

NUEVOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LAS ACCIONES POSITIVAS. LOS EJEMPLOS DE LA LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA LEY DE IGUALDAD A DEBATE

ANA MARÍA OVEJERO PUENTE

1. INTRODUCCIÓN.—2. DOS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA ACTUAL CONCEPCIÓN DE LA IGUALDAD.—3. LA ACCIÓN POSITIVA COMO HERRAMIENTA.—4. LA LO 1/2005, INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, Y LA LEY DE IGUALDAD COMO EJEMPLOS DE ACCIÓN POSITIVA: 4.1. *La Ley Integral como ejemplo de acción positiva*. 4.2. *La Ley de Igualdad como ejemplo de acción positiva*.—5. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTAS ACCIONES POSITIVAS ANTE EL TC: 5.1. *Las cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley Integral*. 5.2. *El recurso contra la Ley de Igualdad*.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo no es la igualdad en relación con su valor como principio configurador de la forma del poder o como elemento esencial de la dignidad del hombre. Pretendo analizar, desde una perspectiva jurídica, dos ejemplos normativos en aplicación de políticas de acción positiva con los que se ha pretendido dar efectividad a la razón práctica de igualdad, aunque al hacerlo se esté igualmente hablando de la sustancia de la igualdad. Estos elementos esenciales no pueden hacernos olvidar que la igualdad no agota su eficacia en el ámbito jurídico; ni, dentro de él, puede ser considerada como una realidad estática para interpretar unívocamente las normas existentes. El principio de igualdad es dinámico y por ello cambiante, porque, como dice Rubio Llorente, es ante todo «un mandato dirigido al legislador, al creador ordinario de las normas lega-

les» (1), y el legislador se renueva periódicamente en los sistemas democráticos. Por ello, el contenido de los mandatos constitucionales también se renueva con la sociedad representada en los órganos legislativos. Las Leyes que vamos a analizar constituyen, ante todo, ejemplos de esta evolución. Son formas de realización de la igualdad «en sentido material». Resulta especialmente útil estudiarlas a la hora de acometer el debate actual sobre la Ley como instrumento político de transformación. Las políticas de igualdad reconocen nuevos derechos subjetivos, establecen nuevos servicios públicos y utilizan, de manera novedosa, algunos instrumentos jurídicos, lo que manifiesta la evolución conceptual e instrumental de la Ley, general, abstracta, universal, como único medio —o medio por excelencia— de ejercicio de la acción política de intervención transformadora de la realidad (2).

Este estudio pretende, además, hacerse desde la perspectiva de la igualdad material (3), examinando, con las herramientas propias de la teoría general del Derecho constitucional, ese otro concepto de igualdad que manejan los poderes públicos a la hora de hacer efectivos los principios constitucionales.

2. DOS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA ACTUAL CONCEPCIÓN DE LA IGUALDAD

El principio de igualdad, ni siquiera en sus orígenes (Constitución de Virginia de 1776 y Declaración francesa de 1789) significó «igualdad universal de trato». Prohíbe diferencias de trato infundadas o perjudiciales, pero admite aquellas diferenciaciones derivadas de razones justificadas por la utilidad social: el mérito, el esfuerzo o la capacidad, adecuadamente medidas según las concepciones de la época (4). «Tratar igual lo que es igual y distinto lo que es diferente» bajo criterios constitucionales como axioma de justicia. Siguiendo a Leibholz (5), un tratamiento desigual no es arbitrario no sólo cuando es la

(1) RUBIO LLORENTE (1997): 606-607.

(2) Dice el artículo 11 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: «Acciones positivas: [...] los Poderes Públicos adoptarán 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».

(3) Sobre la definición de los conceptos formal y material de igualdad, en relación con la evolución del principio; la «igualdad ante la ley» o la «igualdad en la ley» ver RODRÍGUEZ PIÑEIRO (1986) y RUBIO LLORENTE (1991) o REY MARTINEZ (1995): 43.

(4) KELSEN (1962): 190.

(5) LEIBHOLZ (1959), citado por ALEXY (1993): 400.

solución mejor o la más justa, sino cuando existen razones constitucionalmente plausibles para su permisión. Partiendo de esta acepción básica, López Guerra establece dos elementos a considerar (6):

Primero, la evolución del concepto material del principio de igualdad responde a la evolución social de lo «razonable» como causa de diferenciación. Lo que fue aceptado como tal en el pasado ha ido evolucionando y desapareciendo por la crítica, las luchas reivindicativas o el abandono de los prejuicios que lo sustentaban. Por ello, el reconocimiento de la igualdad va constitucionalmente de la mano del reconocimiento del principio de no discriminación, que enumera las causas de diferenciación «no razonables» y discriminatorias.

Segundo, la evolución del concepto material de igualdad responde a la mayor intensidad o trascendencia en la intervención del Estado en las condiciones de vida. Al principio sólo se traducía en prohibiciones o restricciones contra la actuación arbitraria de los poderes públicos. Luego aparecieron los mandatos constitucionales de intervención para remediar activamente situaciones de desigualdad preexistentes.

Estas dos características se han recogido de diferentes maneras, según las circunstancias constitucionales de cada país. En muchos casos, con reformas constitucionales. En otros, vía interpretativa. La labor de la jurisprudencia (ordinaria y constitucional) ha sido y es decisiva, tanto para precisar los nuevos significados de los mandatos constitucionales, como para actualizar el sentido constitucional de las normas (7). El juez de la constitucionalidad tiene que decidir si la «razón» que sustenta la diferencia de trato en la norma o en su aplicación respeta los valores constitucionales. La igualdad, tal y como dice gráficamente Rey Martínez, «implica la aplicación de un estándar de revisión jurisdiccional» (8).

En el caso español asumimos constitucionalmente el nivel más elevado de evolución: las causas de no discriminación están recogidas en el artículo 14 CE (de forma explícita y por remisión a la Ley) y los poderes públicos están constitucionalmente obligados a remover los obstáculos que impiden la igualdad material. Tienen el deber constitucional de intervenir para eliminar las condiciones preexistentes de discriminación. Además, se reconoce un derecho de igualdad que define un estatuto jurídico (vertiente subjetiva) para los ciudadanos y los protege frente a la actuación arbitrariamente diferenciadora de los poderes

(6) LÓPEZ GUERRA (2003).

(7) Muchos autores relacionan el principio de igualdad con la labor de los jueces a la hora de aplicar la norma. Ver RUBIO LLORENTE (1997): 633 y sigs.

(8) En REY MARTÍNEZ (1995): 54.

públicos; lo que implica también el derecho a la creación y desarrollo de una prestación por parte del Estado (vertiente objetiva). La igualdad adquiere así la naturaleza de un derecho subjetivo prestacional.

La intervención del Estado para la igualdad pasa por un proceso transformador de estructuras sociales asentadas y, por tanto, no puede producir efectos inmediatos. Es, además, una intervención de cambio y por ello mismo transitoria y sin vocación de permanencia, por más que puedan ser necesarias por tiempos prolongados. Adopta distintas formas, y ello dificulta su catalogación y conceptualización.

