende y se hace presente en todas las categorías humanas. Y por ello ha de estar, hacerse visible, y ser considerado al máximo nivel de gobierno.

5) QUINTO MITO: LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA VULNERA LA LIBERTAD DE QUIENES ELIGEN (EMPRESAS/PARTIDOS POLÍTICOS)

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis detenido de los agentes implicados en la toma de decisiones, encontramos, *a priori*, preceptos en la Constitución que evidencian la libertad de los mismos en las funciones y en el genérico papel que el ordenamiento les otorga (libertad que, adelantamos, no es absoluta desde la lógica del constitucionalismo mismo, por razones más que obvias). El art. 6 para los partidos políticos (o para los sindicatos y patronales), y el art. 38 para las empresas. Desde la conciencia de que se trata de sujetos y ámbitos diferenciados (en lo público y en lo privado, con diversos papeles), no es difícil observar, sin embargo, una tendencia a difuminar las fronteras que los separan, desde una perspectiva globalizada y compleja como la actual.

Piénsese, por un lado, que si bien los partidos políticos generan poder no son -o no deberían ser- un poder como tal, tratándose más bien de sujetos privados con funciones constitucionales destinados a ejercer una función última de socialización política, una vez han servido para canalizar la voluntad ciudadana (ALVAREZ CONDE, 2005). Y ello mientras los grandes poderes privados interactúan notoriamente con el poder público -integrándose indirectamente en el mismo, en ocasiones, y contribuyendo al complejo debate sobre la legitimidad democrática en estas circunstancias-, sirviendo también como elementos para el bienestar ciudadano, el cual debe cohonestarse con criterios de eficiencia económica (GOMES CANOTILHO, 2009). Desde esta confluencia, pues, y desde una visión integradora de lo público y lo privado, a la que llega igualmente el constitucionalismo contemporáneo, directa o indirectamente **todos los actores sociales, políticos y económicos parecen destinados a cumplir con los mandatos derivados del orden constitucional**, debiendo actuar por ello mismo conforme al principio de proporcionalidad e intervención mínima.⁴ Y ello porque hay una supuesta igualdad en el punto de partida de la ciudadanía que no posibilita una igualdad de resultados.

Ello no obstante, constatamos sin embargo una curiosa «paradoja de la participación equilibrada», no suficientemente denunciada a nuestro juicio. La norma establece medidas de participación equilibrada para los mismos poderes públicos (las instituciones), y dispone también estrategias vía incentivos para las empresas, pero no incide en los sujetos y actores claves; aquellos que denominábamos agentes para la

³ De ahí la inidoneidad o la redacción desafortunada del art. 14 CE, que parece camuflar la categoría «sexo» entre otras que no son, a nuestro juicio, igualmente relevantes.

⁴ Por lo demás, no existe afectación del derecho de sufragio pasivo del art. 23.1 CE, cuyo contenido esencial se concreta en la obtención por las candidaturas del cargo correspondiente, y no en la propia elaboración de las listas.

socialización política (y para la generación de una educación democrática): los propios partidos políticos, fundamentalmente aunque no sólo. Y no lo hace tampoco ni su propia normativa reguladora, ni se deduce de la práctica cotidiana de estos importantes actores de la vida política y social.⁵

Aunque sabemos que las generalizaciones no son buenas, en general los propios partidos, -si bien no todos, ni con la continuidad deseada-, no aplican el principio de participación equilibrada, por lo que el voluntarismo es más bien escaso. Pero tampoco, existiendo incluso norma de por medio (piénsese en la aplicación del art. 44 *bis* LOREG tras diversos procesos electorales), parecen conseguirse resultados satisfactorios. En efecto, no es infrecuente observar que la participación equilibrada en los órganos de los partidos brilla por su ausencia (o es inestable); que celebrados unos comicios la participación equilibrada (de existir, pues el sistema electoral del Senado, por ejemplo, dificulta el cumplimiento del principio) es habitualmente a la baja para las mujeres; o que desaparece, si no en las cúpulas de los órganos directivos de gobierno, desde luego de forma notoria en los escalones gubernativos que les siguen. Así pues, se cumple -a regañadientes- la norma, cuando ésta existe, pero no el espíritu o la filosofía que impregna la misma. Filosofía que falta, como venimos reiterando, en aquellos actores que, precisamente, parecen encargados de encauzar, defender, y revalorizar la democracia misma.

Y es que esta falta generalizada de voluntarismo y conciencia político-social puede permitir explicar que, aunque nuestro modelo para la igualdad sea desde el punto de vista normativo de singular calidad, en la práctica no dejen de generarse complejas desigualdades. Porque cuando esa cultura política no existe o es deficiente se requiere que las normas tengan una importante función transformadora de la realidad social, y que resulten especialmente incisivas e incentivadoras; pero sobre todo, se necesita que quienes las gestan tengan plena conciencia de lo que se está aprobando.

6) SEXTO MITO: SIN EMBARGO, LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA ES CONSTITUCIONAL PORQUE ES UNA ACCIÓN POSITIVA

Fijémonos en que si ello es así, entonces, para empezar, estaríamos simplemente ante una medida provisional y transitoria (calificación que va con el concepto mismo de acción positiva), lo que encaja mal con la consideración de un subprincipio constitucional, el de participación equilibrada, que parece acompañar a la democracia misma, como se pretende.

Para justificar precisamente la constitucionalidad de esta normativa relativa a la participación equilibrada en la toma de decisiones, el Tribunal Constitucional acudió a este concepto;⁶ y con base en el art. 9.2 CE, aunque sin llevar a cabo un examen exhaustivo de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (FIGUERUELO, 2008: 229), entendió que, efectivamente, se trataba de implementar una ventaja u otorgar un trato diferenciado o preferente a favor del sexo infrarrepresentado -en este caso, las mujeres-. De este modo, en una lectura escasa y en cierto modo cicatera de este precepto -que parece convertirse así, simplemente, en la «norma para el sexo femenino»-, quedaría salvada cualquier duda de inconstitucionalidad.

⁵ La paradoja, por lo demás, llega a límites inexplicables, pues la participación no llega a instituciones emblemáticas para el funcionamiento del sistema político como el Tribunal Constitucional o el Consejo de Estado.

⁶ STC 13/2009, relativa al recurso presentado contra la Ley Vasca de igualdad; no lo entendió así, sin embargo, en la STC 12/2008 contra la reforma de la LOREG por la Ley estatal de igualdad.

Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de un hilo argumental que parece desaprovechar doblemente las oportunidades que se le presentaban: de un lado, porque la argumentación teórica es deficiente y no explora todo su potencial; y de otro, porque se pierden igualmente todo las capacidades que encierra el propio art. 9.2 CE.

No se trata, en efecto, de hacer una diferenciación por razones de dignidad, con proporcionalidad, de manera transitoria, y con una finalidad compensatoria o preferente en este caso para uno de los sexos. La participación equilibrada llega mucho más lejos y pretende implementar una **medida de equilibrio justo entre ambos sexos, en decisiones que a ambos les atañen** (FIGUERUELO, 2008) y que **implica un pleno ejercicio de derechos** (SEVILLA, 2010), de tal manera que con la representación de ambos sexos en la toma de decisiones se neutraliza la diferencia basada precisamente en el sexo, al tiempo que paradójicamente se coloca a éste en la agenda política. Recordemos, en tal sentido, que la política (pública y privada) no puede ser neutra, porque las personas tampoco lo son.⁷ Por ello igualdad formal e igualdad material se funden en una sola cuando mujeres y hombres pueden decidir con libertad su destino desde las instancias de poder.

7) SÉPTIMO MITO (Y DEFINITIVO): LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA TIENE SU FUNDAMENTO EN LA IGUALDAD

Parece que habría de caer por su propio peso una afirmación como la expuesta en las líneas anteriores. Sin embargo, no resulta tan fácil llegar a dicha conclusión, pues una cosa es que la participación equilibrada sirva a la igualdad misma (y a las oportunidades que ambos sexos merecen), y otra muy distinta es que en ésta se halle su fundamento.

En efecto, la participación equilibrada sirve a la igualdad como punto de llegada (como le sirven otras medidas o estrategias como la transversalidad de género, las políticas sostenidas y proactivas, etc.); y así se ha entendido siempre desde el derecho antidiscriminatorio y el objeto que la preside, a saber, igualar oportunidades. Pero su fundamento se encuentra, sin embargo, en el principio democrático, si pretendemos que la democracia misma sea identitaria, como así creemos. Porque la democracia no es, como se ha señalado reiteradamente, la regla de la mayoría, ni tampoco aquella se convierte en patrimonio exclusivo de aquellos procesos que canalizan la voluntad ciudadana y social, pues en tal caso bastaría con arbitrar dichos cauces. La democracia ha de ser, más bien, la búsqueda de coincidencia (identidad) entre quienes emiten las decisiones y las personas destinatarias, al objeto de afianzar una justicia social que implica empoderamiento de quienes por derecho están -hombres y mujeres-, pero además toman conciencia de ello, en una libertad más igual para toda persona. Corregir, en resumidas cuentas, un déficit de ciudadanía, evitando la pérdida de potencial humano que ello implica para la sociedad misma (SEVILLA, 2004), construir una democracia más plena, y lograr que la composición del cuerpo representativo, en esa idea identitaria a que venimos aludiendo, se asemeje a la propia estructura social que la sustenta.

⁷ Otra opción es, desde luego, reformular el propio concepto de «acción positiva», como lo hace Barrere Unzueta, señalando que aquella implica «una toma de postura, pero es una toma de postura que no exige apartarse demasiado de las definiciones al uso; basta con que en éstas se evite cualquier planteamiento de la acción positiva como «trato de favor» o «trato preferente», etc., y se incluya en el ámbito de actuación de la misma las diferencias de status o de poder existentes entre los grupos», lo que requiere -señala la autora-, desplazar el concepto jurídico de discriminación (basado en la diferencia de trato), al de subordinación (basado en la diferencia de status). (BARRERE UNZUETA, 2003: 23-26).

En base a lo anterior **la participación equilibrada pasa a convertirse en un sub-principio constitucional cuyo fundamento se hallaría en la democracia misma**, en tanto exigencia estructural del Estado democrático (RODRÍGUEZ RUIZ, RUBIO MARIN, 2007, 118), con las consecuencias que para otros principios -igualdad y libertad- tiene. Y no se trata, por ello mismo, de tener que llevar a cabo una costosa lucha por alcanzar una cierta masa crítica en la toma de decisiones, para estar presente, sino de comprender que más allá del derecho de representación de ciertas personas o de que se trate de una cuestión de participación de las mujeres en el poder, la participación equilibrada constituye la realización social de los valores fundamentales y de la auténtica democracia (VOGEL POLSKY, 2001: 114).

Y en este contexto, ¿qué ocurriría entonces con el ámbito privado? Es obvio, tras lo expuesto, que resulta forzoso reconocer las dificultades existentes para señalar donde acaba lo público y empieza lo privado. Pero por ello mismo, y más allá de los debates estériles sobre la ponderación eficiencia-valores constitucionales, lejos de desconstitucionalizar lo público -algo que idealmente resulta inadmisibles en el constitucionalismo contemporáneo, pero que no deja de ser una amenaza-, se trata de aprovechar para constitucionalizar lo privado; porque lo privado también es de interés público o político. Este es, en definitiva, uno de los grandes retos pendientes.

III. RECOMPONENDO LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA

La insuficiente fundamentación de una categoría o una subcategoría dogmática no puede llevar más que a resultados provisionales, pero absolutamente insatisfactorios además de constantemente amenazados; lo que parece ocurrir, precisamente, con la participación equilibrada y su contribución a la realidad de la igualdad de mujeres y hombres.

La idea de una ciudadanía sustantiva e integral, plenamente universal y fundamentadora del pleno ejercicio de los derechos de la persona, debería poder extraerse del mandato del art. 9.2 en combinación con el art. 1.1 de la Constitución. Pero lejos de ocurrir esto, sin embargo, parecemos caminar en el sentido inverso. Así, en lugar de descubrir una democracia más plena y equitativa, interpretamos que estamos forzando la realidad -y la norma misma-, para intentar equilibrar provisionalmente aquella, pensando más en las consecuencias que en las causas. Y quizá por ello mismo la experiencia que nos aporta la propia vigencia de la Ley de Igualdad, tras más de seis años, viene a evidenciar que el inestable logro de la participación equilibrada se debe a su insuficiente, parcial e ingenua comprensión, derivada al tiempo de una deficiente fundamentación y del exceso de fe y de voluntarismo que rodea a aquella. Esto es lo que puede explicar, tanto que preceptos que imponen el principio de participación equilibrada se conviertan en normas meramente programáticas por la vía de los hechos, como que se manipulen -consciente o inconscientemente- los preceptos de la LOI para cumplir la letra, pero no el principio en sí. La redacción de estos preceptos, por ejemplo, parece darnos algunas claves, pues expresiones como «se procurará» o «se fomentará» parecen convertirse en pura poesía. Pensemos, a modo de ejemplo, en que se hubiera intentado que nuestra propia Carta Magna contuviera redacciones tales como que «España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que procurará la realización de la libertad, la igualdad, la justicia, y el pluralismo político», u otra similar que dijera que «La soberanía nacional reside en el pueblo español. Se fomentará que de éste emanen los poderes del Estado». Y es que parece lógico pensar

que nadie admitiría que la democracia, la igualdad, la justicia, o la propia soberanía popular fueran un mero *desiderátum* (al margen de cual sea su concreción posterior, para lo que se requiere una adecuada actividad hermenéutica); por lo que tampoco se entiende que subprincipios constitucionales derivados de aquellos -como la participación equilibrada que deriva de la democracia misma-, sean contemplados de este «cauteloso» o «difuso» modo -en lo que, en general, supone un reproche merecido para la LOI-. Una redacción con mandatos imperativos o categóricos es, más bien, lo que procede. Por ello lo que ocurre en este caso concreto y en este tipo de normas, no puede más que evidenciar una deficiente comprensión de aquello que se regula. El escaso imperativismo de la norma es, ciertamente, una cuestión de difícil encaje desde la óptica que planteamos.

Reformular las bases teóricas puede ser la única solución para hacer sólidos y estables aquellos conceptos sin los cuales la igualdad de mujeres y hombres sólo imperfectamente -o aparentemente- será alcanzada, procurando que la igualdad tenga su espacio sin complejos, como los tiene la libertad, y como lo exige la democracia misma.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Conde, Enrique (2005), *Derecho de partidos*, Madrid: Cóllex.

Balaguer Callejón, María Luisa (2005), *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Barcelona: Cátedra.

Barrere Unzueta, Mercedes (2003), «Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación, y acción positiva versus igualdad de oportunidades», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9.

Biglino Campos, Paloma (2008), «La composición equilibrada de las listas electorales», en Biglino Campos, Paloma (Dtora.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Madrid: Iustel.

Esquembre, Mar (2006), «Género y ciudadanía. Mujeres y Constitución», *Feminismo/s*, nº 8.

Figueroa Bello, Aida (2010), «Participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones en la Unión Europea», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 129.

Figueruelo Burrieza, Angela (2008), «Representación política y democracia paritaria», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 12.

Gomes Canotilho, José Joaquín (2009), «El principio democrático. Entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11.

González Bustos, M^a Angeles, Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio (2012), «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de empresas: a propósito de la iniciativa europea de 14 de noviembre de 2012», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 20.

Martínez Sampere, Eva (2000), «La legitimidad de la democracia paritaria», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 107.

Martínez Sospedra, Manuel (2010), «Acción positiva, igualdad y elecciones: el artículo 44 bis de la LOREG y la doctrina del Tribunal Constitucional», en Abril, Ruth de María, Uribe, Ainhoa, *Mujer, Derecho y Sociedad en el Siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Sospedra, Manuel (2000), «La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 30/31.

Osborne, Raquel (2005), «Desigualdad y relaciones de género en las organizaciones: diferencias numéricas, acción positiva y paridad», en *Política y Sociedad*, vol. 42, nº 2.

Pateman, Carole (1995), *El contrato sexual*, Barcelona: UAM.

Rodríguez Ruiz, Blanca; Rubio Marín, Ruth (2007), «De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81.

Ruiz Miguel, Alfonso (2007), «En defensa de las cuotas electorales para igualdad de las mujeres», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5.

Salazar Benítez, Octavio (2000), «Las cuotas femeninas en cuanto exigencia de la igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos», en *Revista de Derecho Político*, nº 48-49.

Sevilla Merino, Julia (2004), *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Col.lecció Quaderns Feministes nº 4, Valencia: Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de València.

Sevilla Merino, Julia (2010), «De la política de cuotas al derecho de la igualdad en la representación: especial referencia a les Corts Valencianes», *Corts*, nº 24.

Vogel-Polsky, Eliane (1994), «Les impasses de l'égalité, ou pourquoi les outils juridiques visant l'égalité des femmes et des hommes doivent éter repensés en termes de parité», en *Hors-série*, nº 1.

Vogel-Polsky, Eliane (2001), «Democracia paritaria en Europa», en VVAA, *Las políticas de género en la Unión Europea*, Madrid: Narcea.

LA MEMORIA

AMELIA VALCÁRCEL

Memoria es la capacidad de recordar datos o hechos sabiéndolos situar en el tiempo y entendiendo su orden de pertinencia. Subrayo adrede esta característica de la memoria, la de que es un orden. Si alguien pudiera recordar una gran colección de hechos pero no supiera situarlos en el tiempo, o un gran conjunto de datos pero no pudiera ordenar su importancia, su capacidad de memoria mostraría estar severamente dañada. Hay memorias así, impertinentes; a veces se usan en espectáculos. Pero no son esas las que buscamos, apreciamos ni admiramos.

La memoria es una capacidad individual, que va asociada a la inteligencia de los individuos. En la división clásica de las potencias del alma es acompañada por el entendimiento y la voluntad. Ahora sabemos que gran parte de los procesos cognitivos tienen a la memoria como protagonista. El entendimiento y la voluntad la necesitan. Por utilizar un lenguaje más actual, digamos que opera en todos los aprendizajes. Hace más que eso: la memoria mantiene el yo. Se responsabiliza de la salud de la mente. Si algo somos, somos memoria.

Con todo lo anterior quiero aludir a que la memoria es una facultad mental que poseen muchos seres vivos; una capacidad supervivencial. Una que es en principio individual. La memoria pertenece a un cuerpo. Pero los seres humanos, y quizá no somos únicos en esto, podemos externalizar parte de nuestra memoria. Al menos sabemos que en nuestro caso, el humano, la memoria es individual y, sin embargo, transferible.

Procesos elementales de memoria se producen, por vía de experimento, incluso en animales inferiores. Es conocido el caso de las larvas acuáticas condicionadas por una luz y una simultánea descarga eléctrica. Sucesivas generaciones se contraen ante la luz aunque ya no exista descarga. La memoria se desarrolla en todo el mundo animado porque ayuda a vivir.

Las especies superiores, se ha dicho, la pueden llegar a externalizar: la nuestra lo hace y es muy posible que no sea la única en hacerlo. En nuestro caso esa memoria externalizada es lo que llamamos cultura. Es el monto del conjunto completo de habilidades y registros que nos permiten la interacción dentro de nuestro grupo. Como la cultura no es un conjunto cerrado u osificado, permite incorporaciones a la memoria común de elementos nuevos, tantos más cuanto más abierta sea. Por este procedimiento la memoria individual se vuelve transferible.

Y, del mismo modo, la memoria puesta en común es aceptada y compartida por el grupo de referencia. Ello se realiza mediante el proceso de aprendizaje. Diversas memorias, que llegan de muy diferentes referencias, son, por así decir, inoculadas en un sujeto. Cada individuo ha de transformarse en un ser memorioso. Eso lleva su tiempo y también su disciplina. Largos años. Los de nuestro aprendizaje formal. Es mucho el tiempo en el cual memorizamos. Pero eso no debería ocultarnos que también, y con la misma determinación, olvidamos.

No todo se recuerda. Y no sólo porque resultaría imposible, sino por una razón mejor: porque olvidamos para recordar. En la memoria de cada quien se produce una gran criba en que sólo lo aprobado como significativo se conserva. E idéntico proceso

ocurre en la memoria externalizada, a la que también podríamos provisionalmente nombrar como «memoria colectiva».

Las memorias individuales tenderán a hacerse cargo de la memoria común, aprendiendo una larga serie de técnicas y prácticas bastante complejas, dado que van desde las habilidades de proxemia y posturales a la apostura, el uso de vestidos y objetos, la lengua, las relaciones, el dominio de las emociones o la moral. Es un enorme aprendizaje que tiene a la memoria en su trasfondo. Las habilidades y la correcta ejecución de las prácticas son dos grandes despensas de memoria que no pueden faltar a los individuos. Pero existe aun una tercera de similar entidad: la memoria de lo que podemos llamar símbolos o mundo simbólico, que es la más compleja. Y a ella pertenece la memoria común de lo que es relevante.

MEMORIA, SÍMBOLOS E HISTORIA

La cultura, la cultura compartida, consiste en un ordenado repertorio de memorias, pero también de olvidos. Se trasmite una memoria común de prácticas, habilidades y siempre, lo que es absolutamente peculiar de los humanos, una serie de recuerdos que han devenido comunes. Una «memoria obligatoria» podríamos llamarla. Está tejida de recuerdos que se consideran relevantes, pero también de lagunas que ocultan todo lo que se arroja en ellas como poco significativo. Ello nos conduce a otra de las características de la memoria, su relación estrecha con el olvido. La memoria tiene mejor fama que el olvido. Admiramos la memoria porque es buena parte de la inteligencia. Y tememos al olvido, como desmemoria y como desafecto. Una concepción positiva de la inteligencia y la acción humanas siempre subraya la importancia de la memoria en cualquier proceso cognitivo. Pero recordar es también olvidar. Llamamos cultura y hacemos memoria común de lo que se considera pertinente olvidando todo lo demás. Aposta.

En los conocimientos prácticos, los procesos de memoria son cruciales. En el mundo simbólico sucede otro tanto. La memoria común que llamamos cultura está además de externalizada, profesionalizada. Existen y han existido, sobre todo en las culturas orales, «recordadores», gentes encargadas de recitar las genealogías, los mitos y los ritos del grupo. Las sociedades complejas llevan esto mucho más allá. Si en todo grupo humano, a tenor de su amplitud, la memoria colectiva, por así decirlo, se delega, en nuestras sociedades está constantemente actuando. Se trata de que nada se pierda. Pero en realidad eso no ocurre ni puede ocurrir: Aunque los grupos humanos aman olvidar, constantemente lo hacen. Cuando consiguen fijar un tramo completo de sentido fabrican una ortoversión que se impone a los individuos con la fuerza de la objetividad. La memoria común se ha transformado en algo sólido que habla con la fuerza de lo evidente. Ha dejado de ser una ortoversión porque ahora ese nacimiento suyo se oculta. Ahora habla con la voz de la autoridad.

LA «PEQUEÑA HISTORIA»

Cada cual recuerda cosas, sus cosas. De algunas sabe que son más significativas que otras. Los demás también le proporcionan recuerdos. Algunos son útiles u otros lo son menos. Yo tengo uno de estos recuerdos trasladados que tiene que ver con el patio antiguo de la Universidad de Valencia. Voy a evocarlo. Corría el año de 1962 y los espacios de la Universidad Literaria estaban principalmente en el edificio histórico de la calle la Nau. Era primavera. No sé cuantas chicas había en la facultad, pero sí sé

que sólo ella se unió al canto del «Asturias Patria querida» que se llevó a cabo en el claustro. Me lo contó Josep Vicent Marqués hace muchos años. Celia Amorós fue la única mujer que se puso a cantar en aquel bravo momento. Ya lo sabían los amigos de sus padres, que solían comentar en el Círculo agrario, o sea, la real sociedad valenciana de agricultura y deportes, la desdicha del notario Amorós, al que «le había salido una hija roja de esas que leen a Nietzsche». Varias líneas de recuerdo se unen en éste.

No es mío, sino que me ha sido transferido. No pude verlo, pero confío en la fuente que me lo proporcionó. No es anecdótico, aunque no parece formar parte de las memorias externalizadas... En resumen, ¿Qué es? Es un «recuerdo en tentativa». Si encuentra engarce en una ortoversión, se convertirá en un pequeño dato, uno de la marcha de la democracia entre el estudiantado de la universidad franquista.

Que el alumnado cante en los claustros no ha de ser cosa inhabitual. Pero esto tiene algo de significativo: aquella joven gente cantaba aires regionales no para refrescarse la voz, sino por un motivo público. En ese año de 1962 y en esa primavera se estaban sucediendo las huelgas mineras de Asturias. Algo se movía en el ambiente estudiantil. Hubo un conato de asamblea, que ni siquiera tenía entonces ese nombre. La gente «se movilizaba» según se acostumbró después a contarlos. Allí mismo, bajo la representación de Vicente Ferrer, aquella reunión informal de estudiantes intentaba la solidaridad, en su caso canora, con los levantamientos mineros, o sea, se solidarizaba con los medios de que buenamente disponía. Es un pequeño dato para saber que la universidad española comenzaba a cambiar tras largos años de holgado y abotargado silencio. Veinte años se demoró la universidad española en mostrar, si así puede decirse, su desagrado con el régimen. Y se comprende, porque motivos para tan largo callar no faltaron.

Hace algunos que la Universidad Complutense dio a conocer los papeles de su infausta represión, incluidas las delaciones. Los documentos que se exhibieron en la sede de Noviciado eran estremeceadores: una criba sistemática entre los docentes fundada en motivos tan de peso como «no asistir regularmente a la santa misa» o «bromear sobre las prácticas cristianas» de alguno de los delatores, cuyas firmas aparecen en los atestados. Docentes de prestigio fueron separados de las aulas y sustituidos. Los vencedores las ocuparon con la buena conciencia de quien limpia un espacio propio para seguir habitándolo con comodidad. También la universidad de Zaragoza dedicó una interesante exposición a lo que ocurrió en sus aulas tras la Guerra Civil. Las fotografías del expurgue y la quema pública de libros, a manos de estudiantes vestidos con corrajes, son pavorosas. Y en Valencia «Rector Peset» debe ser más que el muy digno nombre de un colegio mayor. Porque algunos rectores, proclives a la legalidad republicana, fueron fusilados, sin importar su valía ni sus buenas razones. Al menos los rectores de Oviedo, Granada y Valencia lo fueron.

Veinte años después nada se recordaba. Duraba el silencio. No había pues memoria. Porque eso, la memoria que está entre todos, la externalizada y mediadora, pertenecía a los vencedores. En ella la violencia había desaparecido: sólo se había «puesto orden». Orden muy necesario en una situación inadmisibile. Un orden con vocación de permanencia. Contra ese orden estaban cantando aquellos jóvenes en 1962. Cada uno de ellos puede que lo recuerde, ahora que ya peinan canas, pero lo significativo es si ese recuerdo suyo ha pasado a la memoria común.

LA MEMORIA DE LAS PEQUEÑAS COSAS

Sin cambiar de Universidad, cambiemos de escenario: Doce años más tarde. La Universidad literaria ya no ocupa el bello edificio de la Nau, sino que se ha extendido y multiplicado. Ahora muchas de sus facultades están en «Valencia al mar». Las nuevas instalaciones son funcionales y con innovadores diseños. Mi facultad tiene a la entrada, por ejemplo, un pequeño puente sobre un igualmente pequeño estanque donde asoman plantas lacustres. Cuando llego el primer día me paro a averiguar si acabará saliendo algún nenúfar. Y en ello estoy hasta que un chico más avezado me lo explica: «esa especie de pasadizo-puente es para que no podamos escapar si vienen los grises». Los grises era el nombre dado a la policía uniformada y no se nos habría ocurrido nunca cambiárselo. Perfectamente sabíamos lo que quería decir. ¡Caramba! Los diseños de nuestras facultades, descubrí esa mañana, son más funcionales de lo que estaba dispuesta a suponer. Está claro que, aunque entonces nada conociera yo de los cantos habidos en la Nau hacía tiempo, el asunto había proseguido adecuadamente. En los años setenta los edificios prevén la rebeldía de la gente que los ocupa.

Y allí mismo, según entro, compruebo que la rebeldía luce, porque puedo fácilmente constatar que la capilla se utiliza para dar clases de lógica y que en el amplio hall del segundo piso luce una silueta o dibujo grafitero que pretende ser una caricatura de Carlos Marx. De entre sus pobladas barbas sale un bocadillo que reza «soy simpático». Ese fue el recibimiento que me diera mi facultad... ¿Debería dejar yo al olvido estos pequeños detalles? No lo creo. No creo que pertenezcan a lo olvidable. No son recuerdos propiamente míos e intransferibles. Pertenecen a una época. Son la materia que llamaré «la pequeña historia de las grandes cosas».

Es evidente mi apego a Montaigne. En la época en que yo cursaba mi primero de especialidad en aquella facultad tan bien plantada de Blasco Ibáñez, tuve por docente al catedrático de filosofía Montero Moliner. Era persona aseadísima, de trato un tanto distante pero exquisito. Tenía mejillas sonrosadas y airoso pelo blanco. Nos impartía sus clases benévolutamente sin moverse nunca de su silla en la alta tarima. Un buen día de primavera le tocó a Montaigne. O puede que le tocara salir a escena al escéptico francés mientras mi profesor explicaba a Kant, que era uno de sus favoritos. El caso sea que, al desgaire, y sin esperar respuesta, Montero preguntó al aula mientras ponía los ojos sin embargo en el techo: «Porque... ¿acaso alguno de ustedes ha leído la Apología de Raimundo de Sabunde?» Acorazado silencio. Se oye un carraspeo y se alza una mano. Nuestro catedrático baja los ojos y recorre las filas por ver de dónde ha salido el ruido. Hay una chica que no llega a los cincuenta kilos con la mano medianamente alzada. Confieso que era yo. Se le pone una expresión atónita. «Señorita... ¿ha leído usted la Apología de Raimundo de Sabunde»? «Sí», respondo yo ya con un punto de desafío. El señor Montero se levanta, camina hacia el borde de la tarima y se dobla por la mitad en una especie de reverencia. «Señorita... Me inclino ante usted». Se sienta, pero, quizá pareciéndole poco, repite la operación. Vuelve a alzarse, recupera el borde de la tarima y de nuevo se dobla por la mitad repitiendo la reverencia. Y repite, claro, «Me inclino otra vez ante usted».

¿A qué tramo de la pequeña historia de las grandes cosas pertenece esta anécdota? O mejor, ¿qué cosa es propiamente una anécdota? Es, simplemente, un sucedido al que no se le concede importancia. Las anécdotas son intransitivas. Pero en ocasiones las anécdotas crecen, se desarrollan, digamos que se hacen mayores. Pueden hasta convertirse en epítomes. Quizá no sea el caso de esta. Pero... ¿Es verosímil que algo

así se produjera en el momento presente? ¿Acabaría el señor Montero en la oficina de la defensoría estudiantil? Hace muy poco que yo misma comencé a extrañarme de esa pequeña historia. Quiero significar que, cuando me sucedió, hace sus buenos cuarenta años, no es que normal me pareciera, pero tampoco me lo tomé por la tremenda. Eran esas cosas que hacían los catedráticos reverendos y que servían para aumentar su anecdotario. Formaba parte de la imagen corporativa, por así decir. Además Montero Moliner nos había permitido refugiarnos en un armario y su despacho el día que los fachas vinieron a nuestra facultad con la estupenda intención de molernos a palos, por rojillos. No había por donde escapar. Un cojo de ambos pies, que los guiaba, guardaba el puente que ya he citado y que transformaba el edificio en una ratonera. Creo que fue mi peor media hora la que pasé en aquel armario.

EL OLVIDO

Sin embargo debemos apreciar también las ventajas de la desmemoria. La filosofía estoica ya las apuntaba cuando concebía nuestro conocimiento como una blanda superficie de cera sobre la cual se iban acumulando impresiones de modo que unas a otras se borran y permanecían sólo las más fuertes o las más frecuentes. Si pudiéramos recordar absolutamente todo, por lo mismo apenas podríamos realizar el ejercicio selectivo que llamamos «pensamiento». Al pensar recordamos, pero también olvidamos e innovamos. Y menos mal que así sucede. Necesitamos olvidar. Pensar es eso. Ir por sendas que nos son conocidas, dejar de lado ideas o recuerdos, llegar a conclusiones dando frecuentes saltos sobre muchas cosas que sabemos.. pero decidiendo que no son pertinentes. Eso no nos preocupa. Recordar es este ejercicio selectivo de memoria.

