



Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA
INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL

THE CONSTITUTIONAL LIMITS TO THE
INTERVENTION OF THE PUBLIC POWERS IN THE
SPANISH LEGAL SYSTEM

Doctoranda: Livia Di Pietro

Directora: Cristina Zoco Zabala

Pamplona/Iruñea

25 de septiembre de 2018

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de investigación no habría sido posible sin la colaboración de muchas personas que me han proporcionado ayuda y apoyo.

Un agradecimiento especial va a mi directora, Cristina, por haberme guiado en este trabajo, corrigiéndome minuciosamente y estando siempre disponible a la hora de atender mis dudas.

Debo agradecer también a la UPNA por haberme concedido un contrato de investigación predoctoral durante cuatro años que me ha permitido dedicarme a tiempo completo a mi trabajo de investigación. Así mismo, doy las gracias a la Universidad por el apoyo económico para realizar mi estancia de investigación en el Intervict (International Victimology Institute Tilburg) of Tilburg University (Tilburg, Países Bajos).

De igual manera, quiero dar las gracias a todo el personal de la biblioteca de la UPNA y de la EDONA, por su atención y amabilidad en todo lo referente al desarrollo de mi tesis doctoral.

A mi mamá Barbara, mi papá Claudio, mi gata Mira, mis abuelos Romana y Raffaele y mi tío Franco, les agradezco haberme apoyado, aunque en la distancia, animándome a sacar lo mejor de mí, a no rendirme nunca y a seguir adelante, sobre todo en los momentos más difíciles.

Otro agradecimiento va a los compañeros y las compañeras del Departamento de Estadística, Informática y Matemáticas por la amistad que hemos forjado y el tiempo compartido tanto en el Campus como fuera de él.

A Gonzalo le agradezco haber estado a mi lado, aguantando mis malos momentos y proporcionándome el apoyo que tanto he necesitado en la última etapa de la tesis.

A la mejor de las amigas, Patri, le agradezco haberme escuchado, aconsejado y animado con cariño, pero a la vez con firmeza, en los momentos en los que me he sentido más perdida.

Por último, quiero agradecer a mi compañera de despacho Inés, con quien he consolidado una fuerte relación de amistad y aprecio durante este último año, y a mi compañera Andrea, que, a pesar de su breve estancia en Pamplona, ha compartido muchos momentos conmigo.

INDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

LAS POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO ESPAÑOL

I. Cuestiones preliminares	15
II. Las formas de intervención de los poderes públicos en el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1. CE).....	16
2.1. <i>El origen y el significado de la fórmula “Estado social y democrático de Derecho”</i>	<i>16</i>
2.1.1. El Estado de Derecho	17
2.1.2. El Estado social	23
2.2. <i>Las políticas de intervención de los poderes públicos en el Estado de Derecho: medidas de concesión o prohibición de derechos subjetivos y medidas represivas</i>	<i>28</i>
2.2.1. Las políticas públicas que otorgan y prohíben derechos	29
2.2.2. Las políticas públicas represivas	30
2.3. <i>Las políticas públicas en el Estado social: medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas con perspectiva de género</i>	<i>34</i>
2.3.1. Las medidas de acción positiva	36
2.3.2. Las medidas antidiscriminatorias	40
2.3.3. Las medidas represivas con perspectiva de género	44
III. Recapitulación.....	51

CAPÍTULO II

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ESTABLECIMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

I. Cuestiones preliminares	53
II. El principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) como criterio orientador de la acción estatal	54

2.1. <i>El significado del libre desarrollo de la personalidad</i>	55
2.2. <i>El libre desarrollo de la personalidad: un principio general del ordenamiento constitucional sin contenido normativo propio</i>	57
2.3. <i>El libre desarrollo de la personalidad como criterio orientador de la acción de los poderes públicos</i>	60
2.3.1. <i>La edad del consentimiento sexual</i>	63
2.3.2. <i>Los desajustes en el ordenamiento en relación con los menores</i> ...	66
III. El principio de igualdad formal como prohibición de discriminaciones por razones subjetivas (art. 14 CE): su incidencia en las medidas de acción positiva y en las medidas represivas con perspectiva de género	70
3.1. <i>El principio de igualdad formal (art. 14 CE)</i>	71
3.2. <i>La exigencia de igualdad material (art. 9.2 CE)</i>	77
3.3. <i>La exigencia de igualdad formal (art. 14 CE) como límite al modo de intervención de los poderes públicos en el establecimiento de políticas públicas</i>	79
IV. El contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE) como límite a la acción de los poderes públicos	81
4.1. <i>La definición del objeto de los derechos fundamentales</i>	84
4.2. <i>Las garantías de los límites internos de los derechos fundamentales</i>	87
V. Recapitulación	91

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL (ART. 14 CE) COMO LÍMITE AL MODO DE INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

I. Cuestiones preliminares	95
II. Igualdad formal y medidas de acción positiva en relación con la gestación y la maternidad	97
2.1. <i>Los permisos parentales en el ámbito laboral</i>	99
2.1.1. <i>El permiso de maternidad</i>	102
2.1.2. <i>Otras medidas de acción positivas dirigidas únicamente a mujeres trabajadoras</i>	108
2.2. <i>Otras medidas de acción positiva relacionadas con el embarazo</i>	111
III. Igualdad formal y medidas represivas con enfoque de género	114
IV. Recapitulación	119

CAPÍTULO IV

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA ACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

I. Cuestiones preliminares	123
II. Intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE): significado negativo	125
III. La inexistencia de un derecho fundamental a la propia muerte como contenido positivo del derecho a la vida (art. 15 CE).....	127
IV. El derecho fundamental a la intimidad personal familiar (art. 18.1 CE) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH)	130
V. La ausencia de una delimitación restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE)	134
VI. La intervención en el objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).....	137
VII. La ausencia de límites al ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23.1 CE).....	139
VIII. Recapitulación	140
CONCLUSIONES	143
BIBLIOGRAFÍA	147
JURISPRUDENCIA	171
REFERENCIAS LEGISLATIVAS	175
DOCUMENTACIÓN	179

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
Art./Arts.	Artículo/Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Codir.	Codirector/Codirectora
Codirs:	Codirectores/Codirectoras
Coord.	Coordinador/Coordinadora
Coords.	Coordinadores/Coordinadoras
CP	Código Penal
Dir.	Director/Directora
Dir.	Directores/Directoras
Ed.	Editor/Editora
Eds.	Editores/Editoras
ET	Estatuto de los Trabajadores
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOIEMH	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOMLECrim:	Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

LOREG	Ley Orgánica del de Régimen Electoral General
Núm./Núms.	Número/Números
Pág./Págs.	Página/Páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

I. En el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1. CE) los poderes públicos desarrollan normas y políticas que atribuyen derechos o deberes a los individuos con el fin de garantizar una mejor organización social. También llevan a cabo medidas represoras mediante normas que persiguen garantizar bienes jurídicos de relevancia constitucional. Al mismo tiempo, actúan para superar las desigualdades fácticas existentes entre grupos o individuos en distintos ámbitos de la realidad social. Sin embargo, esta intervención no es libre e incontrolada, sino que tiene que respetar los límites establecidos en la Constitución. A través del establecimiento de una línea divisoria entre lo constitucional y lo inconstitucional, se marcan los márgenes dentro de los cuales está permitido al poder público imponer sus expectativas de conductas, transformándolas en normas jurídicas, convirtiendo la voluntad política en derecho. Así pues, la Constitución reduce la posibilidad de intervención del poder público en las relaciones sociales¹.

El objetivo de este trabajo de investigación es poner de manifiesto la existencia de límites constitucionales a la intervención de los poderes públicos en el establecimiento de políticas públicas en el ordenamiento jurídico español y analizar sus proyecciones concretas en los distintos ámbitos del mismo. Para ello, se lleva a cabo un análisis transversal del entero ordenamiento jurídico, observando la trascendencia de cada una en las normas jurídicas que establecen prohibiciones o imponen mandatos o conductas, para establecer si los poderes públicos están traspasando los límites establecidos.

II. Hechas estas consideraciones sobre el objeto del trabajo, procede dar cuenta de su estructura, que consta de cuatro capítulos.

En el primer capítulo se exponen los diferentes tipos de políticas públicas de intervención de los poderes públicos en el Estado social y democrático de Derecho español, que reflejan la combinación de los rasgos típicos del Estado de Derecho de corte liberal, con los contenidos de igualdad social que derivan de la afirmación del Estado social. La actuación de los poderes públicos en el Estado de Derecho

¹ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 39.

tiene como objetivo la organización de la sociedad, a través del establecimiento de medidas que otorgan o prohíben derechos subjetivos; también tiene por objeto asegurar la protección de bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad mediante la incoación de medidas represivas. A su vez el Estado social, basado en el principio de igualdad material (art. 9.2 CE), persigue alcanzar una equiparación real y efectiva de los ciudadanos² y para cumplirlo, los poderes públicos implementan medidas de acción positiva -medidas que otorgan derechos o beneficios a un grupo que se encuentra en una situación de desigualdad fáctica-, medidas antidiscriminatorias -medidas formalmente neutras que tienen como objetivo alcanzar la igualdad entre grupos- y medidas represivas con enfoque de género -medidas que consisten en la aplicación de una agravante de tipo potestativo o de tipo obligatorio por discriminación de género-.

En el segundo capítulo se determinan los límites a la intervención de los poderes públicos en el establecimiento de políticas públicas y se analiza su significado. Se concreta que el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) no constituye un límite a la actuación estatal, sino un criterio orientador de la misma, en el sentido de instar a los poderes públicos a asegurar una cierta homogeneidad en el otorgamiento de derechos subjetivos en situaciones similares. Así pues, se evidencian los desajustes en el ordenamiento jurídico en relación con la limitación de la capacidad de obrar de los menores, en situaciones que se conectan con su vida personal y familiar, en el caso de que los supuestos son similares. Así mismo, se aborda el principio de igualdad formal (art. 14 CE) como prohibición de discriminación por razones subjetivas, que limita el modo de la intervención de los poderes públicos, prohibiendo el mantenimiento de la concreta medida de acción positiva o de la medida represivas con perspectiva de género cuando ha desaparecido el rasgo en el que se basaba la diferencia normativa. Además, los poderes públicos están vinculados por el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE), tanto en lo relativo al objeto del derecho fundamental, como su contenido.

² CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, 1994, pág. 265.

En el tercer capítulo se aborda como la igualdad formal (art. 14 CE), como prohibición de discriminación por razones subjetivas, supone un límite al modo de intervención de los poderes públicos, en el sentido de impedir la permanencia de determinadas medidas de acción positiva y medidas represivas con enfoque de género cuando desaparece el rasgo que identifica a quienes son desiguales en la vida real. Se verifica la desaparición de la maternidad como rasgo exclusivo de las mujeres que las hacía desiguales a los hombres en la realidad social. De hecho en la actualidad, gracias a los avances médicos, existen hombres transexuales que, a pesar de haber obtenido la rectificación registral, no se han sometido a la cirugía de reasignación morfológica del sexo, de manera que pueden gestar y dar a luz. Así pues, se determina que las medidas de acción positiva a favor de las mujeres tradicionalmente ligadas a la gestación y maternidad, como los permisos laborales por maternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, así como las normas concernientes el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a las técnicas de reproducción humana asistida, deben ser modificadas para garantizar la igualdad formal entre quienes ya no son desiguales en la realidad social. Se concreta como la permanencia de las medidas represivas con enfoque de género de aplicación obligatoria, introducidas mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG), se sigue justificando por una desigualdad de hecho entre hombres y mujeres, consistente en mayoritarios porcentajes de violencia intrafamiliar o de pareja con o sin convivencia ejercida contra las mujeres.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo, se aborda como la intervención de los poderes públicos tiene que respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, tanto en lo relativo al objeto del derecho protegido constitucionalmente, como en lo que se refiere a su contenido. Así pues, se determina la inadmisibilidad de socavar el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), derecho reaccional que tiene un contenido negativo, añadiendo un significado positivo so pretexto de asegurar el libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, se concreta como el contenido del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), derecho reaccional, no incluye un derecho a la propia muerte, entendido como obligación de los poderes públicos de realizar actos dirigidos a poner fin a la vida de la persona. Además se verifica como

la interpretación de conformidad de los tratados internacionales (art. 10.2 CE) no puede ser empleada para equiparar dos enunciados diferentes, de dos derechos diferentes, uno contenido en la Constitución Española, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), y el otro contenido en el tratado internacional, el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH). De la misma manera, se determina la imposibilidad de establecer una intervención de signo restrictivo en el ámbito de un derecho cuyo enunciado constitucional no contiene una delimitación restrictiva, ni la garantía de la misma. En particular, se analiza como la autorización judicial para la intervención de las conversaciones directas y de las imágenes introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (en adelante LOMLECrim), plantea unos problemas de constitucionalidad, porque interviene en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18. 1 CE) y del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE), derechos cuyos enunciados no contienen una delimitación restrictiva, ni una garantía a la misma. Así mismo, se determina que la regulación legal de la esterilización de las personas con capacidad modificada judicialmente cercena el contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Por último, se constata como el establecimiento de condiciones legales al ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23.1 CE) para las personas con capacidad modificada judicialmente no está previsto en el enunciado constitucional del derecho.

III. El método seguido para la elaboración de este trabajo de investigación comporta una orientación necesariamente jurídica y constitucional. Ello significa que la investigación toma como punto de partida las normas de la Constitución Española, la cual constituye la Norma Fundamental del Estado.

IV. Las fuentes utilizadas para la realización de este trabajo de investigación son bibliográficas y jurisprudenciales. Por esta razón, se han empleado monografías y artículos de revistas jurídicas. Así mismo se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La bibliografía es mayoritariamente

española, pero se han utilizado algunas referencias bibliográficas alemanas traducidas al castellano.

CAPÍTULO I

LAS POLÍTICAS DE INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO ESPAÑOL

I. Cuestiones preliminares

En el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1 CE) los poderes públicos establecen medidas de intervención para organizar la sociedad, otorgando o prohibiendo derechos subjetivos, o para reprimir conductas con el fin de garantizar la consecución de bienes jurídico-constitucionales. También intervienen para eliminar las diferencias reales y efectivas que existen entre grupos o individuos en ámbitos concretos de la realidad social presente.

Las modalidades de actuación empleadas son de distinto tipo y varían en función del objetivo perseguido. En el Estado de Derecho los poderes públicos aprueban la legislación que tiene por objeto el funcionamiento de la sociedad, estableciendo medidas que otorgan o prohíben derechos subjetivos, así como medidas de tipo represivo. Así mismo, el Estado social adiciona la posibilidad de que los poderes públicos intervengan para reducir las desigualdades reales y efectivas que existen entre individuos o grupos en ámbitos concretos de la realidad social presente y alcanzar, de este modo, la igualdad material (art. 9.2 CE), mediante la implementación de medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas por discriminaciones subjetivas.

El primer capítulo tiene por objeto analizar el significado de las diferentes políticas públicas de intervención de los poderes públicos que son proyección del Estado de Derecho -medidas de otorgamiento o prohibición de derechos subjetivos y medidas represivas- y del Estado social -medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas con enfoque de género, con la aplicación de una agravante de tipo potestativo o de tipo obligatorio, por discriminación subjetiva-. Se trata de definir tales políticas para determinar, posteriormente, los límites constitucionales de los poderes públicos a tales medidas públicas.

II. Las formas de intervención de los poderes públicos en el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1. CE)

En el Estado de Derecho los poderes públicos incoan políticas públicas de prohibición o concesión de derechos subjetivos; también establecen medidas represivas que persiguen proteger los bienes jurídico-constitucionales de los individuos y de la sociedad. En el Estado social, los poderes públicos establecen políticas activas -medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas protectoras de colectivos vulnerables- que persiguen eliminar las diferencias que existen entre individuos o grupos en ámbitos concretos de la realidad social presente. El significado de tales medidas de intervención constituye el presupuesto previo para la determinación de los límites constitucionales que inciden sobre la incoación o modificación de tales políticas públicas.

2.1. El origen y el significado de la fórmula “Estado social y democrático de Derecho”

España se configura en la Constitución como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1. CE)³. Esta fórmula sintetiza los elementos que conforman los distintos tipos y fases del Estado de Derecho (el Estado de Derecho, el Estado social y el Estado democrático). La Constitución española ha expresado los postulados de cada fase y, a pesar de su superación histórica, los ha armonizado, evitando aparentes incompatibilidades⁴. De hecho, los tres términos no pueden ser considerados de manera aislada, sino en una relación de interacción recíproca. La originalidad de la fórmula reside en configurar un concepto unitario, que define un “Estado complejo” constituido por tres componentes ligados entre sí por una “interdependencia significativa”⁵.

³ Esta fórmula deriva del constitucionalismo alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial y fue incluida primero en los textos constitucionales de algunos Länder y después en la Ley Fundamental de Bonn. PÉREZ ROYO, J., “Estado de Derecho”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) Y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 185.

⁴ DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 81-83.

⁵ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, págs. 92-104.

Es indudable la complejidad de la fórmula “Estado social de Derecho”, que contiene los elementos rectores de la organización política: la conquista del Estado por el Derecho, que ha llevado a la afirmación de una esfera de libertad del individuo frente al poder estatal, la soberanía popular, que exige el pluralismo político, y por fin, la necesidad de la intervención del Estado para corregir las desigualdades sociales⁶.

Este nuevo Estado constitucional es un Estado de Derecho que, además de ser democrático, es también un Estado social, que fomenta una mayor igualación social y debe garantizar no solo la libertad de los ciudadanos, sino también las condiciones materiales que hacen posible la libertad misma⁷.

El Estado social y democrático de Derecho⁸ se originó de la crítica al Estado liberal abstencionista y a las libertades burguesas, consideradas como meramente formales, y de la necesidad de asignar una función social al Estado⁹.

2.1.1. El Estado de Derecho

El Estado liberal basado en la “defensa de la armonía espontánea de la sociedad”¹⁰ respeta la concurrencia natural de las fuerzas sociales y económicas; de tal forma, que los poderes públicos no tienen que inmiscuirse en la sociedad más allá de lo que sea estrictamente necesario para el mantenimiento de la seguridad y el orden establecidos por la ley. Esta manera de entender las relaciones socioeconómicas encarna las características del primer capitalismo liberal, resumidas en la fórmula “laissez faire, laissez passer”¹¹. En tal sentido, existe una

⁶ PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 65.

⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional. Constitución y fuentes del Derecho, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 123.

⁸ Forsthoﬀ sostiene la incompatibilidad de la coexistencia del “Estado de Derecho de libertades” y del “Estado Social de prestaciones” en la misma forma de Estado reconocida por la Constitución, dado que se trata de dos estructuras jurídicas muy diferentes, no compatibles en el plan constitucional. FORSTHOFF, E., “Problemas Constitucionales del Estado Social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. Y DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 43-45.

⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pág. 146.

¹⁰ DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, pág. 19.

¹¹ BLANCO VALDÉS, R. L., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2011 pág. 85.

radical disociación entre Estado y Sociedad, que se fundamenta en la idea de que el aparato estatal, en cuanto “organización artificial”, no tiene que interferir en la sociedad sino simplemente limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo¹². De hecho la sociedad civil es la esfera del juego natural de las fuerzas individuales, de las libres relaciones de mercado entre los sujetos, que se encuentran (supuestamente) en igualdad de condiciones iguales¹³. Así pues, la concepción liberal del Estado de Derecho limita su poder a la esfera de las relaciones públicas, sin entrometerse en la esfera privada del individuo¹⁴.

La Constitución Española proclama el Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y proyecta su significado en el libre desarrollo de la personalidad y en el respeto de los derechos inviolables inherentes a la persona (art. 10.1 CE), al tiempo que persigue la igualdad ante la ley o igualdad formal (art. 14 CE), entendiendo, así, que la ley tiene que ser lo más general posible sin distinciones por razones subjetivas, sólo fundada en el mérito y la capacidad.

El Estado de Derecho se origina de la lucha por la limitación del poder del Estado mediante el uso de principios jurídicos racionales y somete el ejercicio del mismo a ciertas formas jurídicas. Así pues, en un primer momento se reconocen los derechos ciudadanos fundamentales (ciudadanía y nacionalidad) y las libertades civiles (libertad personal, de religión y de conciencia, de prensa, de residencia, entre otros), la igualdad jurídica, la garantía de la propiedad y la independencia de los jueces¹⁵.

Una de las funciones principales del Estado de Derecho es garantizar la seguridad y la paz jurídica, en el sentido de mantener las relaciones de poder existentes y regularlas según las necesidades de cada época. El monopolio estatal

¹² GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, págs. 21-22.

¹³ TORRES DEL MORAL, A., *Estado de derecho y democracia de partidos: una teoría del estado constitucional contemporáneo*, Universitas, Madrid, 2015, págs. 91.

¹⁴ Robert Von Mohl acuñó el término *Rechtsstaat* en su obra “Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates”, de 1844. Citado por LUCAS VERDÚ, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955, pág. 14.

¹⁵ PÉREZ ROYO, J., “Estado de Derecho”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) Y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 186.

de la violencia permite evitar que cada ciudadano se tome la justicia por su mano, asegurando una convivencia pacífica, donde cada ciudadano conoce sus obligaciones y cuáles conductas están permitidas y cuales prohibidas. Así mismo, los ciudadanos conocen cuáles normas se van a aplicar a cada caso concreto y la acción estatal es previsible y tiene que respetar una serie de formalidades¹⁶. La seguridad jurídica consiste en la capacidad de previsión por parte del individuo de las consecuencias jurídicas de sus acciones y de las acciones de los demás¹⁷.

En realidad el Estado de Derecho es “liberador” en el sentido de que suprime las desigualdades de las formas políticas anteriores, transformando un orden social asentado en el privilegio en uno basado en el Derecho, pero al mismo tiempo es “opresor”, porque concentra el poder en sí mismo, tiene el monopolio de la coacción. Por esta razón, el nuevo Estado se fundamenta en las garantías de los derechos fundamentales, la separación de poderes y las técnicas de control del poder estatal¹⁸.

El Estado de Derecho es la organización legal de la comunidad, previa a cualquier actuación de los poderes públicos, que sigue la ratio y se inspira a los valores conformes a los principio constitucionales¹⁹.

En el Estado de Derecho el valor superior “libertad” ocupa un lugar central y se concreta en la Constitución Española a través de determinados principios, entre ellos el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y los derechos fundamentales de libertad (Capítulo II, Título I)²⁰. Así pues, la libertad entendida en el sentido de “autonomía” necesita el Derecho para realizarse, para la creación de las condiciones jurídicas que posibilitan el desarrollo integral de la persona,

¹⁶ BENDA E., “El Estado social de Derecho”, en BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H-J., HESSE, K. Y HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 493.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., “El ordenamiento jurídico”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional, Constitución y fuentes del Derecho, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 123, pág. 99.

¹⁸ PÉREZ ROYO, J., “Estado”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 91.

¹⁹ DIEZ-PICAZO, L. M., “Concepto de ley y tipos de leyes (¿existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 87.

²⁰ ARAGÓN REYES, M., “Artículo 1”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 31.

permitiendo a la misma disponer de un ámbito de actuación social, libre de la interferencia de terceros y del Estado²¹. La libertad, junto con la igualdad, es uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho, que la Constitución Española protege²².

Así mismo, en el Estado de Derecho existe un área residual de libertad, jurídicamente tutelada, de manera que todo lo que no está prohibido u ordenado pertenece a la esfera de la libertad y por tanto, es merecedor de protección jurídica. Esto significa que todos los comportamientos que no se oponen a normas imperativas tienen que ser considerados lícitos²³. En tal sentido, existe un ámbito de libertad de acción que está a la libre disposición del individuo, un espacio en el que la persona es soberana, donde ni el Estado ni terceras personas pueden entrar²⁴.

La jurisprudencia del TC ha reconocido la existencia de un principio general de libertad que deriva de la proclamación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Este principio “autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas”²⁵. Se trata de una “libertad a secas”, que comprende conductas que no forman parte del contenido de ninguno de los derechos y libertades fundamentales²⁶. En particular, “se entiende lícito y permitido todo aquello que no está expresamente prohibido (*quae non prohibita, permissae intelliguntur*)”²⁷. En realidad esta cláusula general de libertad se refiere a una “libertad negativa”, entendida como ausencia de prohibición, un espacio libre de impedimentos normativos, una libertad residual²⁸. En ese sentido,

²¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 136-137.

²² MONTORO PUERTO, M., “Valores superiores del ordenamiento jurídico y derechos fundamentales. El derecho a la libertad”, en MONTORO PUERTO, M. (Coord.), *Temas constitucionales de actualidad*, Ediciones Universidad de Navarra, Barañáin, 1993, págs. 35-36.

²³ DIÉZ-PICAZO, M. L., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 64.

²⁴ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 388.

²⁵ STC 83/1984, STC 93/1992 y STC 107/96.

²⁶ STC 89/1987.

²⁷ RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 422.

²⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 187. Según este autor, la

la cláusula general del libre desarrollo de la personalidad no establece un albedrío absoluto para el individuo, sino que se trata de una libertad según Derecho, que se encauza dentro de los límites impuestos por el respeto de la ley²⁹. La libertad de autodeterminarse no es irrestricta y las posibilidades de desarrollar el propio proyecto vital no son ilimitadas: de lo contrario, desaparecerían las instituciones o un modo objetivo de organizar la convivencia humana³⁰. En tal sentido, se trata de una libertad cuyos márgenes son establecidos por el ordenamiento, dentro de un marco de convivencia pacífica y ordenada bajo las leyes, que deriva del orden político y la paz social³¹. Así mismo, el libre desarrollo de la personalidad tiene que respetar “los derechos de los demás”; para asegurar que la libertad de cada individuo sea conciliable con la libertad de las demás personas, es necesario que se limite, plegándola a la primacía de los intereses generales³².

De esta manera el Estado de Derecho, en el ejercicio de su poder de disposición e intervención, puede imponer unas restricciones a la libertad de las personas a través de normas. Sin embargo, cualquier actuación que afecte a la libertad y autonomía del individuo necesita estar justificada, dado que no es admisible coartar de manera indiscriminada la libertad individual y la autonomía social³³.

Así pues, al Estado de Derecho corresponde el monopolio de la restricción de la libertad de las personas y esta acción limitativa tiene que ser la mínima imprescindible para garantizar la efectividad de las libertades del conjunto de la ciudadanía. El derecho penal supone una injerencia importante del Estado en la vida

expresión “principio general de la libertad” parece excesivamente enfática, tratándose de una libertad residual.

²⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 188-189.

³⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 11.

³¹ ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la Constitución Española)”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995, págs. 56-57.

³² LÓPEZ PIÑA, A., “La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pág. 147.

³³ SCHEUNER, U. “Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland”, en *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, ed. de J. Listl/W Rűfner, Duncker und Humblot, Berlin, 1978, pág. 354, citado por Villacorta Mancebo, L., *Principio de igualdad y estado social. Apuntes para una relación sistemática*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2006, pág. 99.

de las personas y en el desarrollo de la personalidad de las mismas. De hecho es la rama del ordenamiento que incide mayormente sobre la libertad, porque interviene limitándola, a través del establecimiento de normas que prohíben conductas e imponen sanciones en caso de su inobservancia (en particular la privación de la libertad)³⁴.

La tipificación de una conducta como delito tiene que ser entendida como una reducción del principio general de libertad, dado que priva a la persona de la posibilidad de hacer, prohibiéndole realizar una actividad a la que en principio podía tener derecho³⁵. La pena constituye una restricción jurídica de derechos (como las medidas de seguridad o las sanciones administrativas) y representa una intervención especialmente grave para la autonomía individual³⁶. La sanción penal por antonomasia es la privación de la libertad, tanto de forma directa (mediante la previsión de penas de este tipo como consecuencia jurídica de la realización de la conducta prohibida por la norma penal), como indirecta (en el caso de infracciones que en origen no prevén una sanción privativa de la libertad, como en el caso del arresto sustitutorio ante el impago de multa o el quebrantamiento de condena). Además, la sanción penal puede incidir sobre otros derechos, como la libre elección de la residencia y circulación (art. 19.1 CE) y el derecho de participación en la vida pública (art. 23.1 CE), entre otros³⁷.

Durante la fase liberal, el Estado de Derecho se caracteriza por la inactividad o abstencionismo en lo social y lo económico, porque confía en la natural regulación de las relaciones sociales y económicas. Así pues, el Estado interviene solamente si es necesario emplear la fuerza para garantizar el correcto funcionamiento de tales relaciones³⁸.

³⁴ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 36.

³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 12.

³⁶ ROBLES PLANAS, R., "Introducción a la Edición Española. Dogmática de los límites al Derecho penal", en VON HIRSCH, A., SEELMANN, K Y WOHLERS, W., *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 38.

³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 13.

³⁸ SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 57-58 y 61.

De hecho, según la concepción típica del Estado liberal clásico, el “Estado guardián” tiene que tutelar y proteger los derechos fundamentales, a través de la imposición de medidas coercitivas y represivas de comportamientos lesivos de estos derechos³⁹. El “Estado mínimo” se limita a asegurar el orden público, dejando a la iniciativa de los particulares el grueso de la actividad económico-social. En este sentido se cualifica como Estado abstencionista y neutral⁴⁰.

De esta manera, inicialmente la protección estatal se limitaba a la tutela de la libertad y seguridad de las personas, así como la propiedad y el libre desarrollo individual⁴¹. En ese sentido, en origen el derecho penal estaba orientado mayormente a garantizar la esfera de libertad de la persona, pero también se protegían algunos bienes colectivos, como la administración de la justicia y la seguridad del Estado⁴². La prioridad era asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de convivencia. Más adelante, con la afirmación del Estado social, se extiende la protección a un número cada vez mayor de bienes jurídicos colectivos, como la salud pública, el medio ambiente y la ordenación del territorio, entre otros, con el objetivo de lograr una convivencia pacífica por medio del aseguramiento al conjunto de la ciudadanía de determinados presupuestos materiales, como expresión de “un Estado auténticamente social”⁴³.

2.1.2. El Estado social

El individualismo, la neutralidad estatal y la incapacidad de las libertades burguesas de asegurar la justicia social y responder a las exigencias de libertad e igualdad reales de las capas sociales económicamente más débiles y más

³⁹ BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, págs. 369 y 375-376.

⁴⁰ CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 17-18.

⁴¹ BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 20.

⁴² VILLEGAS PAIVA, E. A., “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales”, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf. (a 20/09/2018).

⁴³ DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política criminal y derecho penal: estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 30 y 43.

marginales, conllevaron al estallido de los conflictos de clase⁴⁴. Por ello, se buscaba una revitalización del concepto de Estado de Derecho⁴⁵, en el intento de superación del formalismo vacío en que la norma se había convertido y de la incapacidad de resolver las problemáticas sociales de la época. Al mismo tiempo se consideraba necesario compatibilizar las urgentes transformaciones sociales con las libertades fundamentales y las garantías de la seguridad jurídica, típicas del Estado de Derecho⁴⁶.

A través de la afirmación del “Constitucionalismo Social”, junto a los derechos y libertades clásicos, se introdujeron una serie de derechos de contenido social⁴⁷. Los primeros frutos fueron la Constitución de Querétaro (México) de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 (emanada durante la República homónima)⁴⁸. Así pues, se afirmó un nuevo concepto de Estado, el Estado social, que supone un mayor intervencionismo por parte de los poderes públicos y asume, a través del Derecho, una función promocional para crear las condiciones de igualdad y libertad que el individuo no puede realizar por sí mismo. En este sentido, el Derecho estatal regula el proceso económico y la actividad industrial y mercantil, al mismo tiempo que reconoce unos derechos de carácter económico, social y cultural⁴⁹.

A través de la afirmación del “Estado intervencionista”⁵⁰ que regula y estructura el sistema social, actuando para corregir los efectos disfuncionales causados por un desarrollo económico y social incontrolado⁵¹, se supera la radical escisión entre individuo y sociedad. La intervención de los poderes públicos persigue el

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 229.

⁴⁵ El Estado de Derecho, producto de la Revolución Francesa, puso fin al antiguo régimen absolutista (por eso representa “el símbolo del espíritu moderno frente a los absolutismos de todo tipo”) y favoreció la instauración de regímenes liberales. DÍAZ GARCÍA, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, págs. 39-41.

⁴⁶ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, págs. 102-103.

⁴⁷ CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 43.

⁴⁸ La constitución de Weimar no incluía expresamente la fórmula “Estado social y democrático”, pero incorporó conceptos novedosos en el ámbito del social, algunos de fuerte inspiración marxista. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado social y democrático de Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Barañáin, 1992, págs. 33-35.

⁴⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 59.

⁵⁰ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 100.

⁵¹ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, págs. 22-23.

establecimiento de prestaciones y la implementación de medidas que permiten la subsistencia de sus ciudadanos, dado que los mismos han trasladado a los poderes públicos las exigencias de seguridad y garantía de su existencia⁵². El Estado social es un Estado redistributivo-asistencial, en el que se afirman los derechos sociales y económicos⁵³.

“El Estado social de Derecho” es un intento de superación de la diferencia entre la formalización jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de la generalidad de la población. A este propósito, el Estado se transforma de ser exclusivamente vigilante y represor en ser un Estado ordenador, conformador de la sociedad y promotor de un nuevo modelo de ciudadano activo y participe en la vida económica, social y cultural. Así pues, el ciudadano accede a los bienes y derechos sociales, económicos y culturales que son recogidos por los textos constitucionales. El Estado respeta el funcionamiento del mercado, pero interviene para cumplir con la obligación de realizar un mínimo existencial de los ciudadanos y promueve las condiciones para satisfacer las necesidades individuales y colectivas que el puro mercado proporciona⁵⁴.

De esta manera, el Estado social interviene para garantizar la “procura existencial” del individuo, que consiste en proveer a los ciudadanos de las condiciones vitales que no pueden lograr por sí mismos. Esta acción estatal no está dirigida solamente a las clases económicamente más débiles de la población, sino que se extiende a la sociedad en su conjunto, porque la “menesterosidad social” afecta a todas las personas, aunque es indudable que algunos grupos sociales necesitan mayor atención que otros⁵⁵.

⁵² FORSTHOFF, E., “Problemas Constitucionales del Estado Social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. Y DOEHRING K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 48-49.

⁵³ CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 17-18.

⁵⁴ La expresión “Estado social de Derecho” fue acuñada por Hermann Heller durante la vigencia de la República de Weimar, en oposición al Estado liberal y al totalitarismo. TORRES DEL MORAL, A., *Estado de derecho y democracia de partidos: una teoría del estado constitucional contemporáneo*, Universitas, Madrid, 2015, págs. 93-94.

⁵⁵ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, págs. 26-30. El autor resume el concepto de “procura existencial” originariamente elaborado por Forsthoff.

Así pues, el Estado social debe asegurar a la ciudadanía “un ‘mínimo vital’, un nivel mínimo de subsistencia digna”, debajo del cual no tiene que situarse ningún individuo⁵⁶. Así mismo, persigue garantizar la igualdad real y efectiva entre quienes son desiguales en oportunidades en la vida real. Con este propósito, el Estado interviene mediante la incoación de políticas activas.

Con la afirmación del Estado social, el Estado de Derecho se ha transformado en un “estado de derechos”, un sistema que no solo funciona como garantía contra la arbitrariedad del poder, sino que actúa como promotor de determinados fines u objetivos sociales. De esta manera, no solamente se garantiza el ejercicio de los derechos individuales o civiles, sino también se añaden nuevos derechos sociales y se afirma una concepción sustancial de los derechos de los ciudadanos⁵⁷. Así pues, el Estado social interviene en el orden económico y social, estableciendo una reglamentación estatal para garantizar la utilización planificada de los recursos económicos públicos y privados, con el propósito de procurar el bienestar general, la cobertura de riesgos y la satisfacción y la prestación de servicios sociales⁵⁸.