El caso de la mujer y la discriminación por razón de sexo es un ejemplo claro de este tipo de intervención. Sufre una discriminación arraigada, «la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás» (9). Una discriminación paralela a la evolución constitucional del principio de igualdad (10); una discriminación que perdura hoy, y que se constituye en objeto de la agenda política. La situación de partida es una sociedad patriarcal, con diferencias estructurales que afectan a las relaciones entre hombre y mujer y a los roles sociales asumidos (o impuestos) y que ha permitido el uso de diferentes fórmulas de discriminación —que alcanzan incluso el sometimiento y el control personal— justificadas por la superioridad de un sexo sobre el otro y mantenidas por la creencia cultural de la minusvalía física y psíquica «natural» en la mujer (11).

En relación con el sexo nuestra Constitución recoge expresamente su «irracionalidad» como causa de discriminación. Lo cual no quiere decir que no quepa la diferencia de tratamiento relacionada con el sexo. El Tribunal Constitucional, en la STC 126/1997, dice: la diferencia de trato por razón del sexo «*implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad*», y este rigor implica que el test de constitucionalidad (el test de racionalidad o juicio de igualdad) se extienda tanto a los elementos directos de discriminación como a los elementos indirectos (circunstancias directa e inmediatamente relacionadas con el sexo biológico de las personas; por ejemplo, la lactancia o el embarazo; o con el sexo como género, por ejemplo,

(9) En REY MARTÍNEZ (1995): 1.

(10) Ver la tesis de PÉREZ TREMPES, Pablo (1996 y 1997).

(11) Se denomina «principio de antisubyugación»: derecho a la igual dignidad social y a no ser tratado como ciudadano de segunda, en TRIBE (1988).

la distinción en el salario) (12). En definitiva, el sexo es lo que la doctrina denomina un «término sospechoso», por ello requiere ser examinado con rigor cuando se utiliza para determinar un tratamiento legal distinto (13). Un examen de constitucionalidad sobre la racionalidad y proporcionalidad del uso de la diferencia sexual que requiere la intervención del TC, aun cuando sea paralelo al debate político sobre lo que socialmente está admitido como razonable. La virtud de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional en la creación o actualización del Derecho constitucional es precisamente incorporar a los conceptos esta evolución social de lo que no se admite como razonable. Este examen es, por último, de naturaleza «relacional», es decir, compara o relaciona dos situaciones: la que obtiene un beneficio y la que sufre por ello un perjuicio en su posición jurídica.

Los elementos básicos del juicio de igualdad están claramente recogidos en la STC 76/1990, en su FJ 4. Sin embargo, como añade la STC 181/2000, el principio no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (14). El test de igualdad es un instrumento de control de calidad constitucional de la legislación para la diferencia y es esencial para conseguir el valor superior de la Justicia (*la norma justa*).

(12) El concepto de la discriminación indirecta ha sido elaborado por la jurisprudencia del TS de USA [caso *Grigg v. Duke Power Company* (1971)] y por la del TSJ de la UE: «El Derecho Comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo» (SSTJCE de 27-6-1990, *Kowalska*; de 4-6-1992, *Bötel*; de 9-2-1999, *Seymour-Smith y Laura Pérez*).

(13) Ver la definición de «término sospechoso», a partir de la jurisprudencia del TS norteamericano en los casos *Korematsu* (1944) y *Craig v. Boren* (1976), en PÉREZ TREMPES (1996 y 1997): 250.

(14) Según la STC 59/2008 el baremo de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», por la potestad exclusiva del legislativo en la definición de los delitos y de las penas, y en convergencia con el baremo propio del sistema penal (STC 161/1997, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, FJ 23). Ver también las STC 22/1988, FFJJ 3 y 9; 209/1988, FJ 6; 20/1991, FJ 2; 110/1993, FJ 6; 117/1998, FJ 8, y 200/2001, FJ 4.

3. LA ACCIÓN POSITIVA COMO HERRAMIENTA

Hay distintos tipos de herramientas jurídico-políticas para la consecución de la igualdad material. Por ejemplo, el reconocimiento de derechos específicos a la mujer, o la inclusión de la perspectiva de género en los principios informadores de la Ley. Otro tipo de herramientas son jurisprudenciales, como la evolución de los test de constitucionalidad sobre los «términos sospechosos» de discriminación, o la extensión de la prohibición a las discriminaciones inversas. Sin embargo, las más significativas de todas ellas son las que denominamos «acciones positivas» o «*affirmative actions*».

Es realmente complicado llegar a una definición unánime de acción positiva porque, por un lado, el concepto sigue en constante evolución y, por otro, el término jurídico ha sido adoptado por otras ramas del conocimiento y se ha convertido en un término sociológico o antropológico, en todo caso, en un término político. La jurisprudencia —primero del Tribunal Supremo norteamericano, y posteriormente tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del TC español— permiten establecer algunos elementos comunes: acción positiva —en sentido general— es una norma o medida de carácter normativo que establece un tratamiento a favor de un colectivo desfavorecido, constitucionalmente protegido por una cláusula específica de no discriminación, y que tiene como objetivo último conseguir su igualdad material como grupo. Es un instrumento de intervención de los citados en el artículo 9.2 CE; un «instrumento de compensación» que sirve para neutralizar la desventaja inicial de un grupo discriminado, con la que se pretende corregir lo que de inicio está deformado. Las acciones positivas a favor de las mujeres utilizan el rasgo sexo en sus dos vertientes (sexo biológico y género) para introducir diferencias en el trato con las que se persigue alcanzar la igualdad material de la mujer como colectivo, a partir de la remoción de situaciones preestablecidas de discriminación. El «*tertium comparationis*» es el colectivo «mujer» o «mujeres»: el grupo. Y por otro lado, se reduce a acciones normativas, es decir, con intervención de un poder público con capacidad normativa, quedando al margen otras posibilidades abiertas actualmente en el debate social y político como son las acciones discriminatorias a favor de la mujer que se producen entre particulares. Por ejemplo, las que desarrollan las empresas privadas para sus empleadas a través de los Planes de Igualdad, o las acciones positivas que tienen como destinatarios personas individualmente consideradas. O también, las medidas de prestación de servicios sanitarios públicos específicos para enfermos de «enfermedades raras», a pesar de que los tratamientos médicos sean únicos para ese caso.

En cierta forma, la acción positiva es una «norma especial»: no es de aplicación general; y se aplica a un grupo de personas definidas por un rasgo que según la Constitución está expresamente excluido para ser utilizado como criterio diferenciador. Permite una actuación «diferenciadora» de lo que, según las consideraciones jurídicas y sociales, no es igual. La acción positiva levanta el velo de lo aparentemente igual y actúa sobre la desigualdad. Es un tipo de norma «excepcional», y por tanto, su uso debe ser igualmente excepcional (STC 229/1992) y proporcional entre la afectación del principio general de igualdad y el fin perseguido. Como expone el TC en las SSTC 128/1987 y 19/1989:

«[...] la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer.»