Sólo nos ponemos en alerta si comprobamos que en ese rápido flujo evitamos demasiado algunos lugares, si detectamos un hueco al que no nos queremos acercar. Hay «olvidos significativos». Cada cual se calla sobre ciertas cosas, las que llamó Nietzsche «pudenda» y la humanidad evita también algunos lugares de su pensamiento y su memoria. Son abismos a los que nadie quiere asomarse. No debe extrañarnos esta selectiva geografía del espíritu. A veces no estamos preparados para según qué y la humanidad evita poner ante sus ojos algunas verdades que conoce confusamente. No quiere aclararlas. No todo se puede iluminar y la pretensión de hacerlo es un error. A este no caminar sobre ciertas cosas y no hacerlo todos de consuno le llamó el agudísimo alemán «pudenda», como he recordado. Cuidado con ello. Es lo que no puede ser tratado pero no está fuera, sino que es el fundamento que no conviene iluminar, los pies frágiles del espíritu humano. Por ejemplo y durante la mayor parte de su existencia, de nuevo en opinión de Nietzsche, la humanidad no ha querido recordar que somos una especie animal, entre otras, si bien interesante e imaginativa. Olvidamos tanto o más que recordamos, según nos vaya conviniendo.

Aceptemos pues que tenemos al menos en común la memoria externalizada y algunos significativos olvidos que también forman parte de ella. Y tenemos la memoria individual también con sus lagunas. Los olvidos de cada quién pueden ser sintomáticos, olvidos que significan algo en el fondo de ese individuo. Podemos comprobarlo fácilmente en los demás cuando vemos como superan situaciones o como describen lo que les ocurre. Sabemos que cada cual olvida para saber y olvida para actuar. Para poder vivir con cierta paz el olvido está presupuesto. Y, si no se produce, se exige. Cuando el olvido se manifiesta como deber adquiere, una dimensión distinta, ética.

OLVIDO Y PERDÓN

Existe un imperativo que se enuncia como «olvidalo» o «debes olvidarlo». ¿A qué responde? Todos nos damos unos a otros tal instrucción en momentos particulares. Cuando estamos preocupados, cuando estamos airados, pesarosos, en definitiva, tristes. Conduzco toda esta gama de sentimientos a la tristeza porque no me parece mal la reducción que Espinosa hizo a ella de afecciones del alma que disminuyen la potencia de obrar y conocer del sujeto. Los individuos, recibida esta instrucción, perdonamos o no. Pero ¿qué hacen las sociedades? La instrucción de olvidar es bastante compleja. No es una instrucción fácil de seguir: olvidar las cosas que conducen a la tristeza no es sencillo; con decir «lo olvido» no olvidamos. Sólo podemos estar seguros de haber olvidado cuando nos hemos «olvidado de olvidar». Y sobre esa paradoja, acumula además esta instrucción el que es de muy mal agüero dársela a alguien en su plenitud. La instrucción de olvidar sólo parece tener sentido dictada sobre los afectos tristes, pero sería incompresible o cruel darla para los alegres. Es decir, parece que casi siempre se «olvida para mejorar» tu estado presente. No tiene sentido recomendar o exigir a alguien que olvide lo que le produce alegría, a no ser que se trate de una instrucción cruel, de una amenaza. ¡Olvídate!, dicho a quien nada padece, es una instrucción que tiene su modelo siempre en la del Infierno del Dante, «lasciate ogni speranza!». Avisa de un peligro.

Durante bastante tiempo estuvo esa instrucción presente en nuestra vida civil. Negarlo sería impúdico. Los vencidos, no fueron instruidos para perdonar, sino para callarse. Se declaró su memoria impertinente. A veces todavía se llama a esa memoria con otro nombre. Pero vayamos por pasos. Montaigne en sus «Ensayos» considera las ventajas de la desmemoria y trae a cuento a Cicerón para afirmar que ser desmemoriado es bueno, porque nos hace olvidar las ofensas recibidas. Quien no olvida las ofensas recibidas recibe el nombre de rencoroso. A la memoria del daño que ahora algunas gentes vindican le dan otras asentadas gentes el nombre de rencor. Pero no. El deber de olvidar quiere conseguir desmemoria sobre la tristeza. Es un deber individual que no puede compartirse, externalizarse. Si nadie puede ni tiene derecho a exigirle a otro que abdique de su memoria, menos aún lo tiene un grupo a mantener por memoria común lo que solamente pertenece a una parte de él.

Es bastante notable que, cuando ha surgido y con cuanta tardanza, entre nosotros el tema de la memoria histórica, la reacción corriente por parte de quienes mantuvieron la ortoversión del orden y ordenaron silencio durante décadas haya sido acusar de rencorosos a los antes silenciados. Es como si no advirtieran la necesidad de abdicar de su versión; como si al pedir memoria «se reabrieran las heridas», otra expresión que se ha oído a menudo en este asunto. Está en pie todavía la versión amenazante del ¡olvídate! Peor aún, hay una sofocante detentación de una memoria relevante y victoriosa que quiere mantener en la pobreza y el silencio a la que ha debido callar tanto tiempo.

MEMORIA Y PODER

Porque otra característica de la memoria, que viene ahora al caso, es que cursa en buena connivencia con el poder, o mejor dicho, que es poder. Quienes tienen poder tienen memoria; es parte de él. La memoria es, a su vez, el rastro que el poder deja allí por donde ha pasado. Las gentes bien situadas e incluso postineras poseen abundantes memorias; en ocasiones esas mismas gentes, que llamaré ahora con menos confianza, las aristocracias, guardan su memoria en legajos, archivos y ceremonias, ya se trate de

familias, instituciones, cleros o corporaciones. La memoria se escenifica y esa capacidad habla del poder de quien lo hace. Notablemente, cuando se investigan las ramas colaterales y decaídas de las grandes familias, por ejemplo, se observa que, al descender, los sujetos han perdido la memoria del origen. No saben ya nada. No recuerdan nada, aunque su separación del tronco principal sólo sea de tres generaciones. No les merecía la pena recordar.

La longitud de la genealogía de un individuo, un grupo o una corporación tiene directamente que ver con su importancia. Las estirpes no olvidan. Más bien asean a conveniencia su pasado, lo acomodan a lo respetable. Podemos saber que una gran fortuna aristocrática devino de la trata, pero difícilmente le gustará al heredero que le recordemos a su bisabuelo negrero. Preferirá que le consideremos «un gran hombre», «un coleccionista» o una persona con marcadas creencias espirituales, que de todo hay. Las memorias suelen embellecerse a poco que se las deje de mano. Esta propensión estética no es del todo inocente, pero pertenece de nuevo a lo que el ya tres veces citado Nietzsche llamó «pudenda». No se acuerde, por favor, a ninguno, que debajo del honor yace alguna o mucha porquería. No es de buen gusto. El poder no deja que recordemos, ni menos que le recordemos, según qué cosas.

La memoria no es natural, la colectiva, es producto de una imposición o de un pacto. Escenifica el uno o la otra. Hurtar la memoria, prohibirla, es parte de la contienda. Si queremos darla por terminada tenemos necesariamente que hacer ajustes en lo que ha de conservarse como memoria común.

DE NUEVO MEMORIA Y PERDÓN

Olvidar no es perdonar. Recuerda también Montaigne a Darío, quien «para no echar en olvido la ofensa que había recibido de los Atenenses, hacía que un paje le repitiera al oído tres veces siempre que se sentaba a la mesa, «Señor, acordaos de los Atenenses». No quería perdonarlos. El perdón supone algún tipo de olvido, pero el mero olvido no supone el perdón. Darío quería «dar su merecido» a los atenienses y no se fiaba del propio buen carácter. Se dice, y es cierto, que las personas magnánimas perdonan con facilidad porque en realidad olvidan con mayor facilidad aún. Hay otras gentes, las rencorosas, que no parecen olvidar nunca. Pero eso, todo ello, sucede en el espacio personal. Una sociedad, un grupo grande y con vínculos, expresados mediante la memoria común no puede permitirse ser rencorosa, pero, a día de hoy, tiene que saber administrar su perdón.

PATRIARCADO, GÉNERO Y VIOLENCIA

CONCEPTOS IMPRESCINDIBLES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

ASUNCIÓN VENTURA FRANCH

Profesora de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I

1. INTRODUCCIÓN

2. CONCEPTOS BÁSICOS PARA LA DEFINICIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

4. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es un mal generalizado que acaba afectando a una de cada tres mujeres al menos una vez en la vida. La variedad de los actos de violencia de género es devastadora (UNIFEM) y, a pesar de su persistencia, actualmente existe una mayor comprensión del problema tanto por los organismos internacionales como en los diferentes Estados.

En nuestro país la percepción social de la violencia contra las mujeres se identifica como uno de los principales problemas que tiene la sociedad española. La aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (BOE del 29) (en adelante, LOIVG) ha contribuido de manera importante a este cambio de percepción. La puesta en marcha de una serie de medidas y acciones previstas en la ley ha posibilitado que las mujeres que sufren violencia tengan un mayor nivel de protección que les da más confianza en el sistema a la hora de denunciar a los maltratadores y con ello se aflora parte de la violencia que antes estaba invisibilizada. No obstante, la crisis económica está complicando la situación a las mujeres que sufren violencia al tener más dificultades para encontrar un trabajo.

La violencia de género no puede ser considerada como una patología social que se reduce al ámbito privado. Al contrario, constituye una manifestación de la desigualdad de mujeres y hombres existente en nuestra sociedad. Así lo ha reconocido la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de Naciones Unidas y la resolución del Parlamento Europeo sobre Tolerancia Cero de 1997.

Las mujeres que son víctimas de la violencia de género sufren un grave atentado contra buena parte de sus derechos más fundamentales: derecho a la igualdad y a la prohibición de toda clase de discriminación (art. 14 CE), derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17 CE), entre otros. Igualmente ven afectados otros derechos que conectan con el bienestar de la persona y su familia: derecho al trabajo (art. 35 CE), derecho a la protección social de la familia y de los hijos (art. 39 CE), derecho a prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE), etc. Concretamente, la situación de especial vulnerabilidad que sobreviene tras un episodio de violencia de género afecta al ámbito personal, familiar, económico, laboral, sanitario y asistencial.

La constitución Española de 1978 obliga a los poderes públicos, en virtud de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), proyectada en el mandato dirigido a promover las condiciones de igualdad entre las personas y los grupos (art. 9.2 CE), a adoptar medidas fácticas y legislativas para hacer efectivas las previsiones constitucionales ante la situación de especial desamparo de las víctimas de la violencia de género.

Para resolver los graves problemas que deben afrontar las víctimas de la violencia de género, especialmente en lo referido a la protección de los derechos fundamentales

que merecen, a finales de enero de 2005 entró en vigor LOIVG. Se trata de una ley que se suma a la normativa existente tanto del ámbito internacional, europeo y de las Comunidades Autónomas que representan una gran complejidad en atención a las competencias, los sujetos y las instituciones implicados.

La perspectiva adoptada al elaborar este texto legal ha seguido las orientaciones internacionales y europeas, en la medida que se ha definido la violencia de género de acuerdo a parámetros establecidos en las convenciones internacionales. También de acuerdo con estas recomendaciones, y por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se ha elaborado una normativa que, desde una perspectiva integral, afecta a diferentes disciplinas del derecho de manera simultánea: derecho laboral, derecho de la seguridad social, derecho administrativo y de la función pública, derecho mercantil y derecho a los servicios sociales.

De acuerdo con el mandato constitucional de la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el legislador venía obligado a abordar esta cuestión y, además, de forma integral, para tomar medidas en los ámbitos susceptibles de generar violencia. Es necesario erradicar esta lacra por cuanto que supone una violación de los derechos fundamentales de las víctimas.

Las normas van a contribuir de manera importante a erradicar la violencia contra las mujeres pero una cuestión que va a ser determinante para su efectividad y proteger a las víctimas, es conocer y ahondar en el concepto de género, violencia y patriarcado. Evidentemente resulta imprescindible para poder entender las causas que motivan la condición de sujeto activo y pasivo en los casos de violencia de género así como sus consecuencias sociales y jurídicas.

2. CONCEPTOS BÁSICOS PARA LA DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La violencia de género es un término muy usado para designar algunas de las agresiones que los hombres infringen a las mujeres pero no tiene un significado unánime, en la mayoría de los casos, se utiliza de forma parcial identificando violencia de género con algunos de los tipos¹ en los que se manifiesta la violencia de género.

Podría no resultar interesante intentar acotar un concepto a través del cual se puedan reconducir todas estas agresiones desde el punto de vista conceptual, si no tuviéramos en cuenta las consecuencias tan nefastas que ello puede tener para la erradicación de la violencia de género. Como muy bien señala Celia Amorós² es necesario conceptualizar para dar nombre a unos determinados grupos de fenómenos y, así

¹ La declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104, ONU, 1994. Define la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual, psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada». Esta violencia incluye la violencia física, psicológica y sexual. Esta tipología ha sido ampliada a propuesta del grupo de especialistas para combatir la violencia de las mujeres en el Consejo de Europa (1997) añadiendo además de las ya señaladas la violencia económica, violencia estructural, violencia espiritual, violencia política e institucional y violencia simbólica. Para ampliar esta temática se puede consultar el trabajo realizado por la doctora Victoria Ferrer en Ferrer, V. A. (2007): «Las diversas manifestaciones de la violencia de género» en Ed. Bosch (Comp.), La violencia de género: algunas cuestiones básicas (pp. 61-106). Jaén: Formación Alcalá.

² Amorós, C. «Conceptualizar es politizar» en Género, violencia y derecho. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. p 16. Amorós C, op cit, apoyándose en Kant plantea que los conceptos sin datos empíricos que los avalen son vacíos, pero que los datos empíricos sin conceptos son ciegos. P17. La autora señala que la resignificación del lenguaje ha sido una de las armas de los oprimidos y muy utilizada por el movimiento feminista propone hablar de terrorismo patriarcal, terrorismo sexista y de terrorismos de género.

pasar a categoría lo que antes eran simples anécdotas. En definitiva los conceptos resultan de una gran utilidad para designar una realidad y a la vez poder comprenderla.

La violencia contra las mujeres es mucho mayor en número de víctimas de lo que en realidad señalan las estadísticas porque al no existir un concepto unificador de la violencia de género, los datos se fragmentan y parece que su alcance sea menor. Aun así, nos parecen escalofriantes los datos que reflejan las mujeres muertas por su pareja o por su ex pareja en España o en cualquier otro país pero si a esto se añade la violencia que las mujeres sufren en el trabajo, en la política, en la economía y en cualquier tipo de relación, quizá el resultado podría ser insostenible desde cualquier tipo de análisis y cuestionar los propios fundamentos del estado.

Para comprender y conceptualizar la violencia contra las mujeres es necesario acudir al concepto de patriarcado en cuya estructura reside el origen de esta violencia. Para ello, adoptaremos dos definiciones una de carácter general que afecta a la totalidad de un sistema y otra más concreta que detalla algunas situaciones que en principio parecen contradictorias con el sistema patriarcal pero que sin embargo son consecuencia del mismo.

La primera definición de carácter general corresponde a Celia Amorós³ que entiende por patriarcado un modo de dominación de los varones sobre las mujeres que tiene efectos sistémicos. La segunda, de carácter más concreto pero que tiene un gran interés para comprender las formas y los mecanismos que adopta ese modo de dominación. Así, Alda Facio⁴ define el patriarcado «como el poder de los padres; un sistema familiar, social ideológico y político mediante el cual los hombres, por la fuerza, usando la presión directa o por medio de símbolos, ritos tradicionales, leyes, educación, el imaginario popular o inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, la división sexual del trabajo y la historia robada, determinan que funciones podemos o no desempeñar las mujeres. En este sistema, el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder como las reinas o las primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder, como es el poder que ejercen las madres las madres sobre los y las hijas».

La concreción de esta definición de patriarcado permite, por una parte visualizar que este poder puede utilizar todas las formas de sometimiento incluido la violencia y además, no excluye la posibilidad que algunas mujeres individualmente participen del poder patriarcal o que tengan un cierto tipo de poder que el patriarcado no lo considera como tal.

El concepto de patriarcado ha sido resignificado por la teoría feminista y además ha sido desnaturalizado, tanto la resignificación como la desnaturalización han contribuido en gran medida al cuestionamiento del patriarcado como un sistema de dominación incompatible con los sistemas democráticos. Una de las razones que ha contribuido a la consolidación y permanencia del patriarcado ha sido la teorización y justificación de que formaba parte de la naturaleza humana lo que contribuía a su aceptación como algo irremediable y a la vez inmodificable. La teoría feminista aporta

³ Amorós, C. «Conceptualizar es politizar». op cit, p.18.

⁴ Facio, A. «El derecho como producto del patriarcado» en A. Facio y R. Camacho (eds) Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del derecho) pp7-29. Intenta sintetizar algunas definiciones de patriarcado.

elementos científicos suficientes para entender que el que haya existido de forma generalizada no quiere decir que no pueda dejar de existir.⁵

Al concepto de género se le atribuyen orígenes diferentes.⁶ Como señala Rosa Cobo⁷ la categoría de género se ha desarrollado en varias direcciones pero señalaremos dos relacionados con este trabajo: *En primer lugar, se refiere a la existencia de una normatividad femenina edificada sobre sexo como hecho anatómico. Y en segundo lugar, esta normatividad femenina reposa sobre un sistema social en el que el género es un principio de jerarquización que asigna espacios y distribuye recursos a varones y mujeres. Este sistema social será designado por la teoría feminista con el término patriarcado.*

Gayle Rubin⁸ define el sistema sexo/género como un conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos humanos. Así el sexo lleva la marca de la biología y el género la marca de la cultura. «es el conjunto de prácticas, símbolos, representaciones normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual». La estructuración del sistema sexo/género comporta necesariamente la represión de aquellas conductas que se aparten del modelo. La violencia de género presupone una posición de poder de los hombres en la sociedad, dado que en la estructura del sistema sexo/género, el sexo que ejerce el poder es el masculino, y fruto de esa posición se ejerce la violencia contra las mujeres con el ánimo de control y subordinación.

La cultura ha establecido un sistema de organización sobre una base biológica por la que las mujeres, históricamente, han sido dominadas y se han encontrado en una posición de subordinación y los hombres en una posición de dominación, para analizar esta situación es necesario partir de la existencia de estas dos posiciones claramente diferenciadas pero, a la vez, estrechamente vinculadas hasta el punto que no se puede entender la una sin la otra, así que para que un grupo esté subordinado debe existir otro grupo dominante. La subordinación de las mujeres -al igual que cualquier otro tipo de subordinación- se produce porque otros, apoyados por todos los instrumentos del poder, ejercen la función de dominio. Por ello, es necesario analizar las relaciones que se dan entre la posición subordinada y la posición de dominante, y las consecuencias que ha tenido y la dificultad que comporta intentar, a partir de esta estructura, poder establecer unas relaciones igualitarias. Simplificando, podríamos señalar que hay dos grandes bloques de funciones en la historia de la humanidad, en la que los hombres, por tener un sexo determinado, han realizado unas funciones que son las que tienen más valor, las del dominante, mientras que las mujeres por tener un sexo diferente al del hombre han realizado todas aquellas funciones que socialmente tienen un reconocimiento menor. Las diferentes asignaciones de funciones sociales en base al sexo han generado una estructura social marcada por la subordinación y la discriminación de las mujeres en todos los ámbitos.

⁵ Barrère, M. A. (2008): «Género, discriminación y violencia contra las mujeres», en *Género, violencia y derecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008 pp. 27 - 47.

⁶ Izquierdo, M.J (1998), *El malestar de la desigualdad. Feminismos*, Cátedra. Madrid. Esta autora atribuye el origen del concepto de género a la psiquiatría. Otras autoras, como Silvia Turbet, lo atribuyen a la endocrinología infantil. Pero, de forma mayoritaria, la acuñación del concepto de género se atribuye a la antropóloga feminista Gayle Rubin en 1975 y a partir de ese momento se convierte en una categoría central del pensamiento feminista.

⁷ Cobo, R. « El género en las ciencias sociales » en: *Género, violencia y derecho. Tirant lo Blanch. Valencia.2008. p. 53.*

⁸ Rubin, David Glover, Cora Kaplan, Géneros i identitats culturals. Eumo Editorial, 2002.

Por tanto, el género no puede identificarse con mujer ni tampoco con sexo, aunque el hecho de tener un sexo femenino es la base de la asignación de funciones que tienen una peor valoración. El género no puede confundirse con el hecho de ser mujer porque en primer lugar hay dos géneros, masculino y femenino con posiciones diferentes como hemos visto, y en segundo lugar, un género no puede explicarse solo dado que necesita del otro para su existencia.⁹ La asignación de funciones diferentes en base al sexo y la jerarquización de los géneros es una cuestión que se nutre de razones culturales e históricas y sobre el que se ha sustentado la construcción social y todavía condiciona el modo de percibir la realidad.

La modernidad ha introducido valores y principios que reconceptualizados desde la teoría feminista cuestionan la jerarquización de los géneros masculino y el femenino pero, a pesar de los avances producidos en los últimos años, todavía no se ha construido un modelo alternativo al sistema sexo/género, capaz de eliminar la dominación versus subordinación y establecer un sistema cuyo fundamento sea la persona y no el sexo de la misma.

Los nuevos valores y principios que sirvieron de base para establecer un nuevo modelo de sociedad sobre todo el principio de igualdad, no estaban pensados para construir un nuevo modelo de relaciones sino para ordenar un sistema político en el que los hombres fueran libres en el ámbito privado e iguales en el ámbito público. La exclusión de las mujeres en un primer momento formaba parte de la naturalización¹⁰ del proceso y así se interiorizó en la idea de igualdad sobre la base de un modelo exclusivamente masculino.

El modelo masculino comporta una violencia que es producto de las construcciones culturales y en este sentido se define la violencia como una modalidad cultural, conformada por conductas destinadas a obtener el control y la dominación de otras personas.¹¹

El dominio patriarcal se ha sustentado sobre la violencia y en la actualidad en el noventa por cien de los crímenes violentos alrededor del mundo son cometidos por personas del sexo masculino.¹² De acuerdo con estos autores la violencia es una modalidad cultural conformada por conductas destinadas a obtener el control y la dominación sobre las personas.

⁹ Turbet, S: *la crisis del concepto de género*. En Género, Violencia y Derecho...op cit., p.99 En los últimos tiempos se utiliza mucho la palabra género porque parece que sea un término más fácilmente aceptado y así se evita hablar de patriarcado, también y de alguna manera se pretende invisibilizar al feminismo como teoría crítica que reconceptualizó el patriarcado e incluso el término género. Además hay una cierta creencia, por cierto cada día más extendida, que identifica género con mujeres y así nos podemos encontrar con algunos estudios que se denominan de género y en realidad solamente hablan de mujeres, no establecen una relación dialéctica entre ambos géneros y ello conlleva que cualquier propuesta que realicen es parcial y normalmente no va a contribuir a la eliminación de la discriminación de las mujeres. La utilización de género se cuestiona tanto desde el feminismo de la diferencia como desde el feminismo de la igualdad porque representa una abstracción voluntarista en detrimento de la representación sexual y del conflicto inherente a ella. Silvia Turbet: *la crisis del concepto de género*. En Género, Violencia y Derecho...op cit., p.99

¹⁰ Amorós, C. « Conceptualizar...op cit, p.20. La autora señala que el movimiento feminista se ha encargado de desnaturalizar cuestionando la configuración histórica de la dicotomía público-privado (Amorós: 2008)

¹¹ Peyrú G y Corsi J, *Las violencias sociales en Estudios sobre violencias*. Ariel, 2003 p. 20. Así los autores distinguen entre agresividad y violencia afirmando que el ser humano es agresivo por naturaleza pero es pacífico o violento según su propia historia individual y la cultura a la que pertenece. El potencial de agresividad innato es modelado cuidadosamente por las diferentes culturas, mediante la poda de numerosas conductas agresivas potenciales y la canalización exitosa de aquellas permitidas. La cultura, por tanto, juega un papel esencial en la transformación de los potenciales agresivos en ese producto final llamado violencia que siempre resulta de la interacción entre naturaleza y cultura.

¹² Corsi J.; Peyrú, G. M. (2003): *Violencia Sociales*, Ed. Ariel, S. A. Barcelona.

La violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres resultó ser un motivo de gran preocupación para el movimiento feminista y, por ello, desde los años sesenta del siglo pasado el movimiento feminista centra su atención en la violencia sexual y en la violencia contra las mujeres en un doble sentido, por una parte deslegitimando la misma como un instrumento de resolución de conflictos y por otra, elaborando nuevas propuestas de análisis. En la década de los setenta la violencia contra las mujeres en la pareja comenzó a denunciarse de forma específica como problema y nació en Inglaterra el movimiento de mujeres maltratadas con la apertura de una casa de acogida que poco a poco, esta práctica se fue extendiendo a otros países europeos. En la década de los ochenta, las feministas europeas comenzaron a presionar a sus respectivos gobiernos a adoptar medidas para la erradicación de la violencia y la protección de las mujeres maltratadas.¹³

A partir de estos acontecimientos se va ampliando el debate acerca de la violencia contra las mujeres y los organismos internacionales asumen esta problemática y se elaboran declaraciones contra la violencia que se ejerce a las mujeres, quizá la pionera sea la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada en diciembre de 1993 y promulgada en 1994. Esta Declaración define la violencia como una consecuencia de la situación de subordinación que pacen las mujeres. Pero, además del origen de la violencia, es necesario situar la violencia en el contexto político y social actual y analizar qué consecuencias tiene para las mujeres que la sufren, en cuanto a limitación de los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional y en el ámbito estatal. Las diferentes formas de violencia contra las mujeres representan una violación de los derechos humanos, y la violencia puede ser física, la psicológica, la sexual e incluso las amenazas de sufrir violencia y pueden producirse tanto en el contexto familiar como en cualquier otro tipo de relaciones fuera de la familia sin que necesariamente medien relaciones de afectividad. En realidad se trata de una violencia basada en el hecho de ser mujer.¹⁴

Analizados los conceptos de patriarcado, género y violencia entendemos que tienen una clara relación y que cualquiera de las definiciones y conceptos sobre la violencia de género deben relacionarse con el patriarcado y con la subordinación de las mujeres por ello seguiremos la definición de las profesoras Esperanza Bosch y Victoria Ferrer hablaremos de violencia de género o violencia contra las mujeres para hacer referencia a aquellas formas de violencia que son ejercidas por varones contra mujeres por el hecho de serlo y por la posición social que ocupan en función de su condición de mujeres en la sociedad patriarcal.¹⁵

La violencia generada por el sistema sexo/género ha sido denominada de diferentes formas. Las denominaciones de los problemas están relacionados con el grado de

¹³ Bosch, E., Ferrer, V y Alzamora A, *El laberinto patriarcal*. Anthopos Editorial 2006. P. 93. La directora ejecutiva de UNIFEM, Noeleen Heyzer, realizó unas declaraciones en el Foro Mundial contra la Violencia de las Mujeres en Valencia en el año 2000. En las que señala que las diferentes formas de violencia contra las mujeres representan una violación de los Derechos Humanos.

¹⁴ Bosch, E., Ferrer, V. Ferreiro, A. y Navarro, Capilla, *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*. Anthropos. Barcelona. 2013

¹⁵ No entraremos en detallar las clases de violencia porque no es objeto de este trabajo pero, no obstante resulta de un gran interés ver los tipos de violencia contra las mujeres y las diferentes clasificaciones. Solamente nos puede servir para este trabajo un criterio de clasificación adoptado por Bosh y Ferrer de carácter más amplio que señala dos grandes ámbitos de la violencia: aquellas que surgen de las relaciones afectivas y las que surgen de las relaciones que se producen en el ámbito público sean o no relaciones afectivas.

asunción que una sociedad determinada tiene sobre el hecho en concreto. En el caso de la violencia contra las mujeres, al igual que en otros temas como la representación política, la conciliación entre la vida laboral y familiar, etc., la tendencia habitual es que en un primer momento se tiende a buscar denominaciones genéricas en las que resulta difícil identificar a los sujetos que intervienen en la relación, en el caso que nos ocupa, el agresor y la víctima. Y ello no es casual porque de esta manera parece que los sujetos pueden ser intercambiables.¹⁶ Así ocurre cuando en un primer momento la violencia contra las mujeres se denomina violencia doméstica,¹⁷ ésta denominación permite difuminar el origen de la violencia y la posición de los sujetos. En la medida que los estudios van confirmando que la violencia doméstica se fundamenta en el sistema sexo/género se dan los primeros pasos para que las organizaciones internacionales y las normas que de ellas fluyen comiencen a reconocer y consolidar que la violencia doméstica es un tipo concreto de violencia que tiene su raíz en las relaciones de poder que se han establecido en la sociedad y en las que las mujeres ocupan una posición de inferioridad respecto de los hombres. Pero resulta complicado resolver el problema conceptual porque es difícil establecer consensos en relación a la asunción por parte de la sociedad de que el sistema sexo/género ha consolidado un tipo de organización social que impide la implantación de una sociedad estructurada sobre la base de la igualdad de la ciudadanía, a pesar de los esfuerzos políticos y legislativos que se están realizando.

El concepto de violencia de género de acuerdo con el análisis realizado se puede identificar con el que se señala en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la que se determina el origen de la violencia en los siguiente términos: «la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre» (apartado 6). Y el artículo 1 de la mencionada Declaración define por violencia contra la mujer todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. Y en el art.2 enuncia una tipología de la violencia que puede perpetrarse tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Dejando la puerta abierta a la existencia de una tipología más amplia. La violencia en el ámbito familiar o en las relaciones de afectividad es un tipo de violencia contra la mujer pero hay otras muchas tanto en el ámbito privado como en el público.

¹⁶ La Magistrada que plantea la Cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 153.1 del CP modificado de acuerdo con la redacción dada por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Admite la posibilidad de una autoría femenina del delito contemplado en el art.153.1 del CP, tal y como se señala en la STC 59/2008, de 14 de mayo (Fj.4)

¹⁷ Se puede señalar que la primera expresión que se utiliza para designar este tipo de violencia es el término «malos tratos» así figura en los primeros datos estadísticos del Ministerio del Interior sobre la violencia en el ámbito familiar en 1984. A partir de finales de la década de los 90 se comienza a generalizar el término violencia doméstica. El Observatorio contra la Violencia doméstica y de género del Consejo General del poder Judicial se crea en el año 2002. Con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las Víctimas de violencia doméstica es la primera vez que se incorpora este término en una ley procesal.

En el mismo sentido se ha definido por la resolución del Parlamento Europeo sobre Tolerancia Cero de 1997 «Considerando que la violencia contra las mujeres está sin duda alguna vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad».

3. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La legislación española, con respecto a la violencia de género ha experimentado una serie de cambios en lo referente a su denominación que coincide con lo que ha ocurrido en el ámbito internacional, así se ha pasado de la violencia como malos tratos, violencia doméstica y violencia contra las mujeres, a pasar de forma mayoritaria a denominarse violencia de género. No obstante, todavía no existe en nuestro país un concepto unificador acerca de la violencia de género ni desde el punto de vista terminológico ni conceptual. La normativa española sobre violencia de género, tanto si se trata de normas del ámbito autonómico como estatal, refleja esta confusión no solo entre las diferentes normas que regulan aspectos relacionados con la violencia de género, sino incluso en una misma norma. En un análisis de las normas existentes¹⁸ podemos constatar una gran variedad terminología, además, de los términos ya conocidos como violencia de género, violencia contra las mujeres y violencia doméstica, se dan otras denominaciones como malos tratos, violencia sexista, violencia hacia la mujer, violencia machista y violencia sobre la mujer.

A la variedad en la denominación de la violencia contra las mujeres se añade una cierta confusión en la conceptualización de la misma. Si se analizan las definiciones acerca de la violencia que realizan cada una de estas normas, en la mayoría de los casos, se observa una falta de conexión entre el término utilizado en el enunciado para designar la violencia y el concepto de la misma. La violencia contra las mujeres que define Naciones Unidas en la Declaración de 1994 como se ha señalado anteriormente está fundamentada en el concepto de patriarcado, al igual que la violencia de género. Sin embargo, la mayoría de las leyes a pesar de invocar en las exposiciones de motivos a la citada Declaración en el texto articulado circunscriben la violencia de género a uno de los tipos, esto es, a la violencia que se produce en las relaciones.

Desde esta perspectiva se analiza la normativa estatal y autonómica y se distinguir entre:

3.1. NORMAS QUE SE ENUNCIAN COMO VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL CONTENIDO DE LA NORMA NO SE CORRESPONDE CON EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

De todas las leyes de las CCAA y del Estado que establecen una regulación contra la violencia la mayoría se denominan leyes contra la violencia de género, pero cuando definen la violencia de género la circunscriben al ámbito de las relaciones afectivas. Una de estas normas es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de

¹⁸ A los efectos de este estudio solamente se ha tenido en cuenta las leyes tanto estatales como autonómicas que el objeto de la ley es la regulación de la violencia de género. No obstante, existen algunas leyes que abordan la violencia de género dentro de las leyes de igualdad de mujeres y hombres como la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla León, Ley 9/2003, de 2 de abril para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la Comunidad Valenciana y la Ley 4/2005, de 18 de febrero para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco.

Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de diciembre de 2004) que limita la violencia de género sólo a la que se produce entre personas que tienen o han mantenido relaciones afectivas.