A través de la afirmación del Estado social se extiende la protección de las libertades a quien anteriormente no podía gozar de ellas. Esto no se produce a costa del debilitamiento de la garantía de la libertad individual, sino de la aplicación a formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad, realizando una integración del principio de libertad con el de solidaridad⁵⁹. Así mismo, se afirma la idea de que los derechos no se pueden realizar plenamente si no se acompañan de los derechos sociales, porque las desigualdades económicas y sociales afectan al ejercicio de la ciudadanía⁶⁰. De esta manera, es posible que el legislador establezca medidas de acción positiva o medidas antidiscriminatorias cuando en ámbitos concretos de la realidad social presente los diferentes grupos de

⁵⁶ CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, 1994, pág. 284.

⁵⁷ ASENSI SABATER, J., *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 189-191.

⁵⁸ DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona, 1986, págs. 19-21.

⁵⁹ MORTATI, C., “Art. 1”, en MORTATI, C., BARBERA, A., AGRÓ, A., ROMAGNOLI, U., MANCINI, G., BERTI, G., PIZZORUSSO, A., FINOCCHIARO, F., MERUSI, F. Y CASSESE, A., *Principi Fondamentali: Art. 1-12 Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, pág. 15.

⁶⁰ URIARTE BENGOTXEA, E., *Introducción a la ciencia política: la política en las sociedades democráticas*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 98.

población no se encuentran en la misma situación, con el fin de conseguir la igualdad material⁶¹.

En la Constitución Española, el Estado social (art. 1.1 CE) proyecta su significado en la “cláusula habilitadora” del art. 9.2 CE⁶², que autoriza a los poderes públicos a implementar políticas “intervencionistas, reguladoras y redistribuidoras, con fuerte capacidad de transformación del modelo socioeconómico”, que permiten construir y asegurar el Estado de bienestar⁶³. El objetivo es eliminar las diferencias reales y efectivas que existen entre individuos o grupos en ámbitos concretos de la realidad social del momento. Así pues, el art. 9.2 CE incluye una cláusula finalista, porque legitima constitucionalmente la intervención estatal a través del establecimiento de políticas públicas orientadas a la consecución de “una sociedad más justa, más igualitaria y más satisfecha en sus necesidades”⁶⁴. Esta cláusula tiene su proyección en el entero Capítulo III del Título I, que contiene los principios rectores de la política social y económica y constituye el núcleo del Estado social (arts. 39-52 CE), y en el Título VII (en especial los arts. 128-131 CE), donde se afirma la subordinación de toda la riqueza al interés general⁶⁵. De esta manera, la

⁶¹ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 32.

⁶² Para un estudio exhaustivo sobre la gestación del art. 9.2 CE en el proceso constituyente y los precedentes normativos del mismo véase FONT OPORTO, P., “El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, págs. 1-43.

⁶³ Aunque se utilicen a menudo como sinónimos, el concepto de Estado social y el de Estado de bienestar son distintos. De hecho el primero es un concepto jurídico, mientras que el segundo es sociopolítico y socio-económico, aunque existe una posible interdependencia, dado que la cláusula Estado social tiene un sentido finalista y tiene como objetivo la consecución de un Estado de bienestar. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pág. 151.

⁶⁴ Sin embargo, la cláusula del art. 9.2 CE no indica ni las formas ni los medios más adecuados para instaurar y mantener el Estado de bienestar. Así mismo, el establecimiento de los objetivos y de los medios concretos para conseguirlos dependen de las circunstancias políticas, económicas y sociales y de las decisiones políticas coyunturales. El legislador puede introducir, en aras de la igualdad material, rectificaciones a la igualdad formal, pero puede no hacerlo o hacerlo con intensidad variable. De la misma manera puede desarrollar el mandato asistencial y los principios rectores de la política social y económica, así como intervenir en el proceso económico, pero puede no hacerlo o hacerlo con distintas intensidades y modalidades. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003 págs. 167 y 178-179.

⁶⁵ PÉREZ ROYO, J., “Estado de Derecho”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 193.

Constitución establece unos mandatos de intervención, autorizando la regulación estatal de relaciones tradicionalmente consideradas privadas, como las laborales⁶⁶.

Sin embargo, el art. 9.2 CE no afecta a la estructura estatal, sino solamente a sus fines. De hecho, el Estado social no constituye una nueva forma de Estado, sino una modalidad del Estado democrático, por lo que no supone ninguna modificación respecto a la organización de poder típica del Estado constitucional democrático de Derecho. En este sentido, los poderes públicos asumen nuevas competencias dirigidas a alcanzar mayores cotas de igualdad social, tareas que no sustituyen a las antiguas (entre ellas seguridad, orden público, defensa), sino que las complementan⁶⁷. Así mismo, el Estado social no niega los bienes jurídico-constitucionales del Estado de Derecho (libertad, igualdad, propiedad privada, seguridad jurídica y la participación en la formación de la voluntad política), sino que pretende hacerlos efectivos añadiendo un contenido material, partiendo del presupuesto de que el individuo y la sociedad interactúan en una relación de interacción recíproca. A los derechos clásicos se añaden los derechos sociales y económicos, los que derivan de la procura existencial⁶⁸.

2.2. Las políticas de intervención de los poderes públicos en el Estado de Derecho: medidas de concesión o prohibición de derechos subjetivos y medidas represivas

El Estado de Derecho es un “Estado garantista”, que protege jurídicamente los derechos fundamentales de las personas; también vincula la actuación de los poderes públicos al principio de legalidad y a los valores superiores del ordenamiento español, expresados en la Constitución misma: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1. CE)⁶⁹. Su afirmación impuso la delimitación y la reglamentación de las funciones del poder estatal, en la óptica de

⁶⁶ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 42.

⁶⁷ ARAGÓN REYES, M., “Artículo 1”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 34.

⁶⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, págs. 26 y 55-56.

⁶⁹ GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 165.

asegurar la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos⁷⁰.

Para la realización de tal fin los poderes públicos intervienen estableciendo normas jurídicas en aras de la organización de la sociedad y de la protección de bienes jurídicos con relevancia constitucionales.

Esta actuación se lleva a cabo de dos maneras, por un lado, a través de medidas que otorgan o prohíben derechos subjetivos, y por otro, a través de medidas represivas o castigadoras que son expresión del *ius puniendi* del Estado.

2.2.1. Las políticas públicas que otorgan y prohíben derechos

En el Estado de Derecho el poder público interviene para organizar la sociedad, mediante normas. De este modo, el legislador, o el gobierno establecen normas generales a través de la legislación (ley y reglamento) y esta función normativa se diferencia de la función “ejecución” y de la función “jurisdicción”, que se caracterizan por la ejecución y la aplicación de las leyes respectivamente⁷¹.

El Estado de Derecho crea el Derecho primario de la sociedad, que establece la ordenación de las relaciones sociales y la actuación de los demás poderes⁷². Así mismo, los poderes públicos resuelven los conflictos, tanto de atribución como de distribución de bienes e intereses⁷³.

En el Estado de Derecho la ley tiene como objetivo la resolución de las cuestiones que afectan al conjunto de los ciudadanos, fijando el interés nacional o regional en cada sector concreto, de manera que sus decisiones constituyen una ordenación y no se agotan en medidas puntuales o coyunturales. Según el principio de legalidad en sentido general, la producción normativa, la creación de Derecho y

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 219.

⁷¹ GARRORENA MORALES, Á., “Legislación”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 381-382.

⁷² GARRORENA MORALES, Á., “Ley”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 387.

⁷³ CARBONELL MATEU, J. C., “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 45, 1991, pág. 661.

la construcción del ordenamiento es competencia de la ley o en general de las normas producidas por los poderes públicos democráticamente constituidos y responsables de garantizar la seguridad jurídica. En ello, los órganos de extracción política intervienen en ordenamiento y dirigen la comunidad a través del establecimiento de normas jurídicas⁷⁴.

Así pues, a través de la ley el Estado tiene que regular materias como el desarrollo de los derechos y libertades del Capítulo II, Título I, la tipificación de los delitos y las penas (art. 25.1 CE), los tributos (art. 133.1 CE), la organización administrativa, los órganos e instituciones constitucionales, la planificación económica, el dominio público o la deuda pública⁷⁵.

Los poderes públicos intervienen para otorgar derechos mediante ley y también para prohibir derechos subjetivos, en garantía de otros bienes jurídicos constitucionales.

Los bienes jurídicos-constitucionales que se protegen son decisión del poder estatal, por lo que no todos los intereses sociales o individuales constituyen bienes jurídicos, sino solamente los que son tutelados por el ordenamiento jurídico. En España, los intereses que se consideran merecedores de protección están contenidos en la Constitución⁷⁶.

2.2.2. Las políticas públicas represivas

En el Estado de Derecho los poderes públicos intervienen a través del *ius puniendi*, la potestad de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos, con el objetivo de garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos. Así pues, se protegen los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, entre ellos, los bienes jurídicos

⁷⁴ DIEZ-PICAZO, L. M., “Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 87 y 89.

⁷⁵ GARRORENA MORALES, Á., “Ley”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) Y AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 386.

⁷⁶ MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, pág. 13.

constitucionales que se conectan con derechos fundamentales y libertades públicas de la generalidad de los individuos⁷⁷.

La función esencial del Derecho penal es proteger una serie de bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad, que son necesarios para el mantenimiento de la convivencia social, y que se manifiestan, pues, como valores esenciales del individuo y de la sociedad (vida, salud, integridad física, libertad, honor, salud pública, etc.)⁷⁸. El derecho penal protege los bienes jurídicos que encuentran su legitimidad en los valores e intereses constitucionales y en los derechos fundamentales de los ciudadanos. De hecho es la Constitución la que selecciona los valores y los intereses individuales o colectivos, necesarios para el mantenimiento del Estado social y democrático de Derecho, entre ellos los bienes que son protegidos por los derechos fundamentales⁷⁹.

De hecho, el derecho penal regula una de las formas más poderosas del uso de la fuerza por parte del Estado y por ello, el recurso al mismo está justificado solamente ante la lesión o puesta en peligro de bienes con relevancia constitucional (“tesis constitucionalista” del bien jurídico)⁸⁰.

En la actualidad, la tutela de los bienes jurídicos es una tarea que asumen todos los sectores del ordenamiento jurídico y no exclusivamente el derecho penal⁸¹. Aunque es posible que el derecho penal comparta con otras ramas del Derecho la protección de los mismos objetos jurídicos, por su carácter de última ratio únicamente castiga los ataques más graves⁸².

⁷⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., “*Ius Puniendi*: límites” en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3777-3778.

⁷⁸ MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, en *Anales de derecho (Universidad de Murcia)*, Vol. 34, núm. 1, 2016, pág. 3. Sobre esta cuestión, véase también MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, pág. 13

⁷⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de derecho penal: parte general*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 95.

⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 14-15.

⁸¹ GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 55.

⁸² HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, pág. 143.

Según el principio de intervención mínima del derecho penal, si para el restablecimiento del orden jurídico son suficientes medidas de tipo civil o administrativo, no se recurre al derecho penal. De hecho no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son protegidas por el Derecho penal, ni todos los bienes jurídicos sino que se limita a castigar solamente los ataques más graves contra los bienes más importantes. Por ello, el derecho penal tiene un carácter fragmentario, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento se estima como antijurídico⁸³.

El Estado puede prohibir solo aquellos aspectos de la conducta humana que afectan a los demás ciudadanos. De hecho la fundamentación del poder punitivo del Estado se encuentra en la protección de intereses individuales o supraindividuales que tienen que ver con el ejercicio de las libertades y con los intereses colectivos. El Derecho penal no puede hacer referencia a la moralidad o a la ética, o a la ideología socialmente dominante para prohibir conductas⁸⁴.

En el Estado social y democrático de Derecho la sanción penal desempeña una doble función: por un lado tiene un carácter retributivo del mal causado o de intimidación general frente a los potenciales delincuentes (función de prevención general), que deriva del Estado de Derecho liberal; por otro garantiza los intereses colectivos y estatales y las sanciones tienen una función preventiva-especial y de tratamiento del delincuente, conforme a las características del Estado social. Así pues, mediante la incoación de medidas penales se protegen los bienes jurídicos esenciales de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos, que les permiten participar en la vida social y aseguran la convivencia social⁸⁵. Así mismo, los poderes públicos sancionan las conductas que ponen en peligro el marco jurídico-político que posibilita a las personas desplegar sus potencialidades y realizar sus planes de vida, así como los comportamientos que provocan un daño a terceros. Por otra parte, no está admitido castigar conductas que no suponen una violación de

⁸³ MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 89- 95.

⁸⁴ CARBONELL MATEU, J. C., “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 45, 1991, pág. 662.

⁸⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., “*Ius Puniendi*: límites” en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3777-3778.

este marco, ni atentan contra bienes de terceras personas, aunque las mismas puedan ir en contra de la moralidad socialmente dominante⁸⁶.

Así mismo, el Estado sólo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos y no de sentimientos, valores, ética o moral⁸⁷. Según el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, los poderes públicos pueden intervenir estableciendo medidas penales solamente si se detecta una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos, no pudiéndose castigar inmoralidades o desviaciones que no afecten a bienes jurídicos⁸⁸. Así mismo, no es admisible la imposición de un código moral, pues la justificación de prohibiciones de conductas tiene que fundarse en la protección de bienes jurídico-constitucionales⁸⁹. A pesar de haberse alcanzado la secularización del Derecho y la separación del Derecho de la moral, hay que recordar el peso que han ejercido los postulados éticos o religiosos en la creación de las normas jurídicas⁹⁰.

En este sentido, se han eliminado progresivamente las prohibiciones basadas en la moralidad pública. Éste es el caso de la reforma del Código Penal de 1978 en tema de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, mediante la cual se vació de contenidos morales el derecho penal sexual, abandonando sentimientos colectivos y prejuicios estándar imperantes, y se procedió a la laicización del instrumento punitivo. Anteriormente, el bien protegido era la “moralidad pública”, mientras que en la actualidad se trata de delitos que atentan contra la libertad personal.

⁸⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 396.

⁸⁷ BUSTOS RÁMIREZ, J. J. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 75.

⁸⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., “*Ius Puniendi*: límites” en MONTROYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3779-3780.

⁸⁹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 378.

⁹⁰ ALONSO ÁLAMO, M., “La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)”, en *Revista Penal*, núm. 21, 2008, pág. 26.

2.3. *Las políticas públicas en el Estado social: medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas con perspectiva de género*

El Estado social completa la dimensión institucional fundamental del Estado liberal, donde el derecho tiene dos funciones: una garantizadora, asegurada por el Derecho Público mediante el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, y por el libre desarrollo de la personalidad; y otra represora, asegurada por el Derecho penal, que sanciona las infracciones a las normas establecidas a través de la primera función. A estas funciones protectoras y represivas del Derecho, el Estado social añade una tercera competencia, la promocional, que permite hacer posible el libre desarrollo de la personalidad, ya que tal ejercicio de la autonomía de la voluntad no es efectivo si la persona no tiene cubiertas sus necesidades básicas (como la autonomía económica o un nivel cultural mínimo)⁹¹. Por debajo de un cierto umbral de condiciones de vida (materiales, educativas y laborales) la libertad en el sentido de autodeterminación personal no es real, sino que es una ficción⁹². La satisfacción de las necesidades básicas constituye el presupuesto de la acción libre, pues ello resulta imprescindible para poder disponer plenamente de autonomía individual⁹³.

Los obstáculos a la libre determinación individual no encuentran su origen únicamente en la acción del Estado y de terceros, sino que la propia realidad social y económica puede erigirse como un impedimento infranqueable para la consecución de la meta propuesta. Así pues, para que la persona sea realmente libre y autónoma, no es suficiente interponer límites normativos a la injerencia estatal y de terceras personas, sino que es imprescindible que se realice también el contexto social material adecuado para alcanzar los objetivos que han sido prefijados previamente⁹⁴. Por ello, es preciso garantizar las condiciones vitales básicas del

⁹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ G., “El Estado Social de Derecho”, en *Revista de Historiografía*, núm. 9, 2008, pág. 92.

⁹² CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1996, págs. 35-36.

⁹³ CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 44-45.

⁹⁴ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 374.

individuo para que pueda escoger libremente entre las diferentes opciones que tiene a su disposición en el grupo social al que pertenece⁹⁵.

El Estado social no solamente propugna la igualdad material, sino que propone una dimensión de libertad con un carácter menos individualista, en el sentido que implica prestaciones estatales, con el objetivo de extender e intensificar la libertad de las personas⁹⁶. Aunque una de las tareas del Estado social es garantizar la igualdad real en las condiciones de partida, esta intervención no puede ser excesivamente invasiva de la esfera de autonomía personal. Para que las personas gocen de autonomía real, es necesario que se les aseguren unas condiciones básicas, pero al mismo tiempo es preciso que el Estado respete la libre autonomía de la voluntad, sin cercenar la capacidad de las personas de decidir sobre su propia vida.

En realidad, los valores superiores de la libertad y la igualdad se encuentran estrictamente vinculados entre ellos, en una relación de equilibrio. De hecho, la libertad por sí sola no produce la igualdad real y efectiva, ni se puede obtener la igualdad material erradicando la libertad individual. Por lo tanto, la intervención de los poderes públicos para alcanzar mayores cotas de igualdad sustancial tiene que respetar la libertad individual, de manera que nunca se puede llegar a anular la autonomía personal, coartando la libre elección de la persona⁹⁷.

Así pues, en el Estado social los poderes públicos deben llevar a cabo actuaciones positivas, creando condiciones igualitarias y removiendo los obstáculos que impiden alcanzar la libertad real y efectiva⁹⁸, con la finalidad de superar la contradicción entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo⁹⁹. Esta tarea igualadora se desarrolla a través de la

⁹⁵ SANTANA RAMOS, E. M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, pág. 107.

⁹⁶ DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 83-84.

⁹⁷ ARAGÓN REYES, M., “Artículo 1”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 36.

⁹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 136-138.

⁹⁹ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, pág. 95.

implementación de medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas con perspectiva de género.

2.3.1. Las medidas de acción positiva

Las medidas de acción positiva¹⁰⁰ constituyen medidas protectoras, cuyo objetivo es eliminar situaciones de discriminación que afectan a determinados grupos o individuos que se hallan en una situación de desventaja factual¹⁰¹. Persiguen un propósito igualador, estableciendo beneficios o preferencias para un colectivo o grupo de personas en razón de la situación de desventaja real y efectiva en la que se encuentran en un ámbito concreto de la realidad social presente y que tienen como resultado un reequilibrio que asegura una mayor igualdad efectiva. Estas medidas, que suponen formalmente una diferencia de trato entre las personas, tienen como objetivo la redistribución de los roles sociales¹⁰²; pretenden transformar la realidad social y conseguir una sociedad más igualitaria¹⁰³.

La medida de acción positiva¹⁰⁴ tiene como objetivo superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad,

¹⁰⁰ La doctrina utiliza indistintamente la expresión de “medidas de discriminación inversa” o “medidas de acción positiva”. En este trabajo se emplea la expresión “medidas de acción positiva” por entender que el concepto de “discriminación” ha perdido su significado originario neutral de simple diferenciación y ha adquirido el significado peyorativo de diferenciación injusta. Por ello, la utilización de la expresión “discriminación inversa” constituye un “uso tendencioso del lenguaje”, que tiene como objetivo descalificar a las medidas de acción positiva, haciendo hincapié sobre su supuesto carácter injusto. Así mismo, se trata de una *contradictio in terminis*, porque es incompatible asociar el término “discriminación”, que tiene un significado negativo, con el término “positiva”, que tiene una clara acepción positiva. BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, págs. 16-17. Sobre el uso abusivo de la palabra “discriminación” véase BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, págs. 10-12; BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 86.

¹⁰¹ STC 128/1987.

¹⁰² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, en *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, pág. 5.

¹⁰³ ROMÁN GARCÍA, F. (Dir.), *Análisis de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, El Derecho, Madrid, 2007, pág. 39.

¹⁰⁴ Para un estudio exhaustivo de los diferentes tipos de medidas de acción positiva véase GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 y MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Las acciones positivas”, en *Jueces para la democracia*, núm. 41,

otorgando beneficios a las personas desfavorecidas como consecuencia de una discriminación que es el resultado de las prácticas sociales o sistemas sociales o culturales, proporcionándoles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a los derechos en igualdad de condiciones. Así pues, los integrantes del grupo destinatario de la medida de acción positiva reciben mayores beneficios y posibilidades de acceso a algunos derechos¹⁰⁵.

Las medidas de acción positiva constituyen “actuaciones afirmativas o positivas de carácter temporal en favor de esos grupos en desventaja tendentes a superar esa situación de postergación y alcanzar los objetivos de una real igualdad de oportunidad y trato”¹⁰⁶.

De esta manera, constituyen una herramienta para reducir las desigualdades entre los diferentes grupos sociales, a través de la promoción de una mayor igualdad de hecho, o por lo menos garantizar a los miembros de un grupo con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades¹⁰⁷.

Los poderes públicos han incoado numerosas medidas de acción positiva para mujeres por entender que éstas no son iguales en oportunidades respecto de los hombres en ámbitos concretos de la realidad social. Así pues, las medidas de acción positiva que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre son medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que padecen las mujeres en ámbitos concretos de la realidad social (como el acceso al trabajo o la conservación de su empleo) y son dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para asegurar el disfrute efectivo de los derechos exigido por el art. 9.2 CE¹⁰⁸.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH) ha incorporado de modo expreso al

2001, págs. 49-69; BARRÈRE UNZUETA, M. A., “La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, págs. 1-29.

¹⁰⁵ NAVARRO BARAHONA, L., “Acción positiva y principio de igualdad”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 112, 2007, pág. 112.

¹⁰⁶ STC 53/2018.

¹⁰⁷ URTEAGA OLANO, E., “Las políticas de discriminación positiva”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, pág. 183.

¹⁰⁸ STC 26/2011. El TC reconoció por primera vez la constitucionalidad de las medidas de acción positiva a través de la STC 128/1987.

ordenamiento jurídico español el concepto de medida de acción positiva¹⁰⁹. Estas medidas se implementan con el fin de alcanzar la igualdad real efectiva entre mujeres y hombres en los ámbitos donde se ha constatado la existencia de una situación de desigualdad fáctica. El art. 11 de la LOIEMH define las medidas de acción positiva como “medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

La incorporación de este concepto al ordenamiento español deriva de la normativa comunitaria. En particular, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) establece la legitimidad de las medidas de acción positiva. En particular, hace referencia al artículo 141, apartado 4 TCE (incorporado por el Tratado de Ámsterdam), actualmente art. 157 apartado 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹¹⁰, donde se establece que “el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”¹¹¹.

Las medidas de acción positiva a favor de las mujeres no están previstas únicamente en el Derecho de la Unión Europea, sino también en la normativa de Naciones Unidas. El art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de

¹⁰⁹ GÓMEZ ORFANEL, G., “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 9, 2008, pág. 380.

¹¹⁰ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea cambia su denominación en Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se reforma su articulado.

¹¹¹ A nivel comunitario, el punto de inflexión fue representado por el Tratado de Ámsterdam, que introdujo las medidas de acción positiva en el derecho originario de la Unión Europea, a través del artículo 141, apartados 3 y 4 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo art. 119 TCE). Las acciones positivas fueron legitimadas a nivel comunitario, a través de la jurisprudencia del TJCE (ahora TJUE), por primera vez a través de la sentencia Kalanke, de 19 de octubre de 2005. Para un estudio muy exhaustivo de toda la jurisprudencia comunitaria en materia véase MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002 y ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

discriminación contra la mujer (CEDAW) dispone que no se puede considerar como discriminatoria la adopción por parte de los Estados miembros de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre los hombres y las mujeres. Así mismo, en la Declaración y la Plataforma de Pekín de 1995 se promueven las acciones positivas como herramienta para alcanzar la igualdad real entre las mujeres y los hombres¹¹².

Aunque el ordenamiento español regula sobre todo las medidas de acción positiva dirigidas a garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, las mismas pueden aplicarse también a otros colectivos vulnerables, como las personas con discapacidad. De hecho el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Así pues, “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”.

Las medidas de acción positiva suponen una excepción al principio de igualdad formal desde la naturaleza de la norma (art. 14 CE), porque otorgan derechos a un grupo de población o a un colectivo que en un determinado ámbito se encuentra en una situación de desigualdad real¹¹³. Por esta razón, tienen que cumplir con dos requisitos: la temporalidad y la proporcionalidad. En particular, las medidas de acción positiva se caracterizan por su temporalidad, en el sentido de que tienen ser revisadas y evaluadas periódicamente para averiguar si la situación de desigualdad fáctica que justificó su adopción sigue vigente en la actualidad. En el caso de que se haya restablecido la igualdad, las medidas pierden su razón de ser, de modo que si se mantienen pueden acabar generando una desigualdad al opuesto¹¹⁴. Y es que

¹¹² FREIXES SANJUÁN, T., “La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PASTOR GOSÁLBEZ, M. I., ROMÁN MARTÍN, L. Y GIMÉNEZ COSTA, A. (Coords.), *Integración Europea y Género*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 51.

¹¹³ Basándose en esta definición del art. 11 de la LOIEMH, Lousada Arochena define los seis elementos que caracterizan a las acciones positivas, en LOUSADA AROCHENA, J. F., “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad”, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008, pág. 3.

¹¹⁴ RUIZ MIGUEL, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, pág. 47. Según este autor, parece que el legislador haya previsto

la igualdad material no consiente una sobreprotección de las mujeres como compensación por la discriminación y la situación de desventaja estructural padecida en el pasado, sino que es necesario hacer referencia a las desigualdades actuales. De lo contrario, se perpetúa una visión paternalista de las mujeres que tiene efectos contraproducentes sobre la igualdad de oportunidades y sobre el conseguimiento de la igualdad real de las mismas¹¹⁵. En general la utilización de la idea de compensación como fundamento teórico de la acción positiva es un argumento falaz, porque se hace referencia a una situación pasada, a un resarcimiento a los miembros de un grupo que ha sufrido discriminación mientras que en este caso la desigualdad sigue presente y actual¹¹⁶.

Además del carácter de transitoriedad y reversibilidad, las medidas de acción positivas tienen que ser proporcionales, en el sentido de que no tiene que existir una desproporción en la atribución de derechos u obligaciones a los diferentes grupos de población y que la medida genera más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes¹¹⁷. Así pues, la medida de acción positiva debe ser proporcional a la relevancia de la desigualdad factual entre individuos o grupos que origina tal medida.

2.3.2. Las medidas antidiscriminatorias

La actuación estatal puede concretarse en la incoación de medidas antidiscriminatorias que, esencialmente, se han llevado a cabo para corregir desigualdades factuales entre mujeres y hombres.

Las medidas antidiscriminatorias se concretan en normas que obligan a otorgar iguales derechos para mujeres y para hombres en un ámbito concreto de la realidad social. En puridad, estas medidas que se concretan en normas que no suponen una excepción al art. 14 CE desde la perspectiva de la naturaleza de la norma pues

la posibilidad de modificar la ley solamente en el caso de defectos o insuficiencias en la aplicación de la ley, más en modificar las normas en sí mismas.

¹¹⁵ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 114-115.

¹¹⁶ BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 84-85.

¹¹⁷ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 31.

otorgan iguales o equilibrados porcentajes de derechos a ambos grupos de población¹¹⁸. Sin embargo, persiguen la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres en el ámbito de la realidad social¹¹⁹.

Tales medidas se han concretado en la concesión de iguales porcentajes de participación en las listas que los partidos políticos presentan en las elecciones (art. 44 *bis* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del régimen electoral general, en adelante LOREG, introducido por la LOIEMH), por entender que hasta ese momento la participación política de las mujeres era mucho menor que la de los hombres. En este sentido, la imposición de la composición equilibrada de las listas electorales¹²⁰ tiene como objetivo corregir una situación de desigualdad consistente en la baja elección de mujeres en las listas que presentan los partidos; sin embargo, la norma que incorpora tal medida antidiscriminatoria no introduce un tratamiento jurídico diferente entre hombres y mujeres (no otorga más derechos de participación política a las mujeres que a los hombres)¹²¹. A través de una medida bidireccional

¹¹⁸ BIGLINO CAMPOS, P., “Acerca de la constitucionalidad de las cuotas paritarias”, en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reforma*, Centro de Publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2004, págs. 363-364.

¹¹⁹ Aunque las medidas antidiscriminatorias no suponen una excepción al principio de igualdad desde la naturaleza de la norma, persiguen un resultado igualitario desde su eficacia. De hecho, a pesar de su formulación aparentemente neutra, la medida tiene como finalidad compensar la desigualdad entre hombres y mujeres en el acceso a las cargas representativas. MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, pág. 609.

¹²⁰ El concepto de composición equilibrada está relacionado con el de democracia paritaria, pero no llega a coincidir del todo, siendo éste último más amplio que el primero. Esto porque asegurar un igual número de mujeres y hombres en el poder no garantiza que las mujeres tengan la misma influencia en los procesos de toma de decisiones, ni que se modifique el papel tradicional que les corresponde en las relaciones familiares, sociales o económicas. A través de la composición equilibrada se quiere conseguir el objetivo de equiparar la posición de las mujeres a la de los varones. En BIGLINO CAMPOS, P., “La composición equilibrada de las candidaturas electorales”, en AAVV, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 163-164. Sobre el concepto de democracia paritaria véase MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, 2000, págs. 133-149; SEVILLA MERINO, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d’Estudis de la Dona, Valencia, 2004.

¹²¹ BIGLINO CAMPOS, P., “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. Comentario a la STC 12/2008”, en *Revista Española De Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, págs. 286-287; BIGLINO CAMPOS, P., “La composición equilibrada de las candidaturas electorales”, en AAVV, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 174.

dirigida a ambos sexos se ha creado un concepto de ciudadanía que integra por igual a mujeres y hombres y que permite realizar el principio de soberanía compartida¹²².

La finalidad de la medida antidiscriminatoria es, por tanto, remover una discriminación indirecta que ha redundado tiempo atrás en una escasa presencia de las mujeres en órganos representativos¹²³. La naturaleza de medida antidiscriminatoria y no de medida de acción positiva que tienen las normas reguladoras de las listas de composición equilibrada ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional; en este sentido, ha declarado discriminatorias por razón de sexo las listas que violan el principio de composición equilibrada, por estar compuestas, esencialmente, de candidaturas femeninas¹²⁴.

Dado que no atribuyen derechos para ningún concreto grupo de población y no constituyen una excepción a la igualdad formal desde el punto de vista de la naturaleza de la norma, estas medidas no tienen que eliminarse, necesariamente, cuando los resultados obtenidos sean positivos en relación con la igualdad real entre mujeres y hombres. Por tanto, tales medidas no tienen como requisito la temporalidad, dado que se trata de medidas en favor de cualquier sexo

¹²² HOLGADO GONZÁLEZ, M., “Democracia paritaria y soberanía compartida”, en GARCÍA RUBIO, M. P. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dir.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 224.

¹²³ El art. 44 *bis* LOREG no prevé un sistema de alternancia de sexos en la presentación de las candidaturas electorales, solución que permite superar el inconveniente del orden de los candidatos de las listas cerradas y bloqueadas, donde es posible que las mujeres ocupen las últimas posiciones de las listas (puesto 4 y 5 del tramo de cinco puestos al que se ha de aplicar la horquilla 40%-60%) y en consecuencia, tengan menores posibilidades de ser elegidas. La necesidad de incluir este requisito ha sido sostenida en doctrina por varias autoras, entre ellas, BIGLINO CAMPOS, P., “Acerca de la constitucionalidad de las cuotas paritarias”, en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reforma*, Centro de Publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2004, pág. 360. También hacen referencia a la necesidad de un sistema de alternancia entre los dos sexos en la presentación de las candidaturas MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 222 y MACÍAS JARA, M., “La democracia representativa paritaria: algunas cuestiones en torno a la LO 3/2007, de 22 de marzo”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2008, pág. 42. Sin embargo, aún sin este sistema de alternancia de sexos, según los datos de *Women in National Parliaments*, a la fecha de 26 de junio de 2016, en España las mujeres representaban el 39,1% de los miembros de la Cámara de los Diputados y el 38% de los miembros del Senado, situándose en la posición núm. 16 en la clasificación mundial. En Europa llegan a porcentajes más elevados solamente Suecia (con el 43,6%), Finlandia (con el 42%), Noruega (con el 41,4%) y Francia (39,6%). Fuente: <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm> (a 20/09/2018).

¹²⁴ La STC 108/2007 y la STC 127/2007 se refieren al caso de la lista electoral de la Falange Española y de la JONS en la localidad de Brunete y la STC 12/2008 se refiere a la lista presentada en el municipio de Gerachico. En ambos casos las listas no respectaban el requisito de la composición equilibrada de las listas, al ser compuestas en su mayoría o integralmente por mujeres.

infrarrepresentado. En realidad, constituyen una garantía para los dos sexos para ostentar la representación equilibrada en los centros de poder y toma de decisión, una garantía contra la discriminación¹²⁵.

La constitucionalidad de la medida antidiscriminatoria establecida por el art. 44 *bis* LOREG ha sido reconocida por el TC, a través de la sentencia 12/2008, de 29 de enero. En particular, considera que el precepto de composición equilibrada de las listas electorales es un medio para implementar el principio de igualdad sustancial *ex art. 9.2 CE* que caracteriza el Estado social y democrático de Derecho español. De hecho, a través de esta obligación de una composición equilibrada de las listas electorales atribuida a los partidos políticos se persigue alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres el mandato de igualdad material *ex art. 9.2 CE*¹²⁶.

El art. 44 *bis* LOREG no supone una excepción al principio de igualdad desde la naturaleza de la norma (art. 14 CE) pues no se trata de una medida compensatoria

¹²⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad”, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008, págs. 3-4. Comparte esta opinión MACÍAS JARA, M., “La democracia representativa paritaria: algunas cuestiones en torno a la LO 3/2007, de 22 de marzo”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2008, pág. 33.

¹²⁶ A nivel autonómico ya anteriormente a la aprobación de la LOIEMH introdujeron medidas antidiscriminatorias que prevenían la paridad en las candidaturas entre hombres y mujeres. Las leyes electorales de Castilla-La Mancha (mediante Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha), Islas Baleares (Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears) y Andalucía (Ley 5/2005, de 18 de abril, por la que se modifica el apartado del art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, cuya constitucional ha sido afirmado implementan el sistema de las “listas cremalleras” o criterio de la alternancia entre hombres y mujeres en la presentación de las candidaturas, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. HOLGADO GONZÁLEZ, M., “Democracia paritaria y soberanía compartida”, en GARCÍA RUBIO, M. P. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 209-210. Estas medidas promocionales que prevén una mayor presencia de mujer en las candidaturas respecto a la norma estatal son admisibles porque las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, pueden dictar normas que mejoren la posición de las mujeres, conforme a lo establecido en el art. 44 *bis* LOREG. BIGLINO CAMPOS, P., “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. Comentario a la STC 12/2008”, en *Revista Española De Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pág. 298. En el caso del País Vasco se estableció una medida de acción positiva, imponiendo una cuota mínima del 50% de mujeres en las candidaturas por cada tramo de seis puestos, mediante la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres que introdujo modificaciones en la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco. El TC ha considerado que esta medida que prescribe la paridad electoral, garantizando una presencia mínima del 50% de presencia femenina en la composición de las listas, no es inconstitucional, sino que se sustenta por el principio de igualdad sustancial *ex art. 9.2 CE*. La norma tiene como fin la promoción de la igualdad efectiva de la mujer y la necesidad de corregir una situación de desequilibrio entre los sexos históricamente muy arraigada (STC 13/2009).

a favor de las mujeres como grupo infrarrepresentado, sino de la consecución de iguales porcentajes de mujeres y hombres. Sin embargo, esta medida persigue una igualdad real y efectiva de ambos grupos de población desde su eficacia. Así pues, no se establece ninguna diferencia en el tratamiento jurídico de hombres y mujeres, dado que los porcentajes de participación en las listas se establecen de manera indiferenciada para ambos sexos y el efecto de la medida es bidireccional, pues afecta tanto a uno como al otro sexo¹²⁷. A pesar de que el TC ha avalado la constitucionalidad del art. 44 *bis* LOREG, existe una doctrina que critica las medidas de paridad electoral, basando esta opinión contraria se en los mismos motivos que sustentan el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad¹²⁸.