Algunas características a tener en cuenta en el test de igualdad son: *a)* Las medidas de acción positiva dividen a la sociedad en colectivos cuya desigualdad material se manifiesta desde un punto de vista grupal. *b)* Tienen como única finalidad compensar la desigualdad del colectivo, pero son acciones compensadoras, no protectoras. Las llamadas «acciones protectoras» o paternalistas (15) son medidas discriminatorias que ofrecen un beneficio o privilegio a la mujer basado en la arraigada y errónea convicción de su inferioridad física y psíquica (STC 28/1992) (STC 207/1987) (16) y que perpetúan su situación de discriminación. *c)* El rasgo diferencial es además la característica que cohesionan al colectivo y la razón por la que se les identifica. *d)* El colectivo debe tener reconocimiento constitucional de colectivo protegido. *e)* Son medidas distintas de las «medidas de fomento de la igualdad de oportunidades» porque no pretenden la consecución del Estado social, el reparto equitativo de la riqueza y la cohesión social, sino la Justicia como valor superior (17).

Por último, las acciones positivas no constituyen una categoría homogénea. Sí es unánime su división en dos subcategorías: acciones positivas moderadas

(15) LÓPEZ GUERRA (2003).

(16) La STC 128/1987 por primera vez distingue la acción positiva constitucional y la acción protectora.

(17) Sobre las medidas de fomento ver REY MARTÍNEZ (1995): 54 y sigs.

[también llamadas «suaves» o «acciones positivas» (18)] y medidas de discriminación inversa (llamadas «acción positiva fuerte») (19). *Las acciones positivas moderadas* tratan de incidir indirectamente en las causas o en los obstáculos circunstanciales que impiden alcanzar la igualdad material de la mujer, sin perjudicar al hombre (por ejemplo: premiar, en la realización de contratos con la Administración, que haya mujeres en las empresas; conceder beneficios fiscales para la contratación de mujeres; aumentar el número de becas de estudios para mujeres, etc.). *Las medidas de discriminación inversa* reservan directamente cuotas de favor a colectivos sensibles a la discriminación para acceder a bienes escasos de la sociedad (por ejemplo: la reserva de puestos de trabajo para mujeres; la obligación de la paridad en las listas electorales, etc.). La diferencia entre estos dos tipos de medidas nos indica el distinto grado de «afectación» por el tratamiento desigual que producen al colectivo no favorecido. Impiden una competencia igual entre hombres y mujeres en el acceso a bienes o servicios públicos. Se llaman medidas de discriminación inversa porque tratan de paliar una discriminación no razonable con la generación de otra sí justificable. Pero afectan al ejercicio de derechos fundamentales y por ello deben ser utilizadas excepcionalmente, bajo un estricto control de proporcionalidad entre los fines que persiguen y las afectaciones que implican.

Determinadas las herramientas jurídicas de análisis, intentaremos saber si la utilización del sexo tanto en la Ley Integral contra la violencia de género como en la Ley de Igualdad es o no constitucionalmente válida como criterio diferenciador y justifica la acción positiva. Otra cosa es que se admita como medida adecuada o se esté o no de acuerdo con su uso. Esto es parte del debate político, que en el caso español está muy vivo en la actualidad.

4. LA LO 1/2005, INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, Y LA LEY DE IGUALDAD COMO EJEMPLOS DE ACCIÓN POSITIVA

La mayor parte de acciones normativas adoptadas en España desde finales de los setenta en razón del sexo a favor de las mujeres son de las denominadas «acciones protectoras». Son normas que benefician a las viudas frente a los viudos; que permitan a las mujeres no asumir horarios de trabajo nocturnos, por su peligrosidad; que las permitan retiros anticipados más beneficiosos, etc.

(18) REY MARTÍNEZ utiliza los términos «acción positiva» para referirse sólo a las acciones moderadas.

(19) Estos términos son los que utilizan GIMÉNEZ (1999) y BARRERE UNZUETA (1997).

El TC consideró este tipo de «normas protectoras» inconstitucionales, porque generaban nuevos impedimentos a la igualdad de la mujer y perpetuaban su imagen de inferioridad en el mundo laboral (STC 28/1992, FJ 3). Sin embargo, también contamos con buenos ejemplos de acciones positivas admitidas por el TC. La mayor parte de ellas son acciones moderadas. Por ejemplo: la norma que concede los permisos de lactancia (remunerados) para las trabajadoras con hijos menores de nueve meses (art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores de la Ley 8/1980, visto en la STC 109/1993), o la norma que establece la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (art. 108 de la Ley de Procedimiento Laboral según la Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar). Son normas que discriminan a la mujer por su sexo (la condición sexual es indispensable para ejercer del derecho de lactancia o la protección del embarazo) y que la benefician excluyendo al hombre por imposibilidad de cumplimiento de la condición básica en el supuesto de hecho normativo. Se parecen a las normas paternalistas, porque protegen a la mujer por su mayor debilidad —durante el embarazo y la lactancia—, pero lo hacen como elemento esencial de la mujer, y se diferencian de las medidas de conciliación porque no son aplicables a ambos sexos.

4.1. *La Ley Integral como ejemplo de acción positiva*

Gran parte de las normas recogidas en la Ley Orgánica de medidas integrales contra la violencia de género (LOMICVG 1/2004) pueden encajar en la definición dada de acciones positivas. En este sentido, la LOMICVG sería un tipo distinto de acción positiva, porque es una medida de acción transversal cuyo objetivo no es específico sino inespecífico, y que además es integral y por lo tanto multidisciplinar. El objeto de la Ley es definitivamente el propio de este tipo de actuaciones. Dice el artículo 1:

«La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.»

No obstante, tanto la definición del colectivo objeto de la norma como el tipo de actuaciones normativas elegidas (reconocimiento de derechos o creación de servicios públicos) plantean cuestiones importantes a la hora de catalogar la norma.

El colectivo destinatario es la mujer. Así expresamente lo dice la Exposición de Motivos que justifica en los instrumentos de Derecho internacional la actuación positiva de los poderes públicos. Sin embargo, los preceptos de la Ley que recogen las normas concretas especifican, dentro del colectivo «mujer», el colectivo específico «mujer víctima de violencia de género», lo que implica la existencia de un trámite de reconocimiento potencial de pertenencia al colectivo protegido (art. 23), que en el caso de la LOMICVG se hace efectivo a través del preceptivo informe del fiscal (20) o la concesión de la orden de alejamiento por parte del juez. E incluso, y lo que es más significativo, en algunos casos se extiende el amparo de la norma a terceros no definidos por el rasgo «género», sino por «su especial vulnerabilidad física», que no aparece recogido como *ratio* en la protección del artículo 14 CE. Son los menores a cargo de la mujer agredida de los que habla el artículo 19 (ya sea bajo la patria potestad o la guarda y custodia de la persona agredida) y los colectivos «*especialmente vulnerables*», a los que se extiende la protección penal.

El colectivo destinatario (la mujer) parte de una situación de desigualdad por su sometimiento tradicional y la asunción del rol de control de un sexo sobre otro; y que sufre la violencia para su dominación en el ámbito de las relaciones privadas. La situación de discriminación se basa en estructuras consentidas y toleradas socialmente a lo largo de los siglos. El rasgo que determina la diferenciación del grupo (*el tertium comparationis*) es además la característica que lo cohesiona y la razón por la que se le identifica y discrimina socialmente: su género. Y por último, el colectivo mujer-víctima tiene el doble reconocimiento constitucional por el hecho de ser mujer y por ser víctima de violencia. La introducción de los menores es, por tanto, un elemento ajeno al contenido sustancial. De hecho, esta extensión de la protección, incluida ya en el proyecto de ley (21), es instrumental para el legislador. Dice la Exposición de Motivos en el punto II:

«(...) las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas indirectas o mediatas de esta violencia. La Ley contempla también su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.»