Esta ley es una de las que más relevancia ha tenido en el ámbito del Estado español y se alinea claramente con las nuevas tendencias en la denominación de violencia de género, a pesar de los informes contrarios a esta denominación por organismos¹⁹ muy relevantes que realizaron otras propuestas no acordes con la doctrina científica en relación a la nueva conceptualización de la violencia; sin embargo y en contra de estas opiniones la ley adoptó una terminología más acorde con las nuevas tendencias.

La ley, como señalan algunas autoras,²⁰ se dota de una exposición de motivos muy profunda en su diagnóstico que hacía prever un articulado ambicioso y luego no ha sido así. Esta misma aseveración se puede aplicar al concepto y definición de lo que la ley entiende por violencia de género. Si analizamos la exposición de motivos con detenimiento se puede concluir que la ley ha incorporado las declaraciones internacionales sobre la violencia de género. Así, sitúa el origen de la violencia fuera del ámbito privado y considera que es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión (párrafo primero de la exposición de motivos).

Incluso, se hace eco de la definición técnica en relación al síndrome de la mujer maltratada y reconoce los tres ámbitos básicos de la relación de la persona: maltrato en las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral (párrafo tercero de la exposición de motivos).

A pesar de ello, cuando define la violencia de género la circunscribe a las relaciones afectivas aún reconociendo que el fundamento de la violencia son las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

Artículo 1. Objeto de la ley: 1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Otra de las leyes, en este caso del ámbito autonómico que utiliza la terminología de violencia de género es la ley de la comunidad autónoma de las Islas Canarias. Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género (BOCAN del 7 de mayo). Que define la violencia de género:

Artículo 2. Definición de violencia de género: A los efectos de la presente Ley, se entiende por violencia contra las mujeres todo tipo de actuación basado en la pertenencia a dicho sexo de la víctima, y con independencia de la edad de ésta, que, a través de medios físicos o psicológicos, incluyendo las amenazas, intimidaciones o coacciones, tenga como resultado posible o real un daño o su-

¹⁹ Informe de la Real Academia Española de 19 de mayo de 2004, sobre la expresión Violencia de Género, en la que se propone la denominación de violencia doméstica a la que pretenden que se añada «o por razón de sexo» para el supuesto de inclusión de los casos de violencia contra la mujer ejercida por parte del novio o compañero sentimental con el que conviva.

²⁰ Rubio, Ana, La capacidad transformadora del derecho en la violencia de género. Isonomia: <http://isonomia.uji.es/>

frimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, y se realice al amparo de una situación de debilidad o de dependencia física, psicológica, familiar, laboral o económica de la víctima frente al agresor.

La definición de violencia tiene un sentido amplio y es en el artículo cuatro de la ley²¹ dónde concreta las situaciones de violencia de género en función de la relación existente entre el agresor y la víctima distinguiendo tres ámbitos: doméstico, laboral y social. Estableciendo en cada una de las situaciones la relación entre el agresor y la víctima y es en la violencia social la única situación que no exige la existencia de relación.

En la Comunidad autónoma de Andalucía la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral Contra la Violencia de Género (DOJA del 18 de diciembre), también define el concepto de violencia de género en clara consonancia con el concepto acuñado en la Declaración de Naciones Unidas, así

Artículo 3. Concepto de violencia de género.

1. A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo.
2. La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada.

Sin embargo, después de esta definición de violencia de género que sería homologable con todos y cada uno de los parámetros que comprende la violencia de género, en el apartado tercero²² de este mismo artículo circunscribe los efectos de la ley a la

²¹ Artículo 4: Situaciones de violencia de género. En función al ámbito y naturaleza de la relación que une al agresor con la víctima, las situaciones de violencia contra las mujeres se clasifican en: a) Situaciones de violencia doméstica: son las que se operan por quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo, conyugal, de pareja, paterno-filial o semejante, con la víctima. Se incluyen en este ámbito los supuestos de violencia cometidos sobre personas que estén o hayan estado ligadas al agresor por relación conyugal o análoga relación de afectividad, sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro. b) Situaciones de violencia laboral y docente: son las que se operan por quienes sostienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima, prevaleciéndose de una posición de dependencia, frente a los mismos, de la víctima. c) Situaciones de violencia social: son las que se operan por quienes carezcan, en relación con la víctima, de cualquiera de los vínculos que se relacionan en los dos apartados anteriores del presente artículo.

²² 3. A los efectos de la presente Ley, se considera violencia de género: a) Violencia física, que incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien este o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Asimismo, tendrán la consideración de actos de violencia física contra la mujer los ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral. b) Violencia psicológica, que incluye toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien este o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Asimismo, tendrán la consideración de actos de violencia psicológica contra la mujer los ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral. c) Violencia económica, que incluye la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja. d) Violencia sexual y abusos sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima.

existencia de relaciones de afectividad entre la víctima y el agresor y sólo excluye esta posibilidad cuando se trate de violencia sexual y abusos sexuales.

En la Región de Murcia, la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia. (BORM del 21), define en el artículo cuarenta²³ la violencia de género toda agresión física o psíquica ejercida a una mujer incluyéndose la ejercida sobre su descendencia menor de edad o personas que dependan de ella por razón de su sexo. No hace referencia a las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer por lo que presupone que el hecho de ser mujer comporta una situación de subordinación y por tanto de discriminación y establece ocho tipos de la violencia de género, en las agresiones físicas o psíquicas las condiciona a la existencia de una relación de afectividad con el agresor. Sin embargo, en los otros tipos de violencia no exige ningún tipo de relación.

En la Comunidad de Madrid, la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género, define la violencia de género todas las manifestaciones de la violencia ejercidas sobre la mujer como expresión de la discriminación las situaciones históricas de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.²⁴ Al mismo tiempo establece siete tipos de violencia en la que sólo exige la existencia de una relación afectiva cuando se trata de violencia física o psíquica, pero no en los demás casos. También considera violencia de género la ejercida sobre menores y personas dependientes de la mujer a la que se intenta causar perjuicio.

²³ Artículo 40. Definición y formas de violencia de género. 1. A los efectos de la presente Ley, se entiende por violencia de género, toda agresión física o psíquica ejercida a una mujer, por razón de su sexo, que sea susceptible de producir en ella un menoscabo de su salud, integridad física, libertad sexual o cualquier otra situación que restrinja su libertad, incluyéndose la ejercida sobre su descendencia menor de edad y personas que dependan de ella siempre que lo hubieran sido por razón de su sexo. 2. *a)* los efectos de esta Ley, se considera violencia de género: *a.* Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En el caso de mujeres con discapacidad, se incluirán aquellas agresiones ejercidas por hombres de su entorno familiar, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. *b)* Las agresiones y abusos sexuales contra la mujer. *c)* La mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones. *d)* La inducción a una mujer a ejercer la prostitución. *e)* El acoso sexual en el ámbito laboral. *f)* Las detenciones ilegales, amenazas y coacciones. *g)* El tráfico o el favorecimiento de la inmigración clandestina de mujeres. *h)* Las manifestaciones de violencia física o psíquica ejercida sobre la mujer asociadas a la posición de poder que ocupan los varones en la estructura social.

²⁴ Artículo 2. Ámbito de aplicación. 1. Quedarán incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley todas las manifestaciones de Violencia de Género, ejercidas sobre la mujer, como expresión de la discriminación, la situación histórica de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. 2. La Violencia de Género a que se refiere la presente Ley comprende toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual, o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad. Asimismo, se considera Violencia de Género la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquella. Quedan también incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, las conductas que tengan por objeto mantener a la mujer en la sumisión, ya sea forzando su voluntad y su consentimiento o impidiendo el ejercicio de su legítima libertad de decisión en cualquier ámbito de su vida personal. 3. En particular, se entienden incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las siguientes acciones o conductas, en la forma en que quedan definidas en el Código Penal: *a)* Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En el caso de mujeres con discapacidad, también las agresiones físicas o psíquicas ejercidas por hombres de su entorno familiar o institucional, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. *b)* Las agresiones y abusos sexuales contra la mujer. *c)* La mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones. *d)* La inducción a una mujer a ejercer la prostitución, empleando violencia, intimidación o engaño, o con abuso de la situación de inferioridad, de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. *e)* El acoso sexual en el ámbito laboral. *f)* Las detenciones ilegales, amenazas y coacciones. *g)* El tráfico o el favorecimiento de la inmigración clandestina de mujeres con fines de explotación sexual.

LEY 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura sigue la definición de la violencia de género señalada en la ley Integral contra la violencia de género tal y como señala en su art.4.5 y limita la violencia de género a los casos en que haya existido una relación de afectividad.

Algunas leyes se acercan con más exactitud al concepto de violencia de género en este sentido se puede citar la Ley 11/2007, de 27 de julio, Gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género que en el artículo 1.2 de la ley cuando señala el objeto de la misma define la violencia de género como: cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o privada. Así mismo en el artículo tres señala las formas de violencia incorporando una amplia tipología.

También la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León señala como violencia de género A los efectos de esta ley se entiende por violencia de género cualquier acto de violencia hacia las mujeres, que se ejerce contra ellas por el hecho de serlo, y que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluyendo las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como privada. (ar.2.1) y en el mismo artículo establece una tipología de la violencia señalando claramente que estas formas de violencia pueden manifestarse en alguno de los siguientes ámbitos:de la pareja, ex pareja o relación de afectividad análoga, ámbito familiar, ámbito laboral y ámbito social o comunitario.

Estas dos leyes sitúan correctamente el origen de la violencia de género y no la limitan al ámbito de las relaciones afectivas.

3.2. NORMAS QUE IDENTIFICAN VIOLENCIA DE GÉNERO CON VIOLENCIA SEXISTA, MACHISTA, DOMÉSTICA, MALOS TRATOS Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La ley de la Comunidad Foral de Navarra²⁵ para la Adopción de Medidas Integrales contra la Violencia Sexista en el artículo uno identifica violencia sexista con violencia de género. El artículo define lo que entiende por violencia sexista o de género teniendo en cuenta todo acto basado en la superioridad de un sexo sobre otro. Por tanto, la ley presupone que la violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y, en este sentido, sería equiparable el concepto a la violencia de género.

²⁵ Ley 22/2002, de 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista. Artículo 1: Objeto: Constituye el objeto de esta Ley Foral la adopción de medidas integrales para la sensibilización, prevención y erradicación de la violencia sexista, así como la protección y asistencia a las víctimas de agresiones físicas y psicológicas. A estos efectos se entiende por violencia sexista o de género todo acto de violencia o agresión, basado en la superioridad de un sexo sobre otro, que tenga o pueda tener como consecuencia daño físico, sexual o psicológico, incluida la amenaza de tales actos y la coacción o privación arbitraria de libertad, tanto si ocurren en público como en la vida familiar o privada. Esta Ley Foral también tiene por objeto establecer mecanismos para la reeducación y reinserción social de los agresores.

La ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria²⁶ que tiene por título Ley Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección de sus Víctimas en el artículo dos define la violencia de género a toda conducta activa u omisiva de violencia o agresión basada en la pertenencia de la víctima al sexo femenino y en el artículo tres describe diez tipos de violencia en la que solo exige la existencia de relaciones de afectividad o convivencia en los malos tratos económicos.

La ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña²⁷ del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista no hace referencia al género pero en la definición de la violencia machista que establece en el artículo tres sitúa el origen de la violencia en las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, por lo que podríamos afirmar que el concepto sería intercambiable con el de la violencia de género. Además es llamativo que esta ley reconozca el derecho que tienen las mujeres y, por tanto la obligación de actuar de los poderes públicos, a erradicar la violencia de género. Establece que la finalidad de la ley es atender a las personas para que puedan superar las conse-

²⁶ Ley 1/2004, de 1 de abril. Artículo 2. Concepto de violencia de género: A los efectos de esta Ley, se entiende por violencia de género toda conducta activa u omisiva de violencia o agresión, basada en la pertenencia de la víctima al sexo femenino, así como la amenaza de tales actos, la coacción o privación ilegítima de libertad y la intimidación, que tenga como resultado posible o real un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto si ocurre en público como en la vida familiar o privada. Artículo 3: Formas de violencia de género. Se consideran, a los efectos de esta Ley, formas de violencia de género en función del medio empleado y el resultado perseguido, y con independencia de que las mismas estén o no tipificadas como delito o falta penal o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento, las consistentes en las siguientes conductas: a) Malos tratos físicos, que incluyen cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima. b) Malos tratos psicológicos, que incluyen toda conducta que produce en la víctima desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento, culpabilización, limitaciones de su ámbito de libertad y cualesquiera otros efectos semejantes. c) Malos tratos económicos, que incluyen la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos para el bienestar físico o psicológico de la víctima y de sus hijos e hijas o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar, en la convivencia de pareja o en las relaciones posteriores a la ruptura de las mismas. d) Agresiones sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la víctima, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima. e) Abusos sexuales a niñas, que incluye las actitudes y comportamientos, incluida la exhibición ante ellas y la observación de las mismas realizada por un adulto para su propia satisfacción sexual o la de un tercero, bien empleando la manipulación emocional, el chantaje, las amenazas, el engaño o la violencia física. f) Acoso sexual, que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaliéndose el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la víctima de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma. Se incluye el acoso ambiental que busque la misma finalidad o resultado. g) El tráfico o utilización de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual, cualquiera que fuere el tipo de relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado. h) Mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos o lesiones causadas a los órganos genitales femeninos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima. i) Violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que comprende cualquier tipo de actuación que impida o restrinja el libre ejercicio por las mujeres de su derecho a la salud reproductiva y, por tanto, que afecte a su libertad para disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos para su salud, a su libertad para acceder o no a servicios de atención a la salud sexual y reproductiva, anticonceptivos, y para ejercer o no su derecho a la maternidad. j) Cualesquiera otras actuaciones o conductas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad o integridad de la mujer.

²⁷ Ley 5/2008, de 24 de abril del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Artículo 3. *Definiciones.* A efectos de la presente ley, se entiende por: a) Violencia machista: la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado. [...] e) Atención: el conjunto de acciones destinadas a una persona para que pueda superar las situaciones y consecuencias generadas por el abuso en los ámbitos personal, familiar y social, garantizando su seguridad y facilitándole la información necesaria sobre los recursos y procedimientos para que pueda resolver la situación.

cuencias generadas por los abusos en los ámbitos personal, familiar y social, por tanto no excluye ninguno de los ámbitos dónde se puede generar violencia de acuerdo con el concepto de violencia de género.

La Ley de Castilla-La Mancha²⁸ tiene como enunciado la Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas y sin embargo en el objeto de la ley (art. 1) concreta que el objeto de la misma es prevenir la violencia de género contra las mujeres. Es una ley que no define el concepto de violencia y está enfocada básicamente a la protección de las mujeres que sufren malos tratos por parte de su pareja. También una parte de la misma desarrolla acciones de prevención contra la violencia.

LEY 7/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana. La ley define en el artículo 2 un concepto de la violencia sobre la mujer muy amplio, así:

A los efectos de esta ley, se entiende por violencia sobre la mujer todo comportamiento de acción u omisión por el que un hombre inflige en la mujer daños físicos, sexuales y/o psicológicos, basado en la pertenencia de ésta al sexo femenino, como resultado de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. En el artículo 3 establece una tipología de la violencia muy extensa y no la circunscribe a las relaciones afectivas.

3.3. LAS DENOMINACIONES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

El proceso de descentralización autonómica se llevó a cabo en España básicamente a través de la aprobación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que, de forma mayoritaria, se produjo en los años ochenta del siglo pasado. Sin embargo, dicha descentralización actualmente se halla en un proceso de revisión y profundización que algunas Comunidades Autónomas ya han concretado con la modificación de sus Estatutos de Autonomía.

La descentralización política permite acercar en mayor medida la toma de decisiones a la ciudadanía y facilitar una mayor participación política. También posibilita el acercamiento al control de la actuación de los poderes autonómicos no solo del ciudadano individualmente considerado sino también de los grupos en que se inserta para el desarrollo de sus actividades políticas, económicas y sociales. En este sentido la modificación de los Estatutos de Autonomía realizada a partir del año 2006 supone un salto cualitativo con respecto a los anteriores sobre todo con respecto al reconocimiento de los derechos²⁹ de participación y en las garantías de su ejercicio, así como en la creación de instrumentos e instituciones que permitan a los individuos y a los grupos poder participar en la toma de decisiones. Pero, también se han incrementado las competencias y, en este sentido, han incorporado expresamente competencias en materia de violencia de género que, con anterioridad, se venían ejerciendo a través del

²⁸ Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas (DOCM del 22). Artículo 1: Objeto. La presente Ley tiene por objeto prevenir la violencia de género contra las mujeres, así como proteger y asistir a las víctimas.

²⁹ Sevilla Merino, J. «Los derechos de las valencianas en el nuevo Estatuto de Autonomía», en *Anuario de Derecho Parlamentario*, n° 18(pp. 205-234). Corts. Valencia. 2008.

desarrollo de las competencias que tenían en relación con la igualdad de las mujeres y así, se ha desarrollado una abundante legislación autonómica en materia de violencia que han servido de precedente a la Ley Orgánica Integral 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Los Estatutos de Autonomía,³⁰ modificados a partir del año 2006 incluyen una regulación sobre la violencia de género,³¹ algunos de estos Estatutos, consecuentemente con esta regulación contemplan expresamente la competencia de la Comunidad autónoma para adoptar medidas y planificar políticas para la detección, prevención así como la regulación de servicios etc, sobre la violencia de género. Por el contrario, otros a pesar de regular la violencia de género no la incluyen en la relación competencial.³²

Existe una cierta unanimidad en todos los estatutos modificados en esta última fase en la utilización del término violencia de género aunque ninguno define el concepto, por lo tanto será necesario acudir a la ley de la comunidad autónoma, si existe, o subsidiariamente a la ley del Estado. Sin embargo, la dispersión terminológica y conceptual sobre la violencia de género y las diferentes tipologías incluidas en las leyes de las CCAA y la del estado puede crear dificultades a la hora de interpretarlas y, sobre todo, en lo que respecta a los diferentes niveles de protección de las víctimas de violencia de género, dado que en función de la vecindad de la comunidad autónoma que le corresponda tendrá un nivel de protección y en algunos casos se puede no alcanzarse el mínimo denominador común de protección que se requiere contra las situaciones que genera la violencia contra las mujeres.

Sería conveniente armonizar el concepto de violencia de género porque en definitiva, una mayor precisión conceptual va a favorecer el desarrollo y la aplicación de las normas, a la vez que puede incrementar su eficacia estableciendo una mayor protección a las víctimas de la violencia de género.

³⁰ Estatuto de Autonomía de Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE del 20); Estatuto de Autonomía de Aragón. Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE del 23); Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. (BOE del 1 de diciembre); Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE del 20); Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE del 11); Estatuto de Autonomía de les Illes Balears. Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears. (BOE del 1 marzo).

³¹ Calvet Puig, D y Sevilla Merino, J. «Reforma Estatutaria y perspectiva de género», en: *Anuario de Derecho Parlamentario*, nº20 (pp. 17-66). Corts. Valencia. 2008.

³² Ventura Franch, A., art.49.1.26ª en Vicente Garrido Mayol (Director) Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

4. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Uno de los aspectos de la LOIVG que más controversia ha creado es la regulación del Título IV en la que se establece una penalización³³ de ciertas conductas delictivas cuyo fundamento último hay que buscarlo en el sistema sexo/género. El Consejo General del Poder Judicial,³⁴ en su informe estimaba que la agravación de las penas representaba una medida de discriminación positiva³⁵ a favor de las mujeres, y se mostraban contrarios por entender que se realizaba un tratamiento diferente y desfavorable en función del sexo, en este caso del sexo masculino, en el ámbito del Derecho penal.

Sin embargo, la cuestión hay que plantearla desde una perspectiva dogmático-jurídica diferente.³⁶ Para ello hay que acudir al concepto de violencia de género. Si retomamos las definiciones examinadas en este texto, puede comprobarse que la violencia de género -o contra las mujeres- es ejercida por un hombre contra una mujer, esto es, el sujeto activo necesariamente es un hombre y el sujeto pasivo, en este caso víctima, es una mujer y ello viene condicionado no tanto por el sexo si no por el género, esto es por la atribución de funciones sociales establecidas por el sistema patriarcal a las personas de sexo masculino y femenino.

El sistema patriarcal ha situado al sexo masculino en una posición de poder y al sexo femenino en una posición de subordinación en cada uno de los grupos de pertenencia, en cualquier tipo de organización social los hombres están en una posición de poder superior a las mujeres, aunque exista algún caso concreto en que alguna mujer

³³ LOIVG en el artículo 37. Protección contra los malos tratos. El artículo 153 del Código Penal, queda redactado como sigue: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

³⁴ Arroyo Zapatero, L.: «La violencia de género en la pareja en el Derecho Penal Español». http El informe emitido por la mayoría del Consejo General del poder judicial en relación al anteproyecto de ley contra la violencia de género es señalado por el autor como un informe furioso al considerar que toda la ley, y especialmente las cláusulas punitivas y procesales se fundamentan en una discriminación de sexo, pp. 29.

³⁵ La STC 59/2008, de 14 de mayo en la que desestima una cuestión de inconstitucionalidad (BOE de 4 de junio 2008) no entra a considerar la cuestión de si se trata de una acción positiva o de discriminación inversa si no que se trata de una aplicación de la igualdad real y efectiva propia del estado Social y para ello es necesario establecer diferencias de trato. Para una ampliación de esta cuestión se puede consultar en: J. Sevilla Merino; A. Ventura Franch; S. García Campá (2007): *La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional* en Revista de Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, n.º 67, pp. 63-82; y en J. Sevilla Merino; A. Ventura Franch (2007): *Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política* en Revista de Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, n.º Extra 2, pp. 15 - 51.

³⁶ Bodelón, E. *VIOLENCIA DE GÉNERO* y las respuestas de los sistemas penales. Ediciones Didot. Barcelona 2012. La autora cuestiona si el derecho penal propio entiende cuáles son las características de la violencia machista y su particularidad. P.17.

esté en posición superior no deja de ser una excepción que, en definitiva confirma la regla, por tanto se puede afirmar que los hombres en el sistema sexo/ género ostentan el poder.³⁷

A partir, de esta elaboración doctrinal la LOIVG define correctamente el origen de la violencia de género, el problema es que lo reduce al ámbito de las relaciones afectivas cuando la violencia de género abarca a todas las violencias que los hombres ejercen sobre las mujeres. Así pues, de acuerdo con el concepto de violencia de género los sujetos- activo y pasivo- son claramente identificables con cada uno de los sexos y además no pueden ser intercambiables, siempre el varón tendrá una posición de poder y consecuentemente será el sujeto activo y la mujer tendrá una posición de subordinación y será el sujeto pasivo o la víctima de la violencia de género.

Esto no excluye que las mujeres también pueden ejercer violencia en general y por supuesto contra los varones e indudablemente deben ser castigadas por ello. Pero, la violencia que pueden ejercer las mujeres nunca, o al menos mientras subsistan las posiciones de poder del sexo masculino y de subordinación del sexo femenino,³⁸ podrá ser conceptualizada como violencia de género, dado que lo determinante para la catalogación de cualquier manifestación agresiva contra una persona como violencia de género no es el sexo de la persona que agrede, si no la pertenencia de ese sexo al grupo dominante lo que agrava de alguna manera el hecho de la agresión.

La LOIVG es una ley integral que propone numerosas medidas y abarca diferentes ámbitos de regulación, entre otros la tutela penal modificando varios preceptos del Código Penal (título IV), en concreto nueve artículos referentes a la suspensión y la sustitución de la pena en los delitos de violencia de género y en pronunciamientos de mayor incriminación, llegando incluso a elevar lo que hasta la fecha eran faltas a la categoría de delito.

Cabe resaltar que la agravación de las penas en función de determinadas circunstancias no es ajena al derecho penal, así se ha tenido en cuenta a efectos de agravación de las penas la pertenencia a grupos terroristas, tener relaciones de parentesco entre agresores y víctimas, o por razón de raza³⁹ y, curiosamente, cuando se trata de agravar las penas para el caso de las agresiones por violencia de género se producen unos debates interminables y que acaban siempre cuestionando la constitucionalidad de las mismas.

La entrada en vigor de la Ley Integral Contra la Violencia de Género y la consecuente modificación del Código Penal de acuerdo con lo establecido en la misma, aflora una oposición por parte de jueces y magistrados⁴⁰ del poder judicial que recurren al Tribunal Constitucional a través de la Cuestión de Inconstitucionalidad. Quedan

³⁷ Esta afirmación general y generalizable no excluye que dentro de cada uno de los grupos, clases, castas, colectivos se acreciente o se atenúen las causas de vulnerabilidad que necesariamente deberán tenerse en cuenta a los efectos de aportar medidas adecuadas. Informe de NU A/61/122/add.1: Estudio sobre todas las formas de violencia sobre la mujer. Informe del Secretario General. Citado por Adela Asúa en Género, violencia y Derecho. Tirant lo Blanch. Valencia 2008, p.131.

³⁸ En cualquier caso aunque se produjera una inversión en las relaciones de poder, cosa improbable y además no deseable por cuanto las propuestas de la teoría feminista es acabar con las relaciones de dominación y no invertir el sistema de poder a favor de las mujeres, necesariamente habría que volver a reconceptualizar la violencia de género por cuanto que algunos de los elementos que ahora forman parte del concepto de violencia de género no serían aplicables de forma automática si el sujeto activo de la violencia de género fueran las mujeres.

³⁹ Lamarca Pérez, C., «El marco legislativo español y las víctimas». En [http://www ...](http://www...).p. 3.

⁴⁰ Que era previsible de acuerdo con el debate producido en el seno del Consejo General del Poder Judicial en relación al informe emitido con ocasión del anteproyecto de ley dónde se vio la polarización de posturas.

todavía pendientes algunas cuestiones de inconstitucionalidad sobre la LOIVG promovidas por jueces y tribunales que dudan de la constitucionalidad de la misma. No obstante, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley en la STC 59/2008, de 14 de mayo.

La sentencia resolviendo el recurso de inconstitucionalidad⁴¹ ha resultado muy llamativa a una gran parte de la doctrina⁴² porque introduce la perspectiva de género para justificar la diferencia de trato desde la norma, en este caso, penal. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la novedad se circunscribe a la citación expresa por parte del tribunal de la perspectiva de género. Era necesario que el Tribunal incluyera la perspectiva de género, por una parte porque es la única explicación desde un criterio estrictamente científico de la existencia de una violencia estructural contra las mujeres vinculado al patriarcado y, por otra, y como consecuencia de la anterior la violencia de género ha sido definida y codificada en la legislación española. Siendo, la propia ley impugnada (LOIVG) la que en el artículo uno introduce la definición de la violencia de género, aunque de acuerdo con lo señalado anteriormente de manera parcial.

Sin embargo, y a pesar de ello el Tribunal no utiliza la perspectiva de género de manera automática para justificar la diferencia de trato, si no que vuelve a referirse a cada uno de los criterios que debe reunir la legitimidad constitucional de la diferencia de trato, a saber: 1) desigualdad en los supuestos de hecho. 2) finalidad de la medida. 3) adecuación de la medida a los fines. 4) proporcionalidad y razonabilidad de la misma. 5) Con la finalidad de conseguir la igualdad. El Tribunal se ve en la necesidad como ocurre con la aplicación del derecho antidiscriminatorio⁴³ a testar la medida concreta para poder justificar la constitucionalidad de la misma. Y, esto ocurre, porque la presunción de constitucionalidad sigue siendo la igualdad formal, toda medida que rompe con la estricta igualdad formal hay que justificarla.

Resulta harto difícil, desde el punto de vista jurídico, argumentar una situación que sufren algunos individuos por su pertenencia a un grupo y cuyas discriminaciones tienen un origen grupal, en la medida que el derecho parte de la idea de sujetos individuales. Ello explica el esfuerzo que el TC ha realizado en los fundamentos jurídicos de la sentencia para justificar que son las circunstancias y no los sujetos los que condicionan la agravación de la pena y por ello comienza afirmando la existencia de dos contenidos diferenciados⁴⁴ en el art.14 CE, el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación (Fj.5), el primer inciso incluye una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, lo que comporta un derecho subjetivo de la ciudadanía a obtener un trato igual que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y exige

⁴¹ El recurso fue remitido por el juzgado de lo penal núm. 4 de Murcia, al que se acompaña el Auto del mismo órgano jurisdiccional, de 29 de julio de 2005, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación al art.153.1 del Código Penal. Copiar el artículo 153.1 CP. El auto se fundamenta en la posible infracción del art.14 CE señalando que el derecho a la igualdad que consagra se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona.

⁴² Como señala el profesor Benito Alaez Corral en «El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008. Westlaw. Es. Thomson Aranzadi. Da pié a que el Tribunal entre por primera vez en el uso de la perspectiva de género como fundamento de una diferencia de trato normativo.

⁴³ Tal y como señala M^a Ángeles Barrère Unzueta en Subdiscriminación y discriminación interseccional elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, N^o 45, 2011, págs. 15-42.

⁴⁴ Doctrina establecida en la STC 128/87. Rodríguez Piñero, M. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional I sobre discriminación laboral por razón de sexo, en Revista Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer. Abril 1993, p. 34.

que los supuestos de hecho iguales sean tratados de igual forma y que para introducir diferencias entre ellos debe existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

El Tribunal acepta que excepcionalmente el sexo puede ser un criterio de diferenciación jurídica (Fj5) siguiendo la doctrina elaborada con anterioridad (STC128/87, entre otras) y aplicando un canon más estricto en el control de constitucionalidad.

La justificación del TC se basa en que no es el sexo el que determina una diferencia de trato si no el hecho de que ciertas *agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja, o entre quienes lo fueron, al entender del legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.* (Fj11). En definitiva, es la perspectiva de género la que justifica la diferencia de trato pero una vez aceptada y codificada (el art.1 de la LOIVG) ya no era necesario reiterar la justificación del trato diferente en base a que el sexo del sujeto es o no el determinante y si la mujer podía también ser o no sujeto activo del delito de lesiones. La agravación de las penas precisamente tiene justificación en el género que introduce una diferencia en los supuestos de hecho. No es, por tanto, la personalidad del sujeto activo lo que condiciona la pena, alejando la posibilidad de acercamiento al denominado derecho penal de autor, si no la posición de dominio que ostenta sobre la víctima.

La inclusión en un mismo tipo penal (art. 153) refleja la no integración de los conceptos de violencia de género y patriarcado en el tratamiento penal de las agresiones producto de este tipo de violencia. El legislador debía haber distinguido de manera clara la violencia de género de otros tipos de violencia y haber creado un tipo diferente al de lesiones, por cierto con una penalización mayor, denominado agresiones producidas por violencia de género en la que no cabe discusión sobre el sexo del sujeto activo y pasivo de la violencia de género.

GÉNERO, CONSTITUCIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN EN IGUALDAD

JOSÉ MARÍA VIDAL BELTRÁN

Universitat de València

- 1. LA COMUNICACIÓN Y LA IGUALDAD EN EL MARCO CONSTITUCIONAL**
- 2. LA LEGISLACIÓN SOBRE COMUNICACIÓN E IGUALDAD DE GÉNERO**
- 3. ADECUACIÓN Y EFECTIVIDAD DEL MARCO NORMATIVO**
- 4. PAUTAS Y PROPUESTAS DE REFLEXIÓN**

En la actual sociedad de la comunicación global, los medios de comunicación tienen, un papel fundamental, no solo por permitirnos articular a través suyo los derechos relacionados con la información, sino que, también, por transmitir en sus contenidos buena parte de los valores que acaban conformando el ideario de nuestro modelo social y de nuestras actitudes. Precisamente, entre ellas, muchas relacionadas con la percepción y proyección las cuestiones de género.

Esta evidencia, en la que imaginó todos coincidimos, no tiene, sin embargo, una plasmación en la regulación sobre la comunicación en nuestro país. Es cierto que ha habido algunos avances dignos de reseñar, pero queda mucho por regular y mucho camino por recorrer en la actitud y actuaciones de los medios y, sobre todo, en la protección que deben garantizar las instituciones.

Así que para profundizar en estas cuestiones desde la perspectiva de la igualdad de género, en primer lugar, debemos analizar los principios constitucionales en torno a libertad de expresión e información o a recibir libremente información veraz y su relación con los principios en torno a la igualdad, para, acto seguido, estudiar el desarrollo normativo y su posible incidencia en los comportamientos sociales en relación al género.

Con ello podremos constatar que no todo está permitido, ni todo vale, ni todo es lícito en las actuaciones de los medios de comunicación y que se han adoptado unas normativas generales y específicas que delimitan el campo de actuación y las pautas y reglas generales que establecen los parámetros con los que podremos actuar ante posibles contenidos que atenten, incluyan o propicien discriminación de género, aunque, también deberemos advertir las numerosas insuficiencias en este marco jurídico que precisan resolverse.