2.3.3. Las medidas represivas con perspectiva de género¹²⁹

La regulación de medidas represivas es manifestación del *ius puniendi* del Estado. El Código Penal no sólo determina qué tipo de conductas son susceptibles de ser tipificadas como delito y castigadas con penas privativas de libertad. También determina que tales actuaciones definidas como delito pueden adicionar una circunstancia agravante por distintos circunstancias subjetivas de discriminación atribuidas a grupos e individuos: sexo, género, raza, ideología, etc. En relación con las diferentes manifestaciones de la violencia de género, la normativa establece medidas represivas con aplicación preceptiva de la

¹²⁷ BIGLINO CAMPOS, P., “La composición equilibrada de las candidaturas electorales”, en AAVV, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, 2008, pág. 174.

¹²⁸ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. Y TORRES MURO, I., “Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2008, págs. 1-17; TORRES MURO, I., “Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales: contenido, recepción y consecuencias”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 24, 2009, págs. 30-38; PULIDO QUECEDO, M., “¿Hacia una democracia paritaria?”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2008, págs. 9-11. Este autor sostiene que el Tribunal Constitucional considera a la mujer como una menor, como un sujeto que necesita ayuda para desenvolverse en la vida pública y privada; “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, págs. 52-59. Este autor afirma que las “cuotas electorales” constituyen una medida de discriminación positiva electoral de tipo paternalista. A favor de la medida se muestra SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial: contra el monopolio de los púlpitos*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001; RUIZ MIGUEL, A., “Paridad Electoral y Cuotas Femeninas”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, págs. 45-51.

¹²⁹ ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pág. 246.

circunstancia agravante de género cuando la violencia es intrafamiliar o de relaciones de pareja con o sin convivencia (malos tratos no habituales, lesiones, amenazas y coacciones). Sin embargo, la circunstancia agravante es potestativa cuando se aplica a otras manifestaciones de la violencia de género (abuso y agresiones sexuales, homicidio, trata con finalidad de explotación sexual y maltrato habitual entre otras).

La definición de “género” está contenida en el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011. En este texto se define el género como el conjunto de “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o hombres” (art. 3 c.). A través de esta definición se incorpora el concepto de elaboración anglosajona *gender*, como las diferencias sociales y culturales que se asocian a un sexo u otro y que se contraponen a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres¹³⁰.

Así pues, existen unas medidas represivas con aplicación potestativa de circunstancia agravante por tratarse de colectivos discriminados (art. 22.4 CP), pero en relación con las mujeres víctimas de un determinado tipo de violencia de género, la violencia intrafamiliar o de relaciones de pareja, la aplicación del incremento de pena es obligatoria.

El art. 22.4 CP contiene una agravante por discriminación de género, de aplicación potestativa, que fue introducida en el Código penal en 2015¹³¹. El incremento de pena se aplica en el caso de que el juez aprecie en el caso concreto que la autoría obedece a razones de género. De esta manera, se atribuye al juez la potestad de valorar si la agravante de género procede en el resto de las manifestaciones de la violencia hacia las mujeres excluidas del ámbito de aplicación de la LOMPIVG, como es el caso del maltrato no habitual, del homicidio o asesinato, del abuso sexual o de la agresión sexual, entre otros.

¹³⁰ USHAKOVA, T., “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 4, 2013, págs. 39-40.

¹³¹ Esta agravante fue introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La circunstancia agravante descrita en el art. 22.4 CP obedece a la necesidad de responder a las agresiones motivadas exclusivamente por motivos discriminatorios, en particular “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. La agravación de pena por cometer el hecho por motivos discriminatorios se fundamenta en la mayor gravedad del hecho, dado que el sujeto realiza los actos humillando y degradando la víctima¹³².

Además de esta medida represiva de aplicación potestativa, existen unas agravantes de género que tienen que aplicarse obligatoriamente por parte del juez en cuatro supuestos de la violencia intrafamiliar o de relación de pareja o expareja. Se trata de las medidas introducidas por el Título IV de la LOMPIVG que, en relación a determinadas conductas delictivas (lesiones, maltrato no habitual, amenazas y coacciones leves), se prevén unas penas más graves cuando el sujeto pasivo es la esposa, exesposa o mujer con análoga relación de afectividad, aún sin convivencia¹³³. En particular, estas figuras agravadas están destinadas a proteger de modo específico la mujer víctima de violencia en una relación de pareja o expareja, con o sin convivencia. Así pues, se introdujeron unas agravantes específicas para el delito de lesiones (art. 148.4 CP)¹³⁴ y para el delito de maltrato no habitual (art. 153.1 CP). Así mismo, las faltas de amenazas leves (art. 171.4 CP) y coacciones leves (art. 172.2 CP) se elevan a delito si la víctima es mujer (infracción penal

¹³² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Las circunstancias del delito”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (Dir.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 453.

¹³³ Además de la violencia de género, la LOMPIVG ha previsto la violencia doméstica, que se ejerce sobre las personas vinculadas afectivamente o familiarmente al agresor o con las que convive, y de la violencia asistencial, que se ejerce contra las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados. En realidad en la violencia de género no han creado agravantes o delitos específicos para todos los casos de delitos contra la mujer que está o estaba vinculada al autor por una relación de afectividad, sino solamente ciertas modalidades delictivas. De hecho se incrementa la responsabilidad penal solamente en los actos menos graves (por lo menos aisladamente considerados), con la idea de tolerancia cero hacia estas agresiones, con el propósito de cortar el ciclo de la violencia desde sus comienzos. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 181-182.

¹³⁴ Se refiere a las lesiones porque este delito ha tenido una relevancia particular en la tutela penal de la violencia de género. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Cuestiones generales sobre igualdad, violencia y violencia de género en política criminal”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. Y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de Género e Igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014, pág. 78.

grave), mientras que las que se realizan contra el varón siguen siendo consideradas faltas (infracción penal leve)¹³⁵.

Para la aplicación de los tipos específicos de violencia de género previstos en el Título IV de la LOMPIVG es suficiente que el autor masculino realice la conducta típica prevista contra una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación afectiva¹³⁶. Se trata de medidas represivas de aplicación preceptiva, que provocan un incremento de pena de carácter obligatorio, a través de la aplicación de una circunstancia agravante, como en el caso de las lesiones y del maltrato no habitual, o de la transformación de la falta de amenazas y coacciones leves en delitos.

Así pues, a través de la LOMPIVG se crea un nuevo modelo de intervención punitiva en el ámbito de la violencia de género, se introduce una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer víctima de la violencia intrafamiliar o de relaciones de pareja con o sin convivencia y de aplicación obligatoria. La finalidad del legislador es dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza hacia este tipo de violencia. Sin embargo, no se trata de unas agravaciones automáticas basadas en el dato meramente objetivo del sexo del autor, sino que se fundamentan en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima. De hecho las mujeres en las relaciones de pareja o expareja se consideran mayormente vulnerables frente a determinadas agresiones, una posición que no comparten con otras víctimas potenciales de los mismos delitos¹³⁷.

La violencia que se ejerce contra la mujer en una relación afectiva no es un acto de violencia aislado, sino un acto de violencia que refleja un modelo de sociedad desigualitaria, que posee un elemento estructural que no posee el acto de violencia sobre el hombre¹³⁸. La violencia ejercida por un hombre sobre la mujer en una

¹³⁵ No se prevé una agravante en atención al sujeto pasivo en el caso del maltrato habitual (art. 173.2 CP) y de las lesiones más graves (arts. 149 y 150 CP), ni tampoco del homicidio, los delitos contra la libertad sexual, las detenciones ilegales y los secuestros. Así pues, se aplica la perspectiva de género solamente a cuatro supuestos delictivos, mientras se excluyen a algunos de los comportamientos de mayor gravedad. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 305-306.

¹³⁶ ROIG TORRES, M., “La delimitación de la «violencia de género»: un concepto espinoso”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 32, 2012, pág. 253.

¹³⁷ LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, págs. 8 y 18-20.

¹³⁸ GIMENEZ GLUCK, D. Y VALLDECABRES ORTIZ, I., “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, en AAVV, *La Administración de*

relación de pareja o expareja es distinta de la violencia ejercida por la mujer sobre el hombre en este mismo tipo de relaciones, porque la primera es la expresión de una discriminación estructural¹³⁹.

Estas medidas represivas con enfoque de género no son medidas de acción positiva, pues obedecen a una técnica normalmente utilizada en el derecho penal, la tutela penal reforzada, cuya finalidad es asegurar las condiciones básicas que permiten a todos los individuos el pleno goce de los derechos fundamentales. Esta tutela se concede a los colectivos considerados particularmente vulnerables, así como a los menores y a los incapaces. De esta manera, la agravante de género está justificada, porque la vida, la integridad física y la libertad de las mujeres se encuentran expuestas a mayor riesgo y peligro, dado que se encuentran particularmente expuestas a sufrir violencia por parte de su pareja masculina, que deriva de la condición femenina, de una situación de discriminación estructural¹⁴⁰.

El incremento preceptivo de la pena cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable que convive con el autor de la violencia intrafamiliar o de relaciones de pareja, no constituye una medida de acción positiva, sino una política represiva que se fundamenta en una desigualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en las diferentes manifestaciones de la violencia intrafamiliar o de relación de pareja o expareja, con o sin convivencia. Así mismo, se establecen unas circunstancias agravantes con el propósito de superar la desigualdad y prevenir nuevas manifestaciones de este tipo de violencia. Se entiende, así, que los actos que integran delitos de violencia de género en el ámbito familiar o de relaciones de pareja con o sin convivencia tienen un mayor desvalor que los convierte en lesiones más graves de los bienes jurídicos que el Estado trata de proteger y por ello está justificada una penalización más severa¹⁴¹.

Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 51-52.

¹³⁹ VALLDECABRES ORTIZ, I., “Trato desigual, acciones positivas y delitos de violencia de género”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Y ORTS BERENGUER, E. (Dir.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1914.

¹⁴⁰ LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pág. 16.

¹⁴¹ FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, págs. 1164-1165.

La protección penal reforzada para la mujer no es inconstitucional porque el legislador penal utiliza esta técnica de incremento de la pena en el caso de que sea necesario una protección más intensa a favor de ciertos grupos sociales que presentan un mayor riesgo de sufrir un ataque a sus bienes jurídicos¹⁴². El objeto de la tutela penal “no es proteger a todas las mujeres frente a todos los hombres sino dar respuesta penal a los ataques del varón, relacionado sentimentalmente o establemente con una mujer, que ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la relación en su caso le proporciona”¹⁴³.

Esta elección del legislador ha sido cuestionada por gran parte de la doctrina por varias razones. En primer lugar, hay quienes cuestionan la utilización del derecho penal como herramienta para la erradicación del fenómeno de la violencia intrafamiliar o de relaciones de pareja, dado que el mismo excede los límites de la intervención punitiva¹⁴⁴. Así mismo se pone en discusión la utilidad del incremento maximalista del uso del castigo penal para acabar con la violencia de género¹⁴⁵ y se denuncia un uso simbólico de esta rama del Derecho, para enviar un mensaje a la sociedad y acabar con la tolerancia hacia las conductas de violencia ejercida por parte de los varones (dado que existe una tendencia a percibir que solamente las conductas cualificadas como delitos son rechazadas socialmente¹⁴⁶).

También hay quienes consideran que estas medidas represivas con enfoque de género constituyen, en realidad, unas medidas de acción positiva pensadas para

¹⁴² DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 315.

¹⁴³ COMAS D’ ARGEMIR I CENDRA, M. Y QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en AAVV, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 1210.

¹⁴⁴ El derecho penal es escasamente eficaz para los derechos de las mujeres porque nació para proteger bienes jurídicos relacionados con la propiedad o el mantenimiento de estructuras que perpetuaban la discriminación de la mujer en la sociedad. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005, pág.173.

¹⁴⁵ MAQUEDA ABREU, M. L. “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, pág. 29.

¹⁴⁶ De esta manera se cristaliza a las mujeres en el papel de víctima y a los hombres en el de agresores, ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, pág. 117; HUERTA TOCILDO, S., “El principio de igualdad en el derecho penal”, en GÓMEZ CAMPELO, E. Y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, págs. 167-168; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La violencia de género en el Código Penal” (Comentarios a propósito de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), en IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. Y FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (Eds.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Madrid, 2006, págs. 294-295.

aplicarse en los sectores del ordenamiento que se ocupan de la distribución de bienes y derechos, y critica su utilización en el ámbito del derecho penal, donde dicha atribución de bienes y derechos no está permitida, siendo posible únicamente imponer sanciones¹⁴⁷. Por ello, las medidas de acción positiva encajan perfectamente en el ámbito educativo y laboral, en los llamados “derechos sociales”, pero no en el penal¹⁴⁸. Así mismo, el carácter coyuntural y temporal de las mismas no es compatible con el Derecho penal, donde se pretende un cierto grado de permanencia a las normas¹⁴⁹.

Otra parte de la doctrina sostiene que las normas penales tienen que ser neutras respecto al sexo. A este propósito se afirma que se ha creado un “derecho penal de autor”, una discriminación no justificada por razón de sexo¹⁵⁰. De hecho, se cuestiona la aplicación obligatoria de esta agravante, que se basa en una presunción de la existencia de la motivación machista en cualquier agresión de un varón hacia una mujer en las relaciones de pareja o ex pareja. De no poderse demostrar la existencia de tal motivación discriminatoria, se estaría sancionando con una pena más grave según el sexo¹⁵¹. Este mismo argumento ha sido utilizado también por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida

¹⁴⁷ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, págs. 114-116.

¹⁴⁸ REY MARTÍNEZ F., “Comentarios a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, págs. 505-523. Así mismo, LAURENZO COPELLO manifiesta que las medidas en ámbito penal establecidas por la Ley Orgánica 1/2004 no constituyen unas medidas de acción positiva, porque son otros los ámbitos de aplicación, donde hay bienes escasos, como el derecho administrativo y el laboral, LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la ley integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2005, pág. 20.

¹⁴⁹ VALMAÑA OCHAÍTA, S., “Igualdad y no discriminación en el derecho penal: el tratamiento de la violencia contra la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 4, 2011, pág. 53. RUIZ MIGUEL desmiente el mito de la permanencia de las normas del derecho penal, afirmando que el Código Penal de 1995 ha sido reformado numerosas veces, en RUIZ MIGUEL, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, pág. 47.

¹⁵⁰ HUERTA TOCILDO, S., “El principio de igualdad en el derecho penal”, en GÓMEZ CAMPELO, E. Y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, págs. 168-172; IÑIGO CORROZA, E., “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. J., IÑIGO CORROZA, M. E. Y SAMPERE NAVARRO, A. V., *Comentario a la Ley orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, Cizur Menor 2005, pág. 26.

¹⁵¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimocuarta edición del Código Penal”, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código penal: Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 23.

sobre la mujer. En este documento se afirmaba como como la tutela penal reforzada hacia la mujer, se basaba únicamente en el criterio diferenciador del sexo. Así mismo, se expresaban dudas acerca de la utilización de medidas de acción positiva en el ámbito penal y judicial¹⁵².

Por último, hay quienes aseveran que estas medidas introducen un tipo de responsabilidad penal colectiva¹⁵³, de modo que el autor masculino es castigado con una mayor pena por pertenecer a la “estirpe hombre” o porque se le carga con las culpas de sus antepasados que tradicionalmente durante siglos han maltratado sus mujeres¹⁵⁴.

III. Recapitulación

El Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) interviene en la sociedad con distintas finalidades y mediante diferentes tipos de actuaciones.

En el Estado de Derecho los poderes públicos intervienen para organizar la sociedad y posibilitar la convivencia social. Con este fin se implementan medidas que conceden o prohíben derechos subjetivos, en aras de la protección de bienes jurídico-constitucionales y medidas represivas. A través del *ius puniendi* el Estado de Derecho protege los bienes jurídicos necesarios para el mantenimiento de la convivencia social, los bienes jurídicos individuales y colectivos que se manifiestan como valores esenciales del individuo y de la sociedad.

¹⁵² Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer del 24 de junio de 2004, págs. 25-27. Como consecuencia de esta polémica originada a partir del informe todos los artículos del Código Penal introducidos por la Ley Orgánica 1/2004 han sido objeto de cuestión de constitucionalidad, convirtiéndose en la normativa más cuestionada por la jurisdicción ordinaria. De hecho fueron presentadas 274 cuestiones de inconstitucionalidad. GAVARA DE CARA, J. C., “Tribunal Constitucional y violencia de género: la exigencia interpretativa de la violencia de dominación en las relaciones de pareja como elemento de los tipos penales agravados”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) Y ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pág. 348.

¹⁵³ REY MARTÍNEZ, F., “Comentarios a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, pág. 519.

¹⁵⁴ Sobre este aspecto, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimocuarta edición del Código Penal”, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código penal: Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 24-25. Este autor afirma que el propósito de mantener la discriminación del hombre sobre la mujer está ausente en la mayoría de las agresiones dado que las mismas están justificadas por “motivos pedestres”, como la elección del colegio al que mandar a los hijos.

En el Estado social, los poderes públicos incoan medidas que tienen como fin alcanzar la igualdad real y efectiva de individuos o grupos (art. 9.2 CE): medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas con enfoque de género, características del Estado social.

Las medidas de acción positiva son medidas igualadoras que establecen ventajas o preferencias para un colectivo o grupo de personas en razón de la situación de desigualdad de hecho en la que se encuentran en un ámbito concreto de la realidad social, con el objetivo de superar esta situación. En el ordenamiento español se han implementado medidas de acción positiva para superar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad social. Estas medidas constituyen una excepción a la igualdad formal (art. 14 CE) desde el punto de vista de la naturaleza de la norma. Por esta razón tienen un carácter temporal y tienen que ser sometida a una evaluación periódica de sus resultados. Así mismo, tienen que ser proporcionales.

Las medidas antidiscriminatorias se concretan en normas que persiguen remover las desigualdades entre grupos de población en ámbitos concretos de la realidad social desde la eficacia de las mismas; sin embargo, tales normas no suponen una excepción al art. 14 CE desde la perspectiva de la naturaleza de la norma pues otorgan iguales o equilibrados porcentajes de derechos a ambos grupos de población. Por esta razón, no es necesario proceder a su derogación ni evaluación periódica.

En el Estado social se implementan medidas represivas con enfoque de género. Por un lado, existe una circunstancia agravante de discriminación por motivo de género (art. 22.4 CP) de aplicación potestativa por parte del juez. Por otro lado, se prevén unas medidas castigadoras preceptivas en cuatro supuestos relativos a la violencia intrafamiliar o de relación de pareja o expareja (introducidas por la LOMPIVG), que se aplican de manera obligatoria en el caso de que la víctima es una mujer que está o ha estado ligada por una relación de afectividad con el autor de la violencia.

CAPÍTULO II

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ESTABLECIMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

I. Cuestiones preliminares

En el Estado social y democrático de Derecho español la actuación de los poderes públicos no es libre e incondicionada, sino que tiene que encauzarse dentro de los límites determinados por la Constitución.

En el Estado social, la intervención de los poderes públicos en aras de garantizar la igualdad real y efectiva de individuos o grupos no está exenta del cumplimiento de una serie de formalidades y sigue estando plenamente sometida al respeto de los principios del Estado de Derecho¹⁵⁵. En puridad, el Estado español es un Estado social, “proveedor de servicios sociales” que promueve el bienestar de la población, especialmente de los sectores más desfavorecidos; pero, al mismo tiempo, sigue configurándose como Estado de Derecho, que protege a la persona frente al poder público y en las relaciones con los otros individuos¹⁵⁶. Así pues, la actividad de prestación social también se enmarca dentro de la estructura del Estado democrático de Derecho; un Estado que garantiza el libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, fundamento del orden político y de la paz social, y limita la intervención de los poderes públicos en aras del respeto a su contenido previo e indisponible (art. 53.1 CE). Un Estado que debe asegurar la exigencia de igualdad formal (art. 14 CE) como límite que condiciona el modo de intervención de los poderes públicos, y que obliga a eliminar la concreta medida de acción positiva o la medida represiva con perspectiva de género (la obligación del incremento de la pena cuando la víctima de la violencia intrafamiliar es mujer o

¹⁵⁵ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 212.

¹⁵⁶ PERÉZ ROYO, J., “Estado Social de Derecho”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 191-192.

persona especialmente vulnerable) cuando desaparece la desigualdad real y efectiva entre individuos o grupos que la motivó. Un Estado, en fin, que debe respetar el libre desarrollo de la personalidad del individuo (art. 10.1 CE), aunque en realidad la autonomía de la voluntad no constituye un límite en sentido propio a la intervención de los poderes públicos, sino más bien un principio orientador de su acción. En este sentido, los objetivos del Estado de Derecho y del Estado social se condicionan y se complementan¹⁵⁷.

El segundo capítulo tiene por objeto analizar cuáles son los límites a la intervención de los poderes públicos en la incoación de políticas públicas y cuál es su significado. De hecho la consecución o permanencia de las políticas públicas descritas en el primer capítulo queda vinculada por los límites establecidos en la Constitución: el libre desarrollo de la personalidad del individuo (art. 10.1 CE) como principio orientador de la acción estatal; la exigencia de igualdad formal (art. 14 CE) como límite al modo de intervención de los poderes públicos, que prohíbe la discriminación por razones subjetivas e implica la eliminación de las concretas medidas de acción positiva o de las medidas represivas con perspectiva de género cuando desaparece el rasgo que justificó su adopción; el contenido previo e indisponible de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE), como límite a la intervención de los poderes públicos tanto en lo relativo al objeto protegido constitucionalmente, como en lo que se refiere a las garantías que delimitan de modo restrictivo su contenido.

II. El principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) como criterio orientador de la acción estatal

Procede analizar el significado general del libre desarrollo de la personalidad, cuál es su naturaleza y en qué medida constituye un criterio orientador de la acción de los poderes públicos que obliga a los mismos a homogeneizar el otorgamiento de derechos subjetivos a los individuos cuando los supuestos son semejantes.

¹⁵⁷ SCHNEIDER, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 47.

En tal sentido, se estudia el alcance de su capacidad limitadora de la intervención de los poderes públicos. En particular, si el principio del libre desarrollo constituye un límite en sentido propio a la actuación de los poderes públicos que tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos constitucionales o si constituye, más bien, un criterio orientador de la acción de los poderes públicos y cuál es su incidencia en las normas del ordenamiento reguladoras de derechos.

2.1. El significado del libre desarrollo de la personalidad

La expresión “libre desarrollo de la personalidad” deriva de la idea liberal de que cada persona tiene derecho a la búsqueda de la propia felicidad (“pursuit of happiness”), derecho proclamado en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776. De esta manera, cada individuo tiene que trazar por sí mismo su proyecto vital sin que el Estado interfiera, salvo para salvaguardar los derechos de los demás¹⁵⁸.

En tal sentido, se admite que cada particular determina libremente sus fines y elige los medios para lograrlos, reconociendo a las personas la capacidad de autogobernarse y la titularidad de unas facultades de decisión sobre su vida, con el propósito de alcanzar un modelo de realización personal y social. Con este fin se reconoce la existencia de unos derechos de decisión individual que ordenan los medios personales y materiales que deben de ponerse a disposición del desarrollo de la personalidad¹⁵⁹. Así mismo, se ampara la posibilidad de elaborar planes de vida, proponerse objetivos y elegir las vías para poder alcanzarlos¹⁶⁰. El libre desarrollo de la personalidad tiene como fin la libertad “máxima” de los individuos como expresión de los valores “libertad” y “pluralismo”, en el sentido de la

¹⁵⁸ DIÉZ-PICAZO, M. L., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 63.

¹⁵⁹ CARRASCO PERERA, Á Y ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Los derechos sobre los bienes”, en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho civil: introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 278-279.

¹⁶⁰ Ésta es una idea central en la teoría de John Stuart Mill, citado por GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 386.

protección al desenvolvimiento de la persona en lo que depende de sí misma, frente a las limitaciones impuestas por el Estado u otros particulares¹⁶¹.

La consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1. CE) implica “el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”¹⁶². Ello conlleva que “el individuo es dueño de su propio proyecto vital” y puede decidir libremente sobre el mismo, cambiarlo cuantas veces quiera e incluso no perseguir ningún plan de vida concreto¹⁶³. Esta capacidad de las personas de orientar su voluntad hacia un propósito y de tomar decisiones sin ser condicionadas por la voluntad de otros corresponde a la “libertad positiva”, la libertad como “autodeterminación” o más bien “autonomía”¹⁶⁴. En consecuencia, a través del art. 10.1 CE se otorga cobertura constitucional a la autodeterminación personal, dado que el libre desarrollo de la personalidad está intrínsecamente ligado al concepto de autonomía individual¹⁶⁵. La autonomía privada es un poder que el derecho confiere a la persona para regular su esfera jurídica de acuerdo con sus particulares intereses, un amplio espacio de libertad para poder desarrollar su personalidad. En realidad, la palabra “personalidad” es un término polisémico, que carece de un valor técnico-jurídico preciso, tanto desde el punto de vista de los textos legales como desde la perspectiva de los usos lingüísticos de los juristas. La personalidad es la cualidad esencial del sujeto humano; la protección jurídica de la persona se concreta a través de la tipificación legal de sus diferentes manifestaciones, a través del reconocimiento de los derechos de la personalidad en

¹⁶¹ PRESNO LINERA, M. Á., “Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 371.

¹⁶² STC 113/1994.

¹⁶³ ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la Constitución Española)”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995, págs. 48-49.

¹⁶⁴ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, pág. 100.

¹⁶⁵ SANTANA RAMOS, E. M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, pág. 108.

el ámbito del derecho privado y de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho constitucional¹⁶⁶.

2.2. *El libre desarrollo de la personalidad: un principio general del ordenamiento constitucional sin contenido normativo propio*

El libre desarrollo de la personalidad es un principio constitucional reconocido en el art. 10.1 CE que, por estar dentro de la Constitución y tener su misma fuerza normativa, posee un valor supremo dentro del ordenamiento jurídico¹⁶⁷. En ese sentido, los principios generales constitucionales constituyen “principios generales fundamentales del ordenamiento jurídico”¹⁶⁸.

En el ordenamiento español la cláusula de libre desarrollo de la personalidad no contiene un derecho fundamental, mientras que en el ordenamiento alemán se utiliza para crear por vía jurisprudencial derechos fundamentales ausentes en la Constitución Fundamental de Bönn¹⁶⁹.

Aunque este principio goza de la superioridad normativa formal que le atribuye la Constitución, sigue teniendo la condición de principio y difiere de los derechos objetivos. En consecuencia, constituye un concepto jurídico indeterminado, con una textura abierta¹⁷⁰. Su generalidad y abstracción redundan en la carencia de un contenido definido y de un supuesto de hecho concreto al que aplicarse. Por esta razón no se le puede configurar como derecho fundamental, dado que “no existe una relación inscrita en un ámbito vital mínimamente acotado”¹⁷¹. A través del

¹⁶⁶ CAPILLA RONCERO, F., “Personalidad”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 4871-4873.

¹⁶⁷ GARCÍA CANALES, M., “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 64, 1989, pág. 149.

¹⁶⁸ ARAGÓN REYES, M., “La eficacia jurídica del principio democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 14.

¹⁶⁹ Díez-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 63.

¹⁷⁰ MARÍN CASTÁN, M. L., “Algunas reflexiones sobre los principios generales del Derecho”, en AAVV, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pág. 165, 176. La autora lleva a cabo una recopilación y síntesis de los distintos significados que se atribuyen a la expresión “principios jurídicos” y “principios generales del Derecho” elaborados anteriormente por varios autores.

¹⁷¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 179.

reconocimiento constitucional del principio del libre desarrollo de la personalidad no se asegura la protección para “ninguna de las múltiples e innominadas proyecciones del libre desarrollo”¹⁷².

El principio del libre desarrollo de la personalidad no posee un contenido normativo propio, ni ampara unas conductas determinadas, sino que establece una protección genérica a las elecciones individuales que inciden sobre la evolución de las personas en todas las etapas de su existencia en las que tengan capacidad para tomar estas decisiones¹⁷³. Así mismo, no garantiza ámbitos concretos de libertad, porque esta tarea le corresponde a cada uno de los derechos y libertades fundamentales del Título I¹⁷⁴ y a los derechos objetivos no constitucionales que son creados por el legislador.

La libre determinación personal se materializa, en primer lugar, en el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas reconocido en la Constitución. Así mismo, comprende los derechos subjetivos de determinación legislativa que atribuyen vinculatoriedad a los derechos sociales que derivan de los principios rectores de la política social y económica y también los derechos subjetivos reconocidos por la legislación ordinaria. Por último, se concretiza en la esfera del *agere licere*, un ámbito que carece de la protección del derecho subjetivo, pero que comprende las conductas que no están prohibidas por el ordenamiento¹⁷⁵. Este ámbito del *agere licere* es el conjunto de las actuaciones ajenas a la actividad de los poderes públicos, un espacio que no está sometido a la regulación normativa¹⁷⁶.

A través del reconocimiento constitucional del principio del libre desarrollo de la personalidad se ha constitucionalizado el ámbito de *agere licere*, que comprende aquellas conductas que son irrelevantes para el derecho; dicho de otra manera,

¹⁷² JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 188-189.

¹⁷³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 17-22.

¹⁷⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 189.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., “La seriedad de los derechos”, en *Revista de Derecho Político*, números 48-49, 2000, pág. 330.

¹⁷⁶ CHUECA RODRÍGUEZ, R., “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia”, en *Derecho y Salud*, núm. 1, Vol. 16, 2008, pág. 2.

comprende las conductas que no han sido objeto de regulación jurídica, protegiéndolas de la acción de los poderes públicos, en particular del poder legislativo¹⁷⁷.

Los principios toman cuerpo y sustancia dentro del ordenamiento jurídico al ser transformados en derecho positivo por alguna de las instancias a las que el Derecho reconoce tal virtualidad: los órganos jurisdiccionales y el legislador. En particular, se convierten en norma jurídica solamente cuando en la resolución de una controversia judicial el órgano enjuiciador hace de ellos aplicación, como norma de resolución de conflicto o como apoyo a la fundamentación de la resolución¹⁷⁸.

El TC no ha utilizado con frecuencia el principio de libre desarrollo de la personalidad en sus argumentaciones. Ante todo por una razón procesal, dado que no es posible fundamentar un recurso de amparo por lesión del principio por sí mismo¹⁷⁹. Pero también porque el empleo de este principio lo ha sido de manera marginal y accesoria, como *obiter dicta* de las sentencias, en vez que como *ratio decidendi* del fallo, que se fundamenta en otros principios¹⁸⁰. Verdaderamente, el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio del libre desarrollo como *obiter dicta* en relación con el contenido del derecho fundamental ya establecido.

Lo anterior evidencia un uso enfático de un principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad carente de contenido jurídico propio, dado que la apelación al precepto no parece tener más sentido que prestar rotundidad a una decisión ya alcanzada o lograda mediante otras normas que reconocen derechos fundamentales. De lo contrario, un uso resolutorio del principio habría significado utilizar la norma como base y fundamento de la decisión¹⁸¹.

¹⁷⁷ BERNAL PULIDO, C., “El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 8, núm. 14, 2006, págs. 67-69.

¹⁷⁸ GARCÍA CANALES, M., “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 64, 1989, pág. 284.

¹⁷⁹ STC 64/1986.

¹⁸⁰ LATORRE SEGURA, Á., “El Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Jurisprudencia del TC”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995, pág. 83.

¹⁸¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 180-181.

2.3. *El libre desarrollo de la personalidad como criterio orientador de la acción de los poderes públicos*

El principio de libre desarrollo de la personalidad posee la condición jurídica de principio interpretativo de la Constitución y de las leyes. Debido a su carácter de principio general no puede representar, por sí sólo, un límite a la intervención estatal¹⁸². En particular, no puede limitar la acción de los poderes públicos si ello condiciona el contenido previo e indisponible de los derechos fundamentales regulados en el Capítulo II del Título I. De la misma manera, el libre desarrollo de la personalidad no puede ser utilizado como pretexto para justificar conductas conculcadoras de derechos fundamentales.

Los poderes públicos en su acción interventora en la sociedad deben propender al respeto del libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, dicho principio no puede tener mayor trascendencia que el desempeño de una función orientadora de la actuación estatal cuando el Estado se muestra garante de otros bienes jurídico-constitucionales. Así pues, la consideración del principio de libre desarrollo de la personalidad como un principio general vincula a los poderes públicos a la creación y el mantenimiento de un orden general de Derecho que no dificulte y coarte de manera injustificada el libre despliegue de la personalidad. En este sentido, el bien protegido es la libertad en el desarrollo de la personalidad y no el desarrollo en sí mismo. Por tanto, no se puede pretender que los poderes públicos implementen medidas promocionales para la realización de este bien constitucional porque la Constitución protege el “libre” desarrollo que depende del individuo y no del Estado¹⁸³.

¹⁸² BELADIEZ ROJO, M., “La vinculación de la administración al derecho”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, pág. 333.

¹⁸³ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 190.

El principio del libre desarrollo de la personalidad desempeña una función orientadora de la acción estatal y por esta razón desempeña una función directiva, sobre todo en la fase de la producción normativa¹⁸⁴.

Conforme al principio general de libertad, los ciudadanos pueden realizar las actividades que la Constitución y las leyes no prohíban, por lo que cualquier restricción a la libertad tiene que encontrar su justificación en una ley previa¹⁸⁵. De la proclamación del valor supremo “libertad” (art. 1.1 CE) y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) deriva un principio de legalidad, en el sentido de vinculación positiva a la ley, que impone la necesidad de que las prohibiciones limitadoras de la libertad tengan un fundamento legal¹⁸⁶ y constitucional. Es la ley formal la única habilitada para restringir la libertad de los individuos, dado que es el legislador el encargado de establecer qué conductas están permitidas por el ordenamiento jurídico y cuáles no. En realidad, todas las normas jurídicas representan un obstáculo o una renuncia al despliegue irrestricto de la personalidad. De lo contrario, no se estaría juzgando la conformidad de la norma a la Constitución, sino la esencia misma de ser norma jurídica. Así pues, los poderes públicos están legitimados para imponer limitaciones a la autodeterminación personal, entendida como respeto a las opciones autorreferentes del sujeto (sin daño a terceros), en aras de la organización de la sociedad y de la protección de los bienes jurídico-constitucionales¹⁸⁷.

Aunque el Estado es proclive a garantizar el principio del libre desarrollo de la personalidad, si las normas que inciden sobre el mismo tienen como finalidad la protección de unos bienes jurídicos de relevancia constitucional, el principio no puede actuar como límite a su admisibilidad. Por ello, la autonomía de la voluntad no puede considerarse propiamente un límite a la intervención de los poderes públicos si las medidas que se implementan en defensa de los colectivos más

¹⁸⁴ GARCÍA CANALES, M., “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 64, 1989, págs. 146-147.