(20) Ver en este sentido la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2005, de 17 de marzo.

(21) Ver el artículo 15 del proyecto de Ley, que pasó a ser el artículo 19 de la Ley.

En la parte penal se incluyen otros colectivos cuya vinculación con el objeto de la Ley es su situación de especial vulnerabilidad física ante este tipo de violencia. Esta extensión, que fue introducida vía enmiendas, se aceptó como garantía de consenso y de unanimidad en la aprobación de la Ley. A pesar de ello, la LOMICVG no confunde la violencia doméstica ejercida contra los menores (cuya norma específica de protección es Ley Orgánica 11/2003) o contra otros colectivos de convivientes vulnerables (como ancianos, discapacitados, etc.) con el objeto de la Ley Integral, ni difumina el tratamiento específico del fenómeno violencia machista confundiéndola con una modalidad de la violencia doméstica (22). Entre otras cosas, porque la finalidad de la Ley no es proteger contra un tipo de violencia por el daño personal que causa, sino proteger contra un tipo de violencia por el daño social y estructural que supone y por atentar directamente contra la igualdad de hombres y mujeres. Se protege a la mujer víctima por ser especialmente vulnerable, como lo es un menor o una persona con discapacidad, pero se protege especialmente a la mujer de una violencia que estructuralmente manifiesta y perpetúa una situación de profunda desigualdad. La víctima directa de la agresión machista es la mujer concreta, pero la víctima indirecta es la Sociedad (23). En ese sentido, los menores y los otros colectivos especialmente vulnerables se benefician coyunturalmente de la norma.

En cuanto al contenido material de las normas, debemos analizar de forma distinta los preceptos que reconocen derechos de aquellos otros que diseñan instituciones de protección, o establecen sanciones penales específicas para la violencia machista. Sobre los derechos, encontramos dos tipos de reconocimiento: derechos subjetivos de ejercicio directo y derechos subjetivos de prestación. El artículo 2.b) de la Ley dice expresamente que la finalidad de la norma es «*consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto*» (24). Son derechos como: el derecho a la información sobre la situación procesal de su caso; al asesoramiento con respecto a la asistencia social y jurídica del que son beneficiarias (arts. 18-20 de la Ley); a la asistencia social integral (art. 19); a la asistencia jurídica gratuita y especializada (art. 20.6). Otros se circunscriben al ámbito laboral como el derecho a solicitar la reducción de la jornada laboral; a la movilidad geográ-

(22) Ver FUENTES SORIANO (2004).

(23) En ROSENFELD, en la cita de RUIZ MIGUEL (1994): 97, escribe este doble efecto de protección muy gráficamente: «La discriminación sexual degrada a sus víctimas y a sus perpetradores y les sitúa en un plano inferior. Esto es, se dirige a excluir. Las acciones positivas no son un medio para privar a los varones de igual respeto y consideración. Por tanto, se dirigen a incluir».

(24) Ver VELÁZQUEZ, Rosa (2005).

fica o al cambio de centro; a la percepción del seguro de desempleo; a períodos exentos de declaraciones tributarias cuando son trabajadoras por cuenta propia; o la suspensión de la obligación de cotización durante seis meses sin merma de los derechos devengados sobre la Seguridad Social (art. 21.5). La Ley reconoce otros derechos a las funcionarias víctimas (arts. 24 al 26), como la excedencia voluntaria, sin exigencia del requisito de prestación mínima de servicio; o la consideración como faltas justificadas de las ausencias totales o parciales al trabajo derivadas de la violencia de género.

Aplicamos los parámetros descritos para determinar si este conjunto de preceptos contienen «acciones compensadoras», o bien son acciones meramente «protectoras». Recordemos que las segundas han sido rechazadas por el TC por considerar que perpetúan la discriminación. En el caso de los derechos de la mujer-víctima al tratamiento integral, a los centros de acogida o al salario mínimo de inserción se detecta una acusada finalidad protectora del Estado, que parte del reconocimiento de la inferioridad física o psíquica que define a la mujer víctima. Pero, a diferencia de las medidas tradicionales de protección, sólo se establecen por períodos transitorios: hasta que es posible la ruptura de la dependencia económica o psicológica que define este tipo de situaciones. No se ofrece la protección del Estado porque la mujer sea «psicológicamente» inferior, o físicamente más débil, sino porque la violencia a la que está sometida la sitúa en una posición de inferioridad para autodefenderse y ello justifica la intervención del Estado. En tanto que pretenden restablecer la autoestima y dignidad personal de la mujer para el ejercicio de sus derechos y devolverla a la vida social, son normas de compensación. Normas de compensación, en todo caso, distintas a las que hemos visto, porque la manera de intervención es la protección directa y personal de la mujer en una situación específica de debilidad por ser víctima.

Encontramos, también, derechos de prestación. Son derechos al desarrollo y organización de determinados servicios sociales, cuya efectividad pasa por una adecuada coordinación entre todas las Administraciones competentes. Son derechos a un servicio (servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo de acogida y de recuperación integral) (art. 19.1); a planes específicos de empleo (art. 22); al acceso preferente a la vivienda protegida o a residencia de mayores, etc. Son acciones positivas de discriminación inversa, porque reservan el acceso a estos servicios públicos al colectivo mujer-víctima, y generan una discriminación contra el hombre. Sin embargo, no establecen cuotas reservadas, que es la manera en la que hemos visto desarrollarse a las discriminaciones inversas, sino una reserva total del acceso al servicio. En esto también son diferentes.

Merece un análisis detenido los preceptos de la Ley relativos a la modificación del Código Penal en relación con la tipificación de los delitos de violencia de género. Se recogen en el Título IV de la Ley, artículos 33 al 41. Son los que más polémica han generado en torno a la constitucionalidad de la Ley por el trato desigual al agresor en relación con el ejercicio de la *ultima ratio* penal. Polémica que comenzó en la fase de elaboración del proyecto de Ley, con el informe emitido por el CGPJ que consideraba serias objeciones de constitucionalidad, «*por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo de la amenaza o coacción leve contra la mujer*». La cuestión terminó en una cascada de cuestiones de constitucionalidad que el TC ha resuelto en la STC 59/2008 (14-5-2008) y posteriormente en la STC 45/2009 (4-5-2009). Analizamos estas normas desde el punto de vista de la teoría general de las acciones positivas.

La Ley Integral introduce un endurecimiento de las penas para los tipos de lesiones agravadas, maltrato de obra, amenazas y coacciones cuando éstas son cometidas por el hombre contra su pareja o ex pareja (la víctima debe ser la esposa, ex esposa o mujer que haya estado o está ligada al autor por una análoga relación de afectividad); y establece previsiones específicas en materia de suspensión o sustitución de la pena en las condenas por este tipo de delitos. Además, modifica el tipo de quebrantamiento de condena para agravarlo y extenderlo al quebrantamiento de medidas cautelares y de medidas de seguridad en casos de violencia de género.