1. LA COMUNICACIÓN Y LA IGUALDAD EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

Estamos ante la conjunción de varios derechos fundamentales de las personas, reconocidos en el Título I de nuestro *Texto Constitucional*, entre los que debe integrarse su aplicación o articularse su primacía en caso de colisión.

En cuanto al *derecho a la libertad de expresión y el derecho de los sujetos pasivos a recibir información y a recibirla con ciertas garantías*, considero un acierto de nuestros constituyentes, la inclusión de unos postulados que permiten el reconocimiento, al más alto nivel, de estas libertades y derechos. En el art. 20 de la Constitución de 1978, en su apartado 1. *a)* reconoce el derecho a «expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones...»; en el 1. *d)* se reconoce y protege expresamente el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»; en el apartado 3 se garantiza, además del acceso de los grupos sociales y políticos significativos a los medios de comunicación social dependientes del Estado, el respeto al «pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España»; y en el apartado 4, además de la apelación al respeto de ciertos derechos individuales de las personas (honor, intimidad y propia imagen), se ordena que los contenidos deben respetar, con

carácter general, todos los derechos reconocidos en el Título I y, específicamente, «la protección de la infancia y de la juventud».

Este reconocimiento, que supuso una novedad sin parangón en nuestra historia constitucional,¹ supera la tradicional consideración doctrinal que apuntaba una única dimensión de estos derechos y libertades, centrada en el ejercicio de las libertades de expresión e información, para confluir en una doble dimensión, desde la que podemos afirmar que, ligados íntimamente a estos derechos y libertades, pero como unas libertades y derechos fundamentales autónomos y, sin duda alguna más ajustados a la realidad comunicativa actual, se configuran un conjunto de derechos y libertades de los ciudadanos en torno a la emisión y recepción de información, especialmente en el campo de los medios de comunicación audiovisuales. Aunque, también, en este contrapunto de intereses, debe apuntarse que estas libertades y derechos se matizan en el propio artículo 20.4 al prever que «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en el precepto de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

A su vez, en lo que ahora nos interesa, deberíamos añadir, que estos derechos y libertades también deben respetar los derechos reconocidos en el artículo 14, sobre todo cuando se apela a la *igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna en razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Igualdad y no discriminación que puede alegarse tanto como un objetivo a alcanzar que debe recoger la legislación de desarrollo, como, a sensu contrario, como límite para evitar que en las actuaciones y contenidos de los medios de comunicación social se atente contra estos derechos, conforme ha podido constatarse en reiteradas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.² Al respecto, también se incluye en el Texto Constitucional la obligación de todos los poderes públicos de garantizar estos derechos y libertades, y en especial «la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección segunda del Capítulo segundo» (artículo 53.2).

Por otra parte, en esta breve referencia a los preceptos constitucionales, así mismo, debe referirse la atribución competencial del Estado y el posible desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas respecto del «régimen de la radio, prensa y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social» que se realiza en el artículo 149.1.27.

Sobre estos principios constitucionales deben conjugarse un conjunto de derechos y libertades fundamentales, y casi siempre desde una óptica plural y multidireccional, en la que se entremezclan varios de ellos con distintas intensidades para articular en cada caso su proyección en los medios de comunicación. Otra cuestión es que la escasa regulación o falta de desarrollo normativo de estos derechos constitucionales y la interpretación que en las contraposiciones de cada uno de ellos y en cada momento, haya dado el Tribunal Constitucional para su proyección en los medios, pueda ser la más adecuada en la actual sociedad de la comunicación global.

¹ Sí existen, sin embargo, aunque no con un texto idéntico, algunos aspectos de estos derechos que se reconocen expresamente en Constituciones de otros países próximos; así, por ejemplo el art. 52 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, o el art. 37 de la Constitución Portuguesa de 1976.

² STC 120/1983 de 15 de diciembre; STC 104/1986 de 17 de julio; STC 159/1986, de 12 de diciembre; STC 171/1990, de 12 de noviembre; STC 172/1990, de 12 de noviembre; STC 85/1992, de 8 de junio, etc.

2. LA LEGISLACIÓN SOBRE COMUNICACIÓN E IGUALDAD DE GÉNERO

2.1. Entre las numerosas disposiciones que desarrollan algunos derechos y libertades constitucionales que, desde un prisma general, pueden afectar al género en los contenidos transmitidos por los medios de comunicación, en primer lugar, podemos destacar las siguientes *leyes orgánicas*: la Ley Orgánica 1/1982 del Derecho al Honor, a la Intimidad y Propia Imagen; la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género; y, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.

Por una parte, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, tiene una incidencia permanente sobre los contenidos de la programación audiovisual que puede afectar a estos derechos. A este respecto, el art. 7 cuando relaciona los hechos que puede tener la consideración de intromisiones ilegítimas, o el art. 8 cuando, con carácter general, detalla cuáles no se consideran intromisiones ilegítimas, que deben estar muy presentes en la elaboración de bastantes tipos de programas. De hecho, la vulneración de los derechos recogidos en esta Ley Orgánica acostumbra a originar un gran número de demandas judiciales por los contenidos de las emisiones audiovisuales que no se ajustan a esta Ley.

No obstante, son: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género; y, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres las que inciden de manera directa sobre las cuestiones de género y que, además, contienen ciertas referencias concretas hacia las actuaciones de los medios de comunicación.

Así, en los arts. 13 y 14 de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, se imponen una serie de obligaciones a las Administraciones Públicas respecto de los medios de comunicación en aras a velar por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social. A su vez, a los propios medios se les obliga a fomentar la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos y a tener un especial cuidado en los contenidos e información sobre violencia de género.

Estos mandatos generales a todos los medios se concretan en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que en el Título III, referido a la igualdad y los medios de comunicación desgrana las obligaciones en los medios de titularidad pública, en la Corporación RTVE, en la Agencia EFE y en los medios privados respecto a la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, así como a promover el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Estas son, por lo tanto, las pautas fundamentales que, conforme a las leyes orgánicas referidas debería desarrollarse la actividad de los medios en relación a los contenidos que difundan y puedan afectar a las cuestiones de género.

Sin embargo, y sin negar el gran avance que supuso en la regulación del tema que nos ocupa, es obligado comentar que la falta de concreción de estos principios en mandatos puntuales en la programación, así como la falta de los adecuados mecanismos e instrumentos para su denuncia, seguimiento o erradicación, nos impiden afirmar que, hoy por hoy, puedan considerarse como la solución efectiva para la evita-

ción de estos contenidos que incluyan o fomenten las actitudes o comportamientos de discriminación o violencia de género.

2.2. Por otra parte, la *legislación ordinaria*, no se ocupó de esta cuestión hasta la Ley 25/1994 de transposición de la Directiva «Televisión sin Fronteras», y la Ley 22/99 que incorporó la Directiva 97/36/CE que reformaba la Directiva de Televisión sin Fronteras. Mientras que los Reales Decretos 1462/99 y 410/2002 completaron estas disposiciones en lo relativo a la información sobre la programación y los criterios para la clasificación y señalización de los programas de televisión.

Este marco normativo, no obstante, sufrió una profunda transformación con la transposición a la legislación española de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual, que reformaba las dos Directivas citadas, y que propició la aprobación de la *Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual*, que derogó expresamente, entre otras muchas, la Ley 25/1994 y la Ley 21/1997, estableciendo -además de todas las otras cuestiones relativas a la regulación y coordinación del mercado de comunicación audiovisual, los prestadores públicos del servicio o la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, etc.- un nuevo marco regulatorio para los contenidos, también los relativos al género y la igualdad, de los servicios de comunicación audiovisual sometidos a la jurisdicción española, que ahora pivotan sobre los derechos del público y los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Conforme al tenor concreto de estos derechos y obligaciones que se recogen sobre los contenidos y la publicidad que pueden incluir o incidir en el género y la igualdad, podemos destacar:³

a) El reconocimiento específico, en los primeros artículos de la Ley 7/2010, de unos derechos de los *Derechos generales del Público*, entre cuyos postulados se incluyen algunos mandatos que pueden incidir en este ámbito.

Así, en sus artículos 4 y 5, se marcan las pautas que deben regir la organización y estructura de los medios audiovisuales para que los ciudadanos tengan el derecho a *recibir una comunicación plural*. Para ello se reconoce una serie de derechos y se obliga a que la comunicación audiovisual se preste: a través de una pluralidad de medios y que sus programaciones y contenidos reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad; a través de una diversidad de fuentes y de contenidos; a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes con la organización territorial del Estado; o, al derecho de todas las personas a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión.

En este catálogo de derechos generales también se reconoce el derecho a *una comunicación audiovisual transparente*. Su artículo 6, ante todo, obliga al prestador del servicio de comunicación audiovisual a facilitar a través de un sitio web accesible la identidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual, así como las empresas que forman parte de su grupo y su accionariado.

Así mismo en el artículo 9 se prevé que cualquier persona física o jurídica pueda solicitar a la autoridad audiovisual competente *el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación*, entre ellos los que se hayan podido aprobar en materia de género, abriendo una posibilidad directa a cualquier ciudadano ante los contenidos de las emisiones audiovisuales, e

³ Para un análisis más detallado: E. Linde, J.M. Vidal y S. Medina. Derecho Audiovisual. En especial, la «Cuarta parte. Régimen jurídico de las emisiones audiovisuales». Ed. Colex, Madrid, 2011, págs. 425-558.

incluso, podríamos apuntar, al cumplimiento de la programación que tienen comprometida e informada a los ciudadanos a través de los distintos sistemas previstos en esta Ley, evitando toda actitud o contenido que atente contra la igualdad o el género.

b) Además, aunque sin enunciarse como tales, se recogen unos *Principios rectores de la programación y contenidos* de las emisiones audiovisuales que inciden directamente en este tema.

Estos Principios, en unos términos similares a los principios que inicialmente se contemplaron en el artículo 4 del Estatuto de la radio y televisión de 1980, se recogen, constituyen un conjunto de mandatos, derivados del texto constitucional o de lo establecido en algunas leyes orgánicas, que deben inspirar la actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual o cumplir los contenidos y programaciones de sus emisiones audiovisuales.

Entre ellos, en la Ley 7/2010, podemos destacar:

- Evitar cualquier incitación al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social (art. 4.2)
- Respetar la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres (art. 4.2)
- Respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica -aunque este último concepto de «réplica» no está recogido y desarrollado como tal en la actual legislación orgánica española, sino como derecho de rectificación- (art. 4.4)
- Cumplir con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información y a que esta sea respetuosa con el pluralismo político, social y cultural (art. 4.5)

c) De manera específica, para el servicio público de la radio y televisión de ámbito estatal, la Ley 17/2006, de la radio y la televisión de titularidad estatal establece unos principios básicos que deben inspirar la actividad de los medios de comunicación social del Estado y, por tanto, los contenidos de su programación. Así, los artículos 3.2 y 25.3 de dicha Ley marcan unas pautas que se han desarrollado en el Estatuto de Información de la Corporación RTVE, aprobado por el Consejo de Administración de la Corporación RTVE el 14 de mayo de 2008, se detallan, dentro de su artículo 9, estas obligaciones en la actuación de los profesionales en el ámbito de informativos, al recoger como *Principios Deontológicos*, los siguientes: «17. Actuarán con responsabilidad y rigor, evitando el uso de tópicos y estereotipos, especialmente en los casos que puedan suscitar discriminación por razón de sexo, orientación sexual, raza, ideología y creencias religiosas o extracción social y cultural. Deberán evitar los usos periodísticos y sociales que han disculpado o minimizado estas conductas. Asimismo, evitarán cualquier manifestación que incite a la violencia y expresiones o testimonios vejatorios o lesivos para la condición personal de los individuos y su integridad física y moral; 18. Valorarán con el mismo criterio las acciones protagonizadas por mujeres y hombres a la hora de considerarlas noticiables, y emplearán similares recursos técnicos y estéticos en su elaboración. Reflejarán adecuadamente la presencia de las mujeres en los diversos ámbitos de la vida social y evitarán el uso de referencias sexistas y estereotipos degradantes; 19. Dedicarán especial atención a las informaciones relativas a la violencia de género, evitando la transmisión de mensajes que puedan contribuir a crear en la sociedad sensación de impunidad ante estos delitos.»

d) En cuanto a la *Programación y contenidos dirigidos a los menores*, y en la medida que puedan incluir contenidos que incorporen determinados aspectos de violencia de género, también debemos reseñar las obligaciones que, en términos generales, se recogen en la actual legislación española como derechos de los menores, recogidas en diversos apartados del artículo 7. Entre ellas podemos apuntar:

- Prohibir la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita.
- Emitir en acceso condicional y mediante técnicas que permitan el control parental los programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita.
- Además, en el horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la propia imagen -tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética-, o los que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

e) La *Publicidad*⁴ es, sin lugar a dudas, uno de los ámbitos en el que existen más denuncias sobre discriminación por cuestiones de género. Son muchos los casos en los que se ha utilizado de manera vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer para buscar una mayor incidencia y efecto de la campaña publicitaria. Es por ello que los legisladores han tenido un especial cuidado en intentar evitar estos abusos, conforme ya recogía en la *Ley 34/1988 General de Publicidad*, pero cuyo contenido para el tema que estamos tratando se ha reforzado con la modificación de determinados artículos den 2004. Así el actual art. 3.a de esta Ley considera *publicidad ilícita aquella que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la Constitución*, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20 que ya hemos comentado en páginas precedentes. Detallando que se entenderán incluidos en dicha previsión «los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.»

Esta regulación publicitaria también se ha reforzado con lo establecido en la *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, que en su artículo 41, sobre igualdad y publicidad prescribe que «La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional.»

A su vez, la *Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual*, contiene una serie de prescripciones sobre los límites en los contenidos de las comunicaciones comerciales, las comunicaciones comerciales de determinados productos, o las comunicaciones comerciales prohibidas por la utilización de determinadas técnicas que puedan incluir algunos elementos de violencia latente y, sobre todo, en lo que aquí más nos

⁴ Balaguer, M.L. «Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico» Revista Latina de Comunicación social. Nº 63, pp. 382-391, La Laguna, 2008.

interesa destacar: las comunicaciones comerciales prohibidas por vulnerar determinados valores o fomentar determinadas comportamientos.

Al respecto, dicha Ley 7/2010, ratifica para las comunicaciones comerciales en los servicios de comunicación audiovisual las prohibiciones previstas en la «normativa relativa a la publicidad» (art. 18.7) y, en especial, lo establecido en la Ley 34/1988, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita que, según el artículo 3 de dicha Ley, es: *a*) la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; *b*) la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes y actividades o servicios; y, *c*) la publicidad engañosa, desleal y subliminal.

Además, en el artículo 18.1 de la Ley 7/2010, añade: «está prohibida toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Igualmente está prohibida toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio». Con ello se completa y amplía el contenido de lo que puede considerarse publicidad ilícita y prohíbe taxativamente cualquier mensaje publicitario que atente contra la dignidad humana o la igualdad, así como la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer⁵ en el ámbito de los medios audiovisuales.

Así mismo, las comunicaciones comerciales dirigidas a los menores, igualmente, están sujetas a un conjunto de limitaciones, artículo 7.3, para evitar el perjuicio a los menores. Ente ellas: mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas; o, incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres.

f) No obstante, de toda la esta nueva redacción de los citados derechos y obligaciones, especialmente en la regulación audiovisual, cuyo contenido en buena parte ya estaba recogido en el conjunto de la legislación anterior, el gran avance en la defensa de estos derechos está en la facilitación de los mecanismos de denuncia y protección, incluso en los incumplimientos de sus códigos autorregulatorios.

Este avance, aunque no sea un derecho *stricto sensu*, puede comportar un cambio radical en la eficacia y aplicación práctica de estos derechos en torno al género y la igualdad el ámbito de los medios de comunicación audiovisuales, y en especial los que estamos analizando. La creación del Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales (CEMA), contemplada en el Título V de la Ley 7/2010, supone un punto de inflexión en la efectiva aplicación de los derechos del público y en el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones que marca la legislación vigente por parte de los operadores audiovisuales. El problema es que con la reforma de la Ley 7/2010 que se está tramitando en 2013, por la que se suprime el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y distribuyen sus funciones entre el Ministerio de Industria y la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, se quiebra esta protección más allá de lo que pueda hacer una Comisión de marcado carácter económico y cuya actuación debe encaminarse a proteger el mercado y la libre competencia o lo que pueda o quiera hacer el Gobierno que puede tener numerosas franjas de intereses ligadas a los propios medios.

⁵ Estos aspectos, no obstante, ya estaban recogidos, con carácter general, en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

3. ADECUACIÓN Y EFECTIVIDAD DEL MARCO NORMATIVO

Apuntadas, a grandes trazos, las previsiones normativas sobre los contenidos y la publicidad de los medios de comunicación en relación con la igualdad de género, ahora debemos valorar, desde el prisma jurídico, su adecuación y efectividad para evitar las posibles proyecciones de esta discriminación, e incluso de la violencia de género⁶ en los medios:

3.1. Ante todo debemos resaltar que el actual marco normativo se concreta en unas prescripciones generales que se refieren, sobre todo, al género, a la igualdad o a la dignidad humana, aunque también se incluyen determinadas referencias a algunos colectivos, como el público infantil, especialmente en lo relativo a la violencia gratuita. Pero en casi todo momento lo hacen, incluso en dichos ámbitos, desde unos principios generales que permiten una perspectiva y unas amplias posibilidades de interpretación por parte de los responsables de los medios.

Con todo ello parece evidente que, en base a la legislación analizada, no existen, a priori, menciones expresas a contenidos concretos que incluyan aspectos relacionados con los comportamientos discriminatorios por género que estén directamente prohibidos. Quizás, lo más cercano a esta concreción sean las prescripciones establecidas en los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica 3/2007, para la Corporación RTVE y la Agencia EFE, que proponen la autorregulación para las informaciones relacionadas con el contenido del principio de igualdad y la colaboración con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género. O, a lo previsto en el artículo 39 de la misma Ley en la se insta a que las Administraciones públicas promuevan la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen.

Es cierto y no puede obviarse la dificultad que tiene una mayor concreción y detalle normativo sobre la discriminación por género que pueda incluirse o propiciarse a través de los contenidos y la publicidad de los medios de comunicación en la legislación orgánica, e incluso en la ordinaria, pero tampoco parece lo más adecuado no establecer ninguna prescripción más concreta y dejarlo todo a la buena voluntad y la autorregulación de los propios medios, que hasta el momento tampoco ha resultado tan efectiva como puede constatararse en las experiencias anteriores en este campo.⁷ Así como tampoco parece que se hayan tenido en cuenta la relación entre legislación y lenguaje para evitar, de origen, esta discriminación⁸ en los propios textos legales que intentan evitar esta discriminación en los medios.

Por otra parte, para la aplicación efectiva de estas medidas, incluso para la autorregulación, resulta necesaria una autoridad audiovisual que pueda velar por el cumplimiento efectivo de estas obligaciones, como se contempla en el artículo 40 de la Ley

⁶ Montiel, G. y Lopez, M. «Modelos explicativos y sistemas de indicadores para entender y medir la violencia de género», pp. 77-98. En En Martínez, E. (dir.). *La prevención y la erradicación de la Violencia de género*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

⁷ Al respecto, resulta conveniente la lectura de la obra *Contenidos y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual*. B.Belando y G. Montiel (Coordinadores), y en especial la Parte II, relativa a «Autorregulación versus regulación pública de los contenidos audiovisuales». M. Darnaculleta; J. M. Vidal; C. Vicent; T. Aguilar; I. Perez; A. Perales y J.L.Pastor. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 49-182.

⁸ Sevilla, Julia. «Representación y lenguaje». *Feminismo/s*. N. 12 (dic. 2008). pp. 55-78.

Orgánica 3/2007 y también se preveía en en los artículos 44 al 61 de la Ley 7/2010 con la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, hasta su actual reforma.

3.2. Por otra parte, y a pesar de las posibles reclamaciones judiciales -acción civil o penal- o las extrajudiciales - acción de cesación, reclamación ante el jurado de Autocontrol, etc.- debemos advertir que, salvo para la publicidad, acostumbran a tratarse de procedimientos difíciles de articular para los ciudadanos y que pueden tardar bastante tiempo en resolverse, por lo que no resultaban adecuados hasta que la aprobación de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual facilitó un procedimiento para entablar *acciones y reclamaciones frente a la transgresión de las obligaciones legales previstas para la programación, contenidos y emisiones audiovisuales*.

Este cambio se debe, en primer lugar, a los numerosos preceptos en los que se contempla la posibilidad de revisión o reclamación ante las autoridades audiovisuales, de las autoridades de las telecomunicaciones o las de la competencia, según sea la transgresión de derechos de las personas, de cuestiones técnicas o sobre competencia. Y, sobre todo, porque se crea el Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales, que junto a los otros organismos autonómicos y otros de naturaleza similar en ámbitos conexos, abren las posibilidades de plantear un conjunto de reclamaciones y acciones en defensa de los derechos del público o de los operadores frente a las posibles transgresiones de la legislación que regula los contenidos y emisiones audiovisuales. Con ello se abre una nueva vía, relativamente sencilla y accesible, muy importante para la denuncia de actuaciones o contenidos de los medios de comunicación audiovisuales que puedan infringir la normativa vigente y, como no los preceptos en torno a la igualdad y violencia de género.

3.3. Otro de los aspectos fundamentales a considerar para regular o evitar aquellos contenidos que incorporen o fomenten la discriminación por género en los medios de comunicación es la posibilidad de propiciar la autorregulación y corregulación para determinados aspectos sobre los contenidos y emisiones audiovisuales.⁹

En la legislación española ya se contemplaba la autorregulación en algunas normas que pueden afectar a los contenidos y emisiones audiovisuales en relación al género, como se recogió en el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que mandata a la Administración pública para que promueva acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria en todo aquello que pueda incidir en la violencia de género. Pero, sobre todo, la autorregulación en el ámbito específico de los contenidos audiovisuales, se recogió en la Ley 22/1999 -que modificaba la Ley 25/1994 y transponía la Directiva 97/36/CE-, estableciendo un mandato del legislador sobre la promoción de la autorregulación en este ámbito que, no obstante, salvo en el Convenio para el fomento de la autorregulación sobre contenidos televisivos para la infancia, de 9 de diciembre de 2004, tuvo poco eco.

Sin embargo, fue con la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, cuando se amplió y reforzó la autorregulación y corregulación. Así, en el artículo 12 establece las pautas que deben regir el derecho a la autorregulación de

⁹ Para un análisis más detallado: J. M. Vidal, «Contenidos básicos, déficits y necesidades de la regulación y autorregulación de los medios de comunicación de masas españoles en materia de violencia de género». En J. M. Bernardo, E. Martínez y G. Montiel (Coord.). Retos de la Comunicación ante la violencia de género. Ed. Tirant, 2009, Valencia, págs. 97-114; E. Linde, J.M. Vidal y S. Medina. Derecho Audiovisual. *La autorregulación sobre los contenidos en las emisiones audiovisuales*. Ed. Colex, Madrid, 2011, págs. 449-457.

los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que, a su vez, deberán verificarse por la autoridad audiovisual. Al tiempo que se establecen unos mayores compromisos para su efectivo cumplimiento que también velará la autoridad audiovisual correspondiente. Aspectos que, sin duda alguna, constituyen una de las principales novedades normativas en este tema y que dan a estos mecanismos autorregulatorios de los medios audiovisuales un valor y una fuerza aplicativa mucho mayor de la que tenían y habían practicado hasta el momento.

Esta profundización en la potestad autorregulatoria se completa, también, en el artículo 9 al regular el derecho de cualquier persona física o jurídica a participar en el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o con los códigos de autorregulación.

4. PAUTAS Y PROPUESTAS DE REFLEXIÓN

Conforme a lo analizado hasta el momento en este breve apunte sobre el marco normativo, podemos afirmar que el panorama jurídico en torno a la igualdad y no discriminación de género en los contenidos de los medios de comunicación es, cuando menos, sombrío.

Al mismo tiempo, también debemos constatar algunos avances que todavía deben concretarse y que corren un serio riesgo de desvanecerse con las últimas reformas. Así, desde una consideración general de este marco regulatorio, pueden plantearse cuatro grandes pautas de reflexión que deben servirnos para abordar la regulación futura respecto a la no discriminación por género en las informaciones, contenidos y publicidad de los medios de comunicación:

a) En primer lugar, resulta obligado advertir que la función difusora de los medios de comunicación está directamente conectada a la esencia misma de los valores, derechos y libertades de los ciudadanos y del sistema democrático, en el que, además, pueden enfrentarse varios derechos y libertades fundamentales, como los de creación, expresión, información, difusión, recepción, honor, intimidad, propia imagen, igualdad, etc., Por todo ello, debe advertirse que debemos ser muy cautos ante cualquier regulación de que pueda afectar a estos derechos, evitando que esta afectación pueda suponer una restricción o una quiebra a otros derechos y deberes fundamentales ligados a nuestra esencias democráticas y a las libertades y derechos de la personalidad.

b) Por otra parte, tampoco podemos dejar de constatar una realidad y una evidencia como es la difusión a través de los medios de numerosos ítems ligados a actitudes o comportamientos discriminatorios en género -no solo en las actitudes dentro de algunos programas, en las informaciones o en la publicidad, sino en la propia organización e, incluso, en el diseño de programación- que, a su vez, propician el mantenimiento de los mismos en los comportamientos sociales.¹⁰

Es por ello que, partiendo de la evidente mejora en que se ha apuntado en la regulación y actuaciones realizadas hasta el momento, necesitamos seguir avanzado y profundizando en la normativa, instrumentos y mecanismos que ayuden a erradicarla,

¹⁰ Gavalda, J. (2012). «Fundamentos comunicativos de la regulación de la representación mediática», pp. 129-150. En Martínez, E. (dir.). *La prevención y la erradicación de la Violencia de género*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

y para ello es fundamental establecer unas pautas adecuadas para la producción audiovisual¹¹ y el papel de los medios de comunicación.

c) A su vez, en el ámbito normativo y a pesar de las numerosas disposiciones que se refieren al cumplimiento de los principios constitucionales y especialmente el artículo 14 sobre la igualdad y la no discriminación, o las específicas que se contemplan en las regulaciones de los medios, o en la legislación publicitaria, solo se establecen enunciados generales que apenas pueden entrar en la dispersión y los detalles que pueden comportar las informaciones, los contenidos o la publicidad que se difunden a través de los medios. Por lo tanto, como ya hemos expuesto, resulta necesario la ampliación o reforma del marco normativo para avanzar en un mayor detalle y una regulación o autoregulación que afronte directamente esta cuestión, marcando unas pautas concretas sobre contenidos atentatorios y unos cauces más fáciles para la denuncia de los ciudadanos.

Al respecto, con carácter general, debería propiciarse y apoyarse desde las instituciones públicas y especialmente desde las autoridades audiovisuales, la elaboración de convenios generales y códigos autorregulatorios de los propios medios para sus programaciones y contenidos, incluso sobre la base de la incluyendo la responsabilidad comunicativa,¹² sobre el tratamiento y contenidos de los medios en materia de igualdad de género.

Así mismo y específicamente para los medios de comunicación públicos, debería mejorarse su regulación con un mayor grado de prescripciones y obligaciones directas respecto a la no discriminación por género y para obligar a sus Órganos de dirección a adoptar unos códigos de conducta, o unos principios de actuación en su información, programación y publicidad, y a realizar un seguimiento exhaustivo sobre su cumplimiento.

d) Por último, y quizás lo más necesario para articular y conjugar toda esta regulación, es resaltar la necesaria de una Alta autoridad audiovisual independiente que pueda: realizar el seguimiento de los contenidos de los medios respecto a la igualdad y no discriminación, fomentar y constatar la autoregulación, o propiciar responsabilidad comunicativa, al tiempo que tramitar las denuncias que puedan realizarse y, en su caso, imponer sanciones.

El problema, conforme ya hemos apuntado, es que con la reforma en 2013 de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual por la que se suprime el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, y se dividen sus competencias entre la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, y el Ministerio de Industria, parece difícil que estos dos organismos asuman esta labor y puede que el avance que han supuesto las nuevas posibilidades de la actual legislación en cuanto al fomento y puesta en práctica de la autorregulación, así como en los cauces de denuncia de los particulares, puedan desmoronarse y convertirse en unos preceptos difícilmente aplicables para atajar la difusión de contenidos en los medios de comunicación que puedan contener, defender o propiciar la discriminación de género.

¹¹ Francés, M y Llorca, G. «La producción de ficción en la industria audiovisual española», pp. 259-282. En Francés, M y Llorca, G (Coords.) *La ficción Audiovisual en España. Relatos, tendencias y sinergias productivas*. Barcelona, Gedisa, 2012.

¹² Bernardo, J.M.; Pellisser, N.; Vicent, C.; (2011). «De la autorregulación a la Responsabilidad Comunicativa». En Belando, Montiel (coord.). *Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual*. Valencia: Tirant lo Blanc, pp.83-103.

Tampoco en la Comunitat Valenciana y ante el incumplimiento de lo mandado en el artículo 56.3 del Estatuto de Autonomía que prevé la creación del Consejo Audiovisual de la Comunitat Valenciana, parece que esta cuestión pueda abordarse con éxito en los próximos años.

LA PRESIDENCIA DE LOS PARLAMENTOS: CORTES GENERALES Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS

FRANCISCO J. VISIEDO MAZÓN

Letrado de les Corts Valencianes
Profesor de Derecho Constitucional de la
Universitat de Valencia y de la
Universidad CEU Cardenal Herrera

SUMARIO

NOTA PREVIA

I. INTRODUCCIÓN

II. ORGANIZACIÓN DE LAS CÁMARAS: ÓRGANOS DE GOBIERNO Y ÓRGANOS DE TRABAJO

III. LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN, GOBIERNO INTERIOR Y ADMINISTRACIÓN

IV. LA PRESIDENCIA

NOTA PREVIA

Siempre resulta difícil elegir o seleccionar un tema para colaborar en un libro de homenaje y reconocimiento a una persona, máxime cuando ésta ha sido tu compañera de trabajo desde hace ya más de treinta años y, además, es tu mejor amiga. Juntos iniciamos nuestra andadura en Les Corts, en noviembre de 1983, y pese a que nos conocíamos por nuestra dedicación universitaria y mi relación con su padre, Don Diego, no habíamos tenido prácticamente contacto personal alguno. A partir de 1983 nuestra relación fue más cercana de lo «normal» y compartimos, físicamente, mesa en el Palau de la Generalitat, despacho en el Palau de Benicarló y mucho más a partir de entonces.

Esta relación de profunda amistad perduró durante los más de 30 años que compartimos como Letrados, como profesores de la Universidad, y se mantiene hoy con más fuerza que antes.

Espero que sin valorar el contenido de mi colaboración, la cual conoce, cuente a través de ella con una muestra más de mi afecto, cariño y profunda amistad.

I. INTRODUCCIÓN

El término «Parlamento», como señala González Casanova (GONZÁLEZ CASANOVA, 1981: 257) es un nombre que se corresponde con la «asamblea representativa tradicional de Inglaterra, The Parliament, lugar de histórico encuentro, no siempre plácido, entre el Rey y los Grupos Sociales que con él parlamentaban o negociaban hablando». Ello no ha impedido que este nombre haya sido utilizado para denominar a las Asambleas representativas en la mayoría de los Estados, aun cuando con diferentes denominaciones, máxime cuando en muchos de ellos se ha optado por un Parlamento bicameral, que de aquella primera versión inglesa pasó a ser una estructura racional para los Estados Federales.

En España, el Texto Constitucional opta por denominar el Título III, *De las Cortes Generales*, y dentro de él, en el Capítulo Primero, *De las Cámaras*, establecer en el primero de sus artículos, el 66, que «*las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado*».

De acuerdo con la organización institucional que para las Comunidades Autónomas «dibujó» la Constitución, éstas optaron por diferentes denominaciones para los Parlamentos, incluso cambiando la denominación tiempo después (Cortes, Asamblea, Parlamento, Junta General). Así, en los diecisiete Estatutos de Autonomía, al relacionarse las Instituciones de cada Comunidad Autónoma, la Asamblea Legislativa aparece mencionada y regulada en primer lugar como primera Institución básica y primordial. Como señala Aguiló Lúcia (AGUILÓ, 2003: 231), esto es así «tanto por el carácter democrático del sistema político como por la aplicación que se hace del principio de división de poderes, que se configura como una colaboración de poderes y se expresa en un sistema parlamentario».

No obstante y al margen de esta referencia histórica y concreta a los Parlamentos en España, con Ripollés Serrano,¹ vemos que el Parlamento nació como cuerpo representativo estamental que cooperaba con el Monarca en su competencia legislativa y aprobaba impuestos y concedía empréstitos al Rey, lo que le otorgaba un papel instrumental durante la etapa anterior al siglo XVIII, a partir del cual, como por ella se señala, el Parlamento se situó en primer plano con la revolución inglesa, dando lugar posteriormente a la conversión de éste en sede de la representación popular, acabando, con la revolución francesa, en la Institución que «arrincona el viejo modelo de Estado» encarnando la representación de la Nación.