¹⁸⁵ BELADIEZ ROJO, M., “La vinculación de la administración al derecho”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, pág. 333.

¹⁸⁶ REBOLLO PUIG, M., “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 96-97.

¹⁸⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 188-190.

vulnerables (entre ellos los menores) están justificadas en la protección de un bien jurídico de relevancia constitucional.

Algunas prohibiciones de derechos subjetivos pueden cuestionarse de ser excesivamente proteccionistas en la consideración de que las actuaciones públicas deben favorecer la autonomía de la voluntad, pero no pueden ser discutibles desde una perspectiva jurídica. Por ello, existen normas proteccionistas que son conformes con la Constitución. De hecho el paternalismo no es un concepto medible desde un punto de vista jurídico que habilite para declarar inconstitucional una medida limitativa de derechos. En estos casos, la intervención estatal es cuestionable únicamente desde el punto de vista de la oportunidad política, pero no jurídica.

El libre desarrollo es un principio potenciador de la autonomía de la voluntad de los menores, pero aducir su función de límite a la intervención de los poderes públicos es inadmisibile en el ámbito de decisión acerca de la edad mínima del consentimiento sexual. En este caso, el libre desarrollo de la personalidad del menor puede justificar el establecimiento de una edad mínima más baja por diferentes razones de oportunidad política (mayor práctica de la sexualidad a edad temprana, por ejemplo); sin embargo la potestad estatal puede establecer criterios más restrictivos en aras de la protección bienes jurídicos constitucionales como la protección del menor y la prevención del riesgo de explotación sexual del mismo.

Ciertamente, el libre desarrollo de la personalidad no constituye un límite a la intervención de los poderes públicos, sin embargo, debe actuar como criterio que preserve la coherencia en la consecución de derechos subjetivos que no coarten o dificulten el despliegue de la personalidad del individuo o grupo protegido. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad debe servir para orientar la normativa en el sentido de otorgar homogeneidad a situaciones similares relacionada con el ejercicio de derechos subjetivos de los menores que están relacionados con su vida personal y familiar.

2.3.1. La edad del consentimiento sexual

La edad del consentimiento sexual es aquella por debajo de la cual se considera que cualquier adulto que tiene contacto sexual con un menor comete delito, independientemente de las condiciones y circunstancias, porque se presume de manera absoluta la irrelevancia del consentimiento del mismo¹⁸⁸.

Los menores de 16 años se consideran carentes, en vía provisional, de la libertad sexual, de manera que no poseen autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. La finalidad del art. 183 CP es proteger la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que puedan tener en futuro tomar decisiones en libertad sobre sus conductas en la esfera de la sexualidad¹⁸⁹. Así pues, el legislador presume que debajo de esta edad las personas no tienen la capacidad ni la madurez suficiente para conocer el significado de la sexualidad y conducirse de consecuencia. En este caso no se protegen solamente los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexual del menor, sino también su adecuado proceso de formación y socialización en esta materia especialmente delicada¹⁹⁰.

La modificación relativa a la edad del consentimiento sexual de 13 a 16 años llevada a cabo con la reforma de 2015¹⁹¹, se debe a la necesidad de aproximarse al límite de edad previsto en otros países europeos¹⁹² y adecuarse a lo dispuesto por el

¹⁸⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Artículo 183”, “Artículo 183”, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 341-342.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 191-192.

¹⁹⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Agresiones y abusos sexuales a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. Y ORTS BERENGUER, E. (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 72 y 80.

¹⁹¹ Art. 183 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁹² En general en la Unión Europea la gran mayoría de los Estados miembros sitúan la edad del consentimiento entre los 14 y los 16 años. La edad más baja, 14 años, está prevista, entre otros, en Austria, Alemania, Italia y Portugal. El límite se fija en los 15 años en Francia y en los 16 años en Bélgica, Países Bajos, Reino Unido y Finlandia, entre otros. La edad más elevada, 18 años, está prevista en Malta. Así mismo, la mitad de los Países miembros prevén la excepción de la exclusión de la responsabilidad en el caso de relaciones sexuales entre menores. Información obtenida en el portal de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, European Union Agency for Fundamental Rights). http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/minag?dataSource=MINAG_en_62754&media=png&width=740&topic=group01&question=MINAG_MSR02&plot=MAP&subset=NONE&subsetValue=NONE&answer=MINAG_MSR02&year=2017 (a 20/09/2018).

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas¹⁹³. En el documento “Observaciones Finales a España relativas al Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, de 17 de octubre de 2007, el Comité manifestó su preocupación por la edad relativamente baja para el consentimiento sexual fijada en los 13 años, que vuelve los menores más vulnerables a la explotación sexual¹⁹⁴. Así pues, se recomendaba al Estado español de elevar la edad del consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño. En el mismo sentido se expresó la organización no gubernamental Save the Children¹⁹⁵.

Sin embargo, se excluye la responsabilidad penal si el autor del delito es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez (art. 183 *quater* CP)¹⁹⁶. Mediante la introducción de esta cláusula el legislador trata de compensar la importante ampliación de la punibilidad que acarrea la elevación de la edad del consentimiento sexual a los 16 años, pero únicamente en el caso de que el contacto sexual se realice con otros sujetos próximos en edad y desarrollo o madurez al menor¹⁹⁷. Se trata de una excepción a la presunción de irrelevancia del consentimiento, que tiene como consecuencia la necesidad de valorar las

¹⁹³ Esta modificación no deriva de la transposición de la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, porque la norma comunitaria en este aspecto no interfiere en la soberanía de los Estados, remitiendo la decisión a la discreción de los mismos. Con la única condición de que los actos no impliquen abuso. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Artículo 183”, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 342.

¹⁹⁴ La edad del consentimiento sexual a los 13 años era prevista por el art. 181.2 CP en su anterior versión. La disminución de la edad a los 13 años se introdujo anteriormente en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

¹⁹⁵ SAVE THE CHILDREN ESPAÑA, “La elevación de la edad de consentimiento sexual en la reforma del Código Penal”, 2015.

¹⁹⁶ Art. 183 *quater* CP introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.) y RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 141; TAMARIT SUMALLA, J. M., “Artículo 183”, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 342.

condiciones en que se ha prestado el consentimiento y la relación entre los sujetos para poder determinar si la conducta integra un delito de abuso¹⁹⁸.

El legislador es consciente de convertir en delito de abuso sexual cualquier acto sexual consentido con un menor de 16 años significa criminalizar los actos de los adolescentes consistente en el descubrimiento de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal. A este propósito, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote) no tipifica como abuso sexual las relaciones sexuales consentidas entre menores y la Directiva 2011/92/UE deja a la discrecionalidad de los Estados la decisión. Esta cláusula es necesaria para excluir la intervención penal en las relaciones consentidas del menor con personas próximas por edad y madurez, porque las mismas no pueden considerarse abusivas. En realidad se deja a la valoración del juez si las relaciones sexuales con menores de dieciséis años son exentes de la responsabilidad penal en razón de la proximidad de edad y madurez del menor y la otra persona¹⁹⁹.

El aumento de la edad del consentimiento sexual ha sido criticado por una parte de la doctrina penalista que sostiene que esta elección del legislador español refleja unas tendencias de tipo moralizante²⁰⁰. Del mismo modo, las voces críticas aducen que la juventud es cada vez más precoz en realizar prácticas sexuales y que la edad de la primera relación sexual completa es cada vez más baja²⁰¹.

¹⁹⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Artículo 183 *quater*”, en TAMARIT SUMALLA, J. M., “Artículo 183”, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 351-352.

¹⁹⁹ RAMOS TAPIA, M. I., “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. y AGUADO CORREA, T. (Coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 126-128.

²⁰⁰ ORTS BERENGUER, E. Y ALONSO RIMO, A., “Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. Y ORTS BERENGUER, E. (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 37. También las críticas a las razones que fundamentan esta elevación de edad se encuentran en RAMOS TAPIA, M. I., “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. y AGUADO CORREA, T. (Coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 125-126.

²⁰¹ En particular, según el “Informe Juventud en España. 2016”, elaborado por el Instituto de la Juventud, 2017, el 60% de los jóvenes encuestados afirma haber tenido al menos una experiencia sexual completa antes de los 16 años.

Esta prohibición tiene unas implicaciones sobre el libre desarrollo de la personalidad del menor, dado que la sexualidad es una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con la autorrealización personal del individuo²⁰².

Frente a esta evidencia, es posible deducir que se coarta el libre desarrollo de la personalidad del menor en el espacio de autodeterminación que corresponde a la libertad sexual. En este caso este principio puede actuar como criterio de oportunidad política y posiblemente la elección del legislador de aumentar la edad del consentimiento sexual es susceptible de ser objeto de discusión a nivel político. Sin embargo, esta elección del legislador no es cuestionable desde el punto de vista jurídico; pues el libre desarrollo de la personalidad no puede constituir un límite jurídico, porque el riesgo de explotación sexual de los menores y la necesidad de prevenirla justifican la incoación de medidas proteccionistas para el menor. Así pues, no es discutible desde el punto de vista jurídico la fijación del límite de edad en 16, 15, 14 o 13 años para el cumplimiento de determinados actos jurídicos, basándose en el respeto del principio de libre desarrollo de la personalidad.

2.3.2. Los desajustes en el ordenamiento en relación con los menores

El libre desarrollo de la personalidad no constituye un límite a la intervención de los poderes públicos, sin embargo, debe actuar como criterio que preserve la coherencia en el otorgamiento de los derechos subjetivos que se orientan a preservar el libre desarrollo de la personalidad del menor cuando las situaciones son semejantes. Así pues, la autonomía de la voluntad debería ser criterio inspirador para garantizar la misma edad mínima para el otorgamiento de derechos subjetivos a los menores que se relacionan con aspectos concernientes su vida personal y familiar.

Así pues, el libre desarrollo de la personalidad debe operar como criterio orientador para otorgar derechos subjetivos en situaciones semejantes. Ello trasciende al problema de la diferente edad mínima para el consentimiento de

²⁰² DIÉZ RIPOLLÉS, J. L. Y ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Vol. II, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 221-223.

relaciones sexuales (16 años) y la edad mínima para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (18 años).

Se constata que la edad del consentimiento sexual se fija en los 16 años (art. 183 CP), mientras que la edad mínima para decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo es de 18 años. Además, el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo para las personas menores de 18 años no está permitido sin el consentimiento expreso de los representantes legales (art. 9.5 Ley 41/2002)²⁰³. De esta manera, las menores de edad no emancipadas (así como las personas con capacidad modificada judicialmente) necesitan del consentimiento expreso de los representantes legales, además de la manifestación de su propia voluntad (art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²⁰⁴). En el caso de que haya desacuerdo acerca de la prestación del consentimiento, la persona menor tendrá que acudir al juez para que medie en el conflicto²⁰⁵.

De lo anterior se colige que existe un desajuste entre la edad para poder consentir libremente mantener relaciones sexuales, fijada en los 16 años, y la edad

²⁰³ Anteriormente a la reforma introducida a través de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo las mayores de 16 y 17 años prestar el consentimiento por sí mismas y acceder a la IVE sin necesidad de contar con el consentimiento de los representantes legales. A través de esta reforma se restringió la posibilidad de decidir libremente sobre la interrupción del embarazo, suprimiendo el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, que establecía que “en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondía exclusivamente a ellas, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”. Se preveía que al menos uno de los representantes legales, debía ser informado de la decisión de la mujer, salvo que la menor alegase de manera fundada que esto le pudiese provocar un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se pudiese producir una situación de desarraigo o desamparo). Esta reforma se justificó en la necesidad de asegurar la protección del menor y el cumplimiento de los deberes de padres, tutores o representantes legales.

²⁰⁴ Artículo modificado por el art. 2 de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁰⁵ El art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, remite expresamente al Código Civil a fin de resolver los conflictos que surgen al prestar el consentimiento por parte de los representantes legales.

para poder someterse libremente a la interrupción voluntaria del embarazo, que requiere la mayoría de edad²⁰⁶.

Aunque la ley no lo explicita, las menores emancipadas pueden acceder libremente a la interrupción voluntaria del embarazo. Esto se deduce del hecho de que la emancipación provoca una ampliación de la capacidad de obrar, que da origen a una nueva situación intermedia entre la plena capacidad y la minoría de edad. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad (art. 323.1 CC) porque extingue la patria potestad (arts. 169.2 y 314 CC). Aunque el menor emancipado tiene una limitada capacidad patrimonial²⁰⁷, en el ámbito personal goza de una capacidad de obrar casi igual a la de una persona mayor de edad²⁰⁸.

El libre desarrollo de la personalidad, debe actuar como criterio orientador para dotar de homogeneidad supuestos de la vida personal de la menor que están interrelacionados, pues, la misma madurez para tener relaciones sexuales, y, en consecuencia, poder quedar embarazada, se debe requerir para decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Dicho de otra manera, el ordenamiento la considera suficientemente madura para poder decidir mantener relaciones sexuales, pero no le reconoce autonomía de la voluntad para poder decidir libremente sobre las consecuencias de tales relaciones. Dado que el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a la vida de las mujeres²⁰⁹, parece incoherente que a la persona menor que ha gozado de autonomía para tener relaciones sexuales

²⁰⁶ La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo suprimió el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que permitía a las menores de 16 y 17 años acceder libremente a la IVE, equiparándolas con las mayores de edad.

²⁰⁷ La limitada capacidad patrimonial se debe a las restricciones impuestas a la realización de determinados actos de cierta relevancia, como tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales entre otros para cuyo cumplimiento es necesario el consentimiento de los representantes legales (arts. 323 y 324 CC). GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Emancipación”, en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, Vol. II, págs. 2691-2692.

²⁰⁸ ALONSO SÁNCHEZ, B., “La edad”, en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho civil: introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 137.

²⁰⁹ Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

consentidas no se le reconozca la posibilidad de decidir autónomamente sobre su embarazo y las consecuencias que ello conlleva.

El libre desarrollo de la personalidad debería ser criterio de coherencia tanto para que la menor de 16 o 17 años no emancipada decida proseguir el embarazo, como para interrumpirlo; pues este último derecho sólo es ejercitable, a día de hoy, con la autorización de sus representantes legales. Así pues, no se considera suficientemente madura a una menor de 16 o 17 años para interrumpir su embarazo, pero se le reconoce la madurez suficiente para seguir adelante con el mismo y cuidar adecuadamente de ella y del feto²¹⁰.

En suma, el principio general del libre desarrollo de la personalidad no constituye un límite en sentido propio a la actuación de los poderes públicos. Dado que el poder estatal actúa en aras de la consecución de bienes jurídicos de relevancia constitucional, la autonomía de la voluntad de la persona puede ser limitada. Así mismo, el libre desarrollo puede ser coartado por prohibiciones de derechos subjetivos que no pueden ser cuestionadas desde el punto de vista jurídico, sino solamente desde un punto de vista de oportunidad política. Así pues, no es cuestionable la elevación de la edad del consentimiento sexual hasta los 16 años, porque la misma está justificada por la necesidad de prevenir el riesgo de explotación sexual de los menores.

Aunque no constituye un límite en sentido propio a la actuación estatal, el libre desarrollo de la personalidad debe constituir un criterio orientador de la actuación de los poderes públicos cuando se prohíben o regulan derechos subjetivos en supuestos similares que se relacionan con la vida personal. Así, por ejemplo, la autonomía de la voluntad potenciada en el consentimiento de los mayores de 16 años para consentir relaciones sexuales no se proyecta en otras situaciones que pueden ser consecuencia de mantener relaciones sexuales. De hecho, la edad mínima para poder acceder a la interrupción voluntaria del embarazo está fijada en 18 años. Esto demuestra como el ordenamiento considera las menores de edad no

²¹⁰ GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, págs. 21-22.

emancipadas suficientemente maduras para consentir relaciones sexuales, pero no se les reconoce la posibilidad de decidir sobre la interrupción del propio embarazo.

III. El principio de igualdad formal como prohibición de discriminaciones por razones subjetivas (art. 14 CE): su incidencia en las medidas de acción positiva y en las medidas represivas con perspectiva de género

En el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1 CE) el principio de igualdad tiene dos significados, uno formal (art. 14 CE) y otro material (art. 9.2 CE)²¹¹.

Aunque el objetivo del Estado social es superar las desigualdades sociales y promover la igualdad real y efectiva entre grupos de población²¹², el respeto del principio de igualdad formal, entendido como generalidad de la ley y prohibición de discriminación por razones subjetivas (art. 14 CE) sigue siendo un principio imprescindible²¹³ que condiciona el modo de intervención de los poderes públicos. Esto implica la eliminación de las concretas medidas de acción positiva o de las medidas represivas con perspectiva de género cuando desaparezca la diferencia factual (la minusvaloración social de la mujer) que en su día justificó la implementación de tales medidas. Así pues, en el caso de que la misma haya desaparecido, el respeto de la igualdad formal obliga a derogar la concretas medidas de acción positiva o a implementar otras que no estén basadas en este rasgo específico que hacía desiguales a individuos o grupos en la vida real; así mismo, implica la derogación de las medidas represivas que obligan a aplicar la circunstancia agravante de género.

La intervención del poder público en aras de garantizar la igualdad real y efectiva entre quienes son desiguales en oportunidades en la vida real tiene como límite la igualdad formal en cuanto prohibición de diferencias normativas por razones subjetivas; significa que tales medidas de acción positiva, pueden resultar

²¹¹ RODRÍGUEZ RUIZ, B. Y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad, la representación en el Estado democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pág. 130.

²¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 407-409.

²¹³ GIMENEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 52.

discriminatorias cuando desaparece el rasgo que identifica a las personas o grupos que se encuentran en una situación de desigualdad en un ámbito concreto de la realidad social. Así pues, es necesario evaluar el resultado de las medidas de acción positiva y de las medidas penales con perspectiva de género, en conformidad a los requisitos de temporalidad y proporcionalidad de las mismas.

3.1. El principio de igualdad formal (art. 14 CE)

El principio de igualdad formal surge en la Revolución Francesa; constituye la máxima expresión de la afirmación del Estado liberal de Derecho²¹⁴. La voluntad de los revolucionarios franceses es erradicar la sociedad estamental del Antiguo Régimen, donde coexisten una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos, ya que cada estamento posee sus propias normas jurídicas y tribunales. El objetivo consiste en garantizar que todos los ciudadanos se encuentren en la misma posición frente a la ley. La norma se caracteriza por su universalidad y generalidad, de manera que tiene que tener las mismas consecuencias para cualquier ciudadano²¹⁵. La ley debe ser la misma para todos y aplicarse según criterios uniformes²¹⁶, sin que nadie pueda estar exento de su aplicación por motivos personales o subjetivos, que no tienen carácter de objetividad y razonabilidad²¹⁷. Abolidos los estamentos y sus distintos regímenes jurídicos, solamente queda la categoría de ciudadano, de modo que la generalidad de la ciudadanía tiene que estar subordinada a la misma ley²¹⁸. De esta manera, el conjunto de la ciudadanía es destinatario de las mismas normas y está vinculado a las mismas instituciones y tribunales²¹⁹. La igualdad formal se entiende como abolición de privilegios y afirmación de la igual eficacia

²¹⁴ CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, págs. 265-266.

²¹⁵ GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES P. Y SASTRÚSTEGUI M., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 159-160.

²¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 193.

²¹⁷ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 25.

²¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 192.

²¹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 153.

de la ley para la generalidad de los ciudadanos, sin incidir en el orden social, que se mantiene desigualitario por razón de clase social²²⁰.

El legislador crea la norma con el fin de reducir la complejidad social existente; en definitiva, interviene para ordenar la sociedad. Por ello, el principio de igualdad formal exige que la ley sea lo más general y abstracta posible, sin diferencias por razones subjetivas. El legislador tiene que tipificar los supuestos de hecho a los que se atribuyen determinadas consecuencias jurídicas en términos impersonales y universales, de manera que todos los miembros de la comunidad puedan estar sujetos a la misma y ser sus potenciales destinatarios²²¹. Por tanto, las normas han de ser elaboradas para un destinatario abstracto, no identificable *a priori* ni *ad personam*²²², prescindiendo de la consideración de criterios personales y subjetivos. La ley debe aplicarse en abstracto al máximo de destinatarios posible²²³. Ciertamente que la regulación legislativa supone establecer diferencias entre quienes son destinatarios de la norma y quienes no lo son. Sin embargo, tales diferencias tienen que estar fundadas en consideraciones objetivas y razonables, sin distinciones por razones subjetivas. Una vez establecida la diferencia es necesario averiguar si la norma ha disciplinado de igual modo las situaciones y relaciones que son iguales, con independencia de los sujetos e intereses personales que la norma regula. En el

²²⁰ ÁLVAREZ CONDE, E., “Principio de igualdad”, en ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A. Y LAURA NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 36. El objetivo de los revolucionarios burgueses era acabar con la posición de privilegio de la aristocracia y de la nobleza, para poder obtener más libertad de acción en sus actividades económicas. Sin embargo, no se manifestaba la voluntad de acabar con las desigualdades reales, ni tampoco se modificó el sistema de relaciones entre los dos sexos, manteniendo el privilegio jurídico de los hombres sobre las mujeres. De hecho las mujeres quedaban excluidas del goce de los derechos políticos y civiles, porque no se las incluía en el concepto de ciudadanía. Esto demuestra como en los orígenes del constitucionalismo moderno existía un falso universalismo de los derechos, dado que el modelo de referencia para la construcción del concepto de igualdad formal era limitado a un único grupo social, el de los varones, blancos y propietarios, es decir, los representantes de la burguesía. MARTÍN VIDA, M. A., *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, Granada, 2004, págs. 90-100 y 110-117; ESQUEMBRE VALDÉS, M. M., “Género y ciudadanía, mujeres y constitución”, en *Feminismo/s*, núm. 8, 2006, págs. 39-42, SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A. Y GARCÍA CAMPÁ, S., “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, pág. 64, BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, pág. 24.

²²¹ MARTÍN VIDA, M. A., *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, Granada, 2004, pág. 93.

²²² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 154.

²²³ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 27.

caso de que se hayan introducido diferencias, es necesario determinar su justificación teniendo en cuenta la lógica interna de la norma²²⁴.

El principio de supremacía de la ley -de su infalibilidad y universalidad- es superado, progresivamente, por la afirmación de que una única ley no puede disciplinar todas las situaciones que se dan en la realidad social²²⁵. Con la finalidad de organizar la sociedad, está permitido introducir diferencias de trato objetivas y razonables, siendo, por tanto, necesario establecer cuáles son los criterios de distinción que son admisibles y cuáles no²²⁶. Aunque la ley regule un ámbito concreto de la realidad social, siempre tendrá que propenderse a la generalidad, y por tanto, dentro del ámbito disciplinado *ex ante* la norma tiene que poder aplicarse al mayor número de destinatarios posible²²⁷. Por tanto, se permite establecer diferencias de trato en abstracto sin que tales diferencias se justifiquen en circunstancias personales o particulares²²⁸. De esta manera, la igualdad formal, en su vertiente de igualdad en la ley o en el contenido de la ley, constituye un límite al legislador en el momento que disciplina la realidad a través de las normas jurídicas²²⁹.

La igualdad formal evoluciona desde el entendimiento de que la elaboración de la ley debe guiarse por la regla del tratamiento general e indiferenciado respecto a los destinatarios hacia la idea de que no es infrecuente el tratamiento diferente siempre y cuando la diferencia esté basada en criterios objetivos y razonables²³⁰.

²²⁴ GAVARA DE CARA, J. C., “El principio de igualdad”, en *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 71-72.

²²⁵ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 26.

²²⁶ SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional, instituto de Estudios de administración local*, Madrid, 1985, págs. 28-29.

²²⁷ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 26-28.

²²⁸ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del TC. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pág. 25.

²²⁹ ÁLVAREZ CONDE, E., “Principio de igualdad”, en ÁLVAREZ CONDE E., FIGUERUELO BURRIEZA Á. Y GÓMEZ NUÑO, L. (Dir.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 49.

²³⁰ GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP S. Y SASTRÚSTEGUI M., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 165.

La igualdad formal no significa uniformismo, ni tampoco una prohibición general de diferenciación²³¹; no puede concebirse como una absoluta identidad de trato²³², sino que implica tratar de manera igual lo que es igual y de forma desigual lo que es desigual²³³. De hecho, a través del principio de igualdad formal, que tiene un contenido prescriptivo y no descriptivo, no se afirma que todas las personas son de hecho iguales, sino que tienen que ser tratadas de la misma manera²³⁴. Considerado que la realidad social es compleja y heterogénea y existe una pluralidad de situaciones de hecho variadas y diferentes no es posible proveer un tratamiento igual generalizado²³⁵. Lo que está prohibido es reservar un tratamiento arbitrariamente desigual de situaciones formalmente iguales²³⁶, proporcionando un trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación²³⁷.

La desigualdad en la ley se produce cuando la norma distingue de forma irrazonable o arbitraria un supuesto de hecho específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente²³⁸.

El legislador está habilitado para introducir diferencias en el contenido de la norma, basadas en una justificación objetiva y razonable²³⁹. Las diferencias normativas tienen que ser objetivas y razonables, por lo que se prohíben las

²³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pág. 390.

²³² PÉREZ-LUÑO, A. E., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1981, pág. 268.

²³³ SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pág. 54.

²³⁴ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 191.

²³⁵ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 33.

²³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pág. 390.

²³⁷ STC 144/1988.

²³⁸ GOIG MARTÍNEZ, J. M., “El fundamento de los derechos en la Constitución Española. Especial consideración al tratamiento de la igualdad y la igualdad de género”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. Y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014, pág. 53.

²³⁹ GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES P. Y SASTRÚSTEGUI M., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 165.

distinciones basadas en criterios subjetivos o personales²⁴⁰. Lo que está prohibido, y por ende, constituye una discriminación, son las diferenciaciones artificiosas o injustificadas²⁴¹. La discriminación es la diferenciación basada en una serie de motivos específicos, contenidos en el art. 14 CE, como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social²⁴². Se trata de las llamadas “categorías sospechosas”²⁴³, rasgos que se consideran particularmente odiosos y lesivos de la dignidad humana y que han sido tradicionalmente utilizados como motivo de discriminación. Por esta razón, existe una presunción de inconstitucionalidad hacia aquellas leyes que establecen un tratamiento diferenciado basándose en aquellos criterios de diferenciación²⁴⁴. Así pues, en el caso de que el trato desigual esté basado en uno de estos factores diferenciadores, el control de constitucionalidad será más estricto y riguroso y conlleva a la inversión de la carga de la prueba²⁴⁵.

²⁴⁰ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 25.

²⁴¹ ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de las sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 57.

²⁴² El art. 14 CE no contiene una lista cerrada y taxativa de criterios de discriminación, sino una enumeración de algunos supuestos concretos que han sido utilizados históricamente como causa de discriminación. Además, recurre a una cláusula general, que se refiere a la discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social” que permite incluir cualquier criterio discriminatorio que no esté expresamente nombrado por el art. 14 CE. ÁLVAREZ CONDE E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 299-300. En tal sentido, el TC, a través de la ha afirmado que la edad, a través de la STC 75/1983, y la orientación sexual, a través de la STC 198/2012, constituyen unas circunstancias personales incluidas en la categoría “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁴³ Sobre la “doctrina de la clasificación sospechosa” consultar a REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 51-54. El autor describe detalladamente los criterios utilizados por la Corte Suprema de Estados Unidos para evaluar la constitucionalidad de las leyes que utilizan unos rasgos subjetivos para crear distinciones (*rational relationship test, strict scrutiny test and intermediate test*). Así mismo, a propósito de la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos véase SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1985, págs. 107-126.

Recientemente ha aparecido el concepto de “discriminación múltiple” o “discriminación interseccional”. A este propósito véase REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018”, en *Revista de derecho político*, núm. 100, 2017, págs. 125-171; REY MARTÍNEZ, F., “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8, 2014, págs. 289-312.

²⁴⁴ LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978” en AAVV, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 25; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Principio de igualdad y Derecho del Trabajo”, en AAVV, *El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1088.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 71-72.

El principio de igualdad formal no implica que toda desigualdad constituye automáticamente una discriminación, pues no está prohibida toda diferencia de trato, sino solamente la que está desprovista de una justificación objetiva y razonable²⁴⁶. Por tanto, la igualdad de trato no implica la prohibición de establecer distinciones, sino que las mismas tienen que estar justificadas de manera racional y objetiva y las consecuencias jurídicas tienen que ser proporcionales con el fin de la diferencia.

El TC ha afirmado de manera reiterada que la igualdad formal impone que supuestos de hecho iguales sean tratados de la misma manera, es decir, que tengan consecuencias iguales y que no cualquier desigualdad de trato es contraria al art. 14 CE, sino solamente la que introduce una distinción entre situaciones sustancialmente iguales y que no se asientan sobre una justificación objetiva y razonable. Así pues, es admisible establecer diferencias, pero solamente si existe una justificación fundada y razonable para ello, según los criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Lo que está prohibido es crear diferencias de trato artificiosas o injustificadas, no basadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Finalmente, para que la diferencia de trato sea conforme al principio de igualdad, es necesario que el fin perseguido con la misma sea lícito y que las consecuencias jurídicas que derivan de ella sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin²⁴⁷.

El principio de igualdad formal prohíbe la creación de leyes personales; las normas tienen que ser abstractas y no está admitidas las clasificaciones basadas en condiciones personales. Sin embargo, está permitido establecer leyes destinadas a categorías de personas concretas, siempre que la norma se aplique de igual modo a toda la categoría. Así mismo, es posible la existencia de leyes especiales o de excepción (en el caso de que se trate de una norma concreta, pero impersonal), siempre que exista un fundamento jurídico que justifique su adopción. De esta

²⁴⁶ ÁLVAREZ CONDE E. Y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 297-298.

²⁴⁷ La STC 66/2015 recoge la doctrina del TC acerca del principio de igualdad ya expresada en numerosas sentencias precedentes (entre ellas, la STC 200/2001) y hace referencia a la discriminación por razón de edad, así como la STC 161/2011.

manera, no está prohibida la existencia de leyes especiales o de normas que establezcan una disciplina no homogénea para todas las personas²⁴⁸.

3.2. La exigencia de igualdad material (art. 9.2 CE)

Con el advenimiento del Estado social, la exigencia de igualdad incorpora una dimensión material. En el Estado social y democrático de Derecho, se advierte que la aplicación de la igualdad formal a situaciones jurídicas desiguales produce un derecho material desigual. Por ello, la mera igualdad formal tiene que corregirse mediante la consideración de la situación real en la que se encuentran los individuos²⁴⁹. A raíz de la toma de conciencia de la existencia en la sociedad de desigualdades de hecho, se origina un cambio de percepción. Así pues, en el Estado social la igualdad ya no se percibe como punto de partida, sino como fin, cual es la erradicación de las diferencias existentes entre los grupos de población en ámbitos concretos de la realidad social²⁵⁰. Frente a una realidad social heterogénea, compleja y en constante transformación, son necesarias leyes no siempre universales, con la inclusión de categorías subjetivas ligadas a problemas objetivos²⁵¹.

De lo anterior se deduce que la norma jurídica no puede tratar a todo el conjunto de la ciudadanía de manera igual, sino que es necesario considerar las personas o los grupos que se encuentran en una situación de desigualdad fáctica en una determinada esfera de la realidad social y establecer un trato más favorable para lograr la igualdad real y efectiva²⁵². Es posible que la consecución de la igualdad material requiera recurrir al “derecho desigual igualatorio”²⁵³. La “paradoja de la

²⁴⁸ GAVARA DE CARA, J. C., “El principio de igualdad”, en *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 72.

²⁴⁹ HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pág. 322.

²⁵⁰ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del TC. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pág. 28.

²⁵¹ JARRBEIB, H., «Die staatsbürgerliche Gleichheit», *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, ed. de G. ANSCHÜTZ/R. THOMA, Bd. II, Tübingen, 1932, pág. 625, citado por VILLACORTA MANCEBO, L., “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 130, 2005, págs. 39-40.

²⁵² CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, 1994, pág. 280.

²⁵³ STC 229/1992.

igualdad” consiste en que la persecución de una igualdad de facto requiere una desigualdad de trato jurídico²⁵⁴.

De esta manera, es posible que para cumplir con el mandato impuesto por el art. 9.2 CE y alcanzar la igualdad material puede ser requerido un mínimo de desigualdad formal²⁵⁵. El art. 9.2 CE permite la introducción de desigualdades formales con el fin de la promoción de la igualdad material²⁵⁶. Por ello, “los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”²⁵⁷.

Según el principio de igualdad material, la igualdad real y efectiva es la meta final y para alcanzarla es necesaria “la igual satisfacción de las necesidades básicas”, que se consigue por medio de una distribución desigual de los recursos, mediante el uso de las acciones positivas²⁵⁸. El art. 9.2 CE reconoce la exigencia de incidir sobre el punto de partida mediante la implementación de medidas promocionales que los poderes públicos incoan con el fin de que todos los ciudadanos gocen de los mismos derechos; pero también se proyecta sobre el punto de llegada, dado que es preciso averiguar si realmente se ha restablecido la situación de desigualdad²⁵⁹. El mandato del art. 9.2 CE exige que el legislador identifique a los individuos o grupos por la diferencia que los perjudica o los hace desiguales en oportunidades en un ámbito concreto de la realidad social²⁶⁰.

Con el fin de alcanzar este objetivo, el Estado implementa medidas de acción positiva y medidas represivas con perspectiva de género para superar las desigualdades de hecho existentes entre los diferentes individuos o grupos en

²⁵⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 403-406.

²⁵⁵ STC 3/1983, STC 114/1983 y STC 19/1988.

²⁵⁶ STC 98/1985.

²⁵⁷ STC 69/2007 y STC 198/2012.

²⁵⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 161.

²⁵⁹ SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A. Y GARCÍA CAMPÁ, S., “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, pág. 65.

²⁶⁰ ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pág. 219.

ámbitos concretos de la realidad social. Sin embargo, los poderes públicos en el establecimiento de estas medidas tienen que respetar el límite de la igualdad formal como prohibición de discriminación por razones subjetivas, que impone la eliminación de la medida concreta cuando desaparece el rasgo que hacía diferentes a los individuos o grupos en la realidad social.

3.3. La exigencia de igualdad formal (art. 14 CE) como límite al modo de intervención de los poderes públicos en el establecimiento de políticas públicas

En el Estado social, el principio de igualdad material permite al legislador considerar las desigualdades de facto existentes entre individuos o grupos de población en ámbitos concretos de la realidad social con el fin de eliminarlas mediante la incoación de medidas de acción positiva, medidas antidiscriminatorias y medidas represivas con agravante de género²⁶¹. Sin embargo, esta actuación en aras de garantizar la igualdad real y efectiva tiene que respetar la exigencia de igualdad formal, entendida como prohibición de discriminación por razones subjetivas. La intervención de los poderes públicos una tiene que ser compatible con la igualdad formal, en el sentido de prohibir discriminaciones por razones subjetivas. En este sentido, limita el poder de intervención de los poderes públicos en la modalidad de actuación, es decir, impide se mantengan en vigor medidas de acción positiva cuando ha desaparecido el rasgo que hacía desiguales a individuos o grupos en un ámbito concreto de la realidad social.

Esta exigencia del respeto de la igualdad formal conlleva que las concretas medidas de acción positiva que antes se basaban en una situación acreditada de desigualdad entre individuos o grupos, tienen que derogarse cuando desaparece el rasgo que identifica a quienes son desiguales en la vida real²⁶². Así pues, la norma que introduce la concreta medida de acción positiva o la medida represiva con enfoque de género tiene ser temporal y proporcional. En primer lugar es necesario

²⁶¹ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 34-36.