Es cierto que la protección penal contra el machismo criminal no acaba ahí. Debe completarse con la ya prevista en el Código Penal (25). Pero el legislador ha decidido esta metodología dispersa para regular un aspecto muy concreto de la violencia, que quedaba relegado dentro del discurso general. Sólo pone el acento en aquellas formas de violencia habituales en el entorno privado, que son estadísticamente antesala de la muerte violenta, que estaban penadas con sanciones leves e insuficientes para producir el efecto disuasorio. El resto estaba ya regulado en la LO 14/1999, la LO 11/2003 y la LO 15/2003. El legislador, consciente del uso «severo» de este instrumento de intervención, se justifica expresamente en la propia Exposición de Motivos, aclarando la concurrencia de una diferencia sustancial en el supuesto de hecho que permite la intervención correctiva del Estado (párrafo I):

(25) VALLDECABRES ORTIZ, Isabel (2005): 34 y sigs.

«La violencia de género [...] se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.»

Luego, el núcleo sustancial no es el tratamiento de la violencia según el sexo de la víctima o del agresor, sino la discriminación de la mujer que se manifiesta a través de esa violencia ejercida en el ámbito privado y la trascendencia de esta violencia en la sociedad. No es cualquier tipo de violencia contra la mujer, sino la ejercida por un hombre para y/o por su dominación y sometimiento en el ámbito privado de la relación (existente o pasada) de afectividad. La «causa razonable» para el juicio de igualdad, que justifica la acción positiva, es la significación de este tipo de violencia en la perpetuación de la discriminación de la mujer como colectivo.

La doctrina se cuestiona la viabilidad constitucional de las acciones positivas en el ámbito penal por la importancia de los bienes afectados y porque, al final, es un uso diferenciador de la *ultima ratio* para el cumplimiento de la Ley. Sin embargo, sí se permiten otro tipo de diferencias en el tratamiento penal de fenómenos aparente iguales. Por ejemplo, la introducción del agravante de racismo en las agresiones. En estos casos el trato penal distinto se debe a la necesidad de protección de distintos bienes jurídicos concurrentes. En el caso de la violencia de género cabría también esta justificación, porque igualmente concurre la protección de distintos bienes jurídicos: integridad física, moral de la mujer y el principio de igualdad. Ahora bien, no es lo mismo justificar el trato diferente a partir de la concurrencia de otros bienes protegidos que a partir de la aplicación de una acción positiva. En este segundo caso, la afectación de los derechos fundamentales requiere necesariamente una aplicación más estricta y rigurosa del juicio de constitucionalidad sobre la norma. Veamos si es posible.

Empezando por el juicio de racionalidad: el tratamiento penal desigual queda justificado en la lucha contra la desigualdad material que sufren las mujeres y que es reflejo de un modelo de sociedad desigualitaria. En el otro extremo de la comparación, el hombre que sufre violencia doméstica o en el seno de relaciones afectivas no concurre este factor estructural. El reconocimiento de esta diferencia esencial permite el trato desigual y, por tanto, ya no arbitrario. Otra cuestión es que la Ley Integral no agota todos los tipos de violencia sobre la mujer que comparten estas mismas características (como abusos sexuales, acoso laboral, etc.). Considero que es consecuencia de la convivencia política de dos conceptos: el de violencia doméstica y el de violencia de género, y fruto de una decisión pragmática que prefiere completar los instrumentos normativos ya

existentes para hacer frente de manera inmediata a un fenómeno en progresión ascendente (26).

En cuanto al juicio de proporcionalidad, debemos determinar si las penas más graves específicas para el hombre en el caso de violencia de género son proporcionales al fin que se persigue con la acción positiva —la remoción de la desigualdad—, en comparación con las penas que se le impondrían a las mujeres por los mismos actos; si son necesarias para la consecución del fin perseguido, y si se adecuan al fin último de la norma.

El juicio de proporcionalidad no es un juicio objetivo, ni se establece en términos absolutos. Entre otras cosas, porque no existe una graduación del valor constitucional entre derechos fundamentales, ni entre principios constitucionales. Es un juicio relativo que pondera, dentro de los parámetros socioculturales actuales y en la coyuntura histórico-política que se vive, para cada norma concreta, qué prevalece: el valor que defiende la norma o el valor que se discrimina con la norma (27). En el caso de los tipos penales, el pronunciamiento debe ponderar si la limitación de la libertad, prevista en los tipos, es proporcional a la protección de la igualdad material estructural perseguida (28) en términos de necesidad y adecuación. Existen razones para considerar la necesidad de la limitación impuesta, teniendo en cuenta el excepcional problema de seguridad pública producido por la violencia de género en los últimos años y el incremento estadístico de muertes de mujeres, a pesar de las sucesivas reformas penales de 1999 y las dos del 2003. Luego, la acción positiva penal se justificaría en el crecimiento exponencial de la desigualdad estructural en relación con el número de agresiones y de muertes. A medida que crecen las agresiones y las muertes, más profunda se hace la desigualdad. Por otro lado, debemos considerar si la pena prevista es proporcional en relación con el sistema establecido en el contexto del Código Penal. Es lo que la doctrina denomina juicio de proporcionalidad *stricto sensu* (29). En este sentido, la Ley distingue este tipo de violencia de cualquiera otro producido en el ámbito de relaciones afectivas. Desde el punto de vista sistémico, las penas para violencia de género son de la misma naturaleza que las establecidas para la violencia doméstica contra otros convivientes especialmente vulnerables, y su elevación es mínima, porque establece priva-

(26) Ver el *Diario de Sesiones del Pleno del Congreso*, núm. 39, de 7-10-2004.

(27) Ver BERNAL PULIDO (2005), GONZÁLEZ BEILFUSS (2003) y MEDINA GUERRERO (1998).

(28) Ver LOPERA MESA (2006).

(29) Ver jurisprudencia del TC sobre principio de proporcionalidad penal (STC 136/1999, Mesa de HB).

ciones de libertad menos graves, con elevación del límite inferior de la pena de prisión, sin alterar el marco penológico abstracto (30).

Si la norma que discrimina el tratamiento penal del hombre agresor es racional, está justificada y es proporcional, está cumpliendo el test constitucional de igualdad. Ahora bien, tanto las normas que recogen derechos como aquellas otras que reforman los tipos penales son formas nuevas de intervención positiva para consecución de la igualdad material, porque no encajan estrictamente en las categorías que definen las acciones positivas, aunque permiten nuevas formas de actuar legislativamente. Veremos qué tratamiento aplica el TC.

4.2. *La Ley de Igualdad como ejemplo de acción positiva*

Las acciones positivas previstas en la Ley de Igualdad tampoco encajan exactamente en los modelos descritos. La Ley de Igualdad, posterior en el tiempo a la LOMICVG, afecta a las condiciones de la igualdad en la vida política, jurídica y social de la mujer. Como novedad el legislador no teme catalogar la Ley como acción positiva y asume como propios de la Ley sus objetivos. Dice en el párrafo II de la Exposición de Motivos:

«[...] resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.»