Precisamente coincidiendo en esta idea, Balaguer Callejón (BALAGUER, 2009: 451-453), afirma que «el carácter de institución central del sistema político del Parlamento en los sistemas parlamentarios de Gobierno suele explicarse en virtud de su carácter representativo...» y «ello tiene su origen en el pensamiento revolucionario francés de finales del siglo XVIII». El Parlamento, concluye, es el «bastión frente al otrora poder absoluto del Monarca, asume funciones en cuanto órgano en el que se encarna el pueblo a través de sus representantes y expresa la voluntad popular». Ciertamente es que precisamente, en los sistemas de Gobierno parlamentario, como ellos señalan, «la centralidad parlamentaria debe vincularse a la función de investidura gubernamental, esto es a la producción de Gobierno, que resulta de la elección de representantes en el momento electoral y el otorgamiento de la confianza al Presidente, en base a un programa de Gobierno que será desarrollado por la mayoría parlamentaria bajo el liderazgo del Presidente, con los partidos políticos convertidos, en la práctica, en unidades claves en este proceso político, tanto en el proceso electoral como en la actividad parlamentaria a través de los Grupos Parlamentarios». Sin duda, coincidiendo con estos autores, la centralidad parlamentaria en la democracia de partidos se explica por ser el Órgano Constitucional que recoge la expresión política de las distintas corrientes sociales.

El Parlamento, en la actualidad, como se ha señalado por la mayoría de la doctrina,² es un «complejo orgánico»; «dotado de multiplicidad de órganos derivados» que atienden a finalidades diferentes, cuya organización y determinación de funciones, junto a la generales que corresponden a la Institución, precisa de una norma, o conjunto de normas: El Reglamento Parlamentario.

Estas normas de organización, que son expresión de la autonomía parlamentaria,³ aparecen como textos que regulan tanto la organización interna del Parlamento como el procedimiento parlamentario, ya tengan carácter codificado o esté integrado por normas, o reglas, escritas o consuetudinarias, en las que prime el precedente. Una

¹ Puede verse el excelente acercamiento a los «Antecedentes y evolución histórica del Parlamento», realizada por M^a Rosa Ripollés Serrano en el «Tema 9» en *Lecciones de Derecho Constitucional*, coordinado por M^a Isabel Álvarez Vélez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.p. 161-162.

² Martínez Sospedra, M. *Manual de Derecho Constitucional. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.p. 496-497; Corona Ferrero, J.M. «Los Órganos de dirección en el Reglamento Parlamentario» en *El Reglamento Parlamentario: Propuesta de Reforma*, Parlamento de Cantabria, 2000, p. 137; Rubio Llorente, F. «El Parlamento y la representación política» en *Jornada de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985, p. 168.

³ Autonomía entendida como «un ámbito de reserva, constitucionalmente prescrito y conferido a las Asambleas Legislativas para el ejercicio exclusivo y excluyente de facultades de libre disposición, imprescindible para salvaguardar su independencia y garantizar el logro de los cometidos que le son constitucionalmente asignados». Caamaño Domínguez, F. y Mieres Mieres, L.J. «Organización General y Territorial del Estado» en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Manuel Aragón Reyes (coord.), Civitas, Madrid, 2011, p. 84.

autonomía parlamentaria que es garantía de la independencia del Parlamento y manifestación del sistema democrático.

En cualquier caso, tenga carácter codificado, o no, ordenan la vida interna del Parlamento, son normas derivadas del texto constitucional, y sometidas a éste, aprobadas, o adoptadas, por el propio Parlamento para regular el proceso de producción de las leyes, organizar debidamente el funcionamiento del Parlamento, su trabajo, sus órganos internos e, incluso, para crear instituciones u órganos nuevos, que junto a reglas singulares, permite al Parlamento ejercer sus potestades.

La autonomía parlamentaria además de expresarse a través de esta capacidad de los Parlamentos para establecer su Reglamento, también se manifiesta cuando por estos se aprueban sus Presupuestos, se elige a sus Presidentes y Órganos Rectores, se regula el Estatuto de su personal o se gobiernan autónomamente sus relaciones, todo ello con sujeción al texto constitucional. Esta autonomía, además, tiene que atribuir al ente «la titularidad de ciertas potestades: potestad normativa -bien sólo de regulación de su funcionamiento interno, o bien, incluso de la reglamentación de la actividad de terceros-; potestad de dirección política; potestad de ejercicio de competencias materiales; potestad de seleccionar su personal; potestad de gestionar sus propios recursos y su patrimonio, sea propio o adscrito» (SAINZ, 2009: 1409).

La autonomía parlamentaria se concibe, por tanto, como aquel conjunto de facultades que ostentan los Parlamentos para regularse y gestionarse, asegurando su independencia tanto frente al poder ejecutivo como frente al poder judicial, aunque en la actualidad, parece proteger al Parlamento «de la dinámica Gobierno-Mayoría de Gobierno (o principio de unidad de la mayoría). En este sentido, es primordial que la autonomía garantice la participación plural de todos los grupos y su carácter de órgano deliberante» (BALAGUER, 2009: 457).

En esta colaboración pretendo acercarme a las Presidencias de las Cámaras en España, colaborando muy modestamente con este trabajo a fortalecer esta rama del Derecho Constitucional que es el Derecho Parlamentario. Con ello parece que estamos corroborando la tesis de Piedad García-Escudero Márquez (GARCÍA-ESCUADERO, 2011: 245-255), en cuanto al desarrollo que ha experimentado esta rama del Derecho en el último medio tercio de siglo y que goza de buena salud. Una rama del Derecho que incide, en el ámbito de las democracias pluralistas, consolidándolas e influyendo en la primacía y autonomía del Parlamento frente al resto de Instituciones del Estado.

Parece, siguiendo a esta autora, que los Letrados de los Parlamentos, mediante nuestra actividad diaria, acometiendo la resolución de los problemas que se nos presentan a diario, asesorando al Pleno, las Comisiones y a los Órganos Rectores de la Cámara, podremos intentar sintetizar mejor lo que es la praxis parlamentaria y la fundamentación teórica en esta materia.

Una materia que evoluciona, y se amplía, lo que la hace merecedora de estudio y profundización atendiendo a esa gran influencia que, como decíamos, tiene en cuanto a la consolidación y desarrollo del régimen democrático.

También coincidimos con García-Escudero (GARCÍA-ESCUADERO, 2011: 245-255) cuando, refiriéndose a la ampliación del ámbito del Derecho Parlamentario, recoge la ampliación de las fuentes, que ya no sólo se circunscriben a la Constitución y los Reglamentos Parlamentarios, sino también a las normas interpretativas y supletorias de los Reglamentos; las leyes que incluso crean Comisiones Parlamentarias,

los usos y prácticas, además de la jurisprudencia de los Tribunales. Igualmente hay que añadir la entrada de los particulares, los grupos de interés, la opinión pública, el derecho de petición o la iniciativa legislativa popular. Por último, García-Escudero, incorpora al aumento de actos y funciones parlamentarias, el control judicial, cada vez mayor, de los actos parlamentarios, la aceleración y actualización de la vida parlamentaria (formas de control, procedimientos, nuevos debates...), coincidiendo con nuevas preocupaciones como la calidad de la ley. Todo ello motiva una mayor necesidad de Organización interna de los Parlamentos y una nueva Administración parlamentaria capaz de atender estos retos.

Mediante esta pequeña colaboración nos acercaremos a las Presidencias de las Cámaras Parlamentarias en el conjunto del Estado, pudiendo, a mi juicio, comprobar como aquella idea de las Presidencias con amplios poderes que dibujaban un Parlamento de estructura «piramidal», en cuyo vértice se situaba la Presidencia, ha ido dejando paso al poder de los órganos colegiados de dirección, donde la presencia de los partidos políticos se hace más fuerte. Aquella Presidencia arbitral, moderadora, generalmente de consenso pese a ser su titular un integrante, generalmente, del grupo mayoritario, ha sido sustituida por los amplios poderes de la Mesa y de la Junta de Portavoces, donde cuentan con representación todos los Grupos Parlamentarios.

II. ORGANIZACIÓN DE LAS CÁMARAS: ÓRGANOS DE GOBIERNO Y ÓRGANOS DE TRABAJO

Por lo que se refiere a la Organización interna de esta Institución compleja, abarca una serie de órganos y, además, como decíamos en la Introducción, con la ampliación de los sujetos parlamentarios (Grupos de interés, opinión pública, derecho de petición, iniciativa legislativa popular...) y de actos y funciones parlamentarias, más «veloces» y «rápidas» acercando realidad y contestación parlamentaria, estos órganos han necesitado ampliarse y dotarse de una más eficaz Administración.

La organización interna de las Cámaras, en cuanto instituciones complejas, ha precisado de unidades eficaces: Presidencias, Mesas, Juntas de Portavoces, Plenos, Comisiones y Diputaciones Permanentes, que o bien han sido previstas en los Textos Constitucionales, o Estatutos de Autonomía, o lo han tenido que hacer los Reglamentos Parlamentarios. En cualquier caso, dentro de esta organización la capacidad decisoria última siempre se reserva a los Plenos representantes de la totalidad de las Cámaras.

Si se atiende a las distintas funciones desempeñadas por estos órganos,⁴ esto es, la dirección de los trabajos de la Cámara y su realización, que requieren de órganos especializados en el desempeño de estos cometidos específicos y a la finalidad específica de los mismos, cabe diferenciar dos tipos básicos de Órganos parlamentarios: los Órganos de dirección, gobierno interior y administración, u Órganos Rectores, por un lado, y por otra parte, los Órganos funcionales o de trabajo de la Cámara.

⁴ Fraile Clivilles, M. *Introducción al Derecho Constitucional español*, Madrid, 1975, p. 551; González Casanova, J.A. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, op. cit., p.p. 268-269; Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M. (Dirs.) *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, España, 2009, p.p. 1416-1419; Souto Galván, M. «La organización del Parlamento: las Comisiones, las Ponencias, el Pleno y la Diputación Permanente» en *El Reglamento parlamentario: Propuestas de Reforma*, Parlamento de Cantabria, 2000, p.p. 175-186; Martínez Sospedra, M. en *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.p. 496-497 y *Manual de Derecho Constitucional español*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1995, p.p. 251-252; Solé Tura, J. y Aparicio Pérez, M.A. *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984, p. 120.

La Presidencia, Mesa y Junta de Portavoces forman parte de los primeros, estos, aquellos Órganos encargados de dirigir e impulsar la vida interna del Parlamento, moderando los trabajos y los debates, estableciendo el calendario de trabajo del Parlamento, los órdenes del día de sus Sesiones, acumulando también la dirección de los Servicios, la administración y las finanzas parlamentarias, añadiendo, a ello, la representación de la Cámara.

Por lo que se refiere a los Órganos que asumen las funciones parlamentarias, Órganos colegiados en los que recaen las funciones propias del Parlamento, distinguimos al que suele identificarse con éste, el Pleno, y también las Comisiones, aun cuando no quepa olvidar que, en España, entre una Legislatura y la siguiente, resultando necesaria la disolución de la Cámara, del Parlamento, o durante las vacaciones parlamentarias, alguien deba velar por sus poderes. La solución constitucional, y de los diecisiete Estatutos de Autonomía, ha sido una Institución u Órgano como es la Diputación Permanente, que también resulta incluíble dentro de los Órganos funcionales y de trabajo, aun cuando algunos prefieren situarla como singular o diferente.

Por lo que se refiere a los Órganos Rectores, de dirección, gobierno interior y administración, estos asumen funciones de representación, dirección, ordenación e impulso de la actividad parlamentaria, mientras que los Órganos funcionales u Órganos de trabajo tienen a su cargo los distintos trabajos parlamentarios en el marco de las competencias que cada uno de ellos tenga, incluidas las posibles subdivisiones en su seno (RIPOLLÉS, 2008: 161-162).

III. LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN, GOBIERNO INTERIOR Y ADMINISTRACIÓN

Como acabamos de ver, a estos corresponde la representación del Parlamento y su dirección, lo que en el caso de aquellos Parlamentos en los que la dirección se encomienda a Órganos unipersonales, estos parecen reducir a la Presidencia de la Cámara este cometido (modelo británico y la figura del Speaker). No obstante, en la mayoría de los Parlamentos esta dirección unipersonal, va unida a otros Órganos de asistencia, decisorios, con denominaciones diferentes: Mesa y Junta de Portavoces; Bureau; Presidium;... que comparten esta facultad de dirección del Parlamento con la Presidencia.

Estos Órganos, como se ha reconocido por la mayoría de la doctrina,⁵ son difíciles de delimitar y jerarquizar, por cuanto individual o colectivamente contribuyen a la organización y ordenación de la actividad del Parlamento, siendo los encargados de la toma de decisiones o propuestas referidas a la organización y vida interna de las Cámaras, en las que el Presidente comparte sus facultades con la Mesa y la Junta de Portavoces.

Las Constitución Española de 1978, que como vimos en la Introducción opta por un sistema bicameral, en el artículo 72 CE recoge la existencia de un Reglamento en cada Cámara, aprobado por mayoría absoluta. De acuerdo con él, y con lo establecido en el apartado tres de este precepto constitucional, cada Cámara elige su respectivo Presidente y los demás miembros de la Mesa. Asimismo, la Constitución recoge referencia a los Órganos de trabajo [Pleno y Comisiones (art. 75 CE) y Diputación Permanente (art. 78 CE)], Órganos de trabajo o funcionales de las Cámaras.

⁵ Corona Ferrero, J. *Los órganos de dirección...*, op. cit., p.p. 137-142; Cano Bueso, J. «Funciones y potestades de la Mesa y la Junta de Portavoces en el Derecho Parlamentario en las Comunidades Autónomas», en *Parlamento y Derecho*, Vitoria, Parlamento Vasco, 1991, p. 239; Torres Muro, I. *Los órganos de gobierno de las Cámaras: Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el derecho parlamentario español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. 22; Balaguer Callejón, F. *Manual de Derecho Constitucional*, op.cit., p. 475.

Las Mesas de los Parlamentos se han convertido en piezas básicas, ya que debido a su composición y elección varias Vicepresidencias y varias Secretarías, al margen de la Presidencia, permite una importante si no una absoluta representación de los Grupos de la Cámara. Estos Órganos Colegiados cuentan también con funciones representativas, de calificación y programación, y funciones administrativas, compartiendo con la Presidencia funciones institucionales y de policía.

La Mesa de los Parlamentos, con esta denominación o con otras, es el Órgano Rector colegiado de la Cámara que actúa como órgano de asistencia y apoyo al Presidente. Como señala la doctrina (BALAGUER, 2009: 477), la Mesa es un Órgano que ha adquirido notable importancia en el Derecho Parlamentario español en cuanto reúne a las autoridades del Parlamento, asumiendo funciones como Órgano Rector del mismo y representación colegiada de éste, ya que la individual la ostenta, como veíamos anteriormente, la Presidencia.

La Mesa, como han señalado la mayor parte de los autores⁶, es la Institución a la que corresponde la verdadera dirección de las tareas parlamentarias en los Ordenamientos parlamentarios inspirados en los principios de pluralismo, representación parlamentaria, en los que esta dirección no está encomendada normalmente a un Órgano unipersonal -la Presidencia-, sino a un Órgano colegiado. La razón política es evidente, en la medida en que el Presidente es llevado al desempeño de su cargo por las fuerzas políticas mayoritarias, sólo la existencia de un Órgano colegiado, dotado de amplias competencias, que acoja en su composición la representación de las minorías, asegura la imparcialidad y neutralidad de sus decisiones.

Este Órgano de Gobierno de las Cámaras ostenta una posición relevante, tanto en el Gobierno del Parlamento como en la administración interna de éste, mientras que en otros países, como sucede con el Speaker inglés, este Órgano unipersonal acumula, tanto las funciones de índole estrictamente parlamentarias, como aquellas otras de gestión administrativa, aunque ayudado por Comisiones asesoras y consultivas.

La Junta de Portavoces, generalmente recogida en los Reglamentos⁷, y no, salvo excepciones, en las Constitución y en los Estatutos de Autonomía, responde, como ya hemos dicho, a la nueva realidad que representan los partidos políticos, los Grupos Parlamentarios, en el trabajo del Parlamento. En este Órgano están presentes los Portavoces de todos los Grupos Parlamentarios y, bajo la dirección de la Presidencia de la Cámara, cuenta con facultades extraordinarias en temas tan importantes como la aprobación de Resoluciones de Presidencia de carácter general interpretativas del Reglamento; convocatoria de las Sesiones Plenarias; fijación del orden del día de las Sesiones Plenarias; inclusión de temas en el orden del día; calendario parlamentario; creación de Comisiones; comparecencias de los miembros del Gobierno ante la Cámara; procedimientos legislativos especiales...

⁶ Aparicio Pérez, M.A. / Barceló Serramalera, M. (coord.) *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, 2012, p. 211; Balaguer Callejón, F. (coord.) *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., p.p. 477-479; Corona Ferrero, J.M. *El reglamento parlamentario: propuesta de reforma*, op. cit., p.p. 144-149; Recoder de Casso, E. y García-Escudero Márquez, P. en *Comentarios a la Constitución* (coord. Garrido Falla, F.), Madrid, Civitas, 2001, p.p. 1230-1236; Ripollés Serrano, M.R. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, op. cit., p. 173; Santaolalla López, F. *Derecho parlamentario español*, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p.p. 167-171; Visiedo Mazón, F.J. «Estudios sobre el Estatuto valenciano», Tomo II, *Instituciones Autonómicas de la Comunidad Valenciana*, Generalitat Valenciana, Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1996, p.p. 28-32.

⁷ Este Órgano es convocado y presidido por quien ostenta la Presidencia de la Cámara. art. 39 RCD; art. 43 RS; art. 41 RPV; art. 27 RPC; art. 38 RPG; art. 38 RPA; art. 54 RPAs; art. 39 RPCa; art. 34 RPLR; art. 39 RCV; arts. 51, 52 y 53 RARM; art. 46 RCA; arts. 41, 42, 43 y 44 RCCM; art. 37 RPCan; art. 43 RPN; arts. 62 a 68 RPEX; art. 41 RPIB; arts. 58 a 61 RAM; y arts. 37 y 38 RCCL.

La Junta de Portavoces es un instituto de reciente creación, «cuya importancia viene de la mano de la también reciente constitucionalización de los partidos políticos y la influencia de estos en el funcionamiento de las Cámaras a través de la cohesión y disciplina que imponen los grupos parlamentarios» (CANO, 1991: 247). En la actualidad la Junta de Portavoces cumple en los Ordenamientos Parlamentarios tareas de primer orden desde el punto de vista de la funcionalidad del sistema, pues permite relacionar a los Grupos Parlamentarios, a sus Portavoces, con los titulares de los Órganos de Gobierno de la Cámara (Presidencia y Mesa), siendo un importante Órgano de negociación y pacto político, puede que fundamentalmente gracias al carácter secreto de sus reuniones, o al menos sin presencia de los medios de comunicación,⁸ en la mayoría de los Parlamentos.

A este Órgano parlamentario le corresponden las decisiones políticas relacionadas con la vida parlamentaria que generalmente son las que la Presidencia y la Mesa del Parlamento deben tomar después de escucharla, diferenciando las regulaciones de los Reglamentos parlamentarios cuando su acuerdo resulta necesario, o cuando simplemente debe ser consultada sin que su criterio resulte vinculante. La Junta de Portavoces aparece, por tanto, como señala Ripollés Serrano (RIPOLLÉS, 2008: 175), como Órgano de participación de los Grupos Parlamentarios, a través de sus Portavoces, un representante del Gobierno y parte de la Mesa, con competencias en la ordenación material y temporal de las actividades parlamentarias, singularmente la fijación de los órdenes del día de Pleno. Como señala Cano Bueso (CANO, 1991: 262-264), la función de todos los Órganos del Parlamento, centro de la política, impregna también a éstos. Así, según este autor «el Derecho que la Mesa aplica a la generalidad de las cuestiones es Derecho Parlamentario [...] interesado en el conocimiento y observancia de los procesos políticos que son inseparables de las normas e instituciones parlamentarias». Por el autor se da como cierto que «Mesa y Junta de Portavoces no están al margen sino que son más bien consecuencia de la transformación estructural del Parlamento derivada de la irrupción del partido político en la Cámara [...]». La crisis de la clásica división de poderes vendrá sustituida por una tensión mayoría y minoría como ha mantenido también Pedro de Vega (DE VEGA, 1980: 17).

IV. LA PRESIDENCIA

No cabe la menor duda que la Presidencia del Parlamento reviste una importancia considerable, dentro de lo que son los Órganos rectores de la Cámara, siendo evidente el fuerte peso que este Órgano tiene, puede y debe tener en el funcionamiento de la Institución. Ha existido también una tendencia presidencialista, al menos en los inicios de todos los sistemas democráticos, buscando que este Órgano unipersonal resultara apto para dirigir los debates parlamentarios y desempeñara sus funciones de carácter arbitral.

Siguiendo a Torres Muro (TORRES, 1987: 34-63) vemos como las Presidencias de los Parlamentos, en general, tienen poco que ver con lo que fue la Presidencia de la Cámara de los Comunes británica. En la evolución histórica (SEVILLA ANDRÉS, 1969: 21-56) de esta figura comprobamos que, en una primera fase, contaba con unos

⁸ Véase a este respecto Torres Muro, I. «La Junta de Portavoces. Teoría general y caso español», en *1 Jornadas de Derecho Parlamentario*, Vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985 y «Los Órganos de Gobierno de las Cámaras», Congreso de los Diputados, op. cit., p.p. 225-301. Asimismo, también puede verse el reciente trabajo (2008) de Sanz Pérez, A. «La Junta de Portavoces como Órgano Parlamentario», en *Revista Asamblea*, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 19, Madrid, 2008, p.p. 271-297.

poderes limitados en las Cámaras decimonónicas, y, más tarde, se ampliarían estos poderes presidenciales buscando un mejor funcionamiento del Parlamento, instituyendo un Presidente fuerte que permitiera el control de la mayoría. Posteriormente, como veíamos en la Introducción, la evolución y los cambios en la estructura del Parlamento, singularmente la aparición de los Grupos Parlamentarios, volvió a debilitar los poderes de la Presidencia, reforzando los del Órgano Rector colegiado, las Mesas de los Parlamentos, quedando la Presidencia mucho más centrada en lo que es el ámbito disciplinario del Parlamento y la moderación de los debates de las Sesiones.

En esta última etapa, vemos como los poderes de la Presidencia disminuyen, debido a la complejidad del trabajo parlamentario, que obliga a que sea un Órgano colegiado el que asuma la dirección de la Cámara. Por otra parte, los Grupos Parlamentarios, a través de sus Portavoces, pretenden dominar el funcionamiento de ésta sin frenos por parte de la Presidencia, y como decíamos anteriormente, los temas de disciplina, que requieren respuesta rápida, y la dirección de los debates durante las Sesiones, pasan a ocupar el papel fundamental de las Presidencias en el momento actual.

Dentro de la variedad de matices que rodean la figura del Presidente de la Cámara representativa, el Derecho comparado muestra dos modelos básicos bien diferenciados: la Presidencia de tradición anglosajona y la Presidencia de tipo continental.

En el primero de los modelos pesa la tradición de que el Presidente de la Asamblea sea un hombre de la confianza del Rey, un sistema en el que el acto de confirmación real del Speaker electo no era una simple formalidad, aunque con el tiempo acabara configurándose como una Presidencia con amplios poderes y una autoridad indiscutida en la dirección de los debates, la organización del trabajo parlamentario y la dirección de los Servicios de la Cámara. Tal situación obedece, en general, a su escasa dependencia electoral, puesto que en virtud de determinadas convenciones suele suscribirse a las contingencias electorales. La tradición anglosajona, respetada igualmente en los países de la Commonwealth, y en Irlanda, requiere que no sólo ningún candidato se presente contra el Speaker en su circunscripción, sino que tampoco nadie le dispute la elección en la Cámara, que se hará normalmente por aclamación.⁹

Poco tiene que ver éste con la posición del Speaker de la Cámara de Representantes norteamericana, o la de éste en las Presidencias continentales, lo que dibuja diferentes tipos de Presidencia, que van desde la neutralidad absoluta, cuyo ejemplo clásico es el Speaker inglés, a la Presidencia implicada en las decisiones políticas, caso del Speaker norteamericano, acabando en un tercer tipo, que es la Presidencia en aquellos países en los que los Parlamentos cuentan con un mayor margen de maniobra autónoma y que, por tanto, su titular, resulta elegido por la mayoría parlamentaria.

En el caso del Speaker británico, nos encontramos con una persona dedicada a desempeñar sus funciones con imparcialidad, centrado en la dirección de los debates; y en el caso del Speaker norteamericano, un país con una estricta separación de poderes, nos encontramos con una Presidencia con fuerte liderazgo, con un hombre de partido que no puede desentenderse de las decisiones políticas que ha de tomar la Asamblea, un auténtico líder. En cambio en las Presidencias más habituales, aparece como un Órgano institucional, con cierto margen de maniobra, integrador, con presti-

⁹ El origen del *Speaker* británico aparece en la necesidad de una autoridad que los dirigiera (asamblea como reunión de hombres) y hablara en su nombre, como señalan Recoder de Casso, E. y García-Escudero Márquez, P. en *Comentarios a la Constitución* (coord. Garrido Falla, F), Madrid, Civitas, 2001, p. 1226.

gio personal, que debe arbitrar, desde la pertenencia, generalmente a la mayoría, todas las decisiones y el funcionamiento de la Cámara.

La posición de la Presidencia, en uno y otro modelo, es absolutamente distinta. En el primero la Presidencia goza de gran libertad de actuación, al no existir una Mesa propiamente dicha, sino simples adjuntos al Presidente. En cambio, en el segundo modelo, el Presidente forma parte de una Mesa compuesta en proporción a la importancia de los diferentes Grupos Parlamentarios por lo que su actuación se encuentra mucho más limitada por el Reglamento, la mayoría parlamentaria y la capacidad de actuación de las minorías sobre su ámbito de actuación.¹⁰

Por lo que se refiere al «status» de la Presidencia del Parlamento, debemos partir de que, pese a que con carácter general la elección de ésta se produce de manera separada a la del resto de los integrantes del Órgano Rector de la Cámara, como señala Mancisidor (MANCISIDOR, 1991: 175-189), como parlamentario tiene los mismos derechos, deberes y prerrogativas que le corresponden a cualquier otro miembro de la Cámara. No obstante cabe reconocer que, como después veremos, sus importantes funciones, de carácter representativo, de dirección de administración de la Cámara, así como todo lo relativo a la organización y moderación del trabajo parlamentario, le hacen en ocasiones situarse, podríamos decir, por encima del resto de los integrantes de la Cámara.

En este sentido, los Reglamentos parlamentarios en nuestro país destacan la autoridad y el estatus del Presidente de la Cámara, citándolo como autoridad suprema en el Palacio y demás dependencias del Parlamento; máximo y primer representante de la Cámaras; representante en las relaciones institucionales con otros cargos; defensor de las competencias de las Cámaras; tratamiento de Muy Honorable señor o Muy Honorable señora; *Molt Excel·lent senyor...*¹¹

En este sentido, al Presidente le corresponde, debido a su carácter preminente dentro del Órgano Rector de la Cámara, la facultad de convocar Sesiones Plenarias, dirigir los debates, mantener el orden, cumpliendo y haciendo cumplir el Reglamento, garantizar los derechos de las minorías, representar a la Cámara..., lo que parece exigir una cierta dosis de independencia que permita imparcialidad y objetividad en el ejercicio de su función. Todo ello no resulta fácil de garantizar cuando, con la excepción de la figura del Speaker británico, en el resto de los Parlamentos el Presidente resulta elegido de entre los miembros de la Cámara, por mayoría, cualificada o no, lo que obligatoriamente le hace pertenecer a un Grupo Parlamentario, debiendo compatibilizar su condición de parlamentario, integrante de un Grupo, generalmente de la mayoría, con esta «neutralidad e independencia».

No obstante, esta pretendida igualdad con el resto de los parlamentarios que integran, la Cámara, que preside no impide que en la práctica totalidad de los casos reciba un tratamiento especial en atención a la preeminencia del cargo que ocupa, una situación protocolaria de precedencia, incluidos honores militares, una retribución económica sensiblemente superior a la de los restantes parlamentarios, junto a una capacidad, mayor o menor según cada Parlamento, de contar con medios personales de apoyo en el desempeño de su función, al margen de la Administración parlamentaria.

¹⁰ Para un análisis comparativo de la posición de la figura del Presidente de la Cámara en los sistemas políticos parlamentarios y presidencialistas, así como sus funciones, responsabilidades y facultades puede verse, junto a las citas que ya hemos hecho, la bibliografía que aparece al final, que incide en la Presidencia de las Cámaras.

¹¹ Véase a este respecto, sin ánimo de recoger todos los casos, art. 38 RS; art. 30 RCA; art. 35 RCCM; art. 41 RPEx; art. 33.4 RPIB; Normas sobre Blasones, Etiqueta y Formulario de les Corts Valencianes.

Todo ello va unido a una exigencia de mayor incompatibilidad que la del resto de los diputados, establecida en algún caso de forma expresa en los Reglamentos parlamentarios, o debiendo deducirse por lógica en otros casos.¹²

Por lo que se refiere a la posible responsabilidad política, ésta queda muy limitada, en algunos países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador...), donde la elección del Presidente se produce por periodos cortos de tiempo (1 ó 2 años), resultando prácticamente inexistente en los otros Parlamentos en los que la Presidencia coincide con la Legislatura (Cámara de Representantes USA, Asamblea Nacional francesa, Cortes Generales y Parlamentos Autonómicos españoles...). En cualquier caso, en lo que está siendo la lucha contra el transfuguismo político, muchos Reglamentos parlamentarios, a mi juicio de forma desacertada, han incluido entre las causas de cese «dejar de pertenecer a su Grupo Parlamentario por cualquier causa», lo que no deja de ser una Moción de Censura encubierta por el Grupo Parlamentario al que pertenece.¹³

También, en las nuevas regulaciones reglamentarias, se ha ido incluyendo la posibilidad de revocación del mandato, que remoción o exigencia de responsabilidad de los Presidentes de los Parlamentos, práctica que hasta la fecha no resultaba habitual, lo cual puede ser también una buena muestra de cómo los Órganos colegiados de gobierno de las Cámaras (Mesa y Junta de Portavoces) han alcanzado un predominio sobre los Órganos unipersonales, las Presidencias de las Cámaras.¹⁴

Una cuestión diferente, refiriéndose a este «status» del Presidente, es precisamente las garantías, que pretenden adoptarse para garantizar la imparcialidad u objetividad en aquellos países en los que así se dibuja la Presidencia, ya sea en ocasiones otorgándole voto de calidad, considerando imposible la emisión de éste como una manifestación de neutralidad, limitando sus intervenciones en los debates, impidiendo su participación en las Comisiones parlamentarias..., medidas todas ellas tendentes a buscar esa imparcialidad del Speaker de los Comunes británico, frente a la Presidencia partidista y beligerante del Speaker de la Cámara de Representantes de Estados Unidos, considerando que la neutralidad, el ejercicio imparcial de su labor, resulta más acorde con la naturaleza del cargo y con la calidad de representante de la Cámara.

Por lo que se refiere al sistema de elección, o de designación, y la duración del mandato, debemos señalar que es prácticamente uniforme que los Presidentes sean elegidos por el Pleno de la Cámara. Todo ello al margen de lo que sucede en algunos países con un sistema bicameral y la singularidad presentada por el Speaker del Senado canadiense, la coincidencia del Vicepresidente de los EEUU con la Presidencia del Senado, el Presidente del Senado en Argentina, la Cámara de Senadores en Uruguay..., sistemas en los que esta elección es más designación, bien sea por el Jefe del Estado o por su vinculación a un determinado cargo, siendo no obstante el método más usado la elección por el Pleno de la propia Cámara (Congreso y Senado en España, Cámaras italianas, Asamblea Nacional francesa...). Todo ello nos hace concluir que es prácticamente impensable residenciar la elección del Presidente de la Cámara en lugar distinto

¹² Véase a este respecto la incompatibilidad de ser miembro de la Mesa y del Ejecutivo en García-Escudero Márquez, P., Pendás García, B. «Presidencia de las Cámaras, Sesiones conjuntas, potestades administrativas, Comentario al artículo 72.2 y 3» en *Comentarios a leyes políticas*, IV, dirigido por O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1989, p. 428.