²⁶² GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. Y SANJURJO RIVO, V., “La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional”, en RODRÍGUEZ CALVO, M. S. Y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 189.

que las medidas de acción positiva sean revisadas y evaluadas periódicamente, para averiguar si la situación de desigualdad fáctica que justificó su introducción sigue vigente o si se han generado unos efectos adversos a los deseados. En el caso de que la desigualdad de facto se haya eliminado, la medida pierde su razón de ser, de manera que si se mantiene pueden acabar generando una discriminación para quienes no fueron destinatarios de la misma²⁶³. De esta manera, se condiciona el modo de intervención de los poderes públicos en el sentido de la imposibilidad de seguir manteniendo una medida de acción positiva si la misma no está justificada por la existencia de una desigualdad factual entre individuos y grupos en un ámbito concreto de la realidad social. Por ello, es necesario derogar la medida concreta o mantenerla y transformarla en una medida neutra.

Además del carácter de transitoriedad y reversibilidad, las medidas de acción positiva tienen que ser proporcionadas en relación con el fin propuesto. Una medida es proporcional si a través de la misma se obtienen beneficios o ventajas para el interés general superiores a los perjuicios sobre otros bienes. En tal sentido, el perjuicio que la medida supone para quienes no son destinatarios de la misma está justificado por la circunstancia de la minusvaloración social y la situación de desigualdad fáctica en la que se encuentra el grupo destinatario de la medida²⁶⁴.

El requisito de la temporalidad está previsto también para las medidas represivas con perspectiva de género, que obligan al juez a agravar la pena por género en los delitos relacionados con la violencia en las relaciones de pareja o expareja, basándose en una situación de desigualdad real aumentando la pena tomando en consideración el sexo de la víctima del delito²⁶⁵. El principio de igualdad condiciona el modo de la actuación estatal porque impone la temporalidad de estas medidas, en el sentido de que las mismas tienen que ser sometidas a una evaluación periódica para averiguar si la desigualdad de hecho que justificó su adopción sigue existiendo. En el caso de que haya desaparecido la desigualdad

²⁶³ RUIZ MIGUEL, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, pág. 47.

²⁶⁴ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 31.

²⁶⁵ ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, págs. 246 y 249.

factual tiene que derogarse la medida represiva con perspectiva de género, pero puede mantenerse una medida castigadora neutra.

En suma, la igualdad real supone una excepción a la igualdad formal desde la perspectiva de la naturaleza de la norma. Por ello, la exigencia de igualdad formal precisa derogar la medida de acción positiva cuando desaparece el rasgo que equipara a quienes son desiguales en oportunidades en la vida real²⁶⁶. El respeto de la igualdad formal supone un límite a la intervención de los poderes públicos en el modo de intervención, es decir, impide el mantenimiento de una medida de acción positiva cuando se averigua la sobrevenida inexistencia de una diferencia factual entre individuos o grupos de individuos que en su día justificó la adopción de la medida. Así mismo, es necesario que se evalúe periódicamente el resultado de las medidas de acción positiva, conforme a los requisitos de temporalidad y proporcionalidad. Esta evaluación periódica se tiene que llevar a cabo también en el caso de la implementación de medidas represivas que agravan la pena por razones de género u otras circunstancias basadas en una desigualdad real.

IV. El contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE) como límite a la acción de los poderes públicos

Los poderes públicos están vinculados al respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE), tanto en lo relativo al objeto del derecho protegido constitucionalmente, como en lo que se refiere a las garantías de la delimitación restrictiva del mismo derecho fundamental (las garantías del límite interno).

Los derechos fundamentales son todos los derechos contenidos en el Capítulo Segundo del Título I, tanto en la Sección 1ª como en la Sección 2ª²⁶⁷.

Los derechos fundamentales son derechos creados por la Constitución, en el sentido de preexistencia del derecho mismo al momento, en el sentido de que la

²⁶⁶ ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pág. 217.

²⁶⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 27. Comparte esta opinión CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2400.

Norma Fundamental ha definido una determinada situación jurídica en términos que la hacen identificable o discernible por el intérprete. Así mismo, la Constitución ha determinado o no ha excluido la consideración de esa situación jurídica como “derecho” a partir de la entrada en vigor de la norma que la contiene. Así pues, los derechos fundamentales preexisten respecto a toda intervención legislativa y por tanto, los poderes públicos están vinculados a su contenido. De la misma manera, la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales significa que el derecho, preexistente a la ley, no puede ser desfigurado sin incurrir en una inconstitucionalidad, es decir, su contenido esencial no puede ser conculcado por una actuación estatal²⁶⁸.

A través del reconocimiento de los derechos fundamentales se crean unos concretos espacios de libertad individual o colectiva frente a la intervención de los poderes públicos²⁶⁹.

El contenido esencial del derecho es el propio contenido del derecho prefigurado en el enunciado constitucional²⁷⁰. Constituye el conjunto de poderes jurídicos, concebidos como facultades, de uso discrecional y no obligatorio, a través del cual se hace valer frente a terceros el permiso o la prohibición garantizadas por cada derecho fundamental²⁷¹. Es “la libertad, la pretensión o la inmunidad en cada caso garantizada por la Constitución”²⁷².

El legislador no es exclusivamente el destinatario o sujeto pasivo de los derechos, sino que a su vez debe integrar el derecho, para especificar aspectos específicos, dado que el enunciado constitucional es esquemático²⁷³. De hecho es el único poder habilitado para poder desarrollar y regular los derechos

²⁶⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 24-25.

²⁶⁹ CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2399.

²⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2400.

²⁷¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Objeto y contenido de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 108.

²⁷² JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 49.

²⁷³ CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2400.

fundamentales, dado que la reserva de ley en esta materia (arts. 53.1 CE y 81.1. CE) excluye la posibilidad de intervención por otros órganos, esencialmente el Gobierno que dicta reglamentos. En esta actividad de desarrollo y regulación, el poder legislativo está limitado por el contenido esencial del derecho.

La definición del contenido del derecho fundamental vincula al legislador y al juez en la creación y aplicación de la ley, respectivamente. Así pues, no está admitido modificar el enunciado constitucional del derecho, añadiendo un contenido no incluido en el contenido esencial del derecho o un enunciado diferente al derecho.

De la misma manera, el respeto de las garantías de los límites internos constituye una limitación al poder estatal. La delimitación restrictiva del derecho fundamental contenida en el enunciado constitucional del derecho, constituye el presupuesto para la intervención estatal en el ámbito del derecho fundamental. Sin embargo, los poderes públicos deben respetar las garantías de esta intervención establecidas en la norma de derecho fundamental. El respeto a las garantías de intervención de los derechos fundamentales constituye un límite a la intervención estatal en el contenido del derecho fundamental. De esta manera, no está admitido delimitar restrictivamente un derecho fundamental si esta posibilidad no está prevista por el enunciado constitucional del derecho mismo.

El enunciado de derecho fundamental que no establece límites a la intervención debe ser respetado por los poderes públicos, especialmente por el legislador que es el intérprete inmediato de la Constitución. Así pues, la interpretación conforme a los tratados internacionales (art. 10.2 CE) no avala una asimilación de dos derechos (el derecho establecido en la Constitución Española y el derecho regulado en el tratado internacional) con contenidos diferentes. Así mismo, el libre desarrollo de la personalidad no puede ser pretexto para transformar derechos reaccionales frente a la intervención de los poderes públicos, en derechos que obliguen a los poderes públicos a garantizar un derecho conforme al libre desarrollo de la personalidad.

4.1. La definición del objeto de los derechos fundamentales

A través de la definición del contenido del derecho fundamental se delimitan los contornos del derecho. Algunas veces se determina directamente en el enunciado que contiene el derecho y otras veces en la ley a la que expresamente remite (como en el caso del derecho fundamental a la imagen)²⁷⁴.

En principio, los derechos fundamentales garantizan ámbitos de inmunidad en los que está prohibida la intervención de los poderes públicos²⁷⁵. En el caso de los derechos fundamentales que protegen una esfera vital de la persona, el objeto puede amparar una variedad de conductas (como el derecho fundamental a la intimidad, art. 18.1 CE), o un comportamiento genérico (como la libertad de expresión, art. 20.4 CE). El derecho fundamental atribuye al titular la posibilidad de elegir qué hacer dentro de esa esfera de *agere licere*, sin que esta elección pueda estar condicionada por el poder público. Dentro de este ámbito protegido por el objeto del derecho fundamental, el titular tiene autonomía para regular su comportamiento (excepto los menores de edad) y solo él puede disponer de su conducta en este espacio vital o jurídico objeto del derecho fundamental. El objeto del derecho fundamental establece cuáles conductas individuales o colectivas están permitidas y no pueden prohibirse o restringirse por parte del poder público²⁷⁶.

El legislador está vinculado por el contenido previo e indisponible del derecho fundamental (art. 81.1 CE) cuando lo configura en una ley; en particular, está vinculado a la definición del derecho fundamental que hace la Constitución y al respeto de las garantías de los límites internos de los derechos. Pues tan iusfundamental es el objeto protegido por el derecho fundamental, como las garantías de la intervención del mismo. De la misma manera, cuando regula el ejercicio del derecho fundamental (art. 53.1 CE) tiene que respetar el objeto protegido por la norma de derecho fundamental así como las garantías de su delimitación restrictiva. Regular un derecho significa concretar la manera en la que

²⁷⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 38.

²⁷⁵ STC 166/1996.

²⁷⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Objeto y contenido de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 103-107.

puede manifestarse en la realidad un derecho, estableciendo sus condiciones de ejercicio en el espacio, tiempo y manera. Así mismo, significa concretar las condiciones espacio-temporales y modalidades en las que se puede proyectar el objeto y el contenido de un derecho fundamental. Dado que los derechos fundamentales son creados por la Constitución y realizados a través de leyes, existe el riesgo de que en su desarrollo, integración o concreción se introduzcan restricciones al derecho fundamental, vulnerando el contenido de los mismos²⁷⁷.

La reserva de ley impide al legislador desapoderarse en favor de normas infralegales; excluye la intervención de tales normas en la ordenación de aquel objeto y limita la libre creación de derecho por el juez²⁷⁸. La reserva de ley es un mandato constitucional expreso al poder legislativo. En origen delimitaba un campo acotado al legislador que podía colmar a su antojo por sí mismo o por remisión a otros, mientras que en la actualidad es un mandato al poder legislativo para regular los derechos fundamentales. La reserva de ley delimita un ámbito de normación reservado en exclusiva al legislador en perjuicio del poder ejecutivo. En tal sentido, una materia que ha sido reservada al legislador no admite otra regulación que no sea la legislativa²⁷⁹. Este instituto confiere una habilitación específica al legislador, dado que es “la cláusula constitucional que prevé la intervención normadora exclusiva del legislador en relación con una determinada materia”²⁸⁰. Su función es impedir que el legislador habilite el poder ejecutivo a disciplinar una determinada materia a través del reglamento²⁸¹. De esta manera, constituye un límite a la acción del resto de los poderes públicos, en particular al ejecutivo, que no podrán completar el contenido de los mismos derechos fundamentales.

²⁷⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, “El legislador de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 153.

²⁷⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 46.

²⁷⁹ REQUEJO PAGÉS, J. L., “Mandato al legislador”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 4163.

²⁸⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Derechos fundamentales y su protección*, T. III, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 33.

²⁸¹ GARRORENA MORALES, Á., “Reserva de ley”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 396.

El legislador y el juez no pueden vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental transformando unos derechos reaccionales frente a la intervención de los poderes públicos, en derechos de contenido positivo que obliguen a los poderes públicos a garantizar un derecho conforme al libre desarrollo de la personalidad (como en el caso de la intimidad personal y familiar, art. 18.1 CE). Así mismo, no está permitido equiparar dos derechos de enunciados diferentes so pretexto de interpretar el derecho fundamental en conformidad a los tratados internacionales (art. 10.2 CE). En puridad, la interpretación conforme de los tratados internacionales no avala una asimilación de dos derechos con dos enunciados y, por ende, dos contenidos diferentes (el derecho a la intimidad personal y familiar, establecido en el art. 18.1 CE y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, regulado en el art. 8.1 CEDH).

De la misma manera, el juez debe aplicar la norma de derecho fundamental y las leyes de desarrollo del mismo en conformidad al contenido de los derechos fundamentales. El órgano judicial está vinculado al contenido esencial del derecho fundamental, en el sentido de que no puede cercenar su contenido cuando lo aplica al caso concreto.

Así mismo, no es posible aducir la autonomía de la voluntad del individuo para demandar la adición de un contenido positivo a un derecho fundamental reaccional frente a la intervención estatal, que obliga a los poderes públicos a garantizar el contenido de un derecho fundamental que es conforme con el libre desarrollo de la personalidad del individuo²⁸².

De un lado, el libre desarrollo de la personalidad no puede ser pretexto para adicionar un significado positivo a un derecho de contenido negativo, que permite al individuo reaccionar frente a la lesión del derecho fundamental, pero no obliga al poder público a garantizar el contenido pretendido por el individuo conforme a la autonomía de su voluntad. La autonomía de la voluntad del individuo no puede ser pretexto para obligar al poder público a garantizar un derecho conforme al libre

²⁸² SAINZ ARNAIZ, A., “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 205-206.

desarrollo de su personalidad. Y, de otro, la autonomía de la voluntad del individuo no puede ser pretexto para añadir un nuevo contenido a un derecho.

4.2. Las garantías de los límites internos de los derechos fundamentales

En ocasiones, la Constitución habilita al poder público a intervenir el objeto protegido por la norma de derecho fundamental. Sin embargo, tal intervención de los poderes públicos queda limitada por las garantías de la delimitación restrictiva que la norma de derecho fundamental establece. En tal sentido, las garantías de la intervención de los derechos fundamentales constituyen límites a la intervención de los poderes públicos.

Los derechos fundamentales son objeto de límites internos (llamados también “delimitaciones restrictivas”) y límites externos (llamados también “límites en sentido propio”) en la Constitución. Los límites internos constituyen una reducción impuesta, de modo explícito, en la norma constitucional que enuncia el derecho fundamental, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera de su ámbito de protección. Así, por ejemplo, la autorización judicial de intervención de las comunicaciones, constituye un límite interno al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Lo mismo ocurre con la autorización judicial de intervención del domicilio, o el consentimiento del titular para la entrada del mismo, o la flagrancia de delito, que constituyen límites internos al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Otras veces, la delimitación restrictiva del derecho fundamental está constituida por el bien jurídico constitucional expresado en el enunciado constitucional; así, por ejemplo, el orden público, que representa el límite interno a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Así mismo, los límites internos pueden derivar de la coexistencia o ponderación de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional²⁸³. Por ejemplo, la ponderación la libertad de expresión con los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar o a la imagen

²⁸³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Los límites a los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 120-121 y 128-129.

(art. 20.4 CE). O, incluso, esta reducción puede derivar de la propia definición del contenido de un derecho fundamental. Por ejemplo, no puede invocarse la libre circulación por el territorio nacional para justificar una colisión intencionada contra un vehículo ajeno.

Los límites externos constituyen supuestos en los que la Constitución apodera al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho ya definido con carácter general. Se trata de una intervención externa al derecho²⁸⁴. Así, por ejemplo, el art. 17.1 CE que reconoce la libertad personal, habilita al legislador para privar de tal libertad en los casos y en la forma previstos en la ley. Lo mismo ocurre con la libertad sindical: el art. 28.1 CE reconoce la posibilidad de que la ley pueda exceptuar el ejercicio de la libertad sindical a las Fuerzas o Institutos armados. Son externos porque no derivan de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas de igual rango constitucionales (ponderación) o porque no están fijados expresamente por el propio enunciado constitucional. Los límites externos no forman parte del contenido del derecho, sino que constituyen una restricción impuesta exteriormente mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección del derecho, en virtud de una expresa habilitación constitucional. Así mismo, tienen carácter contingente, porque su creación depende de la decisión del poder público habilitado para ello, de manera que no existen hasta el momento en que son establecidos. Además, tienen carácter constitutivo, porque la existencia del límite deriva de un acto de creación normativa por parte de los poderes públicos autorizados a tal fin por la Constitución²⁸⁵. De esta manera, los límites externos no constituyen límites a la intervención de los poderes públicos, sino al revés, porque constituyen una autorización a la intervención del legislador.

Los límites externos o límites en sentido propio, establecen lo que no es derecho fundamental. Los límites internos constituyen la delimitación del objeto del derecho, porque expresan expectativas de conductas no garantizadas por el derecho fundamental. Así mismo, definen el ámbito normativo del derecho, lo que forma

²⁸⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 38.

²⁸⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Los límites a los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 129.

parte del contenido del derecho fundamental al excluir determinadas expectativas de conducta que en ningún caso gozan de la protección constitucional dispensada por el derecho fundamental²⁸⁶.

Existe una discrepancia doctrinal acerca de la naturaleza del límite interno, dado que una parte de los autores sostiene una tesis estricta sobre la definición de la delimitación restrictiva del derecho. Estarían excluidos de la categoría de límite interno y se tendrían que definir como límites externos al derecho fundamental los casos en los que la Constitución prevé una privación o supresión singular del derecho fundamental de una determinada persona (18.2, 18.3, 20.5, 21.2, 22.4, 30.3 CE). En tal sentido, estos límites establecidos por la Constitución serían externos y no formarían parte de la norma de derecho fundamental, en particular de su contenido esencial, salvo la delimitación del contenido de los derechos fundamentales que deriva de la coexistencia con otros derechos fundamentales o de su propia definición²⁸⁷.

La tesis amplia sobre la definición de los límites internos como límites impuestos en la norma de derecho fundamental, derivados de la definición de un derecho fundamental o de su ponderación con otros derechos fundamentales, se fundamenta en un mayor refuerzo de sus garantías. Así por ejemplo, si la autorización judicial para intervenir las comunicaciones constituye una delimitación restrictiva (límite interno) contenida en la norma de derecho fundamental, ello obliga a garantizar en mayor medida los términos en que aquella delimitación se produce. Por ejemplo, la autorización judicial para intervenir las comunicaciones, en la medida en que supone una delimitación restrictiva de los derechos fundamentales, obliga al juez a su motivación suficiente basada en las sospechas de la presunta comisión de un delito grave.

Dado que los límites internos suponen la delimitación restrictiva de un derecho fundamental y, por ello, forman parte del contenido del derecho fundamental,

²⁸⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Los límites a los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 121.

²⁸⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 38-40.

vinculan al poder público al cumplimiento de una serie de garantías. Los límites internos del derecho, en sí mismos, no son límites a la intervención de los poderes públicos. Lo son las garantías de los límites internos. Las garantías de la delimitación restrictiva del contenido previo e indisponible de los derechos fundamentales se oponen a las injerencias ilícitas de los poderes estatales en el ámbito vital establecido por el derecho fundamental.

En la Constitución española existen derechos fundamentales cuyo enunciado tiene un alto grado de determinación, donde el contenido está bien definido, de manera que resultan razonablemente claros sus contornos y lo que es lo ordenado, lo autorizado o lo prohibido. Se trata de los derechos fundamentales que incorporan en su enunciado constitucional un límite interno. En otros casos existen derechos fundamentales cuyo contenido está delimitado restrictivamente por un bien jurídico declarado en el enunciado constitucional.

Sin embargo, otros derechos fundamentales no contienen en su enunciado constitucional un límite interno, ni un bien jurídico que lo delimite, sino que son más bien indeterminados²⁸⁸. Por ello, no está claro qué contenido del derecho está protegido de la intervención de los poderes públicos. Éste es el caso de los derechos de la personalidad, el derecho fundamental a la intimidad, el derecho fundamental al honor y el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

En este caso, el límite está en la imposibilidad de intervenir un derecho fundamental si esta posibilidad no está prevista en el enunciado constitucional del derecho mismo. De hecho, la regulación de un límite interno no previsto en el enunciado constitucional del derecho fundamental puede ser cuestionada en inconstitucionalidad por vulneración del derecho mismo.

Así mismo, la introducción por parte del legislador de límites al ejercicio del derecho fundamental no contemplada por el enunciado plantea unos problemas de admisibilidad.

En suma, el contenido esencial de los derechos fundamentales representa un límite a la acción de los poderes públicos, tanto en relación con el objeto del derecho

²⁸⁸ DIÉZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 98.

fundamental como en relación con las garantías de los límites internos del mismo. En particular, el legislador está vinculado al contenido previo e indisponible en el desarrollo de los derechos fundamentales a través de leyes. Los poderes públicos no pueden vulnerar el contenido de un derecho fundamental reaccional frente a la injerencia de terceros, entre ellos los poderes públicos, reconociendo un contenido positivo no previsto en el mismo, so pretexto de asegurar el libre desarrollo de la personalidad del individuo. De la misma manera, no es admisible utilizar la interpretación conforme de los tratados internacionales (art. 10.2 CE) para equiparar dos enunciados diferentes, uno contenido en la Constitución Española y el otro contenido en el tratado internacional.

Así mismo, los poderes públicos están vinculados al respeto de las garantías de los límites internos de los derechos. No es admisible delimitar restrictivamente un derecho fundamental ni introducir unas garantías a tal delimitación restrictiva, si la norma iusfundamental no prevé esta posibilidad.

V. Recapitulación

La intervención de los poderes públicos en el establecimiento de políticas públicas no es ilimitada, sino que tiene que encauzarse dentro de los límites establecidos por la Constitución.

El principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) no constituye un límite en sentido propio, sino más bien un criterio orientador de la acción estatal el establecimiento de políticas públicas. Esto implica que el Estado tiene que promover la autonomía de la persona en el sentido de asegurar un orden jurídico que no entorpezca o limite de manera injustificada el libre desarrollo del individuo. En la medida en que las limitaciones a la autonomía de la voluntad tienen como finalidad la protección de bienes jurídico-constitucionales, el principio de libre desarrollo no puede constituir un límite a tal actuación de los poderes públicos. De la misma manera, es posible que algunas prohibiciones de derechos subjetivos puedan cuestionarse de proteccionistas en la consideración de que las actuaciones públicas deben favorecer la autonomía de la voluntad; pero tales razones de oportunidad política no pueden ser discutibles desde una perspectiva jurídica. Es el

caso del aumento de la edad del consentimiento sexual a los 16 años, elección cuestionable desde un punto de vista político, pero justificada por la necesidad de proteger a los menores del riesgo de explotación sexual. Únicamente el libre desarrollo de la personalidad debe operar como criterio orientador de la acción estatal imponiendo cierta coherencia en el otorgamiento de derechos subjetivos en situaciones similares. Se observa un desajuste entre la edad mínima para el consentimiento de relaciones sexuales (16 años) y la edad mínima para poder acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (18 años). Así pues, el ordenamiento considera las menores de 16 años suficientemente maduras para poder decidir mantener relaciones sexuales, pero no valora que posean la capacidad de discernimiento suficiente para poder decidir sobre las consecuencias de tales relaciones y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

La exigencia de igualdad formal (art. 14 CE), como prohibición de discriminación por razones subjetiva constituye un límite al modo de intervención de los poderes públicos. En ese sentido, el respeto de la igualdad formal condiciona la actuación estatal en su acción promocional para garantizar la igualdad real y efectiva a través de la implementación de medidas de acción positiva y medidas represivas con perspectiva de género. Esta actuación está condicionada por el requisito de la temporalidad de las medidas, que impone que las mismas sean sometidas a una evaluación periódica, para averiguar si sigue existiendo el rasgo que hacía diferentes a los destinatarios de la medida y que en su día fundamentó la adopción de la misma. En el caso de que haya desaparecido la diferencia factual entre individuos o grupos de individuos en un determinado ámbito de la realidad social, es necesario derogar la concreta medida. En suma, la desaparición del rasgo que identifica a quien eran desiguales en la realidad social hace necesaria la abolición de la concreta medida de acción positiva o de la medida represiva con aplicación preceptiva del agravante de género, pues conforme al principio de igualdad formal no es admisible la diferenciación entre quienes no son diferentes.

Los poderes públicos están vinculados al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE), tanto en lo relativo al objeto del derecho como en lo relativo a las garantías de los límites internos del mismo. El contenido previo e indisponible de un derecho fundamental vincula el

legislador y el poder judicial en la creación y en la aplicación de las normas, respectivamente. De esta manera, no es admisible vulnerar el contenido del derecho fundamental so pretexto del libre desarrollo de la personalidad del individuo, adicionando un significado positivo a un derecho reaccional de contenido negativo para asegurar un contenido del derecho conforme a la autonomía de la voluntad del individuo. De la misma manera, no está permitido utilizar la cláusula de interpretación conforme de los tratados internacionales (art. 10.2 CE) para equiparar dos derechos diferentes, con enunciados diferentes, uno contenido en la Constitución Española y el otro contenido en el tratado internacional.

Además, no es admisible intervenir el derecho fundamental cuando la norma iusfundamental no contiene una delimitación restrictiva, ni una garantía a la misma. De hecho, la regulación de límites no incluidos en la norma de derecho fundamental puede ser cuestionada en inconstitucionalidad por vulneración del contenido esencial del derecho fundamental.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL (ART. 14 CE) COMO LÍMITE AL MODO DE INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

I. Cuestiones preliminares

En el Estado social los poderes públicos promueven la igualdad real y efectiva mediante la implementación de medidas de acción positiva y medidas antidiscriminatorias para individuos y grupos que son desiguales en ámbitos concretos de la realidad social presente (art. 9.2 CE). Las medidas de acción positiva persiguen un propósito igualador, otorgando derechos y estableciendo ventajas o preferencias para un colectivo o grupo de personas en razón de la situación de desventaja real y efectiva en un ámbito concreto de la realidad social en la que se encuentran²⁸⁹. En este sentido, la igualdad real se proyecta en normas que otorgan derechos a quienes se identifican en el rasgo que los hace desiguales en la vida real. Se trata de medidas constitucionalmente posibles si existe una situación de partida en la que un grupo o un colectivo se encuentra en una posición de desventaja o marginación, y la medida tiene como objetivo compensar o superar esta desigualdad real²⁹⁰.

La creación de fórmulas de trato formalmente desiguales orientadas a favorecer los miembros de los colectivos socialmente discriminados (las medidas de acción positiva), constituye una excepción al principio de igualdad formal²⁹¹, desde la perspectiva de la naturaleza de la norma. Sin embargo, en el Estado social tales

²⁸⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, en *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, pág. 5.

²⁹⁰ GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES P. Y SASTRÚSTEGUI M., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 152.

²⁹¹ CARBALLO FIDALGO, M., “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la ley orgánica de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Administración & ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 1, núm. 3, 2006, pág. 16.

medidas persiguen una igualdad real desde la eficacia de la norma, cual es la eliminación de la diferencia de facto. La desaparición de la desigualdad de facto entre individuos o grupos, constituye un límite al mantenimiento de la concreta medida de acción positiva. En el caso de que haya desaparecido el rasgo que hacía desiguales a un individuo o grupo en un determinado ámbito de la realidad social, es necesario abolir la medida de acción positiva.

La exigencia de igualdad material tiene que armonizarse con la igualdad formal, principio que establece que las normas deben ser lo más neutras y generales posible, sin discriminaciones basadas en razones subjetivas. Por ello, las medidas de acción positiva y las medidas represivas con enfoque de género tienen que ser temporales y sus resultados sometidos a una evaluación periódica, cuando desaparece la desigualdad factual que en su día justificó su adopción. Se trata de medidas coyunturales, aplicables hasta que subsista la situación de desigualdad de hecho, y deben responder a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el objetivo perseguido en cada caso²⁹². La desaparición de la desigualdad factual entre grupos e individuos supone un límite que debe originar un cambio en el modo de intervención de los poderes públicos. Bien sea para adoptar otra medida de acción positiva acorde con la nueva desigualdad de facto; o bien para eliminarla.

El respeto de la igualdad formal supone la imposibilidad de incoar medidas de acción positiva que no se funden en desigualdades de facto presentes entre individuos o grupos; supone también la necesidad de eliminar la medida de acción positiva cuando desaparece el rasgo que identifica a las personas o grupos que se encuentran en una situación de desigualdad en un ámbito concreto de la realidad social e impone la neutralización de la misma o el cambio de medida. En este sentido, las medidas de acción positiva deben ser evaluadas periódicamente, de conformidad con los requisitos de temporalidad y proporcionalidad de las mismas para averiguar si sigue existiendo la desigualdad de hecho y que justificó en su momento la adopción de la medida.

²⁹² CARBALLO FIDALGO, M., “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la ley orgánica de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Administración & ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 1, núm. 3, 2006, pág. 16.

El objetivo de este capítulo es evidenciar, en algunos supuestos, como la igualdad formal representa un límite a la permanencia de medidas de acción positiva y de medidas represivas con enfoque de género cuando desaparece el rasgo que identifica a quienes son desiguales en la vida real.

La temporalidad de las medidas de acción positiva se evidencia en relación con los derechos laborales de las mujeres tradicionalmente ligados a sus diferencias biológicas respecto de los hombres: la gestación y la maternidad. En la actualidad, la existencia de hombres transgénero ha supuesto que la suspensión del contrato por parto, o por riesgo en el embarazo o la atribución del derecho de lactancia natural, ya no sean derechos exclusivos de las mujeres. Así mismo, la desaparición de la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres respecto a la posibilidad de gestar y dar a luz impone que se deroguen las medidas de acción positiva que permiten la interrupción voluntaria del embarazo y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida solamente para las mujeres. Por ello, cuando la diferencia de trato ya no está justificada por una desigualdad de hecho, el límite de la igualdad formal impone la neutralización de las normas que introducen medidas de acción positiva, transformándolas en medidas antidiscriminatorias.

Así mismo, la permanencia de normas que obligan incrementar la pena para delitos relacionados con la violencia intrafamiliar o de relaciones de pareja con o sin convivencia, las medidas represivas con enfoque de género, está condicionada por la desaparición de la consideración de las mujeres como grupo socialmente minusvalorado. La desaparición de las mujeres como víctimas mayoritarias de la violencia familiar o de relaciones de pareja con o sin convivencia operaría como criterio para la eliminación de esta medida represiva con perspectiva de género. Sin embargo, las mismas siguen justificándose en una desigualdad real y efectiva, dado que las mujeres siguen siendo las víctimas mayoritarias de tal violencia.

II. Igualdad formal y medidas de acción positiva en relación con la gestación y la maternidad

La exigencia de igualdad formal opera como límite en las medidas de acción positiva relacionadas con los derechos de las mujeres gestantes. La desaparición del

rasgo que hacía diferentes a hombres y mujeres (la maternidad) fundamenta la necesidad de derogar esta determinada medida. Así pues, la evaluación periódica de la desaparición del rasgo que identificaba a quienes eran desiguales en la vida real (la maternidad en relación con las mujeres) impone su eliminación o conversión en otra medida diferente.

En el ordenamiento español existen medidas de acción positiva relacionadas con la gestación que están dirigidas exclusivamente a mujeres. Hasta tiempos recientes la maternidad integraba un rasgo únicamente femenino por razones biológicas y, por ende, las únicas afectadas por las consecuencias de esta diferencia factual eran las mujeres. Sin embargo, gracias a los avances científicos de los últimos años, actualmente es posible que hombres transexuales conserven su aparato reproductor femenino (útero, ovarios y genitales) para hacer viable una posible gestación posterior²⁹³. Por ello, gestar y dar a luz ya no son hechos limitados a las mujeres sino también a los hombres.

En España esta situación ha sido posible porque la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no incluye la cirugía de reasignación sexual como requisito para solicitar el cambio de nombre y sexo en el Registro Civil. Así pues, las personas con nacionalidad española, mayores de edad y con suficiente capacidad para ello, pueden solicitar el cambio del nombre en la documentación oficial una vez acreditado mediante informe médico un diagnóstico de disforia de género, la disonancia entre el sexo morfológico y la identidad de género sentida por el solicitante. Así mismo es necesaria la certificación de haber recibido tratamiento hormonal durante al menos dos años antes de la presentación de la solicitud, para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado; por último, la ausencia de un trastorno de la personalidad que pueda influir en la existencia de la disonancia (art. 4). De esta manera, se da mayor relevancia al sexo

²⁹³ Uno de los primeros casos al mundo fue el Thomas Beatie, un varón transexual que en 2008 en Estados Unidos dio a luz una niña <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/24/medicina/1216882073.html> (a 20/09/2017). En 2013 en Alemania, primer caso en Europa, un varón transexual llevó a cabo con éxito la gestación de un bebé <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20130918/transexual-da-a-luz-alemania-2668149> (a 20/09/2018). Recientemente, otro hombre transgénero de Estados Unidos dio a luz un niño concebido con su marido. <https://www.20minutos.es/noticia/3103878/0/hombre-transexual-da-a-luz-nino-marido-trystan-reese> (a 20/09/2018).

psicológico o psicosocial, optando por no exigir una cirugía total -interna y externa- de reasignación sexual como parte del tratamiento requerido (art. 4.2). Así mismo, se considera que la disforia sexual no debe ser tratada necesariamente en contra de la voluntad de la persona afectada, respetando la decisión de quienes por motivos de edad, salud o meramente económicos, no pueden someterse a este tipo de intervenciones²⁹⁴.

Por ello, es posible que medidas de acción positiva que se introdujeron para compensar una desigualdad de hecho -la maternidad-, entre mujeres y hombres tengan que derogarse o modificarse por resultar discriminatorias para otros destinatarios, en la medida en que el rasgo que justificó en su día su adopción ha desaparecido. La razón estriba en que estas normas no tienen en cuenta todos los posibles destinatarios porque excluyen los hombres transgénero que gestan y dan a luz. Por lo tanto, es necesario neutralizar las medidas de acción positiva de conciliación de la vida familiar y laboral que contemplan únicamente a la mujer como titular, como los permisos parentales, así como otras medidas que están directamente relacionadas con la gestación, como el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y las técnicas de reproducción humana asistida.

2.1. Los permisos parentales en el ámbito laboral

Las licencias parentales y por cuidado de familiares son normas que regulan la ausencia del trabajo o la interrupción de las prestaciones laborales habituales para atender al nacimiento y crianza de los hijos recién nacidos o del cuidado de un familiar en situación de enfermedad o dependencia. En estos casos se reconocen unas prestaciones económicas que pueden consistir en retribuciones sustitutivas del salario u otros derechos de protección social²⁹⁵.

La especial regulación del trabajo de las mujeres que desde sus comienzos iba ligada al trabajo de los menores, se basaba en razones de carácter fisiológico

²⁹⁴ El TEDH ha afirmado que la esterilización forzosa viola el art. 8 CEDH (*Garçon y Nicot v. France*). LLOVERAS FERRER, M. R., “Una ley civil para la transexualidad”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2008, págs. 9-10.

²⁹⁵ FLAQUER, L. Y ESCOBEDO, A., “Licencias parentales y política social de la paternidad en España”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 1, 2014, pág. 76.

relacionadas con el embarazo, el parto y la relación con los primeros meses de la vida del hijo²⁹⁶.

La maternidad ha constituido tradicionalmente una causa de discriminación directa por razón de sexo hacia la mujer en el empleo, tanto en el acceso como en el mantenimiento del mismo. Por esta razón se introdujeron medidas de acción positiva para proteger a las trabajadoras que se encontraban en esta circunstancia vital²⁹⁷.

En el ámbito de la Unión Europea se ha asistido a una evolución en materia, pasando del reconocimiento de los derechos unidos a la maternidad de la mujer trabajadora al reconocimiento de los derechos ligados a la filiación, la convivencia y la familia, así como a la afirmación del objetivo del cambio social hacia un equilibrio en la distribución de las responsabilidades familiares entre progenitores, con independencia del sexo, o la identidad sexual²⁹⁸.