Incluso reconoce un novedoso derecho de las mujeres «a las acciones positivas». A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir, en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo (art. 1.2 de la LI). Lo más significativo es que califica, directamente, como acciones positivas muchos de los preceptos de la Ley. Por ejemplo, el artículo 60.2, que recoge una fórmula reserva de cuotas para el acceso a los cursos de formación de las empleadas públicas, se encuentra situado bajo la rúbrica «*Acciones positivas en las actividades de formación*». O bien manda a los poderes públicos la adopción de acciones positivas. Por ejemplo, en el artículo 26 de la Ley dice [apartado 2.º, letra f)] que los distintos organismos, agencias y demás

(30) En VALLDECABRES y GIMÉNEZ (2005): 45 y sigs.

estructuras que configuran el sistema de gestión cultural desarrollarán «[...] todas las acciones positivas necesarias para corregir las situaciones de desigualdad en la producción y creación intelectual artística y cultural de las mujeres». Incluso se pretende establecer, como dice la Exposición de Motivos, «[...] un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas», lo cual es, si cabe, aún más ambicioso, jurídicamente hablando, porque transforma la categoría doctrinal en precepto. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos «un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal». Y en cuanto estas acciones puedan entrañar «la formulación de un derecho desigual a favor de las mujeres», se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional. El Título Primero establece el marco de referencia para elaborar «acciones positivas», aunque al obligar al uso de estas acciones positivas como único instrumento, la Ley limita el abanico de posibilidades normativas con las que se puede hacer frente a una situación de desigualdad estructural.

Analizando el contenido sustancial de la Ley, parte del mismo es fruto de la transposición al Derecho español de la Directiva de la Unión Europea en materia de empleo, que es en sí misma otra norma de acción positiva de ámbito internacional y de aplicación en toda la Unión Europea. Algunas de las medidas más significativas son: la igualdad en el acceso al empleo público; la igualdad en la cotización a la seguridad social; la nulidad de actuaciones por conductas discriminatorias; la obligación de indemnizar en proporción a los daños sufridos; la imposición de sanciones disuasorias contra la discriminación laboral de la mujer y la inversión de la carga de la prueba sobre quien resulte acusado de discriminar, etc. Estas últimas son especialmente relevantes ya que establecen efectos de la igualdad aplicables entre particulares. No obstante, la Ley de Igualdad prevé, en general, más instrumentos de planificación, coordinación y evaluación de políticas de igualdad y principios generales de actuación que normas concretas. En el caso de reconocimiento de derechos en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar no se establece la diferenciación por razón de sexo. Se reconocen para quien está al cuidado del niño, aunque sean medidas indirectas de discriminación porque estadísticamente afectan más a las mujeres. Hay otras medidas de discriminación clásica, como la protección de la mujer embarazada o la madre lactante, específicamente establecidas en virtud del sexo, por razón de su situación de especial vulnerabilidad [Disposición Adicional Undécima, apartados seis (que modifica el art. 38.3 del Estatuto de los Trabajadores), o doce (que modifican el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores)].

Esta protección por la «inferioridad física» de la mujer embarazada es más evidente, por ejemplo, en la Disposición Adicional Duodécima, que modifica el artículo 26 de Ley de Prevención de Riesgos Laborales para que las embarazadas desempeñen un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, cuando las condiciones del puesto influyan negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Lo que llevaría a cuestionarnos su viabilidad como acciones positivas-protectoras o, por el contrario, su inclusión en la definición de acciones promocionales.

Respecto a la especial protección de la maternidad, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como la del TC español consideran la condición biológica de las mujeres y las relaciones particulares entre la mujer y el hijo como un «interés prevalente» que convierte en razonable la diferencia de trato por la situación física de la mujer-trabajadora-embarazada o lactante (31). Esta misma justificación es la que avala acciones positivas de protección de otros colectivos, como las personas minusválidas o con discapacidad. En el caso de la Ley de Igualdad concurre otro elemento: se diferencia claramente las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad de las derivadas de la crianza del hijo. Para las segundas se reconoce expresamente en el artículo 44 LI la «*asunción equilibrada de la responsabilidad*», lo que lleva al reconocimiento de los derechos para «quien esté al cuidado del hijo» y el permiso de paternidad (32).

La acción positiva más significativa de las contenidas en la Ley de Igualdad es sin duda el establecimiento de cuotas obligatorias reservadas a cada sexo para la formación de las listas de candidatos a elecciones. Es una medida de discriminación inversa indirecta por sistema de cuotas, que permite un mínimo de un 40 por 100 de representación en las listas electorales al colectivo excluido. Sin embargo, el precepto se construye de manera novedosa porque, por un lado, pone un techo máximo de representación por sexo en el 60 por 100 y, por otro, no identifica el reparto entre sexos de la reserva de cuota. La técnica legislativa utilizada permite una nueva formulación de la discriminación inversa.

(31) En REY MARTÍNEZ (1995): 80.

(32) Por ejemplo, en el artículo 59 se establece el régimen especial de cómputo y disfrute de vacaciones de la empleada pública cuando coincide con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia y se extiende a quienes estén disfrutando del permiso de paternidad.

5. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTAS ACCIONES POSITIVAS ANTE EL TC

Tanto la Ley de Igualdad como la Ley Integral han sido recurridas en el TC alegando la vulneración del principio de igualdad contra aquellas medidas más significativas en cada ámbito: los preceptos penales y la imposición de cuotas en las listas electorales.

5.1. *Las cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley Integral*

El debate sobre la constitucionalidad de los tipos penales llevó al planteamiento de numerosas cuestiones de constitucionalidad sobre la interpretación del precepto en relación con el artículo 153.2 CP. La nueva Ley parece establecer un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito, que podría ser constitutivo de discriminación y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad (33). Se cuestiona la racionalidad de la diferencia de trato penal basada en el sexo. La STC 59/2008 (de 14-5-2008) y posteriormente la 45/2009 (4-5-2009) han resuelto la cuestión reconociendo la constitucionalidad de la norma por concurrencia de distintos bienes protegidos, no como una acción positiva.

Aparentemente, en las dos sentencias se aplica a los tipos penales el test de igualdad estricto (refiriéndose al recogido en las SSTC 180 y 200/2001), pero realmente el TC realiza una delimitación de derechos, en relación con el principio de legalidad penal (art. 25 CE). En primer lugar, porque para el TC no hay trato desigual contra el hombre. Para el TC el legislador (34) no utiliza el sexo como criterio diferenciador, sino la concurrencia del mayor desvalor en comparación con otras conductas de violencia doméstica (art. 153.2 CP), lo que justifica constitucionalmente que su tipificación y sanción sea distinta. Para el TC la norma enjuiciada no habla de sexo, sino de género como factor desencadenante de la desigualdad en el tratamiento penal. Dice en el FJ 7 (STC 59/2008):

(33) Se han presentado 180 cuestiones, la mayor parte (unas 120) contra el distinto tratamiento penal para hombres y mujeres. Las cuestiones han sido presentadas sólo por una docena de jueces de los 835 órganos jurisdiccionales con competencia. De las 120 cuestiones, 40 son del Juzgado de lo Penal número 2 de Albacete y 24 del Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia.

(34) El TC es totalmente respetuoso con la potestad del legislador, al que reconoce único competente para la adopción de la política criminal y de las medidas legislativas, desde la oportunidad política (ver FJ 6).