¹³ Véase a este respecto, como dejar de pertenecer al Grupo Parlamentario al que pertenecía puede ser causa de finalización del mandato, como Presidente, en el art. 32.1 RPCa; art. 33.4 RPLR; art. 38 RCV; art. 43.1 RCA; art. 39.3.b RPN; art. 56 RAE; art. 39 RPIB; art. 53 RAM.

¹⁴ Art. 35 RPV, que incluso establece un procedimiento para la remoción del cargo acordada por el Pleno de la Cámara; art. 52 RPA; art. 49 RARM; art. 39.3.c RPN.

de la propia Cámara, como así sucede también con el resto de integrantes del Órgano Rector y de apoyo a la Presidencia: la Mesa del Parlamento.

Lo cierto es que en la mayoría de los Reglamentos parlamentarios se establece una elección, de la Presidencia de la Cámara, secreta, por papeletas, generalmente exigiendo una mayoría cualificada de votos. Esto resulta congruente con el papel y las atribuciones que la Presidencia está llamada a desempeñar, buscando con la exigencia de una mayoría cualificada contribuir a reforzar la independencia y autoridad del Presidente, obligando en múltiples ocasiones a una negociación entre las diferentes fuerzas parlamentarias para propiciar el papel institucional de la Presidencia reforzando su autoridad e independencia.

Por lo que se refiere precisamente a la elección, en el caso de los Parlamentos en España, la regla general es que el Presidente de la Cámara es elegido por ésta, debiendo obtener en la primera votación mayoría absoluta de los miembros integrantes de la Cámara, y si ninguno obtiene esta mayoría en primer votación, se repite la elección entre los dos que hayan alcanzado las mayores votaciones, resultando elegido el que obtenga mayor número de votos.¹⁵

Además, por lo general, no suele exigirse en ninguno de los Reglamentos parlamentarios, la presentación de candidaturas, salvo algunas excepciones,¹⁶ siendo destacable la singularidad representada por el artículo 34 del Reglamento del Parlamento de Canarias, que para la elección del Presidente también «requiere la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara en primera votación, y si no se repetirán las votaciones, hasta un máximo de tres, con los intervalos que decida el Presidente de la Mesa de Edad, para alcanzar dicha mayoría absoluta. En el caso de que tampoco se obtuviera por este procedimiento la mayoría absoluta se suspende la sesión hasta el día siguiente. Reanudada la sesión se procede a una nueva votación, conforme a lo establecido anteriormente, y si tampoco se alcanzase la mayoría absoluta, al término de la tercera votación, se procederá a una nueva convocatoria de sesión a celebrar dentro de las 72 horas siguientes». Como vemos es un procedimiento singular que pretende una mayoría ajustada, cualificada, de la Presidencia de la Cámara.

Con relación a la duración del mandato, la tendencia imperante es una duración larga, ligada a la duración de la Legislatura, salvo los supuestos de fallecimiento, incapacidad, renuncia y pérdida de la condición de parlamentario (Cortes Generales y Parlamentos Autonómicos en España, Asamblea Nacional francesa, Bundestag alemán, Cámara de Representantes de los EEUU...)

Por último, por lo que se refiere a las funciones,¹⁷ con carácter general, en la práctica totalidad de los Parlamentos, se diferencian las funciones del Presidente del Parlamento de carácter representativo, de aquellas que inciden en el ámbito del procedimiento parlamentario y de las funciones de carácter administrativo y disciplinarias.

¹⁵ Art. 37.1 RCD; art. 6 RS; art. 31 RPV; art. 36 RPC; art. 36 RPG; art. 34 RPA; art. 7 RPLR; art. 52 RAM; art. 8 RARM; art. 37 RCV; art. 39 RCCM; art. 8 RPN; art. 46 RAEx; art. 37.2 RPIB.

¹⁶ Véase a este respecto el art. 43 RAEx; art. 31.4 RPCa; Rart. 35.1 RCA; art. 8 RPN; art. 37.2 RPIB; art. 33.5 RCCL.

¹⁷ Con relación a las funciones de las Presidencias de los Parlamentos en España podemos ver como existen Reglamentos que pretenden recoger un amplio abanico de éstas, no sé si pretendiendo hacer una relación pormenorizada de todas ellas, mientras que otros las distribuyen en varios preceptos del Reglamento y siempre con una redacción mucho más genérica. Véase art. 32 RCD; art. 37 RS; art. 37 RPV; art. 31 RPC; art. 32 RPG; art. 29 RPA; art. 38 RPAs; art. 34 RPCa; art. 29 RPLR; art. 39 RARM; art. 31 RCV; art. 30 RCA; arts. 35 y 36 RCCM; art. 29 RPCan; art. 40 RPN; arts. 41 a 46 RPEX; art. 33 RPIB; art. 55 RAM; y art. 28 RCCL.

En todos los Parlamentos el Presidente tiene encomendada la función de representar a la Cámara, tanto hacia el exterior como en el interior de la propia Cámara, esto es, en todos los actos oficiales, las relaciones con otras Instituciones y Órganos del Estado, ya sea para la mera solicitud de información o documentación, como para el mantenimiento de relaciones habituales de colaboración o, incluso, resolución de conflictos, básicamente en el ámbito de la actuación judicial.

Por lo que se refiere a las funciones de la Presidencia con relación al procedimiento parlamentario y a los trabajos parlamentarios, a éste corresponde asegurar la buena marcha de los trabajos y dirigir los debates, cumplir y hacer cumplir el Reglamento, la convocatoria de las Sesiones parlamentarias y su dirección, la concesión o denegación a los parlamentarios del uso de la palabra, la autorización de intervención por alusiones, la aceptación de lecturas que se consideren pertinentes y necesarias antes de proceder a una votación, resolver sobre la distribución del tiempo a emplear por los Grupos Parlamentarios, proponer al Pleno alteraciones del orden del día, convocatoria de los diferentes Órganos de la Cámara. La Presidencia tiene que atender también a muchísimas circunstancias imposibles de prever aun cuando, como decíamos anteriormente, cada vez es mayor la participación del Órgano colegiado o de apoyo, la Mesa del Parlamento, en todas estas funciones, excepción hecha de la dirección y moderación de los debates en Sesión Plenaria, cosa que corresponde con carácter exclusivo a la Presidencia de la Cámara y también las funciones de carácter disciplinario, al menos en el Salón de Sesiones.

Precisamente, con relación a estas últimas, la Presidencia de las Cámaras suele gozar de importantes competencias para mantener el orden en las Sesiones, pudiendo prohibir u ordenar la expulsión de los diputados, velando por el orden interior de las dependencias del Parlamento, pudiendo para ello tomar las medidas que considere pertinentes, incluida la de poner a disposición judicial a las personas responsables, así como la facultad de expulsar a cualquier persona que promueva desorden grave en su conducta de obra o palabra. En el transcurso de los debates dispone el Presidente de la facultad de llamar al orden o a la cuestión a los intervinientes, pudiéndoles imponer sanciones por ellas.

Con relación a estas potestades disciplinarias, la Presidencia cuenta con importantes facultades en lo que es la dirección de los debates en Sesión Plenaria. Ésta queda menguada cuando se trata de la suspensión de derechos y deberes de los parlamentarios por razones disciplinarias en las que parece lógico que la Presidencia deba contar, para este tipo de sanciones, con el Órgano Rector de la Cámara, incluso en algunos casos con el Pleno del Parlamento, pues parece excesivo y peligroso que el Presidente pueda, por sí mismo, imponer sanciones más allá de lo que es la reacción inmediata frente actuaciones momentáneas que alteren la buena marcha del debate, o perturben el orden en el recinto parlamentario. Una vez restablecido el orden, la adopción de sanciones tiene que ser encomendada a un Órgano colegiado, incluso es aconsejable que sea el propio Pleno de la Cámara el que adopte tales decisiones, siempre además con la garantía de un procedimiento reglado.

Por lo que se refiere a las potestades de la Presidencia con relación al Reglamento parlamentario, como vimos y con carácter general, a la Presidencia le corresponde cumplir y hacer cumplir el Reglamento, pero prácticamente en todos los Reglamentos Parlamentarios se ha recogido la capacidad de la Presidencia de poder interpretar y suplir las lagunas que la especial flexibilidad del Derecho Parlamentario ofrece y que,

generalmente, acaban deviniendo en una reforma del propio Reglamento. La facultad presidencial para interpretar el Reglamento, y sobre todo para cubrir sus lagunas, puede constituirse en una práctica, en una vía, para realizar reformas reglamentarias encubiertas, algo que en principio no parece aconsejable pero es difícil delimitar con claridad las fronteras entre los que es interpretar o suplir lagunas del Reglamento y lo que es modificar éste. En cualquier caso parece, como decíamos anteriormente en el caso de las sanciones, que estas Resoluciones interpretativas o que pretenden suplir una laguna, cuenten con el apoyo de los Órganos colegiados, principalmente de la Mesa y la Junta de Portavoces, evitando así un uso abusivo de estas Normas interpretativas o supletorias que, en cualquier caso, como señalábamos anteriormente, deberían concluir en una reforma del Reglamento de la Cámara, siguiendo el procedimiento establecido.¹⁸

Como es fácil deducir de la extensión de esta breve colaboración en un libro homenaje a Julia Sevilla, no hemos pretendido, ni podido, acercarnos a todos los aspectos que pueden tratarse al hablar de las Presidencias de las Cámaras, tanto en las Cortes Generales, como en los Parlamentos Autonómicos. No obstante, sí que parece que de lo dicho se desprenden unas conclusiones importantes, entre las que yo destacaría el desplazamiento de la figura presidencial del vértice de la pirámide, de una posición preeminente, a una posición, no digo inferior pero sí, distinta. Los Órganos colegiados de dirección en los que hay mayor presencia de las distintas fuerzas políticas que integran el Parlamento, la Mesa, o aquellos en los que están presentes todos ellos, la Junta de Portavoces, han pasado a ocupar un lugar principal y determinante en el funcionamiento de los Parlamentos.

Sin duda, la evolución en España ha sido rápida y yo me atrevería a decir que la fácil explicación de los intentos de los partidos de controlar el funcionamiento de la Cámara puede no ser del todo concluyente. A esto también habría que añadir lo que ha significado la consolidación de las Instituciones,¹⁹ tanto del conjunto del Estado, como autonómicas, y los diferentes procesos electorales que se han llevado a cabo desde 1979. Todo ello ha hecho desaparecer de la escena política, y con ello de las Presidencias parlamentarias, a figuras relevantes de la transición política, de la historia de los principales partidos políticos, de la consolidación de los Parlamentos. La funcionalidad de la Presidencia y, no digo que siempre para mal, su integración dentro de los Órganos colegiados de dirección, sin singularidad especial, convierten la figura en algo menos atractiva aun cuando siga siendo fundamental en el funcionamiento de la primera de las Instituciones del Estado democrático: el Parlamento.

¹⁸ Véanse a este respecto la necesidad de acuerdo en estas Resoluciones de la Presidencia con la Mesa y la Junta de Portavoces en el Reglamento del Congreso de los Diputados (art. 32.2); Reglamento del Parlamento Vasco (art. 37); Reglamento del Parlamento de Andalucía (art. 29); Reglamento del Parlamento de Asturias (art. 38.2); Reglamento del Parlamento de Cantabria (art. 34.2); Reglamento de les Corts Valencianes (art. 31); Reglamento de las Cortes de Aragón (art. 30.3); Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha (art. 35.7); Reglamento del Parlamento de Navarra (art. 40.2); Reglamento de la Asamblea de Extremadura (art. 270); Reglamento del Parlamento de Illes Balears (art. 33.2); Reglamento de la Asamblea de Madrid (art. 55.2); Reglamento de las Cortes de Castilla y León (art. 28.2).

¹⁹ Véase el cuadro Anexo con las Presidencias habidas en cada Parlamento en nuestro país, desde las primeras elecciones autonómicas hasta el momento actual (2013), en el que haciendo «honor» a Julia hemos diferenciado hombres/mujeres.

Abreviaturas utilizadas en las referencias a preceptos reglamentarios	
Reglamento del Congreso de los Diputados	(RCD)
Reglamento del Senado	(RS)
Reglamento del Parlamento Vasco	(RPV)
Reglamento del Parlamento de Cataluña	(RPC)
Reglamento del Parlamento de Galicia	(RPG)
Reglamento del Parlamento de Andalucía	(RPA)
Reglamento del Parlamento de Asturias	(RPAs)
Reglamento del Parlamento de Cantabria	(RPCa)
Reglamento del Parlamento de La Rioja	(RPLR)
Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia	(RARM)
Reglamento de les Corts Valencianes	(RCV)
Reglamento de las Cortes de Aragón	(RCA)
Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha	(RCCM)
Reglamento del Parlamento de Canarias	(RPCan)
Reglamento del Parlamento de Navarra	(RPN)
Reglamento de la Asamblea de Extremadura	(RAEx)
Reglamento del Parlamento de les Illes Balears	(RPIB).
Reglamento de la Asamblea de Madrid	(RAM)
Reglamento de las Cortes de Castilla y León	(RCCL)

Anexo

Parlamento	Legislaturas	Elecciones	Hombres	%	Mujeres	%
Congreso de los Diputados	11	11	10	90,91	1	09,09
Senado	11	13	11	84,62	2	15,38
País Vasco - Euskadi	10	10	7	70,00	3	30,00
Catalunya	10	10	8	80,00	2	20,00
Galicia	9	10	7	70,00	3	30,00
Andalucía	9	10	8	80,00	2	20,00
Asturias	9	11	7	63,64	4	36,36
Cantabria	8	8	8	100	0	0
La Rioja	8	8	7	87,50	1	12,50
Murcia	8	10	10	100	0	0
Corts Valencianes	8	9	7	77,78	2	22,22
Aragón	8	8	8	100	0	0
Castilla-La Mancha	8	9	8	88,89	1	11,11
Canarias	8	8	8	100	0	0
Navarra	8	8	6	75,00	2	25,00
Extremadura	8	9	8	88,89	1	11,11
Illes Balears	8	10	7	70,00	3	30,00
Madrid	9	9	5	55,56	4	44,44
Castilla y León	8	8	7	87,50	1	12,50
Totales		179	147	82,12	32	17,88

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

LEGISLATURA CONSTITUYENTE (1977-1979)	Fernando Álvarez de Miranda y Torres (G.P. UCD)
I LEGISLATURA (1979-1982)	Landelino Lavilla Alsina (G.P. Centrista)
II LEGISLATURA (1982-1986)	Gregorio Peces-Barba Martínez (G.P. Socialista)
III LEGISLATURA (1986-1989)	Félix Pons Irazazábal (G.P. Socialista)
IV LEGISLATURA (1989-1993)	Félix Pons Irazazábal (G.P. Socialista)
V LEGISLATURA (1993-1996)	Félix Pons Irazazábal (G.P. Socialista)
VI LEGISLATURA (1996-2000)	Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde (G.P. Popular)
VII LEGISLATURA (2000-2004)	Luisa Fernanda Rudi Úbeda (G.P. Popular)
VIII LEGISLATURA (2004-2008)	Manuel Marín González (G.P. Socialista)
IX LEGISLATURA (2008-2011)	José Bono Martínez (G.P. Socialista)
X LEGISLATURA (2011)	Jesús Posada Moreno (G.P. Popular)

SENADO

LEGISLATURA CONSTITUYENTE (1977-1979)	Antonio Fontán Pérez (G.P. UCD)
I LEGISLATURA (1979-1982)	Cecilio Valverde Mazuelas (G.P. UCD)
II LEGISLATURA (1982-1986)	José Federico de Carvajal Pérez (G.P. Socialista)
III LEGISLATURA (1986-1989)	José Federico de Carvajal Pérez (G.P. Socialista)
IV LEGISLATURA (1989-1993)	Juan José Laborda Martín (G.P. Socialista)
V LEGISLATURA (1993-1996)	Juan José Laborda Martín (G.P. Socialista)
VI LEGISLATURA (1996-2000)	Juan Ignacio Barrero Valverde [1996 - 1999] Esperanza Aguirre Gil de Biezma (G.P. Popular) [1999 - 2000]
VII LEGISLATURA (2000-2004)	Esperanza Aguirre Gil de Biezma (G.P. Popular) [2000 - 2002] Juan José Lucas Giménez [2002 - 2004]
VIII LEGISLATURA (2004-2008)	Francisco Javier Rojo García (G.P. Socialista)
IX LEGISLATURA (2008-2011)	Francisco Javier Rojo García (G.P. Socialista)
X LEGISLATURA (2011)	Pio García-Escudero Márquez (G.P. Popular)

PARLAMENTO VASCO-EUSKO LEGETZARRA

I LEGISLATURA (1980-1984)	Juan José Pujana Arza (G.P. EAJ-PNV)
II LEGISLATURA (1984-1986)	Juan José Pujana Arza (G.P. EAJ-PNV)
III LEGISLATURA (1986-1990)	Jesús M ^o Iguiguren Imaz (G.P. Socialista)
IV LEGISLATURA (1990-1994)	Joseba Andoni Leizaola Azpiazu (G.P. EAJ-PNV)
V LEGISLATURA (1994-1998)	Joseba Andoni Leizaola Azpiazu (G.P. EAJ-PNV)
VI LEGISLATURA (1998-2001)	Juan María Atutxa Mendiola (G.P. EAJ-PNV)
VII LEGISLATURA (2001-2005)	Juan María Atutxa Mendiola (G.P. EAJ-PNV)
VIII LEGISLATURA (2005-2009)	Izaskun Bilbao Barandica (G.P. NV)
IX LEGISLATURA (2009-2012)	Arantza Quiroga Cía (G.P. Popular)
X LEGISLATURA (2012)	Bakartxo Tejeria Otermin (G.P. EA-NV)

PARLAMENT DE CATALUNYA

I LEGISLATURA (1980-1984)	Heribert Barrera i Costa (G.P. ERC)
II LEGISLATURA (1984-1988)	Miquel Coll i Alentorn (G.P. CiU)
III LEGISLATURA (1988-1992)	Joaquim Xicoy i Bassegoda (G.P. CiU)
IV LEGISLATURA (1992-1995)	Joaquim Xicoy i Bassegoda (G.P. CiU)
V LEGISLATURA (1995-1999)	Joan Reventós Carner (G.P. Socialista)
VI LEGISLATURA (1999-2003)	Joan Rigol i Roig (G.P. CiU)
VII LEGISLATURA (2003-2006)	Ernest Benach i Pascual (G.P. ERC)
VIII LEGISLATURA (2006-2010)	Ernest Benach i Pascual (G.P. ERC)
IX LEGISLATURA (2010-2012)	Núria de Gispert i Català (G.P. CiU)
X LEGISLATURA (2012)	Núria de Gispert i Català (G.P. CiU)

PARLAMENTO DE GALICIA

I LEGISLATURA (1981-1985)	Antonio Rosón Pérez (G.P. Centrista)
II LEGISLATURA (1985-1989)	Antonio Rosón Pérez (G.P. Popular) - [hasta 1986] Tomás Pérez Vidal (G.P. Popular) - [desde 13/05/1986]
III LEGISLATURA (1989-1993)	Victorino Núñez Rodríguez (G.P. Popular)
IV LEGISLATURA (1993-1997)	Victorino Núñez Rodríguez (G.P. Popular)
V LEGISLATURA (1997-2001)	José María García Leira (G.P. Popular)
VI LEGISLATURA (2001-2005)	José María García Leira (G.P. Popular)
VII LEGISLATURA (2005-2009)	Dolores Villarino Santiago (G.P. Socialista)
VIII LEGISLATURA (2009-2012)	Pilar Rojo Noguera (G.P. Popular)
IX LEGISLATURA (2012)	Pilar Rojo Noguera (G.P. Popular)

PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

I Legislatura (1982-1986)	Antonio Ojeda Escobar (G.P. Socialista)
II Legislatura (1986-1990)	Ángel Manuel López y López (G.P. Socialista) [17.07.1986 a 26.09.1988] José Antonio Marín Rite (G.P. Socialista) [desde 27.09.1988]
III Legislatura (1990-1994)	José Antonio Marín Rite (G.P. Socialista)
IV Legislatura (1994-1996)	Diego Valderas Sosa (G.P. IU Los Verdes-Convocatoria por Andalucía)
V Legislatura (1996-2000)	Javier Torres Vela (G.P. Socialista)
VI Legislatura (2000-2004)	Javier Torres Vela (G.P. Socialista)
VII Legislatura (2004-2008)	María del Mar Moreno Ruiz (G.P. Socialista)
VIII Legislatura (2008-2012)	Fuensanta Coves Botella (G.P. Socialista)
IX Legislatura (2012)	Manuel Gracia Navarro (G.P. Socialista)

JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

I Legislatura (1983-1987)	Juan Ramón Zapico García (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	Antonio Landeta y Álvarez-Valdés (G.P. Popular)
III Legislatura (1991-1995)	Laura González Álvarez (G.P. IU) - [21-05-1991-08.01.1993] Eugenio Carbajal Martínez (G.P. Socialista) - [desde 25.02.1993]
IV Legislatura (1995-1999)	Ovidio Sánchez Díaz (G.P. Popular) - [hasta 18.03.1999] Faustino González Alcalde (G.P. Socialista) - [desde 18.03.1999]
V Legislatura (1999-2003)	María Jesús Álvarez González (G.P. Socialista)
VI Legislatura (2003-2007)	María Jesús Álvarez González (G.P. Socialista)
VII Legislatura (2007-2011)	María Jesús Álvarez González (G.P. Socialista)
VIII Legislatura (2011-2012)	Fernando Goñi Merino (G.P. Popular)
IX Legislatura (2012)	Pedro José Sanjurjo González (G.P. Socialista)

PARLAMENTO DE CANTABRIA

I Legislatura (1983-1987)	Guillermo Gómez Martínez-Conde (G.P. AP)
II Legislatura (1987-1991)	Eduardo Obregón Barreda (G.P. PRC)
III Legislatura (1991-1995)	Adolfo Pajares Compostizo (G.P. Popular)
IV Legislatura (1995-1999)	Adolfo Pajares Compostizo (G.P. Popular)
V Legislatura (1999-2003)	Rafael de la Sierra González (G.P. PRC)
VI Legislatura (2003-2007)	Miguel Angel Palacio García (G.P. Socialista)
VII Legislatura (2007-2011)	Miguel Angel Palacio García (G.P. Socialista)
VIII Legislatura (2011)	José Antonio Cagigas Rodríguez (G.P. Popular)

PARLAMENTO DE LA RIOJA

I Legislatura (1983-1987)	Félix Palomo Saavedra (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	Manuel María Fernández Ilarrazza (G.P. Centrista)
III Legislatura (1991-1995)	Félix Palomo Saavedra (G.P. Socialista)
IV Legislatura (1995-1999)	María del Carmen Las Heras Pérez-Caballero (G.P. Popular)
V Legislatura (1999-2003)	José Ignacio Cenicerós González (G.P. Popular)
VI Legislatura (2003-2007)	José Ignacio Cenicerós González (G.P. Popular)
VII Legislatura (2007-2011)	José Ignacio Cenicerós González (G.P. Popular)
VIII Legislatura (2011)	José Ignacio Cenicerós González (G.P. Popular)

ASAMBLEA REGIONAL DE MURCIA

I LEGISLATURA (1983-1987)	Carlos Collado Mena (G.P. Socialista) [1983-1984] Manuel Tera Bueno (G.P. Socialista) [1984-1987]
II LEGISLATURA (1987-1991)	Miguel Navarro Molina (G.P. Socialista)
III LEGISLATURA (1991-1995)	Miguel Navarro Molina (G.P. Socialista) [1991-1993] José Plana Plana (G.P. Socialista) [1993-1995]
IV LEGISLATURA (1995-1999)	Francisco Celdrán Vidal (G.P. Popular)
V LEGISLATURA (1999-2003)	Francisco Celdrán Vidal (G.P. Popular)
VI LEGISLATURA (2003-2007)	Francisco Celdrán Vidal (G.P. Popular)
VII LEGISLATURA (2007-2011)	Francisco Celdrán Vidal (G.P. Popular)
VIII LEGISLATURA (2011)	Francisco Celdrán Vidal (G.P. Popular)

CORTS VALENCIANES

I Legislatura (1983-1987)	Antonio García Miralles (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	Antonio García Miralles (G.P. Socialista)
III Legislatura (1991-1995)	Antonio García Miralles (G.P. Socialista)
IV Legislatura (1995-1999)	Vicente González Lizondo (G.P. UV) - [1995-1996] Héctor Villalba Chirivella (G.P. UV) - [1996-1999]
V Legislatura (1999-2003)	Marcela Miró Pérez (G.P. Popular)
VI Legislatura (2003-2007)	Julio de España Moya (G.P. Popular)
VII Legislatura (2007-2011)	Milagrosa Martínez Navarro (G.P. Popular)
VIII Legislatura (2011)	Juan Gabriel Cotino Ferrer (G.P. Popular)

CORTES DE ARAGÓN

I LEGISLATURA (1983-1987)	Antonio Embid Irujo (G.P. Socialista)
II LEGISLATURA (1987-1991)	Juan Bautista Montserrat Mesanza (G.P. CDS)
III LEGISLATURA (1991-1995)	Ángel Cristobal Montes (G.P. PCA)
IV LEGISLATURA (1995-1999)	Emilio Eiroa García (G.P. PAR)
V LEGISLATURA (1999-2003)	José María Mur Bernad (G.P. PAR)
VI LEGISLATURA (2003-2007)	Francisco Pina Cuenta (G.P. Socialista)
VII LEGISLATURA (2007-2011)	Francisco Pina Cuenta (G.P. Socialista)
VIII LEGISLATURA (2011)	José Ángel Biel Rivera (G.P. Popular)

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

I Legislatura (1983-1987)	Francisco Javier de Irizar Ortega (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	José Manuel Martínez Cenzano (G.P. Socialista)
III Legislatura (1991-1995)	José María Barreda Fontes (G.P. Socialista)
IV Legislatura (1995-1999)	José María Barreda Fontes (G.P. Socialista) [hasta 1997] M ^a del Carmen Blázquez Martínez (G.P. Socialista) - [desde 1997]
V Legislatura (1999-2003)	Antonio Marco Martínez (G.P. Socialista)
VI Legislatura (2003-2007)	Fernando López Carrasco (G.P. Socialista)
VII Legislatura (2007-2011)	Francisco Pardo Piqueras (G.P. Socialista)
VIII Legislatura (2011)	Vicente Tirado Ochoa (G.P. Popular)

PARLAMENTO DE CANARIAS

I LEGISLATURA (1983-1987)	Pedro Guerra Cabrera (G.P. Socialista)
II LEGISLATURA (1987-1991)	Victoriano Ríos Pérez (G.P. Coalición Canaria)
III LEGISLATURA (1991-1995)	Victoriano Ríos Pérez (G.P. Coalición Canaria)
IV LEGISLATURA (1995-1999)	José Miguel Bravo de Laguna Bermúdez (G.P. Popular)
V LEGISLATURA (1999-2003)	José Miguel Bravo de Laguna Bermúdez (G.P. Popular)
VI LEGISLATURA (2003-2007)	Gabriel Mato Adrover (G.P. Popular)
VII LEGISLATURA (2007-2011)	Antonio A. Castro Cordobez (G.P. Coalición Canaria)
VIII LEGISLATURA (2011)	Antonio A. Castro Cordobez (G.P. Coalición Canaria)

PARLAMENTO DE NAVARRA

I LEGISLATURA (1983-1987)	Balbino Baldós Artiz (G.P. UPN)
II LEGISLATURA (1987-1991)	Ignacio Javier Gómara Granada (G.P. UPN)
III LEGISLATURA (1991-1995)	Javier Otano Cid (G.P. Socialista)
IV LEGISLATURA (1995-1999)	Lola Eguren Apesteguía (G.P. Socialista)
V LEGISLATURA (1999-2003)	José Luis Castejón Guarrés (G.P. Socialista)
VI LEGISLATURA (2003-2007)	Rafael Gurrea Indurain (G.P. UPN)
VII LEGISLATURA (2007-2011)	Elena Torres Miranda (G.P. Socialista)
VIII LEGISLATURA (2011)	Alberto Catalàn Higuera (G.P. UPN)

PARLAMENTO DE EXTREMADURA

I Legislatura (1983-1987)	Antonio Vázquez López (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	Antonio Vázquez López (G.P. Socialista)
III Legislatura (1991-1995)	Antonio Vázquez López (G.P. Socialista)
IV Legislatura (1995-1999)	María Teresa Rejas Rodríguez (G.P. IU) - [1995-1997] Manuel Veiga López (G.P. Socialista) - [1995-1997]
V Legislatura (1999-2003)	Manuel Veiga López (G.P. Socialista)
VI Legislatura (2003-2007)	Federico Suárez Hurtado (G.P. Socialista)
VII Legislatura (2007-2011)	Juan Ramón Ferreira Díaz (G.P. Socialista)
VIII Legislatura (2011)	Fernando Jesús Manzano Pedrera (G.P. Popular)

PARLAMENT DE LES ILLES BALEARS

I Legislatura (1983-1987)	Antoni Cirerol Thomas (G.P. Popular)
II Legislatura (1987-1991)	Antoni Cirerol Thomas (G.P. Popular)
III Legislatura (1991-1995)	Jeroni Albert i Picornell (G.P. UM)
IV Legislatura (1995-1999)	Joan Huguet i Rotger (G.P. Popular)
V Legislatura (1999-2003)	Antoni Diéguez Seguí (G.P. Socialista)
VI Legislatura (2003-2007)	Pere Rotger Llabres (G.P. Popular)
VII Legislatura (2007-2011)	María Antonia Munar i Ruitort (G.P. UM) Aina Rado i Ferrando (G.P. Socialista)
VIII Legislatura (2011)	Pere Rotger i Llabrés (G.P. Popular) - [07.06.2011-12.12.2012] Margarida Durán i Cladera (G.P. Popular) - [desde 18.12.2012]

ASAMBLEA DE MADRID

I Legislatura (1983-1987)	Ramón Espinar Gallego (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	Rosa María Posada Chapado (G.P. UCD)
III Legislatura (1991-1995)	Pedro Díez Olozabal (G.P. IU)
IV Legislatura (1995-1999)	Juan Van-Halen Acebo (G.P. Popular)
V Legislatura (1999-2003)	Juan Pedroche Niego (G.P. Popular)
VI Legislatura (2003)	Concepción Dancausa Treviño (G.P. Popular) [julio-noviembre 2003]
VII Legislatura (2003-2007)	Concepción Dancausa Treviño (G.P. Popular)
VIII Legislatura (2007-2011)	Mª Elvira Rodríguez Herrer (G.P. Popular)
IX Legislatura (2011)	José Ignacio Echeverría Échaniz (G.P. Popular)

CORTES DE CASTILLA Y LEÓN

I Legislatura (1983-1987)	Dionisio Llamazares Fernández (G.P. Socialista)
II Legislatura (1987-1991)	Carlos Sanchez-Reyes de Palacio (G.P. CDS)
III Legislatura (1991-1995)	Manuel Estella Hoyos (G.P. Popular)
IV Legislatura (1995-1999)	Manuel Estella Hoyos (G.P. Popular)
V Legislatura (1999-2003)	Manuel Estella Hoyos (G.P. Popular)
VI Legislatura (2003-2007)	José Manuel Fernández Santiago (G.P. Popular)
VII Legislatura (2007-2011)	José Manuel Fernández Santiago (G.P. Popular)
VIII Legislatura (2011)	María Josefa García Cirac (G.P. Popular)

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Lúcia, Ll. «El Parlamento», en *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Pablo García Mexía (coord.), INAP, Madrid, 2003.
- Aguiló Lúcia, Ll. «Status y atribuciones de las Presidencias de los Parlamentos», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 2, 1996.
- Aguiló Lúcia, Ll. *Las Cortes Valencianas. Introducción al Derecho Parlamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Aparicio Pérez, M.A. (dir.) / Barceló Serramalera, M. (coord.) en *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, 2012.
- Balaguer Callejón, F. (coord.) *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 4ª edición, Tecnos, 2009.
- Belda Pérez-Pedrero, E. *La Presidencia del Congreso de los Diputados, perfil de su actuación constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003.
- Caamaño Domínguez, F. *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.
- Caamaño Domínguez, F. y Mieres Mieres, L.J. «Organización General y Territorial del Estado» en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Manuel Aragón Reyes (coord.), Civitas, Madrid, 2011.
- Cano Bueso, J. «Funciones y potestades de la Mesa y de la Junta de Portavoces en el Derecho Parlamentario en las Comunidades Autónomas», en *Parlamento y Derecho*, Vitoria, Parlamento Vasco, 1991.
- Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M. (dirs.) *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, España, 2009.
- Corona Ferrero, J.M. «Los Órganos de dirección en el Reglamento Parlamentario» en *El Reglamento Parlamentario: Propuesta de Reforma*, Parlamento de Cantabria, 2000.
- Cozzoli, V. «La funzione unificante dei Presidenti nell'organizzazione delle Camere» en *Studi pisani sul Parlamento II*, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.
- De Vega, P. «Parlamento y opinión pública», en *Parlamento y Sociedad Democrática* (coord. M.A. Aparicio), Universidad de Barcelona, 1980.
- Di Giovine, A. «Il ruolo 'intra moenia' ed 'extra moenia' del Presidente delle Camere, en *Studi pisani sul Parlamento II*, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.
- Dickmann, R. «Dizionario parlamentare: Presidenti delle Camere, en *Rassegna parlamentare*, V. 52, nº 2, 2010.
- Fraile Clivilles, M. *Introducción al Derecho Constitucional español*, Madrid, 1975.
- Fernández Carrasco, E. «Los presidentes de las Cortes», en *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, Madrid, Espasa, 2011.
- Furlan, F. «Alla ricerca della responsabilità politica del Presidente di assemblea parlamentare en *Quaderni costituzionali*, V. 31, nº 2, 2011.
- García-Escudero Márquez, P. «El Estado del Arte: El derecho Parlamentario, hoy» en *Bicentenario de la Secretaría y del Cuerpo de Letrados de las Cortes: 1811-2011*, Madrid, Cortes Generales, 2011.
- García-Escudero Márquez, P., Pendás García, B., «Comentario al artículo 72.2 y 3» en *Comentarios a leyes políticas*, IV, dirigido por O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1989.