Así pues, en una primera fase, la normativa de la Comunidad Económica Europea se centra en la protección de la madre trabajadora y en la finalidad de asegurar el éxito del proceso reproductivo, más que el cuidado del recién nacido²⁹⁹.

La Directiva 92/85/CEE³⁰⁰ enfoca la maternidad desde un punto de vista estrictamente biológico, considerando las trabajadoras embarazadas, o las que han dado a luz o en periodo de lactancia, un grupo expuesto de riesgo específico, especialmente sensible, cuya salud y seguridad tenía que tutelarse³⁰¹. Su objetivo

²⁹⁶ ESPUNY TOMÁS, M. J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, en *IUSLabor*, núm. 2, 2006, pág. 1.

²⁹⁷ PÉREZ CAMPOS, A. I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47, 2014, pág. 167.

²⁹⁸ QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 3, 2007, págs. 67-68.

²⁹⁹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., “Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007, pág. 377.

³⁰⁰ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

³⁰¹ Esta Directiva fue elaborada en conformidad con el enfoque de las dos normas comunitarias básicas sobre protección de la seguridad y la salud en el trabajo, en primer lugar el art. 118 A TCE en su versión anterior al Tratado de Ámsterdam, que obligaba al Consejo a establecer las disposiciones mínimas para mejorar las condiciones del trabajo y proteger la seguridad y la salud de

es la protección de la seguridad y salud de la madre y del recién nacido, así como asegurar el mantenimiento del empleo de la trabajadora. Con este fin, establece para las trabajadoras un permiso de maternidad de al menos 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto. Se contempla de manera específica una situación propia de la mujer, pero se aleja de las normas de carácter profundamente proteccionista que se habían introducido hasta aquel momento, que se limitaban a prohibir la realización de determinados trabajos penosos o peligrosos. Así mismo, se establecen una serie de medidas para garantizar el mantenimiento del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o que ha dado a luz de reciente, entre ellas, la prohibición de despido para la trabajadora embarazada, en el caso de que el embarazo sea la causa del mismo, por considerarse una discriminación por razón de sexo. Además, introduce el riesgo por embarazo como causa de suspensión del contrato de trabajo³⁰².

En el momento de su creación, los derechos vinculados con la maternidad estaban pensados para la familia tradicional, matrimonial y heterosexual, y el papel de la mujer en la misma como cuidadora principal de los hijos y de los demás familiares. Por ello, la situación histórica de partida era el reconocimiento de derechos vinculados con la maternidad de titularidad femenina exclusiva o preferente³⁰³.

En esta misma línea, el TJUE ha afirmado la diferente naturaleza que tiene el permiso de maternidad respecto a otros permisos parentales y derechos de conciliación familiar y laboral. El permiso por maternidad de la mujer tiene una

los trabajadores. En segundo lugar, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo art. 15 exige que los grupos de trabajadores expuestos a riesgos específicos sean protegidos contra los peligros que les afectan. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., “Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007, pág. 375.

³⁰² QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 3, 2007, págs. 67-68.

³⁰³ La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, no contenía un permiso por nacimiento de hijo, sino por “alumbramiento de esposa”, de manera que se excluían los hijos extramatrimoniales. Así mismo, todos los permisos parentales eran de exclusiva titularidad femenina, excepto la reducción de jornada. LOUSADA AROCHENA, J. F., “Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 401-402.

especial consideración basada en su finalidad de “protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este y por otra parte de la especial relación entre la madre y el hijo en las semanas posteriores al parto”³⁰⁴.

Sin embargo, estas medidas están experimentando una evolución en el sentido de promocionar la corresponsabilidad en el cuidado de los menores. Así pues, las políticas de conciliación, concebidas tradicionalmente como instrumento para promocionar el acceso y mantenimiento del empleo de la mujer, han evolucionado en el sentido de adquirir una dimensión más global, que incluye el concepto de corresponsabilidad. Por ello, se pone de manifiesto la necesidad de que ambos progenitores se impliquen en el cuidado de los hijos y de los familiares³⁰⁵.

2.1.1. El permiso de maternidad

La desaparición de la diferencia factual que justifica la inclusión de una medida de acción positiva destinada a las mujeres trabajadoras, como el permiso de maternidad, justifica la modificación de la medida misma. Así pues, la posibilidad de que también los hombres transexuales trabajadores puedan gestar y dar a luz, impone la neutralización de la medida, consintiéndoles ser beneficiarios de esta prestación.

El permiso de maternidad fue el primero por nacimiento que se introdujo en los Estados de Bienestar de finales del siglo XIX y que se enmarca en el sistema de los seguros obreros promovidos durante la época bismarckiana³⁰⁶. Su finalidad

³⁰⁴ STJUE de 13 de septiembre de 2013 (Asunto “Betriu Montull”). Esta sentencia se refiere a la redacción del art. 48.4 ET anterior a la I, que atribuía la titularidad del derecho a la suspensión por maternidad biológica exclusivamente a la madres, de manera que si la misma no tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena o no estaba afiliada a un régimen público de seguridad social que le permitiese tener derecho a la prestación por maternidad, el padre no podía disfrutar de este permiso. VELASCO PORTERO, M. T., “El padre y el permiso por maternidad biológica. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-5/12”, en *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. 2013, págs. 97-102.

³⁰⁵ PÉREZ CAMPOS, A. I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47, 2014, pág. 165.

³⁰⁶ Para un análisis del fundamento del permiso de maternidad y su regulación jurídica desde sus orígenes véase NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 17-43 y 45-69. Para un estudio muy detallado de la evolución de la protección de la maternidad en España desde sus orígenes hasta la actualidad véase MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 25-43.

originaria era la protección de la salud de la madre trabajadora y del recién nacido durante la etapa posterior al parto³⁰⁷. Además de permitir la recuperación física de la mujer después del alumbramiento, el objetivo era brindarle una cierta seguridad en el empleo, permitiéndole no salir del mercado laboral, amparándola del despido, reconociéndole el derecho a reincorporarse en su puesto de trabajo y a seguir percibiendo su salario. Se entendía, así, que el embarazo o la maternidad no deben ser causa de discriminación para acceder a la formación, el desarrollo de las calificaciones y el empleo (Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2004)³⁰⁸.

En España la Ley de 13 de marzo de 1900, fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y de los niños, marcó el comienzo de la legislación protectora de la mujer³⁰⁹. Se introdujo un descanso obligatorio por maternidad durante las 3 semanas inmediatamente posteriores al parto (art. 9). Así mismo, el Reglamento de 13 de noviembre de 1900, para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900 acerca del trabajo de mujeres y niños, consentía ampliar a una semana más el descanso por maternidad en el caso de que hubiese una certificación médica que declarase la imposibilidad por la mujer de reincorporarse al trabajo sin perjuicio de su salud (art. 18). Este periodo fue ampliado a cuatro semanas después del parto y a dos semanas ampliable por certificación médica, por un total de máximo 6 semanas con Ley 8 de enero de 1907, de reforma del artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de las mujeres y los niños³¹⁰, pero no estaba previsto ningún tipo de retribución económica.

Durante la fase de la dictadura franquista, se aprobaron la Ley 193/1963, sobre Bases de la Seguridad Social y uno de los textos de desarrollo de la misma,

³⁰⁷ CASTRO GARCÍA, C., *Políticas para la igualdad: permisos por nacimiento y transformación de los roles de género*, Catarata, Madrid, 2017, págs. 93-94.

³⁰⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe VI, 98ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, pág. 54.

³⁰⁹ ESPUNY TOMÁS, M. J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, en *IUSLabor*, núm. 2, 2006, pág. 1.

³¹⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, en *IUSLabor*, núm. 2, 2007, págs. 2-3.

el Decreto 907/1966 de 21 de abril³¹¹. En este texto se consideraba la maternidad como enfermedad y se le otorgaba una prestación similar a la Incapacidad Laboral Transitoria. Esto se debía a que la licencia paliaba una situación de imposibilidad para la trabajadora de desempeñar su actividad laboral en las semanas posteriores al parto, como consecuencia de la recuperación física tras el parto y durante el puerperio. La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, incrementó la duración del permiso de maternidad a 14 semanas (6 semanas antes del parto y 8 semanas después del parto, art. 25.4). A través de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a 16 semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, se amplió la duración del permiso a 16 semanas (18 semanas en el caso de parto múltiple). Así mismo, se introdujo la suspensión del contrato en el supuesto de adopción y también la idea de corresponsabilidad entre progenitores, permitiendo que una parte del permiso de maternidad, hasta 4 semanas, pudiese ser disfrutado por el padre. Además, el padre podía disfrutar del permiso en el caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en consecuencia del mismo. Finalmente, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, amplía a 10 semanas la posibilidad de que el padre pueda compartir el permiso en caso de maternidad biológica. Así mismo, se equiparó la duración del permiso por adopción y acogimiento a 16 semanas³¹².

Actualmente la suspensión del contrato por maternidad prevé dos medidas diferentes, por un lado la suspensión del contrato, regulado por el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores³¹³ y por otro el pago de una prestación económica por parte de la Seguridad Social para cubrir las pérdidas económicas que derivan de la suspensión del contrato³¹⁴. La suspensión del contrato de maternidad biológica tiene una duración total de 16 semanas (art. 48.4 ET), ampliables a supuestos de

³¹¹ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

³¹² MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 26-39.

³¹³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³¹⁴ La prestación por maternidad puede tener naturaleza contributiva o no contributiva y es regulada por los arts. 2-21 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (arts. 2-21).

parto múltiple (dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo), discapacidad del hijo (dos semanas) y parto prematuro y hospitalización del neonato (hasta un máximo de 13 semanas de hospitalización).

Así pues, se ha producido una evolución tanto en la duración del permiso, como de los supuestos considerados para la suspensión del contrato, como la adopción y el acogimiento, desligándose del hecho biológico de la maternidad como supuesto causante del permiso y también el cambio de finalidad del mismo, pasando de la protección de la salud de la trabajadora y su recuperación física, al cuidado del recién nacido. De este modo, se desvincula la prestación por maternidad de la maternidad como hecho biológico, dando prevalencia al cuidado del hijo.

En el caso de la maternidad biológica la beneficiaria del permiso es la trabajadora. Las primeras seis semanas posteriores al parto son de disfrute obligatorio para la mujer, para permitirle recuperarse físicamente después del embarazo, del alumbramiento y del puerperio, y a la vez permitirle atender a los cuidados del recién nacido. Las otras diez semanas se consideran necesarias únicamente para el cuidado de la criatura y por esta razón amplió el disfrute del permiso a los supuestos de adopción³¹⁵ y acogimiento y se permite que el otro progenitor pueda acceder a la licencia en determinados supuestos. Así pues, la titularidad del permiso de maternidad es femenina, mientras que el otro progenitor (el padre) puede serlo solamente por derivación de ella, de manera que se trata de un derecho cedido. El disfrute del mismo depende de la voluntad de la madre en tal sentido de ceder una parte o la totalidad de las 10 semanas o de su fallecimiento durante el parto o después del mismo. Sin embargo, en el caso de la maternidad por acogimiento o adopción, la titularidad es de ambos progenitores³¹⁶.

En relación con el permiso de maternidad, el otro progenitor puede tener una posición subsidiaria que le permite atender a las responsabilidades familiares tan solo en defecto de la madres, tanto porque la misma ha fallecido, porque no tenga

³¹⁵ Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a 16 semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

³¹⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 48-49, 54.

derecho a la prestación por maternidad o porque decida ceder parte del derecho del que es ella es titular³¹⁷.

Así pues, la finalidad de la norma que establece el permiso de maternidad ha cambiado, dirigiéndose hacia el cuidado del recién nacido. En este sentido el TC³¹⁸ afirmó que la protección de la maternidad tiene una finalidad social -la protección de la maternidad- pero a la misma se le añade el propósito de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar con la criatura recién nacida. Así pues, la tutela ofrecida por la medida de acción positiva se extiende a la familia en su conjunto, de manera que no se limita únicamente a la relación entre madre e hijo, sino que se amplía el círculo de los sujetos que forman esta relación familiar, en primer lugar el otro progenitor³¹⁹.

El reconocimiento del derecho a disfrutar del permiso de maternidad en el caso de la filiación a través de la gestación por subrogación³²⁰ llevada a cabo en el extranjero constituye otra demostración de cómo la finalidad principal del permiso de maternidad ha evolucionado.

En el ámbito de la Unión Europea, los permisos parentales se consideran permisos de para el cuidado disfrutados de igual forma por ambos progenitores. El permiso de maternidad y el permiso de paternidad no son lo mismo que los permisos parentales por nacimiento, pero tendrían que transformarse en esa dirección. Algunos países europeos han eliminado el permiso de maternidad por lo que desaparece la distinción entre maternidad y paternidad, con el fin de regular un

³¹⁷ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., “Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007, págs. 387-388.

³¹⁸ STC 20/2001.

³¹⁹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., “Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007, pág. 388.

³²⁰ La gestación por subrogación “se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos”. DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, pág. 1. Los motivos para recurrir a la gestación por subrogación son varios, entre ellos la infertilidad de la mujer, debida a causas genéticas, enfermedad o edad, y el deseo de paternidad de parejas homosexuales de varones. VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, en *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011, pág. 1.

permiso parental global que incluye partes individuales e intransferibles para cada progenitor y una parte que puede ser utilizado por cualquiera de los progenitores³²¹.

Así mismo, desde la Unión Europea se ha expresado la necesidad de individualizar los derechos derivados del cuidado de hijos, por primera vez mediante la Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES sobre el permiso parental, nacimiento o adopción de hijo, para poder ocuparse del mismo, promover la conciliación de la vida familiar y laboral y la atención a los hijos. La motivación es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los trabajadores, hombres y mujeres (art. 1) y establecer un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres por motivo de nacimiento o adopción de un hijo para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser hasta los ocho años.

Esta directiva fue derogada en 2012 por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. El objetivo de la directiva es promover la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares y fomentar la igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en el empleo. El Acuerdo Marco sobre el permiso parental del 18 de junio de 2009 tiene como finalidad facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, y fomentar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral entre hombres y mujeres (Cláusula 1). Esto se debe a la consideración de que las políticas familiares deben contribuir al logro de la igualdad entre los sexos y promocionar la participación de las mujeres en la vida activas y el reparto de las responsabilidades familiares (Considerando núm. 8). A este propósito, se establece un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, independientemente de su sexo, por motivo de nacimiento o adopción de hijo, para su cuidado, de la duración

³²¹ Los países que han introducido este tipo de permiso parental son Suecia, Noruega, Islandia y Portugal. Se trata de medidas orientadas mayormente al cuidado de la criatura y a un reparto más equilibrado de las tareas familiares. CASTRO GARCÍA, C., *Políticas para la igualdad: permisos por nacimiento y transformación de los roles de género*, Catarata, Madrid, 2017, págs. 98-99.

mínima de 4 meses y máxima de 8 años. De los cuatro meses, por lo menos uno tiene que ser intransferible, para fomentar un uso más equilibrado entre ambos progenitores (Cláusula 2)³²².

En suma, conforme a la necesidad de respetar la igualdad formal, es necesario cambiar el modo de intervención de los poderes públicos, en relación con las medidas de acción positiva relativas al permiso de maternidad. Dado que ha desaparecido el rasgo que hacía desiguales a hombres y mujeres en este ámbito de la realidad social, la posibilidad de gestar y dar a luz, la exigencia de la igualdad formal conlleva la necesidad de cambiar el modo de intervención de los poderes públicos, eliminando estas medidas de acción positiva de titularidad exclusivamente femenina o reconvertirla en una medida diferente, como una medida de acción positiva consistente en derechos de descanso por parto para hombres y mujeres.

2.1.2. Otras medidas de acción positivas dirigidas únicamente a mujeres trabajadoras

La desaparición del rasgo que identifica a quienes son iguales en la vida real impide el mantenimiento de las medidas de acción positiva consistentes en derechos laborales para las mujeres como la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural. De esta manera, la titularidad exclusiva femenina tiene que derogarse y se tienen que neutralizar las medidas de acción positiva respecto al sexo del progenitor.

Además del permiso de maternidad, otra medida de acción positiva a favor de la mujer trabajadora es la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (arts. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales y art. 48.8 ET). La finalidad es proteger a la trabajadora de los riesgos procedentes del desempeño de su actividad laboral (agentes, procedimientos o condiciones de trabajo), que pueden influir sobre su salud o la del feto o del recién nacido. Esta suspensión del contrato por riesgo por

³²² El Acuerdo Marco fue elaborado por las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales de carácter general.

embarazo se produce cuando las condiciones del puesto pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto (en caso del riesgo durante el embarazo) o del hijo ya nacido (en el caso del riesgo durante la lactancia) y no es posible proceder a la adaptación las condiciones o del tiempo del trabajo (como la no realización de trabajo nocturno o a turnos) o el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado. Dado que es la realización de la actividad laboral la que pone en peligro el embarazo de la trabajadora y por ende su salud y la del feto o del recién nacido, es necesario suspender el contrato y se le abona una prestación económica de la Seguridad Social sustitutiva de las rentas que deja de percibir³²³.

Así mismo, se reconoce a las trabajadoras embarazadas un derecho a ausentarse del trabajo con remuneración para realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto dentro del horario laboral (art. 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

Las mismas consideraciones son válidas para la norma que establece la nulidad del despido de la trabajadora embarazada, tanto el ordinario (art. 53.4 ET), como el improcedente (art. 55.5 b ET), desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato. Esta medida, introducida en España mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, tiene como únicas destinatarias a las mujeres³²⁴.

La desaparición del rasgo que identifica a quienes son desiguales en la vida real impide el mantenimiento de tal medida de acción positiva consistente en derechos laborales para las mujeres, pues tales medidas se fundan en un rasgo que ya no es

³²³ LÓPEZ MARTINEZ, J., PÉREZ LARA, J. M., MARTOS GARCÍA, J. J. Y VIÑAS ARMADA, J. M., “Protección social de la mujer, de las familias con personas dependientes y del discapacitado como instrumento de equidad en el mercado del trabajo y de conciliación de la vida familiar y laboral”, Fondo de Investigación de la Protección Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2006, págs. 34-36. Tanto la prestación por riesgo durante el embarazo como la prestación por riesgo durante la lactancia natural son reguladas por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, respectivamente en los arts. 31-47 y arts. 49-51.

³²⁴ Sobre este tema véase FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La protección de la mujer embarazada frente al despido”, en RAMÍREZ MARTÍNEZ J. M., ROMEO, C. Y VIQUEIRA PÉREZ, C. (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 179-190; GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

exclusivo de las mujeres sino también de los hombres. De esta manera la titularidad femenina exclusiva de derechos laborales que permiten la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, así como la posibilidad de someterse a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto dentro del horario laboral, tiene que desaparecer y las normas que los prevén tienen que neutralizarse.

Ahora mismo los trabajadores transgénero embarazados o en fase de lactancia natural están excluidos de la posibilidad de disfrutar de estos derechos laborales. Así pues, es posible que los mismos estén expuestos a los riesgos de la actividad laboral que desempeñan, de la misma manera que las trabajadoras. Así mismo, la norma los excluye del derecho a someterse a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto dentro del horario laboral, que son beneficiosas para su salud y la del feto. Consecuencia de lo anterior, la norma los excluye de la protección frente a un despido nulo por causa de embarazo. Por ello, las normas que regulan la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como la prohibición de despido por causa de embarazo son contrarias a la exigencia de generalidad de la ley aplicable al máximo número de destinatarios posible (art. 14 CE).

Las normas laborales reguladoras de derechos para mujeres por razones biológicas tienen que tener en cuenta otros destinatarios, en este caso los hombres transgénero. Así pues, la prohibición de discriminaciones por razones subjetivas impide la permanencia de medidas de acción positiva anteriormente basadas en diferencias factuales entre mujeres y hombres. Cuando el rasgo legal que hace desiguales a las mujeres -la maternidad-, deja de ser un atributo exclusivo del sexo femenino, las acciones positivas tienen que ser derogadas o modificadas³²⁵. En tal sentido, la igualdad formal opera como límite al modo de intervención de los poderes públicos.

Así pues, es necesario modificar el modo de intervención de los poderes públicos en el ámbito de los permisos parentales por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, en el sentido de que estas determinadas medidas de acción

³²⁵ ZOCO ZABALA, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pág. 214.

positiva cuyos únicos destinatarios son las mujeres gestantes o en fase de lactancia, tiene que ser derogada o modificada, de la misma manera que las otras medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal que tienen en cuenta otros destinatarios y que son derechos laborales individuales, neutros respecto al sexo, como es el caso del permiso de lactancia (art. 37.4 ET³²⁶).

2.2. Otras medidas de acción positiva relacionadas con el embarazo

La temporalidad de la medida de acción positiva redundará en una evaluación, de manera periódica, de sus resultados, de modo que si desaparece la desigualdad factual en un ámbito concreto de la realidad social, los poderes públicos están obligados a derogar o modificar la medida. Las acciones positivas constituyen una excepción a la igualdad ante la ley, desde la naturaleza de la norma, que se justifican en la existencia de una desigualdad de facto entre individuos o grupos en ámbitos concretos de la realidad social. Por ello, la desaparición del rasgo que identifica a quienes son desiguales en la vida real, en este caso la gestación y la maternidad, impide el mantenimiento de tal medida de acción positiva que atribuye derechos únicamente para las mujeres.

Fuera del ámbito laboral existen otras medidas de acción positiva que se relacionan con la gestación, cuya finalidad es detenerla (la interrupción voluntaria del embarazo³²⁷) o propiciarla (las técnicas de reproducción humana asistida). Hasta tiempos recientes estas normas podían tener como únicos destinatarios a las mujeres, dado que el embarazo constituía un rasgo típico del sexo femenino. Sin

³²⁶ En el caso de lactancia del menor, hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tienen derecho a una hora de ausencia del trabajo, que pueden dividir en dos fracciones. En alternativa, es posible sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

³²⁷ “Interrupción voluntaria del embarazo” y “aborto” no son términos sinónimos. La primera se refiere al aborto deliberadamente provocado, que no acontece por causas naturales, por puro azar, tiene que existir el elemento de voluntad. Así pues, toda interrupción voluntaria de embarazo es aborto, pero no necesariamente todo aborto integra una interrupción voluntaria del embarazo. NIETO ALONSO, A., “El poder de autodeterminación de la mujer desde la perspectiva de los derechos de la salud sexual y reproductiva (anticoncepción de emergencia, interrupción voluntaria del embarazo [IVE] y reproducción asistida)”, en GARCÍA RUBIO, M.P. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 págs. 653-654.

embargo, esta situación ha cambiado debido a los progresos científicos y ahora también los hombres transexuales pueden gestar y dar a luz.

El acceso a la interrupción voluntaria del embarazo está regulado en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (arts. 12-17), y el mismo está limitado exclusivamente al sexo femenino. En España a través de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 *bis* del Código Penal (“ley de supuestos”) se despenalizó por primera vez el aborto en tres supuestos: violación, riesgo para la salud física y psíquica de la madre y malformación del feto. Actualmente está en vigor la “ley de plazos”, que prevé el acceso libre a la interrupción del embarazo hasta la decimocuarta semana de gestación (art. 14). Transcurrido este plazo, y hasta la vigésimo segunda semana de gestación, la interrupción del embarazo está permitida solamente por razones médicas, en el caso de existencia de un grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada o un riesgo de graves anomalías en el feto. Así mismo, una vez vencido este plazo, es posible acceder a la interrupción del embarazo en dos supuestos excepcionales, en el caso de que se detecten unas anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto (art. 15).

Dado que ha desaparecido el rasgo que hacía diferentes a hombres y mujeres en la realidad social, la posibilidad de gestar, y que justificaba el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo solamente para mujeres, es necesario adaptar las normas incluyendo a todos los destinatarios de la misma. La inexistencia de una desigualdad factual impone que esta medida de acción positiva desaparezca en aras de la igualdad formal. En la actualidad, la gestación no es un rasgo que diferencia a hombres y mujeres, de manera que ambos pueden necesitar acceder a la interrupción voluntaria del embarazo tanto por libre elección, cuanto por motivos médicos (en el caso de que peligre su vida e integridad física).

Las mismas consideraciones son válidas para las técnicas de reproducción humana asistida (arts. 3 y 6 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), que permiten el acceso a las mismas sólo a personas

de sexo femenino, independientemente de su estado civil u orientación sexual³²⁸. Estas técnicas tienen como objetivo “coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad” y al mismo tiempo prevenir la aparición de enfermedades genéticas, a través del diagnóstico genético preimplantacional y la selección de embriones. Así pues, la finalidad de estas técnicas es la utilización de estas técnicas médicas para tutelar la salud de la persona usuaria, como actuación médica frente a la esterilidad, pero también como tratamiento de una enfermedad genética o como medida para impedir la transmisión de la misma³²⁹. El propósito de la ley puede ser frustrado en el caso de los hombres transexuales que padecen esterilidad y que deciden paliar este problema, así como los que necesiten acceder a esta técnica para tratar una enfermedad genética grave o impedir la transmisión de la misma al feto. En este caso también es necesario neutralizar la medida para no incurrir en una discriminación por razón de identidad sexual.

En suma, en el ámbito de las medidas de acción positiva relacionadas con la gestación y la lactancia, la exigencia de igualdad formal implica cambiar el modo de intervención de los poderes públicos. En particular, dado que ha desaparecido el rasgo que hacía desiguales a hombres y mujeres en este ámbito de la realidad social, es necesario derogar o modificar las medidas de acción positivas de titularidad exclusivamente femenina, relativas a los permisos parentales de maternidad y de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, así como las medidas de acción positiva relativas al acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a las técnicas de reproducción humana asistida, incluyendo un nuevos destinatarios.

³²⁸ El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida está permitido a las mujeres solas y a las parejas de lesbiana. Sin embargo, en estos dos últimos casos, el tratamiento con fin terapéutico no está cubierto por el Sistema Sanitario Nacional y solamente se subvenciona para parejas heterosexuales. Así pues, se requiere un estudio de esterilidad previo, donde tiene que evidenciarse la existencia de un trastorno de la capacidad reproductiva no susceptible de tratamiento médico. Así mismo, se requiere la “ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos”. Anexo III (punto 5.3.8) del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, así como modificado por la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre.

³²⁹ SERNA MEROÑO, E., “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, págs. 280-281 y 290.

III. Igualdad formal y medidas represivas con enfoque de género

El Estado social interviene para erradicar la violencia de género a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta norma está dirigida a combatir este fenómeno de forma integral y por ello establece un amplio número de medidas, tanto de naturaleza criminal como extra-penal³³⁰.

El ámbito de aplicación de la Ley está restringido únicamente a la violencia que se ejerce dentro de una relación de pareja, actual o pasada, con o sin convivencia³³¹. Sin embargo, violencia de género y violencia doméstica no son nociones sinónimas sino que la primera integra un concepto más amplio, dentro del cual la violencia doméstica es solamente una de sus manifestaciones. De esta manera, la LOMPIVG emplea un concepto de violencia de género más reducido, ceñido solamente al ámbito familiar³³².

Dentro de esta manifestación de la violencia contra las mujeres se toman en consideración solamente las acciones delictivas que constituyen las formas más estrictas de maltrato, las más comunes, donde anteriormente la desprotección de la víctima era mayor por la benignidad de las penas³³³. Hay que reconocer que la violencia en las relaciones de pareja o expareja presenta unos rasgos muy peculiares, que impiden asimilarla a otros tipos de vínculos familiares. De hecho la relación entre el agresor y la víctima es de tipo sentimental, sexual y afectiva, y puede ser acompañada por la convivencia, actual o pasada, y por hijos en común.

³³⁰ LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pág. 8.

³³¹ Identificar la violencia de género con la violencia ejercida por el compañero sentimental es un reduccionismo, porque se limita la erradicación de la violencia contra las mujeres a una sola manifestación de la misma, dejando desprotegidas las víctimas de los demás tipos de violencia. MARUGÁN PINTOS, B., “Límites de la utilización del concepto de violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004 para actuar contra el acoso sexual”, en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 1, 2015, pág. 56.

³³² FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, pág. 1160.

³³³ MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004”, en CERVILLA GARZÓN, M. D. Y FUENTES RODRÍGUEZ, F. (Coords.), *Mujer, violencia y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pág. 125.

Además, en el ámbito familiar los roles de género culturalmente aprendidos, en particular el sometimiento femenino, manifiestan su máxima influencia³³⁴.

La LOMPIVG tiene como objetivo abordar un fenómeno que aflige a un colectivo determinado, el de las mujeres víctimas de violencia de género³³⁵, y la mayor parte de sus medidas no se dirigen con carácter general a todos los ciudadanos, sino solamente al sector que se caracteriza por su pertenencia al sexo femenino y padece las consecuencias de esta violencia. Se trata de una situación particular, que no tiene parangón con la violencia sufrida por el hombre por razón de su sexo. Así pues, se trata de dos situaciones factuales desiguales que necesitan un tratamiento diferenciado³³⁶. De hecho la violencia de género constituye una *“manifestación de discriminación hacia las mujeres, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* (art. 1.1). Representa *“el símbolo más brutal de la desigualdad entre mujeres y hombres”* y *“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”*³³⁷.

En el ámbito de la violencia intrafamiliar o de relación de pareja o expareja a través de la LOMPIVG se introdujeron unas circunstancias agravantes de aplicación obligatoria por parte del juez. En general la aplicación de las

³³⁴ ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., CACHÓN CADENAS, M., JORGE BARREIRO, A., CID MOLINÉ, J., PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, LUIS LAFONT NICUESA, L., ERROBA ZUBELDIA, M. J., NAREDO MOLERO, M., ASÚA BATARRITA, A., ORTUBAY FUENTES, M., PORTERO LAZCANO, G., JUAN DELGADO CÁNOVAS, AYA ONSALOM, A. Y BEATRIZ GARCÍA CELAÁ, B., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 206.

³³⁵ La Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la Mujer toma en consideración la problemática de las mujeres transexuales víctimas de malos tratos por sus parejas varones que aún no han podido rectificar la mención de su sexo en el Registro Civil. Esta situación afecta en mayor medida a las víctimas extranjeras, porque las mismas carecen de la posibilidad de acudir al procedimiento de rectificación registral. Para poder proporcionar una adecuada protección a las mujeres transexuales, tanto de nacionalidad española como extranjeras, se les puede calificar como víctima de violencia de género y aplicarle las medidas previstas por la LOMPIVG, o en el caso de que se acrediten su condición de mujer a través de los informes médico-forenses y los informe psicológicos que atestán su identificación permanente con el sexo femenino (págs. 17-19).

³³⁶ RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en BOIX REIG, J. Y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 94 y 96.

³³⁷ Exposición de Motivos de la LOMPIVG.

circunstancias agravantes es discrecional por parte del órgano judicial mientras que en este caso la obligatoriedad de la aplicación se justifica en que esta manifestación de la violencia tiene como víctimas mayoritarias las mujeres. El establecimiento de medidas represivas con perspectiva de género de aplicación obligatoria por parte del juez está justificado por los datos estadísticos que evidencian la existencia de una desigualdad real y efectiva entre los dos sexos en el ámbito de la violencia de relación de pareja o expareja, con o sin convivencia³³⁸. Así pues, la violencia de género se considera una forma de discriminación basada en el sexo, dado que la población femenina sufre, en mayor medida, sus consecuencias, pero es una violencia “de género”, porque se fundamenta en los roles de género que se conectan con el sexo femenino.

El TC ha determinado la constitucionalidad de las disposiciones de la LOMPIVG que incrementan la pena para el autor masculino cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable (STC 59/2008, *Leading case* en esta materia). En particular el TC afirma que el sexo no es el criterio que determina un tratamiento distinto, sino el mayor desvalor que se le atribuye a las agresiones que son llevadas a cabo por el varón dentro de las relaciones de pareja, donde existe una situación de dominación ejercida por el mismo sobre la mujer. De la misma manera, la diferencia de trato es objetiva y razonable, porque la finalidad es sancionar más gravemente unas conductas que son mayormente censurables por el hecho de que son el reflejo de la situación de desigualdad existente dentro de las relaciones de pareja, donde la mujer ocupa estructuralmente una posición subordinada. A causa de la insuficiente protección que se otorga a las mujeres en ese contexto, se generan consecuencias muy perjudiciales por su vida, integridad física y salud, así como su libertad y dignidad. De hecho la violencia de género representa una violación del principio de igualdad, porque priva la mujer de su autonomía y dignidad.

El fundamento de estas circunstancias agravantes con perspectiva de género de aplicación obligatoria por el juez se encuentra en un peligro implícito derivado de

³³⁸ Según el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, de 24 de junio de 2004, elaborado por el CGPJ, en aquel momento este tipo de violencia registraba el porcentaje más elevado en la estadística judicial, representando el 91,1% de los casos. El CGPJ hizo referencia a la dimensión estadística de la violencia sobre la mujer, constatando que las mujeres son las víctimas mayoritarias de la violencia en el ámbito de la familia.

la propia naturaleza de la relación entre el autor del delito y la víctima³³⁹. En realidad, se castiga mayormente al autor de sexo masculino porque su acto es más grave, dado que se lleva a cabo en un contexto de mayor vulnerabilidad para la mujer y existe una mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo para la misma. Existe un paralelismo con la agravante de racismo y desprecio del sexo contenida en el art. 22.4 CP, sin embargo este artículo no ha generado tanta polémica como los otros relacionados con la ley 1/2004 porque para la aplicación de la agravante ex art. 22.4 CP es necesaria la prueba de que exista esta finalidad y además se puede aplicar a “todo el mundo”, no solamente a los sujetos que forman parte del grupo dominante³⁴⁰.

La circunstancia agravante de género prevista por el art. 22.4 CP es de aplicación potestativa, mientras que en el caso de la violencia intrafamiliar y de relaciones de pareja la aplicación de la circunstancia agravante tiene carácter obligatorio. Esto se debe a que la mayor protección de la mujer se justifica por su mayor desamparo en las relaciones de pareja o ex-pareja³⁴¹.

La doctrina establecida mediante la sentencia STC 59/2008 ha sido reiterada en numerosas sentencias sucesivas relativas a los otros artículos del Código Penal reformados que contienen una diferencia punitiva en el caso de autoría masculina y víctima mujer o persona especialmente vulnerable³⁴².

Las medidas represivas con perspectiva de género respetan la exigencia de igualdad formal si se fundamentan en una situación de desigualdad de hecho, actual

³³⁹ LAURENZO COPELLO, P., “Introducción. Violencia de género, ley penal y discriminación”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 20.

³⁴⁰ LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2009, págs. 6-12.

³⁴¹ FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista penal*, núm. 17, 2006, pág. 90.

³⁴² STC 76/2008, STC 80/2008, STC 81/2008, STC 82/2008, STC 83/2008, STC 95/2008, STC 96/2008, STC 97/2008, STC 98/2008, STC 99/2008, STC 100/2008, STC 45/2009, STC 107/2009, STC 127/2009, STC 151/2009, STC 152/2009, STC 153/2009, STC 154/2009, STC 164/2009, STC 165/2009, STC 166/2009, STC 167/2009, STC 177/2009, STC 178/2009, STC 179/2009, STC 180/2009, STC 201/2009, STC 202/2009, STC 203/2009, STC 213/2009, STC 41/2010, STC 45/2010, STC 52/2010, STC 77/2010, STC 79/2010, STC 80/2010, STC 83/2010. Un análisis detallado de las mismas se encuentra en ULLOA RUBIO, I., “El tratamiento de la violencia de género, en relación con la igualdad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010, págs. 302-318.

y factual, es decir, si está corroborado que las mujeres son de manera mayoritaria las víctimas de este tipo de violencia. Así pues, es necesario someter estas medidas a una evaluación periódica, averiguando si el rasgo que justificó su adopción sigue vigente. Por ello es necesario hacer referencia a las estadísticas y los informes judiciales³⁴³.