«La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.»

La misma posición se reitera en el FJ 3 (STC 45/2009).

A partir de ahí, y aunque se insista en citar la *«legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de igualdad»*, el TC (tanto en la STC 59/2008 como en la 45/2009) no aplica el test de igualdad, sino el control de los tipos penales en cuanto a la restricción/configuración legal de la libertad personal. Es decir, el juicio de legalidad del artículo 25 de la Constitución, con todos sus elementos: objetividad y justificación constitucional de la pena más severa, legitimidad del fin perseguido, proporcionalidad y adecuación al fin perseguido, y culpabilidad. Y en este sentido, considera la norma plenamente constitucional:

«Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley [...]».

El criterio diferenciador no es el sexo de los sujetos activo y pasivo, ni las razones vinculadas a su propia biología, lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios; es la concurrencia de distintos valores en juego; la especial lesividad de ciertos actos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Como son hechos más graves, es razonable que se castiguen más gravemente. Por ello es para el TC muy significativo que esta diferenciación desaparezca cuando el sujeto pasivo es una persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora. Entonces el sujeto activo y el pasivo pueden ser un hombre o una mujer. La existencia del mayor desvalor justifica el nuevo tipo penal. Pero cuando explica por qué concurre el mayor desvalor, el TC reconoce la posibilidad de que los tipos penales sean usados para la remoción de obstáculos a la igualdad. Dice en el FJ 9.A) (STC 59/2008):

«[...] que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor [...] porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.»

A partir de esta declaración inicial el TC aplica el juicio de proporcionalidad. Considera la medida igualmente válida, desde el punto de vista punitivo. La diferencia entre el artículo 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año); y en su límite mínimo, la alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es igual en ambos tipos. Igualmente el TC valora que el artículo 153.4 CP incorpora como opción la adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso, lo que permitiría que la pena del artículo 153.1 CP pueda rebajarse en un grado *«en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho»*. Además, la incapacidad del sistema para elevar la protección al momento inicial de la violencia hacía adecuada una conversión de las faltas en delitos, como presupuesto para la adopción de medidas cautelares privativas de libertad que permitieran una intervención preventiva. Y lo mismo ocurre respecto del cuestionamiento del artículo 171.4 del CP (en redacción dada por el art. 38 de la LOIMCVG) resuelto por la STC 45/2009 (35).

En definitiva, la constitucionalidad de la medida se fundamenta en el juicio de legalidad penal en relación con el artículo 25 CE y no en el test de igualdad en relación con el 14 CE. De esta manera el TC obvia pronunciarse sobre el debate de fondo: la posibilidad constitucional de introducir acciones positivas en los tipos penales.

(35) Amenazas leves con o sin armas en los delitos de violencia de género. Ver FJ 7 (STC 45/2009).

5.2. *El recurso contra la Ley de Igualdad*

En este caso, la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Igualdad, que modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, incorpora el «*principio de composición equilibrada de mujeres y hombres*», reconocido de forma genérica en el artículo 14.4 de la Ley, que se concreta en la exigencia de que «*en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento*» (art. 44 bis.1 LOREG). Proporción que debe mantenerse, igualmente, en cada uno de los tramos de cinco puestos (art. 44 bis.2) en las listas de suplentes (art. 44 bis.3) y, con las modulaciones indicadas en el artículo 44 bis.4 LOREG, en las candidaturas para el Senado que se agrupan en listas. La STC 12/2008 resuelve tanto la cuestión de inconstitucionalidad del Juzgado número 1 de Santa Cruz de Tenerife como el recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular. Ambos contra la imposición de cuotas en las listas electorales (36). Igual que en la STC 59/2008, a pesar de la voluntad expresa del legislador, el TC establece que la reforma

«[...] no es una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues, es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo».

A partir de esta afirmación, tampoco aplica el test de racionalidad constitucional de igualdad, sino el de la limitación legal de derechos. Según el TC la norma no es propiamente una «acción positiva», sino una limitación a la libertad de presentación de candidaturas por los partidos, que tampoco es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política (art. 23 CE), porque no afecta a personas, sino a partidos políticos que no tienen reconocidos derechos fundamentales. Y no es una acción positiva porque las previsiones de la Ley

(36) Ya se habían planteado recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; o contra la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha. Ver RUBIO MARÍN, Ruth, y RODRÍGUEZ, Blanca (2007).

«[...] no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados».

Esta definición estricta y restrictiva de acción positiva las reduce a acciones que supongan un tratamiento peyorativo para el otro colectivo, basadas en criterios de mayoría-minoría. Pero también pone en cuestión el «sexo» como «término sospechoso» porque, al fin y al cabo, es natural y universal y divide a la sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados.

El examen de constitucionalidad se efectúa sobre la limitación de derechos fundamentales (37). Primero, comprobando que la limitación legal impuesta al derecho fundamental responde a la concurrencia de otro bien o derecho constitucionalmente protegido, y segundo, comprobando que la limitación es proporcional. Compara la imposición de las cuotas de representación con otras limitaciones y condiciones para la confección de candidaturas, como las referidas a la elegibilidad de los candidatos; a la residencia en algunos supuestos; o incluso que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas. La nueva limitación del equilibrio por razón de sexo *«resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales».*

El TC no habla propiamente de limitación de un derecho fundamental, ya que lo primero que reconoce en su sentencia es que el destinatario de esta regulación legal son los partidos políticos, y éstos no son titulares de derechos fundamentales. Sin embargo, establece la validez constitucional a partir de los parámetros constitucionalmente admisibles para la limitación de derechos fundamentales, desde los argumentos jurídicos típicos del test de igualdad. Lo primero supone una contradicción en sus términos, porque a pesar de la declaración general, implícitamente sí está considerando la «libertad de formación de listas de los partidos políticos» como un derecho constitucionalmente protegido derivado del derecho a la participación política (art. 23 CE), que entraría en colisión con el principio constitucional de igualdad. De otro modo, no cabría la

(37) Para el TC este tipo de limitaciones impuestas a los derechos fundamentales por la concurrencia de otros valores o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos son «límites implícitos». Ver PÉREZ TREMPES (2003).

revisión de la limitación de un derecho legal, en términos de proporcionalidad de derechos constitucionales en conflicto. Lo segundo supone *de facto* el reconocimiento de una «norma de ventaja». Por ello, el TC considera legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE). Y considera razonable el régimen instrumentado por el legislador, que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 sin imponer orden alguno de preferencia. Por último, considera proporcional la limitación, porque la desventaja es inocua en virtud del sexo de los titulares de los derechos fundamentales en juego.

La argumentación del Tribunal pasa por el siguiente esquema: si esta medida no es una acción positiva, entonces es una simple limitación legal de derechos, que cabe constitucionalmente en virtud de la protección del valor superior igualdad, que está también protegido en el Texto constitucional. Pero, en este caso, no se está limitando un derecho fundamental, porque los partidos políticos no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo. Luego estamos ante un derecho legal que regula el régimen de configuración de las listas y que es constitucional porque las restricciones que impone lo son para proteger la igualdad.