García Martínez, M.A. «Las disposiciones de la presidencia de la Cámara interpretativas del Reglamento y la problemática de su impugnación ante el Tribunal Constitucional, en *Revista de las Cortes Generales* nº 35, mayo-agosto 1995.

García Soriano, M.V. *La Presidencia de las Asambleas Legislativas: un perspectiva comparada*, en *Temas de las Cortes Valencianas* nº 4, Valencia, Cortes Valencianas, 2003.

Gianfrancesco, E. «Il ruolo di Presidenti delle Camere tra soggetti politiche e arbitri imparziali, en *Le regole del diritto parlamentari nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma Luiss University Press, 2007.

Iacometti, M. *I Presidenti di assemblea parlamentare*, Milano, Giuffè, 2001 y *L'organizzazione interna dei Parlamenti*, Roma, Carocci, 2010.

Lafaille, F. «Le 'présidentialisme' sous la III République: les 'descentes de fauteuil' de Gambetta et d'Herriot, en *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 76, 2008.

Lasorella, G. «I Presidenti delle Camere nel sistema dei rapporti tra Parlamento e Governo, en *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.

González Casanova, J.A. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens Universidad, Madrid, 1981.

Mancisidor Artaraz, E. «Función y potestades de la presidencia parlamentaria», en *Parlamento y derecho* (coord. Alberto Figueroa Larandogoitia, Juan Carlos da Silva Ochoa), Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra, Azterian Zerbitzua, Parlamento Vasco, Servicio de Estudios, 1991.

Marcelli, F. «I Presidenti delle Camere nel sistema dei rapporti tra Parlamento e Governo, en *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.

Marco Marco, J.J. *El Reglamento Parlamentario en el Sistema Español de Fuentes del Derecho*, en *Temas de las Cortes Valencianas* nº 1, Valencia, Cortes Valencianas, 2000.

Martínez Sospedra, M. en *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Martínez Sospedra, M. *Manual de Derecho Constitucional español*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1995.

Pertici, A. «I presidenti delle camere tra i regolamenti e le prassi parlamentari e le prassi costituzionali e le leggi ordinarie, en *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.

Pitarch Segura, I. «Acerca de la responsabilidad política del presidente del parlamento», en *Las Cortes Generales: IX Jornadas de Estudio sobre las Cortes Generales*, mayo 1985, nº 3, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1987.

Ravenna, D. «I Presidenti delle Camere in assemblea» en *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.

Recoder de Casso, E. y García-Escudero Márquez, P. en *Comentarios a la Constitución* (coord. Garrido Falla, F.), Madrid, Civitas, 2001.

Ripollés Serrano, M.R. «Tema 9» en *Lecciones de Derecho Constitucional*, coordinado por M^a Isabel Álvarez Vélez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Rizzuto, C. «I Presidenti delle Camere in assemblea», en *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.

Romano, G. «I Presidenti delle Camere: vecchi miti, nuove certezze ed un'ipotesi di futuro», en *Il parlamento del bipolarismo: un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Italia, Jovene, 2008.

Rubio Llorente, F. «El Parlamento y la representación política» en *I Jornada de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985.

Ruiz de Cenzano Macián, G.A. Las disposiciones normativas de la Presidencia de las Cámaras Parlamentarias en el Estado español: especial referencia a las Cortes Valencianas, Valencia, Corts Valencianes, 2005.

Sainz Moreno, F. «Artículo 72», en *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario* (directores Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.), Las Rozas, Madrid, Fundación Walters Kluwer, 2009.

Santaolalla López, F. *Derecho Parlamentario español*, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

Sanz Pérez, A. «La Junta de Portavoces como Órgano Parlamentario», en *Revista Asamblea*, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 19, Madrid, 2008.

Sevilla Andrés, D. «La Presidencia del Congreso de los Diputados (1810-1836)», en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 14, 1969.

Sevilla Merino, J. «El derecho de las diputadas a ser nombradas», en *Parlamento y diputado* (coord. Francesc Pau i Vall), 2011.

Solé Tura, J. y Aparicio Pérez, M.A. *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984.

Souto Galván, M. «La organización del Parlamento: las Comisiones, las Ponencias, el Pleno y la Diputación Permanente», en *El Reglamento parlamentario: propuestas de reforma*, Parlamento de Cantabria, Cantabria, 2000.

Torre, A. La funzione unificante del Presidente di un'assemblea parlamentare: il contributo de un comparatista alla discussione sul tema», en *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2008.

Torres Muro, I. «La Junta de Portavoces. Teoría general y caso español», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985 y «Los Órganos de Gobierno de las Cámaras», Congreso de los Diputados.

Torres Muro, I. *Los órganos de gobierno de las Cámaras*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

Visiedo Mazón, F.J. «Estudios sobre el Estatuto valenciano», Tomo II, *Instituciones Autonómicas de la Comunidad Valenciana*, Generalitat Valenciana, Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1996.

Visiedo Mazón, F.J. (dir.) *Instituciones Políticas de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, 2009.

LA DECLARACIÓN DE SOBERANÍA DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA: ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO*

MARIANO VIVANCOS COMES

Profesor asociado de Derecho Constitucional. Universitat de València

* Este texto coincide, a grandes rasgos, con la conferencia pronunciada el 1 de marzo de 2013 bajo el título «*La declaración de soberanía del Parlamento de Cataluña: entre la Política y el Derecho*» dentro del Curso de Derecho Parlamentario 2013. Una reflexión sobre el modelo territorial, organizado por las *Corts Valencianes* en colaboración con la Universidad CEU Cardenal Herrera.

LA DECLARACIÓN: ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

En su sesión plenaria del pasado 23 de enero, el Parlamento catalán aprobaba la Resolución 5/X, sobre la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 13, de 24 de enero de 2013, pp. 3-4). Un hecho, de enorme trascendencia y significación política, que no sólo ahonda la profunda crisis territorial que padecemos sino que se superpone a la más aguda y persistente crisis económica e institucional que ha vivido, en democracia, España. Y que ha acentuado los problemas de legitimación de un modelo autonómico español abiertamente cuestionado.

Debemos partir, pues, de la innegable magnitud y persistencia de un problema político de primer orden, el del consabido «encaje» de Cataluña en la España autonómica, que nuestro modelo de Estado y su organización territorial, a pesar de haberlo atemperado, no han sabido solucionar de forma definitiva. Y que, ahora, se actualiza y toma expresión en la reciente declaración soberanista, como secuencia de un proceso más amplio, complejo y definido, cuyos progresos revisten una evidente significación política, ya que busca dirigir su actuación a las instituciones y al pueblo de Cataluña con el fin que pueda éste expresar su opinión sobre su futuro colectivo. Sin entrar a prejuzgar, formalmente, si tal decisión pasa por mantener el *status* actual (integración en España) o configurarse en base una nueva realidad [sea esta la plena independencia, algún tipo de relación política más alambicada, como la planteada en el fracasado Estatuto Político vasco (*Boletín Oficial del Parlamento Vasco*. VII Legislatura, núm. 115, de 7 de noviembre) o la solución federal (que se nos presenta desde el PSOE)].

Significación política que no puede sortear el juicio de constitucionalidad de unos planteamientos que, sin ser nuevos en la práctica autonómica (nuevamente, el precedente vasco, que amenaza con replicarse ahora con la apuesta por un nuevo *status* diferencial para Euskadi), sí generan una nueva controversia, de evidentes perfiles propios, con importantes y nada desdeñables similitudes o coincidencias con el precedente vasco.

Esta vez, no viene materializada por ninguna disposición normativa autonómica (como la Ley vasca de consultas, 9/2008, de 27 de junio. *Boletín Oficial del País Vasco* núm. 134, de 15 de julio de 2008, pp. 18558-18567) sino a partir de una iniciativa desprovista de esa naturaleza de una Asamblea legislativa autonómica que, contempla en su seno unos idénticos instrumentos (consulta y decisión) que, muy difícilmente pueden configurarse y actualizarse al margen de las categorías del Derecho, al igual que sucedió en el pasado. Por no decir que, ambas, comparten también unos mismos antecedentes (proyectos de reforma estatutaria frustrados o reinterpretados); naturaleza (autodeterminante); características (unilaterales, rupturistas, antiestatutarios y frentistas) y pretensiones inconstitucionales, explicitadas por una reiterada doctrina constitucional (STCs 103/2008, de 11 de septiembre (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 245, de 10 de octubre de 2008, pp. 3-14) y 31/2010, de 28 de junio de 2010 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, de 16 de julio de 2010, pp. 1-491) .

Un debate que, al tiempo y por último, enfrenta igual que entonces dos legitimidades propias de ambas esferas: por un lado, la legitimidad democrática, a través del cual el Pueblo de Cataluña no sólo se atribuye carácter de «sujeto político y jurídicamente soberano» sino que se reserva el ejercicio de un pretendido «derecho a decidir» su relación con España, a través de una futura y ulterior consulta; y, por otro y en paralelo, la legitimidad constitucional, que hace que dicho proceso tenga que encauzarse necesariamente por las reglas jurídicas del derecho constitucional vigente.

El problema que subyace a la declaración es, por tanto, doble; de perfiles políticos y jurídicos, al mismo tiempo. Pero exige una respuesta contundente a la par que imaginativa de las instituciones del Estado constitucional en esa misma dirección.

LA TRANSICIÓN NACIONAL DE CATALUÑA

El camino emprendido por las instituciones de autogobierno catalanas es, sin duda, de difícil retorno y se inserta dentro de un proceso político para el ejercicio efectivo del derecho a decidir. Los daños colaterales son evidentes: el autonomismo posibilista y de ambigüedad medida que, hasta 2003, ejerció el partido hegemónico del sistema político de partidos catalán, CiU.

En dicho tránsito, Cataluña habría enterrado, pues, la autonomía territorial (Estatut de «Sau», 1979), cuyo significado ha sido autogobierno de Cataluña dentro de la estructura del Estado español, en favor de un programa de acumulación de fuerzas nacionalistas (por el momento, CiU y ERC) que busca protagonizar el tránsito nacional definitivo, a través del ejercicio de la libre decisión o determinación (autodeterminación total o plena) cuya meta es alcanzar la independencia propia. En esta estrategia, los objetivos inmediatos de la Nación catalana son dotarse de «estructuras de Estado», un país independiente y plena soberanía sobre su población y territorio. Y buscar, al tiempo, un reconocimiento público oficial a nivel exterior, por otros Estados del mundo. Ese objetivo, que exige la rebelión frente al Gobierno estatal en su intención de forzar la separación, constituye un ejemplo palmario de lo que en Ciencia Política se conoce como separatismo.

En ese proceso, lo primero es, forzar un relato. Y este se ha ido construyendo en los últimos años a modo de profecía autocumplida. Ese escenario, en los últimos tiempos, ha sido económico provocando un escenario de confrontación que ha distraído, fuerzas y energías, en lo que debería haber sido una empresa común como la recuperación económica y la salida de la crisis. Sin embargo, tanto el Estado ha querido hacer de las autonomías el «chivo expiatorio» de esta última (De la Quadra, 2012: 5) como algunas, muy especialmente aquellas gobernadas por partidos nacionalistas periféricos (como Cataluña), proyectando sobre el Estado su incapacidad económica y la necesaria respuesta a la política de consolidación fiscal. Y que, incluso, en los últimos años se habría alimentado en los últimos años de mitos, como el del «expolio fiscal» (Guerrero y Álvarez, 2012: 41-64), con la intención de conseguir un sistema de financiación exclusivo (el conocido como «Pacto Fiscal») para Cataluña de perfiles difusos y reinterpretado en clave nacional y soberana, cuyas bases quedarán materializadas en la Resolución 737/IX (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 363, de 26 de julio de 2012, p. 3).

En esa creación del relato, la acumulación de fuerzas nacionalista también ha demostrado su utilidad al ofrecer un diagnóstico compartido. «A lo largo de los últimos 30 años, una parte importante del catalanismo se ha comprometido a fondo con la

transformación del Estado español para permitir el encaje de Cataluña sin haber renunciado ni a las legítimas aspiraciones nacionales, ni a la voluntad de autogobierno, ni a la continuidad como Nación. Pero los intentos de encaje de Cataluña con el Estado español y sus reiteradas respuestas negativas son, hoy, una vía sin recorrido [...], manifiesta en sus primeros enunciados el acuerdo de 12 de diciembre de 2012, bajo el título «Procés de convocatoria de la consulta sobre el futur polític de Catalunya» (rebautizado como «Pacte per la Llibertat»), formalizado entre CiU y ERC para garantizar no sólo la investidura sino la gobernabilidad del actual gobierno.

No cabe extrañarse pues ante este tipo de declaraciones que, otro aspecto básico de la hoja de ruta soberanista, venga de la mano de la denuncia formal del «pacto constitucional», que se sustancia a través de la Resolución 274/IX (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 147, de 3 de octubre de 2011, p. 16) con el pretexto de la reciente reforma constitucional emprendida el pasado año entre las dos fuerzas políticas estatales. Una ruptura meditada y consciente no sólo con una arquitectura institucional, derivada del espíritu de la Transición, sino además con una tradición pactista que ha servido de sustento de la gobernabilidad del Estado durante años.

Vamos a analizar, a continuación, esa tríada necesaria para la autoafirmación nacional: soberanía, estatalidad y pueblo. Empezando por esta última.

Solo hasta fechas muy recientes, pueden considerarse mayoritarias las posiciones proclives a un referéndum por la independencia. Según el CIS, uno de cada tres catalanes. Sin embargo, el último barómetro del CEO (primer trimestre, 2013), destaca una mayoría a favor (54,7%) frente a algo menos de la mitad (20,7%) que se situaría en una posición contraria. Una polarización que coincide con la posición de las fuerzas políticas. Siendo, la primera, la opción la favorita de los votantes republicanos (95,3%), convergentes (78,2%) y de la Candidatura d'Unitat Popular (74,5%) y, por el contrario, la segunda la mayoritaria entre Ciutadans (85,7%), populares (74,8%) y socialistas (59%). Hasta hace pocos años, las apelaciones a favor de la vía independentista habían chocado con la realidad sociológica y electoral de Cataluña. Esta apreciación, sin embargo, debe ser matizada. En primer lugar, porque una baja participación negaría legitimidad a la consulta: algunas recientes extrapolaciones similares cifras, atemperados por una participación media (equilibrada con la que se produce en las autonómicas), nos indica que los partidos pro-consulta únicamente cosecharían 200.000 electores más aproximadamente. Por otro lado, puede decirse que ningún partido catalán viene a coincidir plenamente con las complejas y diversas preferencias de los catalanes sobre el autogobierno, tal y como refleja la serie histórica de las encuestas del CIS. Probablemente, sea CiU el que mayor versatilidad muestre, seguido de cerca por el PSC.

En dicho tránsito parece haber influido, también, la proliferación de opciones políticas abiertamente independentistas, sin embargo mediatizada por su fugaz e intermitente presencia política, con excepción de ERC: Partit per la Independència (1996); Solidaritat catalana per la Independència (2010); Reagrupament (2011) y la Candidatura d'Unitat Popular (2012).

Y, por último, el apoyo y protagonismo de una sociedad civil que, incluso, se habría organizado a partir de la plataforma por el derecho a decidir (PDD) y otras estructuras cívicas mostrándose especialmente activas en la organización de las consultas por la independencia en más de 166 municipios catalanes que habría movilizado al 30% del censo electoral. Eco social del descontento generado por la frustración de la expectativa estatutaria, primero, y del malogrado «pacto fiscal» después. Célebres son las

manifestaciones reivindicativas más recientes y sus consabidos lemas: en oposición a la sentencia «*oculta*» del Tribunal Constitucional, el 10 de julio de 2010 («Una Nació, nosaltres decidim») y frente a la negativa del Pacto Fiscal, el 11 de septiembre de 2012 («Catalunya, nou Estat d'Europa»).

Ese pueblo era decisivo en la consecución de una mayoría «excepcional» que impulsase el proceso. De ahí, el carácter plebiscitario que debían adoptar los últimos comicios autonómicos (25-N-2012). Aspecto que venía condicionado a una mayoría soberanista reforzada, al menos con los dos tercios de la Cámara (87 diputados de un total de 135, un 63% del total de la representación), cuya consecución quedará, finalmente, muy distante de ese hito.

Desde una perspectiva electoral, el objetivo del «derecho a decidir» y el avance en la estatalidad de Cataluña, centrarán el programa electoral de la coalición nacionalista (CiU). Sin embargo, a pesar de lo ambicioso de tales postulados la búsqueda de una mayoría excepcional pronto se tornará en una amarga victoria, con un retroceso de una docena de diputados frente a los 62 diputados de los que la coalición disfrutaba anteriormente. Como elemento colateral, también cabe destacar que los partidos soberanistas tampoco ampliarán su hegemonía. Si incluimos a ICV-EUiA, el resultado será de 87 de un total de 135, uno más que en la legislatura pasada; sin embargo, descontando los diputados eco-comunistas, el bloque soberanista disfruta de 75, bastantes menos que los 86 de la pasada legislatura y, por supuesto, muy lejos de los dos tercios, la mayoría reforzada de la Cámara.

Cabe destacar, asimismo, que, en caso de una ruptura de las negociaciones con el Estado o, incluso, de llegado el punto éstas se situaran en vía muerta, la idea que cobra mayor fuerza sería la de una acumulación de fuerzas nacionalistas de carácter frentista (CiU+ERC), al que podría sumarse alguna otra formación política menor, con la declaración soberanista como único programa electoral. Este hecho deriva de la posición de centralidad de la declaración en el pacto de gobernabilidad nacionalista. Asimismo, el presidente de la Generalitat llevaba algún tiempo reiterando una afirmación de evidente trascendencia política como era su deseo de celebrar una consulta sobre el futuro político de Cataluña. Supeditó su investidura a tal fin; incluso, con la contrapartida de tener que concretar temporalmente la convocatoria de la consulta (2014), sobre unos parámetros de legalidad, avalados expresamente por una posterior Resolución 17/X, de 13 de marzo, sobre la iniciación de un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta sobre el futuro de Cataluña (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 43, de 18 de marzo de 2013, p. 12), que reproduce en una propuesta de resolución idéntica presentada por CiU a la finalización del último debate sobre el estado de la Nación.

La declaración, una vez desprovista de las referencias iniciales al Estado propio que reflejaban los borradores iniciales (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 8, de 15 de enero de 2013: pp. 7-8), buscaba materializar un acto de ruptura para lo que resultaba absolutamente necesario sumar el mayor número de adhesiones al documento. El resultado numérico de la votación alrededor de la declaración, con únicamente 85 votos favorables (CiU, ERC, ICV-EUiA y la CUP), impedirá, no obstante, darle el carácter histórico que se pretendía. Y ello en base a dos argumentos. La acumulación de fuerzas no será tal. Sólo se consiguió, finalmente, la adhesión de ICV-EUiA, a cambio de reforzar y otorgar un papel protagonista y de liderazgo al Parlament y la ciudadanía en el proceso abierto del derecho a decidir. El resultado de la votación

quedaba, asimismo, lejos de la mayoría cualificada (90) del Parlament, ni siquiera con las incorporaciones de última hora (ICV-EUiA, 17).

En la declaración aparecen expresadas las decisiones políticas fundamentales que la inspiran: Pueblo catalán, derecho a decidir y consulta. Pero, respecto de su interpretación, han existido discrepancias básicas. Por un lado, un sector de la doctrina lo considera un documento interpretativo fundamental del (mismo) Estatut, que pretendería recuperar su sentido auténtico (proyecto de 30 de septiembre) y más fidedigno, devaluado tras su tránsito por las Cortes Generales y por la reinterpretación forzada del Tribunal Constitucional. Otros, en cambio, destacan su formalidad materializada en la expresión de un desiderátum: el ejercicio del derecho a decidir, con independencia de su resultado y desprovisto de cualquier consecuencia.

Sobre la primera cuestión, cabe señalar no obstante, que la aprobación del Estatut en 2006 había permitido ya configurar jurídica y políticamente la Nación catalana; lo que hubiese hecho imposible, casi con toda probabilidad, la reciente proclamación de su soberanía que proclama la declaración de 2013. Ese rearme nacional, había sido denunciado por una parte significativa de la doctrina (Jorge de Esteban, 2010), que quedó incólumne a pesar de haber desactivado el Tribunal Constitucional el núcleo duro del pacto sellado entre Zapatero y Mas en Moncloa. Baste como muestra, sin embargo, la interpretación que recibió el origen dual del autogobierno, concretado en su artículo 2.4 EAC («Los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución»), que para algunos es el «reconocimiento estatutario del derecho de autodeterminación» (Álvarez-Conde y Tur, 2010: 151). Respecto de la segunda, que su formalismo no oculta la intención de fondo pero sobretudo la instrumentalización que de ésta puede hacerse en caso de fracasar una eventual negociación con el Estado.

El avance en el capítulo de la estatalidad de Cataluña, también está resultando sumamente interesante. Para empezar, desconoce incomprensiblemente que la Generalitat ya es Estado en el territorio de Cataluña. Pero, evidentemente, ese objetivo de la «configuración de un Estado en Cataluña, si así lo decide libremente el pueblo catalán» (*Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*. X Legislatura, núm. 2, de 20 de diciembre de 2012.p. 3-30), a través de la celebración de una consulta, responde a otro objetivo final muy distinto.

Las primeras estructuras de estatalidad se han centrado en dotar a Cataluña de los principales servicios de soberanía. Empezando por la creación de una Agencia Tributaria (con la intención de absorber al embrión de ésta, que avanzaba el Estatut) como instrumento de recaudación propio para acabar con el «expolio fiscal». Una diplomacia paraestatal (inspirada en el modelo amateur) a, que ya se ha puesto en funcionamiento (identificando a los agentes del Centro Nacional de Inteligencia en el exterior e internacionalizando la causa catalana), a través del denominado Consejo de la Diplomacia Pública de Cataluña (DiploCat) y que se verá reforzada por una futura ley de exteriores autonómica. Y, por último, un sistema de defensa propio que no descarta, incluso, la creación de un Ejército catalán.

El Consejo para la Transición Nacional, tiene la misión de tutelar y diseñar el proceso de estatalidad («asesorar al Gobierno de la Generalidad sobre la identificación de las estructuras estratégicas para el funcionamiento futuro del gobierno y de las instituciones catalanas»), incluso en su dimensión más propagandística («proponer actuaciones e impulsar la difusión del proceso de transición nacional entre la comu-

nidad internacional e identificar apoyos») con un, no menos importante, perfil jurídico (identificación de «las alternativas jurídicas disponibles» para la celebración de la consulta), según reza su decreto de creación (Decreto 113/2013, de 12 de febrero. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* núm. 6315, de 14 de febrero de 2013, pp. 8187-8188). En su calidad de órgano asesor, adscrito al departamento de Presidencia, se halla integrado por catorce expertos (la mitad, entre catedráticos de Derecho Constitucional y reputados politólogos), bajo la presidencia (del que fuese vicepresidente del Tribunal Constitucional) y, hoy, director del Institut d'Estudis Autònoms, Carles Viver Pi-Sunyer.

La declaración plantea, por último, el ejercicio del derecho a decidir en un marco democrático y de respeto a la legalidad y para ello se sirve de una consulta que ya protagonizó los momentos conclusivos de la pasada legislatura: Resolución 742/IX, del Parlament de Catalunya sobre la orientación política general del Govern (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 390, de 2 de octubre de 2012, pp. 3-10), que se expresa de la siguiente forma: «[...] el Parlamento de Cataluña expresa la necesidad que Cataluña haga su camino y que el pueblo catalán pueda decidir libremente su futuro colectivo» e «insta al Gobierno a llevar a cabo una consulta, prioritariamente dentro de la siguiente legislatura».

No resulta pues nada extraño que la cuestión referida a la consulta sea uno de los asuntos más controvertidos de la declaración y que más recelos despierta desde un punto de vista jurídico-constitucional. Pero al mismo tiempo, es uno de los ámbitos en donde se han despejado más incógnitas desde el punto de los procesos abiertos para su encauzamiento, hasta el punto de ofrecerse e identificarse hasta cinco vías posibles en un reciente informe del IEA que posibilitarían la celebración de la consulta («el de la ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum; los referéndum consultivos previstos en el art. 92.1 CE; la delegación o transferencia de competencias del art. 150.2 CE; los de la ley catalana de consultas no referendarias que actualmente se tramita en el Parlament (habiendo superado la fase de ponencia), y la reforma de la Constitución española para incorporar los referéndums consultivos de ámbito autonómico», 2013: 54) pese a su distinta efectividad y alcance. Es, sin embargo éste, un análisis que excede las pretensiones de este trabajo y que ya han sido analizadas en profundidad, tanto por el IEA, como por la doctrina (Castellá, 2013: 195-204).

Sin embargo, cabe señalar que la proposición de ley catalana sobre consultas no referendarias, sobre la que se ha estado trabajando en una iniciativa conjunta desde el pasado 19 de marzo, parece ser la iniciativa, finalmente escogida, para dar cobertura legal al proceso abierto en desarrollo del art. 122 del Estatuto catalán, que prevé la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de consultas populares en el ámbito de su competencia y en el local. El rechazo el pasado 22 de mayo, de las enmiendas de devolución (PP y Cs), con una mayoría de votos (104), muy superior a los dos tercios, no le resta posibilidades de ser recurrida y suspendida como así sucedió con el proyecto de los gobiernos social-catalanistas que le habrían servido de inspiración.

UN NUEVO Y VIEJO DEBATE. DE LA AUTODETERMINACIÓN AL DERECHO A DECIDIR

Visto el conjunto de actuaciones e iniciativas impulsadas desde la Generalitat toca, ahora, centrarse en aquellas otras que, con anterioridad y con posterioridad a la declaración misma han recibido su impulso desde el Parlamento en su calidad de insti-

tución representativa con un papel principal en el proceso soberanista. No sin antes, hacer una referencia a la autodeterminación histórica.

En su reciente *Informe sobre España*, el profesor Muñoz Machado se refiere a la realización del derecho de autodeterminación de Cataluña desde una perspectiva histórica. Que da comienzo, aun cuando se desconoce la configuración y perfiles propios del régimen republicano, y se materializará en una propuesta de Estatuto o Constitución «propuesta libremente por el pueblo de Cataluña y aceptada por la voluntad de la mayoría de catalanes, expresada en referéndum votado por sufragio universal». Para el autor, el ejercicio autodeterminista que supuso la aprobación, mediante plebiscito del Estatut de Nùria (1931), nunca fue un «acto de separación del estado español, sino, muy al contrario, una decisión de integración». Pero su transformación en una ley estatal, tras la aprobación del texto republicano, a pesar de su compromiso de intangibilidad desactivado para las flagrantes vulneraciones constitucionales, hizo que «el derecho de autodeterminación se despojase de alguno de sus atributos, convirtiéndose en el principio dispositivo». Un principio que, de igual modo, «fue la calve de bóveda de la organización territorial del estado en el periodo republicano iniciado en 1931, sigue siendo la llave maestra del sistema de autonomías» (Muñoz Machado, 2012: pp. 39-40).

La reforma catalana de 2006 volvería a activar, según dicho autor, el principio dispositivo «en su versión más originaria y genuina». En términos muy similares a los de los años 30 del pasado siglo, esto es, «como si fuese un derecho anterior a la Constitución y pudiese condicionarla» (2012). Interpretación que comparte el que, con los años, sería el presidente del Gobierno español: «Apoyaré la reforma del Estatuto de Cataluña que apruebe el Parlamento de Cataluña». Como señalaría en la precampaña de las elecciones catalanas, el 13 de noviembre de 2003.

El nuevo Estatut salió de Cataluña con una proclamación expresa muy clara: «Cataluña es una Nación» (art. 1.1 EAC, proyecto de 30 de septiembre de 2005). Incluso con las rebajas introducidas con ocasión de su paso por las Cortes Generales, se mantendrán hasta su aprobación definitiva alguna de sus ambiciones iniciales: como la reafirmación nacional (que ya ha sido analizada) y, muy especialmente, el origen dual del autogobierno, basado en la Constitución y «también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana». Y que, ya en 2013, volvería a reproducir la declaración soberanista. Incluso, el precepto que intencionadamente busca el reconocimiento estatutario de la autodeterminación (art. 2.4 EAC), quedaría intacto.

Sin embargo, como señala Muñoz Machado, el fallo del Constitucional «puso de manifiesto que no existe un derecho de autodeterminación que pueda superponerse a la Constitución, ni siquiera embutido en las más moderadas formas del principio dispositivo» (2012).

Asimismo, la autodeterminación se ha hecho presente, siendo una constante, en los debates del Parlament. Hasta en seis ocasiones distintas se ha llegado a emitir un juicio favorable a la libre determinación del pueblo catalán.

La sustitución de la autodeterminación por la libre determinación o derecho a decidir, ya se produjo, en el pasado, con ocasión del proyecto de nuevo Estatuto Político Vasco. Buscaba su adecuación a los tiempos políticos e un intento claro y evidente de desvincularse y desmarcarse de los procesos de descolonización que están en su origen, o incluso situaciones no democráticas, como manifiestan un gran número

de resoluciones de la ONU (por todas, cabe destacar la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960). Supone la concreción conceptual y política del mismo en un «contexto democrático y liberal», esto es, un auténtico cambio de paradigma (López Bofill, 2011: 3).

La primera resolución del Parlament sobre esta cuestión está fechada en 1989 (98/III, de 12 de diciembre de 1989, sobre el derecho de autodeterminación de la Nación catalana adoptado por la Comisión de Organización y Administración de la Generalitat y el Gobierno Local del Parlament de Cataluña. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 120, de 18 de diciembre de 1989, pp. 7791). En dicho texto se manifestaba que «el pueblo catalán no renuncia al derecho a la autodeterminación» solicitando del Parlament una adecuación de «la regulación de los derechos nacionales a las circunstancias de cada momento histórico».

Con posterioridad, hasta en dos ocasiones más (229/III, 27 de septiembre de 1991, sobre la Orientación Política General del Consell Executiu. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 298, de 7 de octubre de 1991, p. 20214, y 679/V, 1 de octubre de 1998. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 237, de 13 de octubre de 1998, p. 25974), la Cámara legislativa de Cataluña proclamará el derecho a decidir en abstracto, sin concretar los instrumentos mediante los cuáles pretenden ejercerlo. En el segundo caso, como consecuencia de la celebración del 50^a aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En las tres siguientes, se manifestará no sólo la voluntad de establecer dichos mecanismos sino la decisión de hacer efectivo su reconocimiento y ejercicio (631/VIII de 3 marzo de 2010, sobre el derecho de autodeterminación y sobre el reconocimiento de las consultas populares sobre la independencia. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 657, de 22 de marzo de 2010, p. 9; 6/IX de 10 marzo de 2011, sobre el derecho de autodeterminación del Pueblo de Cataluña y sobre el derecho de la sociedad a expresarse a través de consultas populares. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 36, de 14 de marzo, p. 6. y 742/IX de 27 de septiembre de 2012, sobre orientación de política general del Govern. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 390, de 2 de octubre de 2012, pp. 3-10). La primera, era una iniciativa institucional impulsada por ERC, que tenía por objeto «instar a iniciar un proyecto para que Cataluña consiga su independencia como Estado democrático de derecho integrado en la UE». Con la segunda, que cosechó casualmente los mismos votos que la declaración soberanista, se expresaba «el derecho de la sociedad civil catalana a expresarse libremente a través de consultas a la ciudadanía». Y la tercera, como hemos visto antes, instaba al gobierno de la Generalitat a llevar a cabo una consulta, «prioritariamente dentro de la siguiente legislatura».