En la actualidad, la situación de desigualdad real que justificó la aprobación de la LOMPIVG hace 14 años no ha desaparecido, porque las mujeres siguen siendo mayoritariamente las víctimas de este tipo de violencia. Así pues, la derogación de las medidas de acción positiva a favor de las víctimas de sexo femenino no está justificada por la desaparición del rasgo en que se basa la desigualdad³⁴⁴.

Además, las medidas penales introducidas con la LOMPIVG son proporcionales, dado que la imposición de una mayor pena en el caso de autoría masculina no excluye la punibilidad por la misma conducta en caso de autoría femenina³⁴⁵. Así mismo, se trata de medidas de carácter instrumental y provisional, que tienen que desaparecer una vez finalizada la situación real que las legitima y justifica³⁴⁶.

³⁴³ El CGPJ se ha encargado de proporcionar datos y remediar al vacío de datos estadísticos en este asunto, a través de la explotación estadística del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. A este propósito, en 2002 se creó el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, para poder llevar a cabo un seguimiento de los procesos relacionados con este fenómeno. Así mismo, de forma trimestral el CGPJ elabora un informe actualizado acerca de la actividad de los órganos judiciales en esta materia, donde se recogen datos acerca de denuncias, personas enjuiciadas, formas de terminación del procedimiento, medidas cautelares y órdenes de protección. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. Á. Y RUEDA MARTÍN, M. Á. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 314. De la misma manera, el Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de Género del CGPJ lleva a cabo una labor de revisión periódica y emite informes periódicos. Además, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer elabora un informe anual sobre la evolución de la violencia de género y doméstica, donde se hace referencia a las Estadísticas de Violencia Doméstica y Violencia de Género elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Por último, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género elabora los Informes ejecutivos sobre la evaluación de la aplicación de la ley Orgánica 1/2004. ALONSO ÁLVAREZ, A., *El Mainstreaming de género en España: hacia un compromiso transversal con la igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 114.

³⁴⁴ Según el Informe del CGPJ sobre los 10 primeros años de aplicación de la ley, se han enjuiciado en el 96,3% a varones. Boletín de Información Estadística núm. 43, de noviembre de 2015, pág. 25.

³⁴⁵ ZOCO ZABALA, C., “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: sentencias del Tribunal Constitucional 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2009, págs. 5-6.

³⁴⁶ GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. Y SANJURJO RIVO, V., “La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional”, en RODRÍGUEZ CALVO, M. S. Y VÁZQUEZ-

En la actualidad la mayor dureza del castigo penal está justificado por las dimensiones estadísticas del fenómeno. A pesar de la necesidad de su implementación y su conformidad con la Constitución, la vía penal no es suficiente por sí sola a erradicar el fenómeno de la violencia de género. A este propósito la educación para la igualdad o coeducación es una herramienta válida para conseguir la igualdad real y efectiva³⁴⁷.

IV. Recapitulación

En el Estado social los poderes públicos tienen como mandato alcanzar la igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Con este fin, implementan medidas de acción positiva en favor de los grupos de población que se encuentran en una situación de desventaja, otorgando derechos y un trato preferente a los mismos. Sin embargo, estas actuaciones de los poderes públicos tienen como límite el respeto de la igualdad formal (art. 14 CE), de manera que la inexistencia o desaparición de una diferencia factual entre individuos o grupos de individuos que en su día justificó la adopción de la medida de acción positiva, condiciona el modo de intervención de los poderes públicos pues están obligados a eliminarla o modificarla. Así mismo, las medidas promocionales tienen que ser temporales y proporcionales. Por ello, es necesario que sean sometidas a una evaluación periódica, para analizar si su implementación sigue estando justificada por una desigualdad real y efectiva.

La casi totalidad de las medidas de acción positiva relacionadas con la maternidad tienen como únicas destinatarias las mujeres. Los permisos parentales de titularidad femenina nacieron con la finalidad de proteger las trabajadoras y

PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 189.

³⁴⁷ Aunque las niñas y los niños se educan juntos en los mismos centros escolares, el modelo pedagógico dominante sigue teniendo un carácter androcéntrico, en el sentido de que tiene en cuenta solamente las necesidades culturales dominantes en la actividad pública y proporciona una atención diferente a hombres y mujeres. Así pues, se fundamenta en las pautas tradicionales atribuidas a un solo género. La escuela mixta no ha conseguido la igualdad en la educación de hombres y mujeres. SUBIRATS MARTÒRI, M., “Conquistar la igualdad: la coeducación hoy”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 6, 1994, pág. 72. Así pues, educar juntos a niñas y niños en la escuela mixta no significa educar en igualdad. La coeducación va más allá de la escuela mixta, significa educar en y para la igualdad. REVUELTA FERNÁNDEZ, G., “De la educación patriarcal a la coeducación”, en *Libre Pensamiento*, núm. 89, 2017, págs. 79-83. Sobre el tema de la coeducación véase SIMÓN RODRÍGUEZ, M. E., *La igualdad también se aprende: cuestión de coeducación*, Narcea, Madrid, 2010.

consentirles recuperarse físicamente tras el alumbramiento y atender al recién nacido (permiso de maternidad) o alimentar al bebé naturalmente (permiso de lactancia). Con la introducción de la corresponsabilidad parental y la afirmación de la importancia del cuidado de los menores por parte de ambos progenitores, estas medidas de titularidad exclusivamente femenina ya no tienen razón de existir y es necesario que los poderes públicos modifiquen el modo de intervención en este ámbito de la realidad social, derogando o convirtiendo las medidas de acción positiva que toman en consideración la gestación y la maternidad como rasgos únicamente femenino. La igualdad formal como aplicación de la norma al máximo número de destinatarios posible sin discriminaciones por razones subjetivas, condiciona el modo de intervención de los poderes públicos. Así pues, la igualdad formal supone un límite a la permanencia de una concreta medida de acción positiva cuando desaparece el elemento que identifica a quienes son desiguales en la vida real (la suspensión del contrato por maternidad, el permiso de lactancia natural, el derecho a interrumpir el embarazo, el derecho a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida).

Hasta tiempos recientes la posibilidad de gestar y dar a luz constituía una prerrogativa exclusivamente femenina, pero actualmente, gracias a los avances médicos, también los hombres transexuales pueden quedarse embarazados y gestar. De esta manera, ha desaparecido el rasgo que hacía diferentes a hombres y mujeres en la vida real en relación con la maternidad. A este propósito, las medidas de acción positiva que se relacionan con la maternidad y consideran a las mujeres como únicas destinatarias tienen que derogarse o modificarse para incluir también a los hombres en el ámbito de aplicación de las normas relativas al permiso de maternidad y de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Así mismo, es necesario derogar o modificar las otras medidas de acción positivas que se conectan con el embarazo, que permiten su interrupción o comienzo, dirigidas únicamente a mujeres. En este caso también ha desaparecido la desigualdad de hecho que justificaba el mantenimiento de la medida de acción positiva. Por ello, la exigencia de igualdad formal impone que la norma pueda aplicarse al mayor número posible de destinatarios y en este caso los hombres

transexuales están excluidos, de manera que puede configurarse una discriminación por razón de identidad sexual.

Por último, el mantenimiento de las medidas represivas con enfoque de género de aplicación obligatoria introducidas mediante la LOMPIVG para una manifestación de la violencia de género, la violencia intrafamiliar o de relación de pareja o expareja, con o sin convivencia, se justifica en la desigualdad factual que existe entre hombres y mujeres en este ámbito de la realidad social. De hecho, las mujeres siguen siendo las víctimas mayoritarias de este tipo de violencia, así que está justificado mantener la obligatoriedad de la aplicación de la agravante en esta situación.

CAPÍTULO IV

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA ACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

I. Cuestiones preliminares

Los poderes públicos están vinculados al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE), tanto en lo relativo al objeto del derecho protegido constitucionalmente, como al contenido del mismo.

El respeto al contenido esencial de un derecho fundamental impide convertir un derecho fundamental de carácter reaccional (contenido negativo) en uno de contenido positivo no previsto por el mismo, so pretexto de asegurar el libre desarrollo de la persona; de forma, que se derive una obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho que es conforme con la autonomía de la voluntad del individuo. Tal problemática se proyecta en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Constituye un derecho reaccional frente a la intervención de los poderes públicos; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha añadido un contenido positivo no previsto en la norma de derecho fundamental.

Así mismo, se verifica que el contenido del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) -derecho reaccional que protege el titular frente a los ataques ajenos a su propia vida-no incluye la posibilidad de reconocer una obligación por parte de los poderes públicos de realizar actos dirigidos a poner fin a la vida. Por ende, el derecho a la vida no contiene un derecho a decidir sobre su propia muerte.

La vulneración del contenido previo e indisponible de un derecho fundamental también se evidencia cuando se pretende equiparar dos derechos de enunciados disímiles so pretexto de que el derecho fundamental debe interpretarse conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos *ex art. 10.2 CE*. Este es el caso del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH). Se produce una indebida

ampliación del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), porque la jurisprudencia constitucional añade un contenido nuevo a este derecho, aduciendo un enunciado diferente, relativo a otro derecho distinto, el derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1 TEDH). Esta equiparación socava el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en la Constitución Española.

Tampoco es posible que el legislador delimite, de modo restrictivo, el contenido de un derecho fundamental cuando tal delimitación no está prevista en la norma iusfundamental. La delimitación restrictiva del derecho fundamental, contenida en el enunciado constitucional del derecho, constituye el presupuesto para la intervención estatal en el ámbito del derecho fundamental. Por ello, no es admisible delimitar restrictivamente un derecho fundamental ni introducir garantías a tal delimitación restrictiva, si la norma iusfundamental no lo consiente. El enunciado del derecho fundamental que no establece límites a la intervención debe ser respetado por los poderes públicos, especialmente por el legislador, que es el intérprete inmediato de la Constitución.

También se verifica que la posibilidad de intervención policial de las conversaciones directas y las imágenes mediante autorización judicial, en lugares públicos o en vía pública (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en adelante LOMLECrim), constituye una vulneración del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) respectivamente, porque ambos derechos fundamentales no contemplan tal posibilidad de intervención ni las garantías correspondientes a una supuesta delimitación restrictiva del derecho fundamental. El asunto no es baladí, pues el juez puede cuestionar la inconstitucionalidad de la autorización judicial de intervención policial de las conversaciones directas e imágenes en lugares y espacios abiertos al público porque tal autorización judicial no se contiene en el enunciado de la norma de derecho fundamental (art. 18.1 CE).

Así mismo, se determina que la regulación legal de la esterilización de las personas con capacidad modificada judicialmente supone una vulneración del

derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) que protege la incolumidad física y psíquica de la persona. Y se constata que el establecimiento de condiciones legales al ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23.1 CE) para las personas con capacidad modificada judicialmente tampoco está previsto en el enunciado del art. 23.1 CE.

II. Intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE): significado negativo

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido un significado positivo al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

En puridad, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar tiene un significado negativo. Consiste en la facultad de excluir del conocimiento ajeno cualquiera de los hechos comprendidos dentro del ámbito propio y reservado³⁴⁸. La intimidad implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”³⁴⁹. El derecho fundamental a la intimidad personal protege el espacio íntimo de la intromisión o injerencia de los poderes públicos o de terceros, y atribuye a su titular la posibilidad de decidir quién puede o no intervenir en el ámbito de privacidad que pertenece a los sujetos. Este derecho reconoce la existencia de un espacio propio para el disfrute de la libertad que tiene que protegerse contra intromisiones no deseadas³⁵⁰.

La vinculación al contenido de un derecho fundamental por parte de los poderes públicos implica la inadmisibilidad de reconocer un alcance positivo al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Tampoco es posible aducir este contenido positivo, so pretexto de asegurar el libre desarrollo de su personalidad del individuo que lo reclama, de tal forma que este derecho fundamental de contenido negativo se convierta en uno de contenido positivo que

³⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 280-282. Este autor analiza la problemática de la naturaleza formal o material del derecho a la intimidad personal y familiar.

³⁴⁹ STC 231/1988, STC 57/1994, STC 70/2002, STC 233/2005 y STC 89/2006.

³⁵⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pág. 412.

imponga al Estado la obligación de garantizar el derecho a la vida privada que es conforme a la autonomía de la voluntad del individuo.

La jurisprudencia constitucional, sin embargo, ha otorgado un significado positivo al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar con base en la jurisprudencia del TEDH que reconoce que la demandada contaminación acústica, los malos olores y las emisiones nocivas vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH) que es conforme con la autonomía de la voluntad del individuo o libre desarrollo de su personalidad³⁵¹.

En particular, el TC ha admitido una conexión entre la denominada “intimidad domiciliaria” y la contaminación acústica, reconociendo una dimensión positiva al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Esta doctrina provoca un ensanchamiento notable del ámbito de este derecho fundamental de libertad o de inmunidad³⁵².

En este sentido, la doctrina del TC ha establecido que la existencia de ruidos que producen molestias a las personas en sus domicilios puede implicar una lesión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. De tal modo, ha reconocido una vertiente prestacional al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), que constituye un derecho de contenido negativo, adicionando una obligación positiva de los poderes públicos de garantizar un contenido del derecho que sea conforme con el libre desarrollo de la personalidad del individuo. En realidad, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar ha adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de este derecho fundamental, de manera que se considera necesaria su protección no sólo frente a las injerencias de terceros en el ámbito del derecho, sino también “frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”³⁵³.

³⁵¹ Sobre el tema de la contaminación acústica y de olores, así como de emisiones de sustancias nocivas: Asuntos *Powell y Rayner c. Reino Unido*, *López Ostra c. España*, *Guerra y otros c. Italia*, *Surugiu c. Rumania*, *Moreno Gómez c. España*, *Oluic c. Croacia*, *Dées c. Hungría* y *Mileva c. otros c. Bulgaria*.

³⁵² JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 190.

³⁵³ STC 119/2001, STC 16/2004 y STC 150/2011.

La supuesta vinculación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar con el libre desarrollo de la personalidad altera la naturaleza y el alcance de este derecho, convirtiendo un derecho de contenido negativo consistente en la no injerencia en el ámbito protegido por el objeto del derecho en un derecho de contenido positivo que obliga a los poderes públicos a proteger al ciudadano frente a lo que él mismo considera como “intromisiones acústicas” que afectan a su intimidad.

En realidad, el TC hace referencia al derecho a la vida privada o *privacy*, un derecho estrictamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad. Se trata de un derecho de contenido positivo, que además de garantizar la no injerencia de los poderes públicos en el ámbito de reserva personal, también obliga los mismos a realizar actuaciones promocionales con el objetivo de asegurar un ámbito de libre desenvolvimiento de la persona³⁵⁴.

En suma, la conversión de un derecho de contenido negativo como el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) en un derecho de contenido positivo, so pretexto de asegurar un contenido del derecho conforme al libre desarrollo de la persona, constituye una vulneración del contenido del derecho mismo.

III. La inexistencia de un derecho fundamental a la propia muerte como contenido positivo del derecho a la vida (art. 15 CE)

El derecho fundamental a la vida es un derecho que nace frente al Estado y a su capacidad de privar de la vida a sus ciudadanos. Uno de los elementos del pacto fundacional del Estado es la atribución al mismo de la facultad de disponer de la vida de los individuos a cambio de asegurar la seguridad colectiva³⁵⁵.

El objeto del derecho fundamental a la vida es la vida humana, concebida como realidad meramente biológica y desligada de cualquier componente valorativo o

³⁵⁴ MATIA PORTILLA, F. J., “¿Hay un derecho fundamental al silencio?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, págs. 357-358 y 371-372.

³⁵⁵ CHUECA RODRÍGUEZ, R., “Sobre la elasticidad de la categoría jurídica de derecho fundamental”, en ARMAZA GALDÓN, J. (Dir.), ARMANZA, M. A. (Coord.), *El penalista de la América austral: ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Pangea, Arequipa, 2010, pág. 523.

cualitativo relacionado con el sujeto titular del derecho fundamental³⁵⁶. En particular, la existencia humana se entiende como “un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte”³⁵⁷.

El derecho fundamental a la vida tiene naturaleza reaccional; protege a sus titulares frente a todas las actuaciones de terceros, entre ellos los poderes públicos, que supone un ataque o una amenaza contra su vida. Así mismo, el derecho impone al Estado un deber de adoptar todas las medidas necesarias para proteger el bien jurídico de la vida humana, frente a las agresiones de terceros³⁵⁸.

De esta manera, el derecho fundamental a la vida impone a los poderes estatales por un lado el deber de abstenerse de lesionarlo y por otro lado la imposición de una obligación positiva de garantizar su eficacia a través de un adecuado sistema legal de protección, como el establecimiento de las normas de derecho penal³⁵⁹.

El derecho fundamental a la vida es un derecho reaccional cuyo contenido es la capacidad, voluntaria o no, de su titular de oponerse a la propia muerte. A diferencia de cualquier otro derecho, su objeto es indisponible por parte de su titular. Por ende, no está concebido como un derecho cuyo titular puede disponer del objeto del mismo³⁶⁰.

El TC ha afirmado que “no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte”. Además, el derecho a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”³⁶¹.

³⁵⁶ ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., “La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, 2008, pág. 56.

³⁵⁷ STC 53/1985.

³⁵⁸ ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., “La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, 2008, págs. 57-59.

³⁵⁹ PÉREZ MANZANO, M. Y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Artículo 15 CE”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, pág. 312.

³⁶⁰ CHUECA RODRÍGUEZ, R., “Sobre la elasticidad de la categoría jurídica de derecho fundamental”, en ARMAZA GALDÓN, J. (Dir.), ARMANZA, M. A. (Coord.), *El penalista de la América austral: ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Pangea, Arequipa, 2010, pág. 525.

³⁶¹ STC 120/1990, STC 137/1990, STC 11/1991, ATC 304/1996, STC 154/2002 y STC 32/2003.

Así pues, en el ordenamiento español el derecho a la vida no incluye el derecho a decidir sobre la propia muerte. Tampoco deriva una obligación de los poderes públicos de realizar actos de cualquier naturaleza dirigidos a poner fin a la propia vida, basando tal pretensión en el art. 15 CE. Sin embargo, el derecho a la vida no contiene una obligación de vivir y, por esta razón, el suicidio es penalmente irrelevante³⁶². En el ordenamiento español no se castiga ni el suicidio consumado ni las formas imperfectas de realización de la conducta, como la tentativa y la frustración. Así pues, el ataque voluntario a la propia vida es impune³⁶³.

Los seres humanos disponen de su vida y este acto dispositivo es una manifestación del *agere licere*, un acto no prohibido por el ordenamiento jurídico, pero en ningún caso un derecho subjetivo y menos aún un derecho fundamental. De lo contrario se lesionaría el contenido esencial del derecho a la vida³⁶⁴. Así pues, el suicidio representa una expresión del *agere licere*, “en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vender la resistencia que se oponga a la voluntad de morir”³⁶⁵. De esta manera, el suicidio es una actividad jurídicamente lícita pero no es un derecho protegible por el Estado³⁶⁶.

Es evidente que el Estado no está capacitado ni legitimado a impedir conductas destructivas de la propia existencia que ocurren en el espacio íntimo y privado. Estas decisiones quedan fuera del posible ámbito de intervención estatal, porque existe un ámbito personal e íntimo que queda excluido del derecho y de la posibilidad de actuación de los poderes públicos³⁶⁷.

³⁶² CHUECA RODRÍGUEZ, R., “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 16, núm. Extra 1, 2008, pág. 11.

³⁶³ MARÍN GÁMEZ, J. A., “Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, pág. 104.

³⁶⁴ ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español” en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, pág. 8.

³⁶⁵ STC 120/1990, STC 137/1990 y STC 11/1991.

³⁶⁶ RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pág. 30.

³⁶⁷ CHUECA RODRÍGUEZ, R., “Sobre la elasticidad de la categoría jurídica de derecho fundamental”, en ARMAZA GALDÓN, J. (Dir.), ARMANZA, M. A. (Coord.), *El penalista de la América austral: ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Pangea, Arequipa, 2010, pág. 524.

La Constitución Española no contiene ninguna referencia al derecho a la propia muerte, que no se puede incardinar en el contenido del art. 15 CE. En todo caso, tendrá que ser el legislador el que regule el contenido y los límites del derecho a la propia muerte a través de la legislación³⁶⁸.

En suma, el respeto del contenido del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) impide la posibilidad de reconocer la existencia de un derecho a la propia muerte.

IV. El derecho fundamental a la intimidad personal familiar (art. 18.1 CE) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH)

El art. 10.2 CE establece que los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales. La interpretación de tales derechos de conformidad con la normativa internacional reguladora de los mismos no puede justificar la equiparación de dos derechos -el regulado por la Constitución y el que deriva del tratado internacional- de contenidos disímiles. Este es el caso del derecho a la intimidad privada y familiar, protegido por el art. 18.1 CE, y el derecho a la vida privada y familiar, regulado en el art. 8.1 CEDH. En realidad, falta una equivalencia entre el derecho a la privacidad consagrado en los textos internacionales y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en la CE³⁶⁹.

El art. 10.2 CE permite utilizar los tratados internacionales como criterios hermenéuticos de la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la Constitución³⁷⁰. Esta cláusula interpretativa se refiere a los

³⁶⁸ MARÍN GÁMEZ, J. A., “Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, pág. 104.

³⁶⁹ PARDO FALCÓN, J., “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 422-423.

³⁷⁰ SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 52-53.

derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Norma Fundamental³⁷¹.

En puridad, la interpretación de conformidad a la jurisprudencia internacional permite emplear los conceptos, las categorías o las pautas formuladas por el TEDH como criterios interpretativos de los derechos fundamentales contenidos en la CE³⁷². Así pues, el art. 10.2 CE establece una obligación de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados por España, pero no obliga a transponer al ordenamiento jurídico los distintos tipos de derechos recogidos en cada texto³⁷³. Esta cláusula interpretativa impone únicamente que los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional sean interpretados en la medida en que su naturaleza y alcance lo posibilite, a la luz de lo establecido por la jurisprudencia del TEDH. Por tanto, no autoriza la incorporación de nuevos derechos al catálogo de los derechos fundamentales³⁷⁴ contenidos en el texto constitucional, ni la alteración de la naturaleza de los mismos³⁷⁵.

El art. 10.2 CE tampoco autoriza la equiparación de dos derechos con dos enunciados diferentes, como es el caso del derecho a la intimidad personal y familiar, contenido en el art. 18.1 CE, y del derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconocido por el art. 8.1 CEDH.

El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) es un derecho reaccional en el que lo único que se espera de los poderes públicos y de los particulares es que no se difundan datos que son considerados íntimos, permitiendo

³⁷¹ SAIZ ARNAIZ, A., “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 194-195.

³⁷² SAIZ ARNAIZ, A., “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 203-206.

³⁷³ STC 11/2016, Voto particular de la Magistrada Encarnación Roca Trías.

³⁷⁴ La imposibilidad de incorporar nuevos derechos al articulado constitucional ha sido afirmado también por el TC en la STC 64/1991, STC 372/1993, STC 41/2002.

³⁷⁵ MATIA PORTILLA, F. J., “¿Hay un derecho fundamental al silencio?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, pág. 372; SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 79-86.

a su titular reaccionar ante las ilícitas maneras de acceder a los datos o información que son íntimos. Además de este significado negativo, el derecho al respeto de la vida privada tiene también un contenido positivo, que obliga a los poderes públicos a asegurar que las personas desarrollen sus vidas con plena autonomía³⁷⁶.

El derecho al respeto de la vida personal y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH otorga protección a los individuos frente a la injerencia arbitraria de los poderes públicos, obligando el Estado a abstenerse de tales intromisiones. Además de este contenido negativo, el derecho al respeto de la vida personal y familiar tiene también un contenido positivo que obliga a los poderes públicos a adoptar medidas dirigidas a asegurar la vida privada y familiar que es acorde con el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Por ello, los poderes públicos deben actuar para eliminar ciertas trabas al desarrollo de la vida de las personas (como los transexuales) o asegurar la protección ambiental frente a las emisiones de contaminantes³⁷⁷. Por ende, el contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH) es más amplio que el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)³⁷⁸.

En la Constitución Española solamente se reconoce el derecho a la intimidad de la vida privada y familiar (recogido en el art. 18.1 CE) pero no se regula un derecho a la vida privada y familiar³⁷⁹.

Pese a lo anterior, el TC ha incorporado al art. 18.1 CE la doctrina del TEDH relativa al derecho al enterramiento (*ius sepulchri*) en sus diferentes aspectos, entre ellos el derecho a decidir sobre el enterramiento o incineración del hijo nacido muerto, como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar

³⁷⁶ MATIA PORTILLA, F. J., “Derecho a la intimidad”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado Constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 178.

³⁷⁷ ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRANTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 306-309.

³⁷⁸ SANTOLAYA MACHETTI, P., “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en GARCÍA ROCA, J. Y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 552.

³⁷⁹ MATÍA PORTILLA, F. J., “Derecho a la intimidad”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 178.

protegido por el art. 8.1 CEDH³⁸⁰. Concretamente, el TC ha reconocido que la posibilidad de incinerar el feto en un caso de aborto terapéutico está incluida en el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)³⁸¹. Así pues, la negación del derecho a decidir sobre el enterramiento o incineración del feto vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la recurrente.

Verdaderamente, el art. 10.2 CE no puede ser utilizado como pretexto para equiparar dos enunciados normativos diferentes, que contienen dos derechos distintos entre sí, con contenidos distintos, como es el caso del derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). El TC integra el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido por el art. 18.1 CE trasladando de manera automática e indiscriminada la doctrina del TEDH acerca del art. 8.1 CEDH, que protege el más amplio y genérico derecho al respeto de la vida privada y familiar³⁸². De esta manera, se produce una indebida ampliación del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), porque la jurisprudencia constitucional ha añadido un contenido nuevo al derecho aduciendo un enunciado diferente, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 TEDH).

En suma, el criterio interpretativo del art. 10.2 CE no puede ser utilizado para vulnerar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, dado que su utilización se refiere únicamente a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución Española reconoce³⁸³. Su empleo para equiparar derechos con dos enunciados diferentes no es admisible como se

³⁸⁰ En el Asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza* de 2008 el TEDH consideró que el derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) había sido vulnerado por haber negado a los padres la posibilidad de enterrar los restos del hijo nacido muerto; en el Asunto *Maric c. Croacia* de 2014 el TEDH reconoció la violación del mismo derecho por haberse negado a los padres la información sobre el lugar de enterramiento del hijo nacido muerto y tratado como residuo clínico. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “Aborto terapéutico y derecho a enterrar al feto: lectura constitucional a la luz de un caso real”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, núm. 1, 2017, pág. 8.

³⁸¹ STC 11/2016. Se otorga el amparo de una madre a la que las autoridades judiciales había negado el derecho a enterrar los restos del feto como consecuencia de un aborto terapéutico. En particular, el feto se consideró como “resto quirúrgico” porque no cumplía con los requisitos de peso y edad fijados por el protocolo interno hospitalario sobre gestión de restos humanos.

³⁸² STC 11/2016, Voto particular del Presidente Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

³⁸³ STC 11/2016, Voto particular del Presidente Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

demuestra en relación con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

V. La ausencia de una delimitación restrictiva del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE)

El enunciado de la norma que regula el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) no alude a la necesidad de intervenir las comunicaciones mediante resolución judicial, ni habilita al legislador para delimitar de forma restrictiva el derecho fundamental ni para determinar qué espacios íntimos pueden ser intervenidos, ni qué bien jurídico constitucional se pretende proteger con tal intervención³⁸⁴.

Sin embargo, el TC ha acogido la teoría de los “límites inmanentes”, según la cual existen unos límites internos implícitos para la intervención de signo restrictivo en el ámbito de los derechos fundamentales que no contienen en su enunciado constitucional una delimitación restrictiva, ni tampoco ninguna referencia a un bien jurídico que pueda justificar la limitación del derecho. En particular, según su reiterada doctrina³⁸⁵, ningún derecho fundamental es absoluto, ni ilimitado, sino que todos los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones. Así pues, con independencia de que el correspondiente enunciado constitucional contenga la posibilidad de restricción legislativa, todo derecho fundamental queda limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución³⁸⁶. Así pues, el TC ha admitido la posibilidad de intervenir el derecho fundamental en aras de la salvaguardia de un interés reconducible a un valor o bien jurídico constitucionalmente garantizado, como es el caso de la prevención del crimen y la persecución de delitos³⁸⁷.

³⁸⁴ ZOCO ZABALA, C., “Secreto de las comunicaciones en la frontera de la revolución tecnológica”, 2018, págs. 14-15 (en prensa).

³⁸⁵ STC 28/1999, STC 201/1999, STC 98/2000, STC 156/2001, STC 70/2009, STC 159/2009.

³⁸⁶ DIÉZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 114-115.

³⁸⁷ STC 207/1996, STC 70/2002 y STC 173/2011.

El TC ha acogido y trasladado al ordenamiento español la doctrina del TEDH sobre los requisitos para poder intervenir los derechos fundamentales, que prevé que la intervención esté prevista por la ley, esté basada en uno o varios de los fines legítimos y sea “necesaria en una sociedad democrática”³⁸⁸. Sin embargo, la CE no contiene ninguna referencia a estos criterios de intervención.

En el caso específico del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) el TC ha afirmado que “aunque el enunciado constitucional no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información”. Además, el TC ha detallado una serie de requisitos para poder intervenir el derecho a la intimidad: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, el respeto del principio de legalidad, que requiere la existencia de una ley que discipline la medida limitativa del derecho que posibilidad de intervención en el ámbito del derecho, la necesidad de una autorización a tal intervención mediante resolución judicial motivada y el respeto del principio de proporcionalidad³⁸⁹.

De lo anterior se deduce que la ley está regulando los criterios necesarios para la autorización judicial de espacios íntimos no reconocidos en la norma de derecho fundamental.

Avalar la posibilidad de reconocer límites implícitos a los derechos fundamentales que no contienen una delimitación restrictiva en su enunciado constitucional presenta unos perfiles problemáticos, ante todo la posibilidad de que se presente una cuestión de inconstitucionalidad contra la intervención. El reconocimiento de unos límites implícitos, y de las garantías implícitas de la intervención, cercena el contenido esencial del derecho fundamental. La ausencia de unos límites internos explícitos representa un límite a la intervención estatal y no puede ser interpretado como una autorización a la intromisión en el contenido esencial del derecho. La LOMLECRim contiene una habilitación genérica de funciones para dar cobertura a medios de investigación, entre ellos la escucha y la

³⁸⁸ Asunto *Trabajo Rueda c. España* de 2017.

³⁸⁹ STC 207/1996, STC 70/2002 y STC 173/2011.

grabación de las conversaciones orales directas y la captación de la imagen, que constituyen unas formas de intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar y del derecho a la propia imagen. Las diligencias de investigación pueden realizarse con medios técnicos de observación y vigilancia que consisten en la captación de imágenes o sonidos, sin el conocimiento del interesado, durante un tiempo más o menos prolongado, obteniendo informaciones sobre la vida personal de la persona investigada y de las personas que se relacionan con ella. Esta captación subrepticia de información constituye una injerencia en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido³⁹⁰.

El capítulo IV del título VIII de la LOMLECRim (arts. 588 *quater* a – 588 *quater* e), se ocupa de la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

El art. 588 *quater* a) autoriza la captación y grabación de conversaciones directas, de carácter bilateral o multilateral, que pueda mantener la persona investigada y la obtención de imágenes de complementen las conversaciones interceptadas. Por ende, esta medida restringe los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la propia imagen (art. 18.1 CE)³⁹¹.

De esta manera, la LOMLECRim ha introducido unas medidas de intervención de las comunicaciones orales y de las imágenes, que constituyen unas actuaciones en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) no previstas por su enunciado constitucional. De hecho, la regulación de las condiciones de la autorización judicial para la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos puede ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad, por vulneración del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). La razón estriba en que la delimitación restrictiva del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y del derecho

³⁹⁰ LÓPEZ ORTEGA, J. J., “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la Lecrim (LO 13/2015), en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.), *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 15-47.

³⁹¹ MARCHENA GÓMEZ, M. Y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 336-355.

a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la garantía a tal delimitación (la autorización judicial) no están previstas en las normas de derecho fundamental. Así mismo, el enunciado del art. 18.1 CE no remite a la ley la necesidad de explicar los ámbitos de intimidad que pueden ser intervenidos, ni el significado del bien jurídico de la seguridad pública que permite establecer tal intervención³⁹².

VI. La intervención en el objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)

La regulación legal que permite la esterilización de las personas con capacidad modificada judicialmente constituye una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

El derecho fundamental a la integridad física y moral constituye un derecho que permite reaccionar al individuo frente a la intervención de los poderes públicos; constituye un derecho reaccional que “protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”³⁹³.

En este sentido, el art. 15 CE representa un límite a la incidencia negativa de terceros en el bien jurídico protegido, el cuerpo o la fisonomía del sujeto (integridad física) y el espíritu o la conciencia anímica o afectiva del mismo (integridad moral). Así pues, el objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) que abarca la “integridad integral” del sujeto, representa un límite infranqueable respecto de cualquier incidencia externa a él que no sea producto de fuerza mayor³⁹⁴.

En el ordenamiento español las personas con capacidad modificada judicialmente pueden ser esterilizadas a petición de su representante legal y tras una

³⁹² ZOCO ZABALA, C., “Secreto de las comunicaciones en la frontera de la revolución tecnológica”, 2018, págs. 14-15 (en prensa).

³⁹³ STC 120/1990, STC 215/1994, STC 35/1996, STC 207/1996, STC 119/2001 y STC 37/2011.

³⁹⁴ AGUADO RENEDO, C., “Derecho a la integridad física y moral”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) Y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 140-143.

resolución judicial. Así pues, el legislador ha despenalizado una conducta que atenta contra la integridad física y moral de la persona discapacitada. La autorización para la esterilización de incapaces se lleva a cabo a instancia del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, pero la decisión es del juez, una vez examinada la persona afectada que carece de la capacidad para prestar su consentimiento y después de haber oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, en el caso de que esta intervención esté justificada por el fin de salvaguardar “el mayor interés del afectado” (art. 156.2 CP)³⁹⁵.

El TC ha considerado constitucional la previsión que permite la esterilización de las personas incapaces que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento a esta práctica médica (antiguo art. 428 CP y actual art. 156.2 CP)³⁹⁶. En este sentido, ha avalado la constitucionalidad de la norma que permite a los representantes legales de la persona incapacitada, en ausencia de su consentimiento, solicitar la autorización judicial para proceder a la esterilización de la misma. Ello permite que una intervención corporal sea practicada sin el consentimiento de la persona titular del derecho fundamental, con el fin de evitar un embarazo que tendría unas consecuencias negativas sobre la psique de la mujer. De esta manera el TC justifica que se cercene el objeto del derecho so pretexto de una supuesta protección de la persona incapacitada. De esta manera, el poder público adopta una posición proteccionista que conculca el derecho fundamental.

La regulación legal sobre la posibilidad de que los representantes legales y el juez decidan sobre la esterilización de la persona con capacidad modificada judicialmente, vulnera el derecho a la integridad física y moral porque la norma iusfundamental no permite intervenir este derecho fundamental y cercenar su objeto.

³⁹⁵ *Disposición adicional primera* de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹⁶ STC 215/1994. Según el actual art. 156.2 CP: “No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

VII.La ausencia de límites al ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23.1 CE)

El derecho fundamental al sufragio activo (art. 23.1 CE) no incluye en su enunciado límites a su ejercicio para grupos o individuos. En este sentido, no prohíbe su ejercicio para personas y circunstancias particulares, como es el caso de las personas con capacidad modificada judicialmente.