Lo que resulta novedoso es que, por primera vez, desde la recuperación del autogobierno (1977), el grupo mayoritario en la Cámara, que apoya y sostiene al Gobierno catalán (en virtud del principio de confianza) haya sido el promotor (si bien, no en exclusiva sino junto a ERC) una iniciativa abiertamente soberanista. Con anterioridad, este tipo de planteamientos eran capitalizados por la oposición. Así sucedió en 1989, con la proposición no de ley presentada por ERC, sobre el derecho de autodeterminación de la nación catalana (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 106, de 6 de noviembre de 1989, pp. 6818-6819). Y, nuevamente, en 2011, a través de la iniciativa presentada por el Grupo Solidaritat per l'Independència, que defendería una

proposición de ley de declaración de independencia (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 19, de 14 de febrero de 2011, pp. 19-21).

La iniciativa republicana manifestaba que «Cataluña es parte de una realidad nacional diferenciada dentro del Estado español» y que el acatamiento del marco institucional no significaba «la renuncia del pueblo catalán al derecho de autodeterminación». Postulándose a favor de «adecuar la regulación de los derechos nacionales a las diferencias de cada momento histórico». En lo referido a la territorialidad, el texto asumía los «planteamientos independentistas según los cuales Cataluña forma parte de los denominados Països Catalans» (Viciano, 2012:14).

La Proposición de Ley de declaración de Independencia, defendida por Solidaritat Catalana per l'Independència, era un texto que planteaba la «*asunción de la completa soberanía nacional del pueblo sobre el territorio del Principado de Cataluña*». Iniciaba, pues, un proceso para «*declarar y constituir*» el Estat Calatà durante la vigencia de la anterior legislatura y, en todo caso, con anterioridad al 2014 (horizonte que, casualmente, coincide con el plazo fijado para la celebración de la consulta). En sus prefijados hitos, al igual que en el proceso actual, la consulta tenía un papel capital. La única diferencia radica en que ésta iba precedida de un gobierno de unidad nacional constituido a los efectos de materializar lo que el texto califica de «*transición a la independencia*». El éxito de la consulta dirigida a la Generalitat y los poderes locales, el Parlamento procedería a aprobar la declaración (instando a su aprobación en todos los municipios) y constitución del *Estat Català*. Contempla la creación de la Asamblea de electos de los Países Catalanes con la misión de «extender la Declaración de Independencia al conjunto de la Nación catalana» (nuevamente, desbordando el marco territorial de la actual Cataluña autonómica). Esta proposición de Ley, al igual que el texto anterior, serán rechazados por una abrumadora mayoría parlamentaria.

Por último, puede ser oportuno ofrecer las tres perspectivas de política comparada que ofrecen los modelos en los que se inspira la iniciativa, básicamente el canadiense, el escocés y el kosovar, aunque difieran en mucho las experiencias y los procesos históricos. El primero, ofrece una reinterpretación de las vías jurídicas para canalizar las pulsiones secesionistas a favor del principio democrático. Partiendo, como lo hace, de la negativa al derecho a la secesión pero no del derecho de una provincia a celebrar un referéndum sobre la primera. A diferencia del caso español, no existe una cláusula de intangibilidad del Estado pero sí una exigencia legal de negociación con éste, eso sí, supeditada *ad cautelam* a dos condiciones fijadas de antemano a nivel jurisdiccional (Dictamen del Tribunal Supremo canadiense, de 20 de agosto de 1998, sobre la secesión de Quebec) y legal (*Clarity Act o Loi de Clarification*, de 29 de junio de 2000): una mayoría clara en respuesta a una pregunta del mismo tenor.

La segunda de las perspectivas de política comparada, permite un ejemplo contemporáneo, al tiempo que posibilista, del acuerdo para la realización de un referéndum sobre la independencia entre el Estado (Reino Unido) y una de las Naciones que lo conforman (Escocia). El Acuerdo de 15 de octubre de 2012 permite la modificación de un Anexo de la *Scotland Act* (1998) posibilitando, de común acuerdo, tal eventualidad.

Por último, una tercera fuente de inspiración viene de un tercer modelo, el kosovar, sobre la base de una declaración unilateral de independencia. El dictamen de 20 de julio de 2010 del Tribunal Internacional de la Haya, sobre el proceso de Kosovo, impone tres condiciones para que este tipo de declaraciones no violenten la legalidad internacional: sean aprobadas sin violencia, por una mayoría democrática y una vez

agotadas todas las vías de negociación. Invocado a menudo por las autoridades catalanas tiene como atractivo no reconocer el límite de la integridad de los territorios en su vertiente interna pero cabe reiterar, una vez más, que, a fecha de hoy, Kosovo no ha sido reconocido por un significativo número de países (entre los que se cuenta España) y que sienta un precedente contemplado favorablemente desde la UE. Esta última opción se amolda a las pretensiones de las autoridades catalanas. Que, en caso de fracasar las vías jurídicas y de acuerdo con el Estado, podría activarse como declaración de independencia y, al tiempo, de ruptura con la vigente legalidad constitucional. Una posibilidad, la de «posible solución pragmática de un reingreso rápido (como) nuevo Estado de la UE» con nulos visos legales de prosperar, ni siquiera como consecuencia de presuntos derechos adquiridos o de la sucesión por separación, si nos atenemos a los argumentos legales del investigador principal de Europa del Real Instituto Elcano (Molina, 2012).

EL MOMENTO DE LA POLÍTICA: PUEBLO CATALÁN, TERRITORIALIDAD Y CONSULTA

Antes de ahondar y entrar en detalle sobre alguno de los contenidos de la declaración, cabe hacer una serie de consideraciones generales sobre la misma.

Como puede verse, y a pesar de ser fruto de una coyuntura política singular la declaración se inserta dentro de una tradición parlamentaria que en el pasado discutió textos similares o de idénticas características. La diferencia fundamental es que ahora, a diferencia de entonces, ha contado con el apoyo explícito del de la coalición de partidos que ocupa la hegemonía social y la centralidad política de Cataluña.

Desde una perspectiva puramente formal, se ha incidido en su condición política, que negaría su carácter jurídico. Sin embargo, el hecho de que esté desprovista de naturaleza jurídica normativa, al ser un instrumento parlamentario de impulso de la acción política del Gobierno de Cataluña, como ha reforzado tanto la doctrina como el dictamen del alto consejo consultivo del Estado (*Dictamen del Consejo de Estado*. (Comisión Permanente) núm. 147/2013, de 28 de febrero, p. 1-25), no quiere decir que no tenga efectos jurídicos ad extra. Como tampoco que no pueda ser, por este motivo inaccesible a un pronunciamiento constitucional que pueda desactivar estos últimos.

Se ha defendido hasta la saciedad que se trata de una «*declaración de soberanía pero no de una declaración propiamente soberanista*» (Vintró, 2013). Pero bien es cierto que es un reconocimiento real y efectivo. Como acertadamente señala el Consejo de Estado, «la soberanía del pueblo de Cataluña queda proclamada en la declaración como una realidad actual y efectiva y no como una propuesta que pudiera cobrar efectividad una vez completado el proceso que legalmente fuera necesario para su reconocimiento» (2013, p. 10).

No está claro que lo que la declaración acuerda sea un punto de partida o una estación de llegada. En ocasiones parece suponer lo primero, esto es, el inicio de un proceso que, cuando concluya, haga posible el ejercicio del derecho de decisión del futuro político colectivo de Cataluña. Pero, en otras, parece querer significar un documento de ruptura con la legalidad española. Muy especialmente, como hemos visto, en caso que no fructifique el diálogo con el Estado. En el caso que éste resulte infructuoso podría ser objeto de una insostenible instrumentalización como texto para la ruptura.

Como vamos a tener ocasión de ver a continuación, los contenidos de la declaración exceden en mucho el ámbito de disposición propio de una Asamblea o Cámara autonómica, como es el Parlament de Cataluña. Lo que puede llevar a poner en duda

no sólo si un órgano autonómico, que pertenece a una realidad jurídico-política territorial, puede tener capacidad para atribuir soberanía o si al hacerlo, por el contrario, estaría traicionando su posición institucional extralimitándose en sus atribuciones estatutarias. Como ha puesto de manifiesto acertadamente el dictámen del Consejo de Estado.

En la declaración cabe diferenciar entre una parte dogmática, el Preámbulo y una parte articulada, que consta de un decálogo de principios. La primera, además de contener las «decisiones políticas» básicas, fundamentales o principales, resulta fundamental para determinar si la voluntad del Parlamento de Cataluña resulta o no contraria a la Constitución. Por el contrario el articulado recoge la parte sustantiva de la misma concretando su significado en términos propositivos.

El Preámbulo arranca reconociendo al sujeto político unitario la voluntad de autogobierno: «El Pueblo de Cataluña, a lo largo de su historia, ha manifestado democráticamente la voluntad de autogobernarse». Para justificar, de forma inmediata, su origen dual, no sólo ocultando premeditadamente la legitimidad constitucional (al contrario que el primer precepto estatutario) sino anterior en el tiempo: «El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos [...], en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana». Fijándose en los orígenes del parlamentarismo catalán [a partir de las pacificadoras asambleas de Paz y Tregua de Dios (*Pau y Treva*) y la institución que dará origen en el siglo XI a las Cortes Catalanas, la Corte Condal barcelonina o Curia Condal]. y de las instituciones de autogobierno (a través de la creación de la Diputación General o Generalitat en el siglo XIII). Para justificar, por último, la reciente deriva soberanista, al argumentar el infructuoso recorrido de los sucesivos intentos de Cataluña por hallar su encaje en España ampliando su autogobierno: «En los últimos años, en la vía de la profundización democrática, una mayoría de las fuerzas políticas y sociales catalanas han impulsado medidas de transformación del marco político y jurídico. La más reciente, concretada en el proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña iniciado por el Parlamento el año 2005. Las dificultades y negativas por parte de las instituciones del Estado español, entre las que es necesario destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, conllevan una negativa radical a la evolución democrática de las voluntades colectivas del pueblo catalán dentro del Estado español y crea las bases para una involución en el autogobierno».

No falta, tampoco, la referencia al aspecto de la territorialidad: «Este itinerario histórico ha sido compartido con otros territorios, hecho que ha configurado un espacio común lingüístico, cultural, social y económico, con vocación de reforzar y promover el reconocimiento mutuo». Cuestión transversal al nacionalismo político e institucional, por naturaleza, imperialista y/o anexionista respecto de otros territorios colindantes.

Por último, una referencia a la consulta, que hunde sus raíces en la trayectoria y los antecedentes antes comentados: «Con fecha de 27 de septiembre de 2012, mediante la resolución 742/IX, el Parlamento de Cataluña constató la necesidad que el pueblo de Cataluña pudiese determinar libremente su futuro colectivo a través de una consulta». Una voluntad que habría «expresado y confirmado» las elecciones del 25 de noviembre de 2012.

Se autojustifica ante las más que evidentes videntes controversias constitucionales que, a buen seguro, suscitará: «Se utilizarán todos los marcos legales existentes para hacer efectivo el fortalecimiento democrático y el derecho a decidir».

Por último, enfatiza el diálogo pero en caso de choque de legitimidades y negación del acuerdo, amenaza con internacionalizar el conflicto «a las instituciones europeas y a la comunidad exterior».

Queda claro pues. Pueblo catalán, territorialidad y consulta. Y nada más que eso.

Su articulado, que profundiza en esos tres aspectos básicos, consta de una cláusula de apertura y una de cierre. La primera señala que: «De acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por parte del pueblo de Cataluña, (su) Parlamento [...] acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos [...] de Cataluña puedan decidir su futuro colectivo». La segunda, finaliza reiterando el compromiso democrático y cívico del mismo.

En cuanto a sus principios, cabe señalar lo siguiente:

Soberanía. La declaración parte de un reconocimiento expreso del carácter político y soberano del pueblo de Cataluña. Para Rubio Llorente este reconocimiento no es baladí: «sólo puede querer decir que, si una mayoría opta por ella, la independencia de Cataluña será ineluctable, pues de otro modo no sería soberano» (2013).

En cuanto a la estatalidad, en el documento inicial se afirmaba: «el proceso de constitución de Cataluña como un nuevo Estado a partir del reconocimiento de su soberanía». Mención sacrificada en aras a un consenso imposible que, no se oculta, es uno de los objetivos básicos a alcanzar.

El texto no parte de cero en este punto, sin embargo. La reafirmación nacional, concretada estatutariamente, se modifica sustancialmente al atribuirle la condición soberana a su significado. Por lo que no cabe subsumir el concepto de nación en el de nacionalidad. Recordemos que su carácter polisémico y la desvinculación de su carácter soberano habrían sido argumentos para justificar su constitucionalidad por parte del Consell Consultiu y del mismo Parlament, al igual que la doctrina constitucional evacuada.

Cabe, nuevamente señalar que esa proclamación soberana, es actual y efectiva y no queda supeditada a un proceso político posterior ni a los resultados de éste.

Principio democrático y legalidad. La declaración señala que «se utilizarán todos los marcos legales existentes para hacer efectivo el fortalecimiento democrático y el ejercicio del derecho a decidir». No hay democracia sin reglas formales y al margen del derecho. Y es ahí en donde la declaración tiene su principal escollo. Procedimiento democrático y respeto a la legalidad son condiciones necesarias para la libre decisión.

Cabe señalar, también, que la voluntaria mayoritaria que se atribuye representa únicamente el 63%, lejos de la mayoría cualificada de la Cámara. Resultando, al tiempo, una menguante desde una perspectiva diacrónica: el proyecto de Estatuto del 30 de septiembre de 2005 obtuvo 100 votos favorables de los 135 posibles.

Decisión y consulta. Según su tenor «acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el derecho a decidir». La pretendida soberanía quedaría formulada como basamento mismo del derecho a la decisión a través de un proceso que arranca con la declaración misma y, cuyo objeto, no consiste en su reconocimiento únicamente sino en su ejercicio.

Del mismo modo que su ejercicio usurparía la voluntad del pueblo soberano, auténtico titular del poder constituyente, como puso de manifiesto la doctrina constitucional explicitada por las STCs 103/2008 (FJ 4º) y 31/2010 (FJ 8º). Por lo que esta nítida

y manifiesta voluntad constituyente no puede ni debe ser nunca aceptada por el Estado constitucional.

Niega, también, implícitamente la legitimidad del Estado al imponer unilateralmente una negociación que se disfraza de diálogo. Incluso, si ésta se arrogase un carácter plebiscitario con la intención de forzar la imposición de los posicionamientos secesionistas cabe negar tales pretensiones. Porque, de lo contrario, estaríamos aceptando la imposición de la facticidad frente al derecho.

Por último, cabe denunciar que la instrumentalidad de la misma descansa, precisamente, en evitar activar la secuencia lógica de la vía de la reforma constitucional. Para la cual, paradójicamente, el Parlament está plenamente legitimado (presentando al Gobierno o a las Cortes un proyecto en ese sentido) y no presenta límite de partida alguno. Puede, además, esta vía ser observada antes de realizar la consulta, cuando exista una negativa a esta por parte del Estado (justificada por motivos de constitucionalidad) o, incluso, como colofón a un pronunciamiento contundente, en caso de llegar a plantearse.

Como puede observarse, y con carácter general, los contenidos de la misma exceden del ámbito de disposición propio de una Asamblea autonómica. Pero, tampoco es ajena, al sustrato de otros documentos previos que la inspiran.

NUEVAMENTE EL MOMENTO DEL DERECHO. ENTRE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS VÍAS ABIERTAS PARA SU IMPUGNACIÓN

Tras la aprobación de la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, y a pesar del reconocimiento del salto cualitativo que la misma entraña, una parte significativa de la doctrina se mostró inicialmente reacia a su impugnación atribuyéndole una naturaleza política, sin efectos jurídicos vinculantes. Un criterio que, incluso, inicialmente se pudo atisbar en algunas declaraciones de miembros destacados del Ejecutivo que evidenciaron, antes que nada, dudas razonables e, incluso, disparidades de criterio en cuanto a su impugnación.

Esta aparente disparidad de criterio venía reforzada por la pluralidad de los informes (Ministerio de Asuntos Exteriores y Abogacía General del Estado) y dictámenes (Grupo Parlamentario Popular de las Cortes Generales) solicitados, que han concluido con el requerido al Consejo de Estado, como paso previo a la impugnación de la declaración soberanista ante el Tribunal Constitucional.

Es importante destacar, también, el precedente de las sedicentes declaraciones municipales de soberanía, que con mayorías muy superiores han decidido declararse «territorio libre y soberano» o, en su versión actualizada, «*ayuntamiento catalán libre de España*». Este es un motivo añadido que podría reforzar la impugnación de la declaración, como en su día destacó el profesor Ruiz Miguel (referido al caso del municipio gerundense de Celdrá) y que, como señala credibilidad a la actuación del Estado mismo, en caso de existir un criterio diferencial. Sin embargo, la reciente inadmisión por el juzgado contencioso de Girona del recurso materializado por la Delegación del Gobierno en Cataluña, precisamente al entender que no se actuó en contra de la legalidad y ser resultado de una manifestación política, supone un importante hecho a tener en cuenta, que reforzaría a quienes han defendido posiciones similares respecto de la declaración.

La razón de esta cautela inicial del Gobierno de la Nación derivaba, casi con toda seguridad, del juicio sobre la idoneidad de la impugnación y los efectos disuasorios derivados del precedente de la impugnación «preventiva» que el Estado hizo, en 2004, contra sendos Acuerdos del Gobierno y la Mesa del Parlamento Vasco que iniciaban la tramitación parlamentaria de la denominada Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (comúnmente conocido como Plan Ibarretxe) que, fue finalmente inadmitida por el Alto Tribunal (Auto 135/2004, de 20 de abril). Y ello es constatable a través de la lectura del escrito de interposición de impugnación de la Resolución 5/X presentado por la Abogacía general del Estado ante el Tribunal Constitucional (disponible en la dirección-web: <http://www.vozbcn.com/extras/pdf/20130429recurso-declaracion.pdf>) que aborda en el primero de sus puntos la recurribilidad de la misma, exponiendo hasta cuatro argumentos que señalan las diferencias con el precedente vasco.

Desde la perspectiva formal de la impugnación procesal, nos hallamos ante la misma vía procesal que entonces y que sirve para impugnar lo que no puede hacerse por otra vía (recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia): la contemplada en el art. 161. 2 CE («El Gobierno podrá impugnar ante el TC las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a 5 meses») frente a disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas sin fuerza de ley. Y, en el caso particular que nos ocupa, más concretamente, una resolución definitiva dictada por el Parlament de Cataluña, órgano de dicha Comunidad Autónoma, que resuelve un procedimiento no legislativo.

Vía procesal, cuyo procedimiento resulta idéntico al de los conflictos positivos, que viene a concretar, escasamente, el Título V (arts. 76 y 77) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*Boletín Oficial del Estado* núm. 239, de 5 de octubre de 1979, pp. 23186-23195). Y cuyos supuestos ha delimitado negativamente la escasa jurisprudencia constitucional existente: no caben en el caso de la vindicatio potestatis ni tampoco respecto de los actos de trámite parlamentarios insertos en un proceso legislativo más amplio (Rodríguez-Zapata, 2011: 306). Este segundo aspecto, en particular, permite diferenciar el precedente de la Propuesta vasca con la Declaración catalana recientemente aprobada.

Sin embargo, hasta la fecha, era una cuestión que tampoco, resultaba pacífica. Dos cualificados consejeros de Estado (Ledesma y Herrero y Rodríguez de Miñón), en sus votos particulares al dictamen del Consejo, consideran dicha resolución no idónea para ser objeto de impugnación. Y ello, por diferentes motivos. El primero (Ledesma), porque considera que la resolución carece de «efectividad inmediata» al ser «un instrumento parlamentario para la acción política del Gobierno de Cataluña» que se inserta en un proceso de largo recorrido a cuyo final, y sólo a partir de ese momento, «podrá determinarse su forma y contenido» (p. 16). Incluso, se permite mencionar «la existencia de numerosas resoluciones del Parlamento de Cataluña de contenido análogo, no impugnadas» (p. 17). El segundo (Herrero y Rodríguez de Miñón), también considera que nos hallamos ante un «acto de iniciación de un procedimiento» (p. 21), por lo que no procede en el momento actual impugnar la resolución; impugnación que no descarta pro futuro si «en su curso o a su término se produjeran actos o se

adoptaran disposiciones contrarias a la Constitución y susceptibles de integrarse en el ordenamiento jurídico» (pp. 21-22).

Sin embargo, el peor reproche que podría haberle planteado al Gobierno no es una eventual desestimación de sus pretensiones sino muy al contrario una dejación de su función institucional en la defensa de la legalidad constitucional que comparte con el Alto Tribunal. Por lo que es de celebrar la promoción de las acciones legales de impugnación adoptadas, que han sido reclamadas por una parte destacada de la doctrina.

Vamos a adentrarnos, ahora, en los motivos de fondo que justificarían la impugnación. Según los servicios jurídicos del Estado, la declaración vulneraría los artículos 1.2, 2, 9.1 y 168 CE con carácter general y los artículos 1 y 2.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en la reinterpretación forzada que recibieron en la STC 31/2010, de 28 de junio). En los dos primeros preceptos (arts. 1.2 y 2 CE), se establece la «indisoluble unidad de la Nación española» y reconoce al «pueblo español como titular de la soberanía nacional». Unidad y cláusula de intangibilidad de la patria española que se complementa con la prevención de la exclusiva titularidad de un poder soberano de la Nación española, constituida en Estado y cuya voluntad se formaliza en el contenido constitucional positivo como reflejo del poder constituyente. La reinterpretación forzada que hace la declaración de los preceptos estatutarios también es inconciliable con la interpretación que hace el TC y que cierra la vía al origen dual del autogobierno, al residirlo en la Constitución misma. En segundo lugar, se alude al art. 9 CE, que sujeta a la Constitución a todos los poderes públicos, con independencia de su ámbito territorial. Mayormente, si partimos del principio general configurado estatutariamente que señala que «la Generalitat es Estado» (art. 3.1 EAC). Y, por último, al art. 168 CE que de determina la necesidad de que las Cortes aprueben por mayoría de dos tercios cualquier modificación de la Constitución que afecte al Título Preliminar, y al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II. La denominada reforma agravada de la Constitución. Recuerda, asimismo, que la soberanía no admite divisiones, es única e indivisible, y que todos los poderes del Estado están sometidos al ordenamiento jurídico que se deriva de la Constitución. La declaración, según el argumento de la Abogacía General, lesiona tanto la atribución de la soberanía nacional al pueblo español establecida por la Constitución como garantía constitucional de la «indisoluble unidad de la nación española» al pretender «dirigir la actuación de los poderes catalanes con un fin inconstitucional».

A iguales idénticas conclusiones llega el dictamen del Consejo de Estado al señalar que la declaración «emana de un órgano de la comunidad autónoma de Cataluña (el Parlament) que como institución constituida dentro del Estado español carece de capacidad para formular tal reconocimiento de soberanía». El Alto Órgano Consultivo del Estado aprecia en la misma «un apartamiento de las reglas y procedimientos constitucionales conforme a los cuáles su contenido podría, en su caso, cobrar validez». En palabras del Consejo de Estado, constituye una «vía de hecho» hacia la soberanía no puede ser aceptable dentro del Estado constitucional.

Argumentos que han sido ampliados por la doctrina, al referirse a la competencia exclusiva estatal para regular, convocar y autorizar referendos (ex art. 149.1.32ª CE). Y que motivó la suspensión de la legislación catalana (la vigente Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* núm. 5595, de 25 de marzo de 2010) y un recurso de inconstitucionalidad que todavía pende sobre la misma.

El Gobierno tiene previsto seguir el mismo procedimiento ante cualquier otra decisión de la Generalitat o del Parlamento catalán que quebrante la legalidad vigente. Como así ha sucedido en relación a la disposición del Gobierno catalán que aprueba la creación del Consejo de Transición Nacional. Y, previsiblemente así sucederá en el futuro con otras medidas de la misma índole.

Cabe señalar, por último, que previa a su decisión el alto Tribunal solicitó a la Mesa un pronunciamiento acerca de la vigencia de la Declaración, al entender que puede verse afectada por la reciente aprobación de la Resolución 17/X, de 13 de marzo, sobre la iniciación de un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta sobre el futuro de Cataluña (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 43, de 18 de marzo de 2013, p. 12). Dicha resolución al igual que la presentada (y rechazada) en el Congreso el 26 de febrero, insta a la Generalidad a «iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para posibilitar la celebración de una consulta a la ciudadanía catalana para decidir sobre su futuro» (reconoce a Cataluña, pues, indirectamente, como sujeto soberano). Este segundo documento se aprobó con el apoyo de CiU, ERC, PSC e ICV-EUiA; la abstención de la CUP; y la oposición de PP y Ciutadans. En total, 104 votos a favor, 27 en contra y tres abstenciones.

La respuesta del órgano de gobierno ha sido previsible al señalar la autonomía y complementariedad de ambas, mostrándose partidario de la vigencia de ambos textos al concluir que éstas ni «se contradicen, ni se sustituyen». Siendo favorable a la desestimación de la admisión a trámite de la impugnación; solicitando el archivo de las actuaciones, sin que se llegue a discutir el fondo de la cuestión. Queda por ver qué sucede en caso contrario, esto es, si la Generalitat acata políticamente la suspensión automática de la Declaración en el probable supuesto que, finalmente, se produzca.

En el momento de escribir estas líneas, ha trascendido que el TC ha decidido admitir a trámite la impugnación de la Abogacía del Estado contra la resolución del Parlament catalán, a pesar que todavía no se haya publicado el auto. La consecuencia es la suspensión automática de la vigencia de la Resolución 5/X en tanto en cuanto se adopta una decisión definitiva sobre la misma y su más que previsible contenido inconstitucional. Llama la atención la celeridad con que se ha adoptado la decisión. Que, sin duda, se justifica en su indudable trascendencia política pero, también, en las críticas recibidas por haber dilatado en el tiempo dicha decisión.

Interesante resulta, por último, el debate suscitado entorno a la respuesta política adoptada por el promotor de la iniciativa, el mismo Parlament, en cuyo seno se ha aprobado la creación de una comisión parlamentaria sobre el derecho a decidir que habría contado no sólo con el respaldo de los servicios jurídicos de la Cámara sino con el apoyo de una mayoría de diputados (109) muy superior con la que contó la misma declaración. Este hecho, al igual que los trabajos incipientes en favor de una nueva Constitución catalana, a manos del Consejo de Transición Política es la prueba palmaria que nos hallamos ante un problema político irresoluble, al menos, desde la legalidad constitucional vigente y de sus mecanismos.

CONCLUSIÓN: ¿EL TIEMPO DE LA POLÍTICA?

La Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña constituye un texto de indudable trascendencia para poder calibrar la persistente voluntad de desbordar el autogobierno por parte de una mayoría de la representación política en dicho territorio. Esta vez, incluso, involucrando activamente e irresponsablemente

a la mayor parte de las instituciones de autogobierno de Cataluña, a través de una iniciativa sin fuerza de ley, que invierte y altera la lógica de nuestro sistema constitucional cuando no se sitúa palmariamente fuera de este.

Del mismo modo, la iniciativa nos retrotrae, nuevamente, a planteamientos ya formulados con anterioridad y que fueron objeto de pronunciamiento constitucional. Sin embargo, a pesar de la persistencia de los supuestos de hecho estamos ante una nueva problemática. Sus planteamientos son nuevos y, en muchos casos, constitucionalmente imaginativos y versátiles. Lo que está por discutir es si en la dirección favorable a la defensa del sistema o, más bien, todo lo contrario.

La significación política de sus postulados no debe, sin embargo, hacernos minusvalorar la importancia y trascendencia de la controversia jurídico-constitucional que suscita. Lo que está por ver es si la misma constituye un claro y abierto desafío a la legalidad, lo que para una mayoría de la doctrina resulta evidente. O, por el contrario, todo puede ser defendido en democracia, siempre y cuando se respeten los cauces formales y jurídicos de legalidad vigentes. Que, repito, nunca pueden ser instrumentalizados en su contra.

Pero la respuesta de la justicia constitucional puede, a estas alturas, no bastar para frenar un problema político que se ha reiterado en dos ocasiones en apenas una década. En 2004, la respuesta fue jurídica y requirió, tan sólo un ejercicio más tarde, de la ayuda inestimable de la política. Hoy, como entonces, el derecho ni puede ni debe suplantar a la política. Ni la política cabe ejercerla sin un cumplimiento escrupuloso y fiel de aquel. Hacerlo o buscar resquicios para poder burlarlo, como pretenden algunos, constituye una traición de la función constitucional de gobiernos e instituciones democráticas, por muy autonómico que sea su carácter.

Un desafío que, hoy más que nunca, pero al igual que entonces, que exige de la alta política constitucional de las instituciones y poderes del Estado para poder ofrecer al tiempo una fórmula imaginativa de convivencia, aceptable y permanente, entre Cataluña y España.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ, Enoch (2010): «La sentencia y sus circunstancias». *El País*, de 9 de julio de 2010.

ÁLVAREZ-CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario (2011): «Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de Junio del TC sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad». Aranzadi.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2013): «El «derecho a decidir» en Derecho Internacional contemporáneo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 33, pp. 20-22.

CASTELLÀ ANDREU, Josep M^a (2013): «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña», *El Estado Autonómico en la perspectiva del 2020*. Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos.

DE CARRERAS I SERRA, Francesc (2013): «Decidir y consultar». *La Vanguardia*, de 6 de marzo.

DE CARRERAS I SERRA, Francesc (2013): «A vueltas con la Declaración». *La Vanguardia*, de 30 de enero.

DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (2012): «El federalismo español ante la crisis económica y el debate estatutario». *Revista Sistema* núm. 224, pp. 3-19.

DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás (2012): «Cambio de modelo». *El País*, de 27 de noviembre.

DE ESTEBAN, Jorge (2010): «Amanece el pasado tras la sentencia». *El Mundo*, de 15 de julio.

DION, Stéphane (2013): *Secesión y democracia: una perspectiva canadiense. Notas para una alocución de D. Stéphane Dion*, de 8 de abril. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2010): «La sentencia que el TC no se atrevió a dictar». *El País*, de 9 de julio.

LÓPEZ BOFILL, Jaume (2011): Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir. Un possible canvi de paradigma en la reivindicació dels drets de les nacions sense estata. *Quaderns de Reserca* núm. 4, pp. 3-35. Centre Unesco de Catalunya.

MATAS DALMASES, Jordi (2012): «¿Aún tenemos derecho a decidir?». *El País*, de 28 de noviembre.

MOLINA, Ignacio (2012): «Independientismo e integración europea: la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado». *ARI* núm. 80, de 22 de noviembre. Real Instituto Elcano.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2012): Informe sobre España. Repensar el estado o destruirlo. Crítica.

PUNSET, Ramón (2013): «Ante una declaración de soberanía». *La Opinión*, de 12 de enero.

RUBIO GUERRERO, Juan José y ÁLVAREZ GARCÍA, Santiago (2012): «El mito del expolio fiscal», *El mito fiscal. Razones para un debate*. Fundación para el Análisis y los Estudios Fiscales.

VINTRÓ, Joan (2013): «La Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic». *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, de 7 de febrero.

VINTRÓ, Joan (2012): «Legalidad y consulta soberanista en Cataluña». *Blog Institut de Dret Públic*, de 23 de octubre.

IEA (2013): *Informe sobre los procedimientos legales a través de los que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña pueden ser consultados sobre su futuro político colectivo*. Institut d'Estudis Autònoms-Departament de Governació i Relacions Institucionals. Generalitat de Catalunya.

RUBIO LLORENTE, Francisco (2012): «Un referéndum para Cataluña». *El País*, de 8 de octubre de 2012.

RUIZ MIGUEL, Carlos (2013): «La sedicente «declaración de soberanía» de Cataluña debe ser recurrida». *Blog de Derecho Público (Constitucional e internacional)*.

PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís (2007): «La impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley». *Working Paper* núm. 263. Institut de Ciències Polítiques i Socials.

PSOE (2013): *La política autonómica del PSOE. Una reforma federal de nuestra Constitución frente al Neocentralismo y la Autodeterminación*. Resumen del documento. Partido Socialista Obrero Español.

QUINTANILLA, Miguel Angel (2013): «Sobre el derecho a decidir». *El Mundo*, de 4 de enero.

VICIANO PASTOR, Roberto (2012): «Constitución y Derecho de Autodeterminación». «*Crisis constitucional en España frente al derecho de autodeterminación*»,

Seminari de Dret Públic de la Facultat de Derecho, de 30 de enero. Universitat de València. (<http://www-uv.es/seminaridret/.../autodeterminación/ponenciaviciano>).

VIVANCOS COMES, Mariano (2011): *La propuesta de nuevo Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi. Análisis de un Estatuto de segunda generación*. Dirigida por Vicent Franch i Ferrer y Manuel Martínez Sospedra. Tesis doctoral inédita. Universitat de València, Facultad de Derecho.



CORTS VALENCIANES



CORTS VALENCIANES