El art. 23.1 CE reconoce el derecho fundamental al sufragio activo para los españoles, pero no habilita para limitar su ejercicio para grupos o individuos. Sin embargo, los artículos 3.1b) y 3.2 LOREG han restringido el ejercicio de este derecho fundamental a las personas con capacidad modificada judicialmente.

El TC ha afirmado la constitucionalidad de los arts. 3.1 b) y 3.2 LOREG que habilitan a los tribunales a restringir el ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23 CE)³⁹⁷. El art. 3.1 enumera los supuestos que justifican tal limitación y una de ellas es la declaración judicial de incapacidad, donde se prevé expresamente la incapacidad para el derecho de voto de la persona declarada incapacitada. Durante el procedimiento de incapacitación o internamiento, el juez tiene que pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho al sufragio activo. Si la sentencia judicial firme de incapacitación lo establece expresamente, una persona incapacitada puede ser privada del ejercicio del derecho fundamental de sufragio activo. Esta limitación no es una consecuencia directa de la declaración de incapacidad, sino que tiene que ser establecida expresamente por el juez después de haber llevado a cabo una evaluación sobre la necesidad de la misma. Esta valoración de la aptitud para poder ejercer el sufragio activo es realizada por el juez, y se basa tanto en el informe médico-forense como en el reconocimiento efectuado por sí mismo. Así pues, no se priva del derecho de voto a los discapacitados como grupo o colectivo y por razón de cualquier discapacidad. El órgano judicial es el encargado de decidir de manera individualizada y en razón de las concretas circunstancias de cada persona su idoneidad para ejercer el derecho al voto. Esta restricción no tiene carácter general,

³⁹⁷ ATC 196/2016.

sino que es el resultado de la valoración del juez; el mismo que decide por sentencia tras el oportuno proceso y por razón de la concreta disfuncionalidad que la persona padece y que se proyecta sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto.

Así pues, se regulan las condiciones objetivas que se tienen que aducir para restringir el ejercicio del derecho de voto dentro de la resolución judicial. Sin embargo, esta posibilidad no está prevista en el enunciado del art. 23.1 CE y no está permitido establecer límites al ejercicio de un derecho para quienes son igualmente titulares de un derecho³⁹⁸.

Se detecta que la imposición de límites al ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23 CE) en relación con las personas con capacidad modificada judicialmente por parte del legislador no está contemplada en los enunciados de los derechos fundamentales y por ende plantea un problema de admisibilidad.

VIII. Recapitulación

El contenido del derecho fundamental constituye un límite a la intervención de los poderes públicos. En tal sentido, resulta inamisible modificar el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), convirtiendo tal derecho de contenido negativo, que permite a su titular oponerse a las injerencias de terceros entre ellos los poderes públicos, en un derecho de contenido positivo que obliga a los poderes públicos a garantizar el derecho que es conforme con el libre desarrollo de su personalidad. El reconocimiento de un significado positivo al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) por parte de la jurisprudencia del TC provoca un notable ensanchamiento del ámbito del derecho que no está contenido en la norma de derecho fundamental.

Tampoco el objeto del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) incluye el derecho a la propia muerte, por lo que no existe una obligación de los poderes públicos de garantizar la propia muerte so pretexto del libre desarrollo de la personalidad. En puridad, el derecho a la vida constituye un derecho reaccional, que

³⁹⁸ STC 130/1995 y STC 236/2007.

atribuye a su titular la capacidad de oponerse a su propia muerte. Así pues, el respeto del contenido del derecho a la vida impide la posibilidad de reconocer la existencia de un derecho fundamental a la propia muerte.

Así mismo, la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales que proclama el art. 10.2 CE no permite equiparar dos derechos con enunciados disimiles, y, por tanto, con contenidos diferentes: el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), establecido en la Constitución Española y el derecho al respeto de la vida privada y familiar proclamado en el art. 8.1 CEDH. Esta asimilación provoca una vulneración del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en la Norma Fundamental.

La ausencia de una delimitación restrictiva en la norma iusfundamental reguladora del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) no habilita al legislador para regular los espacios íntimos que pueden ser intervenidos ni las garantías de tal intervención. En este sentido, la regulación de límites de este derecho fundamental en la LOMLECrim, que permite la escucha y grabación de las conversaciones orales directas y la captación de imágenes, puede ser cuestionada en inconstitucionalidad por vulneración del art. 18.1 CE porque la posibilidad de delimitar de modo restrictivo el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen y su garantía, la autorización judicial, no están contenida en los enunciados constitucionales de los dos derechos fundamentales. La razón estriba en que las normas iusfundamentales no regulan las garantías de la intervención del derecho fundamental a la intimidad, ni tampoco establece qué espacios íntimos pueden ser intervenidos.

La esterilización de personas incapaces a petición de los representantes legales y autorizada por el juez, cuando la persona no puede expresar de manera permanente el consentimiento a tal intervención (art. 156.2 CP) cercena el objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). El enunciado constitucional no permite esta intervención en el ámbito de este derecho fundamental. Así mismo, la norma legal no puede imponer límites al ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23.1 CE) para personas con capacidad

modificada judicialmente cuando tales límites no están previstos en la norma de derecho fundamental. Sin embargo, los arts. 3.1 b) y 3.2 LOREG habilitan a los tribunales a restringir el ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo para las personas que han sido declaradas incapacitadas tras resolución judicial.

CONCLUSIONES

I. En el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1. CE) los poderes públicos incoan políticas públicas con distintas finalidades: organizar la sociedad, reprimir conductas, mediante el ejercicio del *ius puniendi*, en aras de la asegurar la convivencia social, y superar las desigualdades reales y efectivas entre los distintos grupos en ámbitos concretos de la realidad social. Sin embargo los poderes públicos no son totalmente libres a la hora de implementar las medidas de intervención, sino que tienen que respetar unos límites establecidos por la Constitución Española. El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) no constituye, propiamente, un límite a la intervención del poder público; sin embargo, es un criterio orientador de la acción estatal que tiene como objetivo garantizar un orden jurídico que no coarte o dificulte el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, siempre que no se preserven otros bienes jurídicos. La exigencia de igualdad formal (art. 14 CE), entendida como prohibición de diferencias por razones subjetivas, condiciona el modo de intervención de los poderes públicos en el establecimiento de políticas públicas, cuando desaparecen las diferencias entre individuos o grupos en ámbitos concretos de la realidad social. Así mismo, los poderes públicos están vinculados al respeto del contenido de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), como garantías de los particulares frente al poder estatal, tanto en lo relativo al objeto protegido constitucionalmente, como en lo relativo a la delimitación restrictiva de su contenido.

II. El principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) no constituye un límite a la intervención de los poderes públicos; sin embargo, debe ser criterio inspirador para garantizar una cierta coherencia en el otorgamiento de derechos subjetivos a los menores en situaciones similares, que están relacionadas con aspectos concernientes su vida personal y familiar. Así pues, se observa un desajuste entre la edad mínima para el consentimiento de relaciones sexuales (16 años) y la edad mínima para poder acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (18 años) como consecuencia del mantenimiento de relaciones sexuales. De esta manera, el ordenamiento jurídico estima que las menores de 16 años son suficientemente maduras para elegir mantener relaciones sexuales, pero al mismo

tiempo no las considera aptas para poder decidir sobre las consecuencias de tales relaciones y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

III. El principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) como prohibición de diferenciación por razones arbitrarias o subjetivas, condiciona el modo de intervención de los poderes públicos, en el sentido de impedir el mantenimiento de una concreta medida de acción positiva cuando desaparece el rasgo que identifica a las personas que son desiguales en la vida real. Es necesario someter a una evaluación periódica los resultados de las medidas de acción positiva y las medidas penales con perspectiva de género, conforme con los requisitos de temporalidad y proporcionalidad de las mismas.

IV. Este límite se concreta en la norma reguladora de la medida de acción positiva consistente en la atribución de derechos a las mujeres en relación con la gestación y el parto. Debido a los avances médicos, en la actualidad es posible que también los hombres transgénero queden embarazados, gesten y den a luz. Dado que la gestación y el alumbramiento ya no son prerrogativa exclusiva del sexo femenino, ha desaparecido el rasgo que hacía diferentes a hombres y mujeres en la vida real en relación con la maternidad. Por ello, la exigencia de igualdad formal impone que la norma pueda aplicarse al mayor número posible de destinatarios: también los hombres transgénero. Por ello, los permisos parentales en el ámbito laboral de exclusiva titularidad femenina (el permiso de maternidad y el permiso por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural), ya no se justifican en una desigualdad factual entre mujeres y hombres y tendrían que modificarse. Así mismo, la desaparición del rasgo que identificaba a los que eran desiguales en la vida real requiere la modificación de las medidas de acción positiva que se relacionan con el embarazo y permiten su interrupción o comienzo, dirigidas únicamente a mujeres (las medidas de acción positiva relativas al acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a las técnicas de reproducción humana asistida).

V. La discutida medida consistente en el incremento obligatorio de la pena cuando la víctima de la violencia intrafamiliar o de relaciones de pareja o expareja, con o sin convivencia, es mujer o persona espacialmente vulnerable que convive con el autor (medidas represivas con enfoque de género de aplicación obligatoria introducidas mediante la LOMPIVG) se justifica en la desigualdad factual que

existe entre hombres y mujeres en este ámbito de la realidad social. Dado que las mujeres siguen siendo las víctimas mayoritarias de este tipo de violencia, no existe la necesidad de eliminar o modificar las medidas que establecen la aplicación obligatoria de la agravante de género por parte del juez.

VI. Los poderes públicos están vinculados al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 CE), tanto en lo relativo al objeto del derecho como en lo que se refiere a las garantías de los límites internos del mismo. El contenido previo e indisponible de un derecho fundamental vincula al legislador y al poder judicial en la creación y en la aplicación de las normas, respectivamente.

VII. El respeto del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) impide una interpretación jurisprudencial que otorgue un significado positivo al derecho, so pretexto del libre desarrollo de la personalidad del individuo. En este sentido, no es posible adicionar un significado positivo al derecho fundamental, de naturaleza reaccional, con el fundamento de garantizar la autonomía de la voluntad del individuo. El respeto del contenido del derecho a la vida impide reconocer la existencia de un derecho fundamental a la propia muerte. El derecho fundamental a la vida constituye un derecho de carácter reaccional, que habilita su titular a oponerse a las actuaciones que atentan contra su vida, de manera que no se puede atribuir a los poderes públicos una obligación de garantizar la propia muerte so pretexto del libre desarrollo de la personalidad. Así pues, el derecho fundamental a la vida no incluye el derecho fundamental a la propia muerte.

VIII. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) no permite utilizar la cláusula de interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales (art. 10.2 CE) para equiparar dos derechos (el de la Constitución y el del CEDH) con enunciados diferentes. La cláusula interpretativa del art. 10.2 CE no avala la asimilación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 TEDH).

IX. La ley no puede incluir límites al contenido de un derecho fundamental que no están expresados en el enunciado del precepto constitucional. La regulación

legal de límites no incluidos en la norma de derecho fundamental puede ser cuestionada en inconstitucionalidad por vulneración del contenido esencial del derecho fundamental con base en que la norma de derecho fundamental no incluye tales límites o no habilita al legislador para que los pueda desarrollar. La intervención de las comunicaciones orales y las imágenes mediante autorización judicial introducida por la LOMLECrim no está prevista por los enunciados del derecho a la intimidad personal y familiar y del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE). La razón estriba en que ambas normas iusfundamentales no regulan las garantías de la intervención del derecho fundamental a la intimidad, ni tampoco establecen qué espacios íntimos pueden ser intervenidos.

X. La posibilidad de esterilización de las personas que de forma permanente no pueden prestar de modo alguno el consentimiento, constituye una intervención de los poderes públicos en el objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), que protege la incolumidad física. Sin embargo, el enunciado del derecho no permite esta injerencia en el objeto del derecho fundamental, so pretexto de una supuesta protección de la persona cuya integridad física resulta vulnerada.

XI. La exclusión del ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo (art. 23 CE) para las personas con capacidad modificada judicialmente supone una vulneración del art. 23.1 CE. Así pues, la posibilidad de que el juez decida la restricción al ejercicio del derecho de voto a través de resolución judicial para las personas que han sido declaradas incapacitadas tras resolución judicial, supone condicionar el ejercicio de un derecho para algunos titulares que no está prevista en la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, C., “Derecho a la integridad física y moral”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) Y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 140-148.
- ALCALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALONSO ÁLAMO, M., “La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)”, en *Revista Penal*, núm. 20, 2007, págs. 3-31.
- ALONSO ÁLVAREZ, A., *El Mainstreaming de género en España: hacia un compromiso transversal con la igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALONSO SÁNCHEZ, B., “La edad”, en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho civil: introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 128-138.
- ÁLVAREZ CONDE, E., “Principio de igualdad”, en ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A. Y LAURA NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.), *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 33-37.
- ÁLVAREZ CONDE E. Y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. Y TORRES MURO, I., “Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2008, págs. 13-40.

ARAGÓN REYES, M.:

- “La eficacia jurídica del principio democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 9-45.
- “Artículo 1”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 25-52.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.:

- “La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, 2008, págs. 53-82.
- “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español” en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, págs. 1-27.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 293-389.

ASENSI SABATER, J., *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., CACHÓN CADENAS, M., JORGE BARREIRO, A., CID MOLINÉ, J., PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, LUIS LAFONT NICUESA, L., ERROBA ZUBELDIA, M. J., NAREDO MOLERO, M., ASÚA BATARRITA, A., ORTUBAY FUENTES, M., PORTERO LAZCANO, G., JUAN DELGADO CÁNOVAS, AYA ONSALOM, A. Y BEATRIZ GARCÍA CELAÁ, B., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 201-233.

BALAGUER CALLEJÓN, F.:

- “El ordenamiento jurídico”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional. Constitución y fuentes del Derecho, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 88-114.

- “La Constitución”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional. Constitución y fuentes del Derecho, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 115-149.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005.

BARRÈRE UNZUETA, M. Á.:

- *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, págs. 1-26.
- “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, págs. 1-27.
- “La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, págs. 1-29.

BELADIEZ ROJO, M., “La vinculación de la administración al derecho”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, pág. 315-350.

BENDA E., “El Estado social de Derecho”, en BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H-J., HESSE, K. Y HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 487-559.

BERNAL PULIDO, C., “El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio”, *Revista de Economía Institucional*, Vol.8, núm. 14, 2006, págs. 55-75.

BIGLINO CAMPOS, P.:

- “Acerca de la constitucionalidad de las cuotas paritarias”, en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reforma*, Centro de Publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2004, págs. 359-370.

- “La composición equilibrada de las candidaturas electorales”, en AAVV, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 161-182.
- “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. Comentario a la STC 12/2008”, en *Revista Española De Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, págs. 277-299.

BLANCO VALDÉS, R. L., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2011.

BOBBIO, N.:

- *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980.
- *Igualdad y libertad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993.

BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

BUSTOS RÁMIREZ, J. J. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 2006.

CAPILLA RONCERO, F., “Personalidad”, en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 4871-4873.

CARBALLO FIDALGO, M., “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación en la ley orgánica de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Administración & ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 1, núm. 3, 2006, págs. 9-29.

CARBONELL MATEU, J. C.:

- “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 45, 1991, págs. 661-672.
- *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARMONA CUENCA, E.:

- “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, págs. 265-285.

- *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

CARRASCO PERERA, Á Y ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Los derechos sobre los bienes”, en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho civil: introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 276-293.

CASTRO GARCÍA, C., *Políticas para la igualdad: permisos por nacimiento y transformación de los roles de género*, Catarata, Madrid, 2017.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. Á. Y RUEDA MARTÍN, M^a Á. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 307-324.

CHUECA RODRÍGUEZ, R.:

- “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia”, en *Derecho y Salud*, Vol. 16, núm. Extra 1, 2008, págs. 1-14.
- “Sobre la elasticidad de la categoría jurídica de derecho fundamental”, en ARMAZA GALDÓN, J. (Dir.), ARMANZA, M. A. (Coord.), *El penalista de la América austral: ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Pangea, Arequipa, 2010, pág. 517-526.

COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M. Y QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en AAVV, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 1185-1228.

CONTRERAS PELÁEZ, F. J.:

- *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.
- *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1996.

CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales”, en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2398-2401.

- DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.
- DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, núm.7527, 2010, págs. 1-7.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política criminal y derecho penal: estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L. Y ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Vol. II, Tirant lo Blanch, 2004.
- DIEZ-PICAZO, L. M.:
- “Concepto de ley y tipos de leyes (¿existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 47-93.
 - *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género”, en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 297-324.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- ESPUNY TOMÁS, M. J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, en *IUSLabor*, núm. 2, 2006, págs. 1-4.
- ESQUEMBRE VALDÉS, M. M., “Género y ciudadanía, mujeres y constitución”, en *Feminismo/s*, núm. 8, 2006, págs. 35-51.

- FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista penal*, núm. 17, 2006, págs. 72-94.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, págs. 139-180.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La protección de la mujer embarazada frente al despido”, en RAMÍREZ MARTÍNEZ J. M., ROMEO, C. Y VIQUEIRA PÉREZ, C. (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 179-190.
- FLAQUER, L. Y ESCOBEDO A., “Licencias parentales y política social de la paternidad en España”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 1, 2014, págs. 69-99.
- FONT OPORTO, P., “El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, págs. 1-43.
- FORSTHOFF, E., “Problemas Constitucionales del Estado Social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. Y DOEHRING K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 43-67.
- FREIXES SANJUÁN, T., “La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PASTOR GOSÁLBEZ, M. I., ROMÁN MARTÍN, L. Y GIMÉNEZ COSTA, A. (Coords.), *Integración Europea y Género*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 15-65.
- FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, págs. 1153-1170.
- GARCÍA CANALES, M., “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, 1989, págs. 131-162.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., “Cuestiones generales sobre igualdad, violencia y violencia de género en política criminal”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.,

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. Y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de Género e Igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014, págs. 73-98.

GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, en *IUSLabor*, núm. 2, 2007, págs. 1-3.

GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES P. Y SASTRÚSTEGUI M., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 141-159.

GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

GARRORENA MORALES, Á.:

- *El Estado español como estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.
- “Legislación”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 380-383.
- “Ley”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 383-391.
- “Reserva de ley”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 394-401.

GAVARA DE CARA, J. C.:

- “El principio de igualdad”, en GAVARA DE CARA, J. C. (Ed.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 59-106.
- “Tribunal Constitucional y violencia de género: la exigencia interpretativa de la violencia de dominación en las relaciones de pareja como elemento

- de los tipos penales agravados”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) Y ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 347-396.
- Gete-Alonso y Calera, M. C., “Emancipación”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, Vol. II, págs. 2691-2692.
- GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimocuarta edición del Código Penal”, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código penal: Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 19-26.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GIMENEZ GLUCK, D. Y VALLDECABRES ORTIZ, I., “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, en AAVV, *La Administración de Justicia en la Ley Integral contra la Violencia de Género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 45-60.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M., “El fundamento de los derechos en la Constitución Española. Especial consideración al tratamiento de la igualdad y la igualdad de género”, en FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., GOIG MARTÍNEZ, J. M. Y SAN SEGUNDO MANUEL, T., *Violencia de género e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*, Universitas, Madrid, 2014, págs. 47-69.
- GÓMEZ ORFANEL, G., “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2008, págs. 379-402.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, págs. 1-31.

- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “Aborto terapéutico y derecho a enterrar al feto: lectura constitucional a la luz de un caso real”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, núm. 1, 2017, págs. 1-13.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado social y democrático de Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Barañáin, 1992.
- GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.
- GUDE FERNÁNDEZ, A., LÓPEZ PORTAS, B. Y SANJURJO RIVO, V., “La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional”, en RODRÍGUEZ CALVO, M. S. Y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dirs.), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 180-213.
- HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza, Madrid, 1985.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M., “Democracia paritaria y soberanía compartida”, en GARCÍA RUBIO, M. P. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 205-226.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.
- HUERTA TOCILDO, S., “El principio de igualdad en el derecho penal”, en GÓMEZ CAMPELO, E. Y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, págs. 155-174.
- IÑIGO CORROZA, E., “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J. J., IÑIGO CORROZA, M. E. Y SAMPERE NAVARRO, A. V., *Comentario a la Ley orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, Cizur Menor 2005, págs. 13-45.

JIMÉNEZ CAMPO, J.:

- *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999.
 - “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 178-192.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Las acciones positivas”, en *Jueces para la democracia*, núm. 41, 2001, págs. 49-69.
- LARRAURI PIJOAN., E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2009, págs. 1-17.
- LATORRE SEGURA, Á., “El Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Jurisprudencia del TC”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995, págs. 79-87.
- LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, págs. 1-23.
- LAURENZO COPELLO, P., “Introducción. Violencia de género, ley penal y discriminación”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 15-36.
- LLOVERAS I FERRER, M. R., “Una ley civil para la transexualidad”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2008, págs. 1-16.
- LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978” en AAVV, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 19-42.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la Lecrim (LO 13/2015)”, en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.), *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 15-47.
- LÓPEZ PIÑA, A., “La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, págs. 145-173.

LOUSADA AROCHENA, J. F.:

- “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad”, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008, págs. 2-4.
- “Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 399-415.

LUCAS VERDÚ, P.:

- *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955.
- *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

LUZÓN PEÑA, D. M., “*Ius Puniendi*: límites” en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3777-3782.

MACÍAS JARA, M., “La democracia representativa paritaria: algunas cuestiones en torno a la LO 3/2007, de 22 de marzo”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2008, págs. 22-47.

MAQUEDA ABREU, M. L.:

- “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004”, en CERVILLA GARZÓN, M. D. y FUENTES RODRÍGUEZ, F. (Coords.), *Mujer, violencia y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, págs. 123-138.
- “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, págs. 1-43.

MARCHENA GÓMEZ, M. Y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

MARÍN CASTÁN, M. L., “Algunas reflexiones sobre los principios generales del Derecho”, en AAVV, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós*

Guardiola, Vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pág. 161-184.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Las circunstancias del delito”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (Dir.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 435-458.

MARÍN GÁMEZ, J. A., “Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, págs. 85-118.

MARTÍN VIDA, M. A.:

- *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002.
- *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, Granada, 2004.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, págs. 605-624.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, págs. 409-430.

MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, 2000, págs. 133-149.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., “La seriedad de los derechos”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2000, pág. 289-350.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., “Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007, págs. 371-407.
- MARUGÁN PINTOS, B., “Límites de la utilización del concepto de violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004 para actuar contra el acoso sexual”, en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 1, 2015, págs. 53-62.
- MATIA PORTILLA, F. J.:
- “Derecho a la intimidad”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) Y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Derechos fundamentales y su protección*, Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 178-184.
 - “¿Hay un derecho fundamental al silencio?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, págs. 355-377.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La violencia de género en el Código Penal” (Comentarios a propósito de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), en IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. Y FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (Eds.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Madrid, 2006, págs. 289-314.
- MONTORO PUERTO, M., “Valores superiores del ordenamiento jurídico y derechos fundamentales. El derecho a la libertad”, en MONTORO PUERTO, M. (Coord.), *Temas constitucionales de actualidad*, Ediciones Universidad de Navarra S. A. (EUNSA), Barañáin, 1993, págs. 17-66.
- MORILLAS CUEVA, L.:
- Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, págs. 1-23.
 - “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, en *Anales de derecho (Universidad de Murcia)*, Vol. 34, núm. 1, 2016, págs. 1-38.
 - *Sistema de derecho penal: parte general*, Dykinson, Madrid, 2016.
- MORTATI, C., “Art. 1”, en MORTATI, C., BARBERA, A., AGRÓ, A., ROMAGNOLI, U., MANCINI, G., BERTI, G., PIZZORUSSO, A., FINOCCHIARO, F., MERUSI, F. Y CASSESE, A., *Principi Fondamentali: Art. 1-12 Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, págs. 1-50.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NAVARRO BARAHONA, L., “Acción positiva y principio de igualdad”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 112, 2007, págs. 107-122.
- NIETO ALONSO, A., “El poder de autodeterminación de la mujer desde la perspectiva de los derechos de la salud sexual y reproductiva (anticoncepción de emergencia, interrupción voluntaria del embarazo [IVE] y reproducción asistida)”, en GARCÍA RUBIO, M P. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 637-680.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, 2002.
- ORTS BERENGUER, E. Y ALONSO RIMO, A., “Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. Y ORTS BERENGUER, E. (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 27-37.
- PARDO FALCÓN, J., “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 414-429.
- PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.:
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
 - “El Estado Social de Derecho”, en *Revista de Historiografía*, núm. 9, 2008, págs. 91-96.
- PÉREZ CAMPOS, A. I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47, 2014, págs. 163-188.

PÉREZ LUÑO, A. E.:

- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017.
- “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pág. 257-275.

PÉREZ MANZANO, M. Y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Artículo 15 CE”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 311-339.

PÉREZ ROYO, J.:

- “Estado”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 89-93.
- “Estado de Derecho”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 185-188.

PRESNO LINERA, M. Á., “Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, págs. 361-393.

PULIDO QUECEDO, M., “¿Hacia una democracia paritaria?”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2008, págs. 9-11.

QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 3, 2007, págs. 53-75.

RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 129-151.

RAMOS TAPIA, M. I., “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. y AGUADO CORREA, T. (Coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 107-138.

REBOLLO PUIG, M., “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 7-173.

REQUEJO PAGÉS, J. L., “Mandato al legislador”, en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 4161-4163.

REVUELTA FERNÁNDEZ, G., “De la educación patriarcal a la coeducación”, en *Libre Pensamiento*, núm. 89, 2017, págs. 75-83.

REY MARTÍNEZ F.:

- *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, págs. 52-59.
- “Comentarios a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, págs. 505-523.
- “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8, 2014, págs. 289-312.
- “Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018”, en *Revista de derecho político*, núm. 100, 2017, págs. 125-171.

RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en BOIX REIG, J. Y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.),

La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Iustel, Madrid, 2005, págs. 65-107.

ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la Constitución Española)”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995, págs. 45-61.

ROBLES PLANAS, R., “Introducción a la Edición Española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en VON HIRSCH, A., SEELMANN, K Y WOHLERS, W., *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 19-47.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. Y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad, la representación en el Estado democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, págs. 115-159.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados”, en *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, págs. 3-12.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.:

- “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 381-414.
- “Principio de igualdad y Derecho del Trabajo”, en AAVV, *El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1067-1100.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y BRAVO-FERRER Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016.

ROIG TORRES, M., “La delimitación de la «violencia de género»: un concepto espinoso”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 32, 2012, págs. 247-312.

ROMÁN GARCÍA, F. (Dir.), *Análisis de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, El Derecho, Madrid, 2007.

RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del TC. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, págs. 9-36.

RUIZ MIGUEL, A.:

- “Paridad Electoral y Cuotas Femeninas”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, págs. 44-51.
- “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, págs. 35-47.
- “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, págs. 11-43.

SAIZ ARNAIZ, A.:

- *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE)”, en CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, págs. 193-208.

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial: contra el monopolio de los púlpitos*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997.

SANTANA RAMOS, E. M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, pág. 99-113.

SANTOLAYA, P., “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en GARCÍA ROCA, J. Y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo*

- de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 545-566.
- SCHNEIDER, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- SERNA MEROÑO, E., “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, págs. 273-307.
- SEVILLA MERINO, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d’Estudis de la Dona, Valencia, 2004.
- SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A. Y GARCÍA CAMPÁ, S., “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, págs. 63-81.
- SIMÓN RODRÍGUEZ, M. E., *La igualdad también se aprende: cuestión de coeducación*, Narcea, Madrid, 2010.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de derecho constitucional. Derechos fundamentales y su protección*, Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 30-35.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Agresiones y abusos sexuales a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. Y ORTS BERENGUER, E. (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 71-86.
- SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1985.
- SUBIRATS MARTÒRI, M., “Conquistar la igualdad: la coeducación hoy”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 6, 1994, págs. 49-78.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.:
- “Artículo 183”, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 338-345.

- “Artículo 183 *quater*”, en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.) y MORALES PRATS F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 351-352.
- TORRES DEL MORAL, A., *Estado de derecho y democracia de partidos: una teoría del estado constitucional contemporáneo*, Universitas, Madrid, 2015.
- TORRES MURO, I., “Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales: contenido, recepción y consecuencias”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 24, 2009, págs. 30-38.
- ULLOA RUBIO, I., “El tratamiento de la violencia de género, en relación con la igualdad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010, págs. 301-328.
- URIARTE BENGOETXEA, E., *Introducción a la ciencia política: la política en las sociedades democráticas*, Tecnos, Madrid, 2010.
- URTEAGA OLANO, E., “Las políticas de discriminación positiva”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, pág. 181-213.
- USHAKOVA, T., “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 4, 2013, págs. 31-48.
- VALLDECABRES ORTIZ, I., “Trato desigual, acciones positivas y delitos de violencia de género”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Y ORTS BERENGUER, E. (Dirs.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1895-1915.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S., “Igualdad y no discriminación en el derecho penal: el tratamiento de la violencia contra la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 4, 2011, págs. 49-62.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, en *Diario La Ley*, núm.7608, 2011, págs. 1-7.
- VELASCO PORTERO, M. T., “El padre y el permiso por maternidad biológica. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-5/12”, en *Dereito: revista jurídica da*

Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 22, núm. 2, 2013, págs. 97-102.

VILLACORTA MANCEBO, L.,

- “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, 2005, págs. 35-75.
- *Principio de igualdad y estado social. Apuntes para una relación sistemática*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2006.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.:

- “Objeto y contenido de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 103-119.
- “Los límites a los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 120-150.
- “El legislador de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. Á., ALÁEZ CORRAL, B. Y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 151-178.

VILLEGAS PAIVA, E. A., “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales”
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf. (a 20/09/2018).

ZOCO ZABALA, C.:

- *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de las sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003

- *Prohibición de Distinciones Razón de Sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: sentencias del Tribunal Constitucional 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2009, págs. 13-21.
- “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, págs. 211-256.
- “Secreto de las comunicaciones en la frontera de la revolución tecnológica”, págs. 1-35, 2018 (en prensa).

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 21 de febrero de 1990, *Powell y Rayner c. Reino Unido*.

STEDH de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. Reino de España*.

STEDH de 19 de febrero de 1998, *Guerra y otros c. Italia*.

STEDH de 20 de abril 2004, *Surugiu c. Rumania*

STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España*.

STEDH de 14 de febrero de 2008, *Hadri-Vionnet c. Suiza*.

STEDH de 20 de mayo de 2010, *Oluic c. Croacia*.

STEDH de 25 de febrero de 2011, *Mileva y otros c. Bulgaria*

STEDH de 12 de junio de 2014, *Marič c. Croacia*.

STEDH de 16 de abril de 2016, *Garçon y Nicot c. Francia*.

STEDH de 30 de mayo de 2017, *Trabajo Rueda c. España*.

STEDH de 9 de noviembre de 2010, *Deés c. Hungría*.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 17 de octubre de 1995 (Asunto “Kalanke”).

STJUE de 13 de septiembre de 2013 (Asunto “Betriu Montull”).

Tribunal Constitucional

STC 3/1983

STC 53/1985

STC 75/1983

STC 98/1985

STC 114/1983

STC 64/1986

STC 83/1984	STC 89/1987
STC 19/1988	STC 200/2001
STC 144/1988	STC 119/2001
STC 231/1988	STC 156/2001
STC 120/1990	STC 41/2002
STC 137/1990	STC 70/2002
STC 11/1991	STC 154/2002
STC 64/1991	STC 32/2003
STC 93/1992	STC 16/2004
STC 229/1992	STC 233/2005
STC 372/1993	STC 89/2006
STC 57/1994	STC 69/2007
STC 113/1994	STC 108/2007
STC 215/1994	STC 127/2007
STC 130/1995	STC 236/2007
STC 35/1996	STC 12/2008
STC 107/1996	STC 59/2008
STC 166/1996	STC 76/2008
STC 207/1996	STC 80/2008
ATC 304/1996	STC 81/2008
STC 28/1999	STC 82/2008
STC 201/1999	STC 83/2008
STC 98/2000	STC 95/2008
STC 20/2001	STC 96/2008
STC 99/2008	STC 97/2008

STC 100/2008	STC 98/2008
STC 13/2009	STC 52/2010
STC 45/2009	STC 77/2010
STC 70/2009	STC 79/2010
STC 107/2009	STC 80/2010
STC 127/2009	STC 83/2010
STC 151/2009	STC 37/2011
STC 152/2009	STC 150/2011
STC 153/2009	STC 161/2011
STC 154/2009	STC 173/2011
STC 159/2009	STC 198/2012
STC 164/2009	STC 66/2015
STC 165/2009	ATC 196/2016
STC 166/2009	STC 11/2016
STC 167/2009	
STC 177/2009	
STC 178/2009	
STC 179/2009	
STC 180/2009	
STC 201/2009	
STC 202/2009	
STC 203/2009	
STC 213/2009	
STC 41/2010	
STC 45/2010	

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Derecho internacional

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín, de 15 de septiembre de 1995.

Derecho regional europeo

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote).

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Tratado de Estambul).

Derecho de la Unión Europea

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957.

Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997.

Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007.

Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

(décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES sobre el permiso parental.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Legislación nacional

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley de 13 de marzo de 1900, fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y de los niños.
- Ley 8 de enero de 1907, de reforma del artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de las mujeres y los niños.
- Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.
- Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.
- Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

Reglamento de 13 de noviembre de 1900, para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900 acerca del trabajo de mujeres y niños.

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Legislación autonómica

Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

Ley 5/2005, de 18 de abril, por la que se modifica el apartado del art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía.

DOCUMENTACIÓN

BENEDICTO, J. (DIR.), “Informe Juventud en España. 2016”, Instituto de la Juventud, Madrid, 2017.
<http://www.injuve.es/sites/default/files/2017/24/publicaciones/informe-juventud-2016.pdf> (a 20 de septiembre de 2018).

Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la Mujer.
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria_2012_vol1_circu_06.pdf?idFile=934d1b1e-2f7a-40ca-a534-04d404d89455 (a 20 de septiembre de 2018).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Finales a España relativas al Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, de 17 de octubre de 2007.
<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Observaciones.pdf> (a 20 de septiembre de 2018).

“Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer”, del 24 de junio de 2004.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer> (a 20 de septiembre de 2018).

LÓPEZ MARTINEZ, J., PÉREZ LARA, J. M., MARTOS GARCÍA, J. J. Y VIÑAS ARMADA, J. M., “Protección social de la mujer, de las familias con personas dependientes y del discapacitado como instrumento de equidad en el mercado del trabajo y de conciliación de la vida familiar y laboral”, Fondo de Investigación de la Protección Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2006. <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/224849f0-7a31-426b-99c1-a7c7ba797fef/112.+Proteccion+social+de+la+mujer%2C+de+las+familias+con+personas+dependientes+y+del+discapacitado+como+instrumento+de+equidad+en+el+mercado+trabajo+y+de+conciliacion+de+la+vida+famili>

[ar+y+labo%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&%3BCVID=](#) (a 20 de septiembre de 2018).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe VI, 98ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf (a 20 de septiembre de 2018).

SAVE THE CHILDREN ESPAÑA, “La elevación de la edad de consentimiento sexual en la reforma del Código Penal”, 2015. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/elevacion_de_la_edad_de_consentimiento_sexual_en_la_reforma_del_codigo_penal.pdf (a 20 de septiembre de 2018).