La sentencia merece otro estudio en cuanto a cómo se establece, en un sistema de democracia de partidos, el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y la especial relevancia constitucional de los partidos políticos como instrumentos fundamentales de participación política. Es difícil obviar que esta regulación de cuotas en la elaboración de listas electorales supone una limitación del derecho fundamental de sufragio pasivo de aquellas personas que aun teniendo capacidad legal y cumpliendo con los requisitos establecidos por la Ley —e incluso aquellos otros requisitos establecidos en los estatutos concretos de los partidos políticos por los que pretenden presentarse— queden eliminados de las listas por sobrepasar los límites de representación por sexo establecidos por la Ley de Igualdad. No podemos olvidar que para el propio TC en la STC 25/1990, aunque los partidos políticos no son los titulares del derecho del artículo 23 CE, sí cabe reconocerles «[...] un interés legítimo suficiente a que se respeten las adecuadas condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio, atendida su condición de instrumento fundamental para la participación política que les atribuye el art. 6 de la CE». Por ello, el establecimiento de cuotas, aunque afecta directamente a los partidos en la elaboración de las listas electorales, afecta indirectamente a los ciudadanos y a la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio (38).

(38) Ver CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2000) y PRESNO LINERA (2000).

¿Por qué el TC no catalogó la medida como una acción positiva? La esencia de la reflexión del TC es que la norma no identifica un colectivo favorecido frente a otro. Es decir, la medida carece de la determinación del elemento básico para el reconocimiento de todo tipo de acción positiva (ya sea ésta entendida en sentido estricto o en sentido general): la identificación del colectivo discriminado al que va destinada la norma favorable. No se reserva ninguno de los dos espacios creados a un sexo concreto. Otra cosa hubiera sido si en el precepto se dijese expresamente que, por ejemplo, al menos el 40 por 100 de los puestos en las listas debe estar reservado a mujeres. En ese caso, el TC no habría podido eludir el reconocimiento de esta norma como prototipo de acción de discriminación inversa por concesión de cuotas reservadas para el acceso a determinados bienes o derechos.

Sin embargo, y a tenor de los beneficiarios estadísticos de la norma, podemos fácilmente comprender que son las mujeres las que se verán beneficiadas por esta reserva mínima y por tanto sus destinatarias. Es decir, el TC no aprecia que la propia dicción del precepto establece una discriminación indirecta a favor del colectivo mujer. Discriminación indirecta que encaja perfectamente en la definición dada por la propia Ley en el artículo 6 o en el concepto de discriminación indirecta fijado por el propio TC en la STC 145/1991, como un tratamiento jurídico formalmente neutro o no discriminatorio *«del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo»* (39). Según esto, son igualmente disposiciones indirectas de discriminación todas aquellas otras que en la Ley prevén «la presencia equilibrada de mujeres y hombres» en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado; en los órganos de selección y valoración del personal y en las designaciones de miembros de órganos colegiados; en los comités y consejos de administración de empresas en cuyo capital participe dicha Administración, etc.

Admitiendo que el «principio de presencia o composición equilibrada» no es una acción positiva tradicional, debemos reconocer que cumple su misma función y comparte sus mismas características básicas. Se diferencia en que formalmente es una norma distinta, que se beneficia de una técnica de redacción normativa indirecta: la regla tiene un carácter bidireccional. Pero establece cuotas, que benefician a un colectivo discriminado por razón de su sexo, que de otro modo no alcanzaría los mismos niveles (ni en sus mínimos) de participación

(39) Ver la descripción de discriminaciones indirectas en REY MARTÍNEZ (1995): 64 y 81.

descritos. Como no es una acción positiva «tradicional» para la STC 12/2008 escapa a la aplicación jurisdiccional del test de igualdad estricto. ¿Podríamos, entonces, estar ante una nueva modalidad de intervención? Desde luego, las cuotas son la medida genuina de acción positiva (tradicionalmente sólo se usan para la discriminación racial, sexual o la de las minusvalías) (40). Y ésta es una norma que impone cuotas. No es tanto una limitación de un derecho como una reserva para el ejercicio de un derecho. De otro modo, la reserva de plazas para el acceso a la función pública de personas con minusvalías debería ser considerada como una limitación del derecho fundamental de acceso del artículo 23 CE. Además, la norma en cuestión cumple con muchas otras características de las acciones positivas fuertes (41): se establece en un contexto de especial escasez (como son los puestos limitados para las listas electorales) y de discriminación de hondo arraigo social, contra el que no cabe otro tipo de acción de compensación o fomento. Al igual que otras medidas de discriminación inversa aceptadas por el TC (es el caso de las cuotas para discapacitados, STC 269/1994), el establecimiento de cuotas para las listas electorales acredita objetivamente la desigualdad de hecho en el terreno de la representación política, que es el área concreta en la que se quiere actuar.

Quizá fueron estos interrogantes los que llevaron al TC a continuar profundizando en la inclusión de estas nuevas modalidades de preceptos en una acepción de acción positiva en sentido amplio, lo que llevó al cambio de enjuiciamiento en la resolución posterior del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca de Igualdad (Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres). La sentencia examina otro conjunto de normas de «reserva de cuota» que igualmente aplicaban la novedosa técnica de regla bidireccional para aplicar el principio de representación equilibrada. Sin embargo, la STC 13/2009 (dictada doce meses más tarde), primero reconoce que estos preceptos son «acciones positivas» porque la reserva de representación equilibrada de los sexos son reservas indirectas de cuota a favor del colectivo mujer, que es el tradicionalmente excluido y por tanto beneficiario de la medida. Y segundo, porque aplica a las medidas el test de igualdad que venía desarrollando la doctrina constitucional desde la STC 128/1987 o la STC 229/1992.

La STC 12/2008 reconocía un nuevo tipo de acciones que persiguen la «remoción de obstáculos para la igualdad efectiva», pero que no se determinan con los rasgos del artículo 14 CE. Una modalidad válida sólo en aquellos supuestos en los que sea posible identificar únicamente dos tipos de colectivos en el

(40) REY MARTÍNEZ (1995): 85.

(41) Ver RUIZ MIGUEL (1994) y DWORKING (1984).

tertium comparationis. Sin embargo, la STC 13/2009 define claramente este novedoso tipo de preceptos como acciones positivas (FJ 3), como una modalidad de acción positiva en sentido amplio y abre la puerta a otro tipo de acciones que permiten intervenir en situaciones de discriminación individual, que no responden estrictamente a la definición de un «grupo» o colectivo discriminado. Aunque la STC 13/2009 reconoce que estamos ante un nuevo instrumento legal, que quizá pueda ser utilizado de manera más flexible por parte del legislador, requiere el estricto examen de validez constitucional con las técnicas jurídicas que nos ha ido dando el TC, para aceptar su validez constitucional.

CONCLUSIONES

La doctrina trata de explicar, desde categorías completas, la intervención del Estado en la realidad para hacer efectivo el ejercicio de los derechos constitucionales, el ejercicio real del poder al servicio de los principios y los valores constitucionales. El establecimiento de categorías no es más que otra batalla en la guerra por intentar hacer de la interpretación constitucional un método jurídico cierto, como pretendía Alexy (42), frente a lo que Rubio Llorente denominó «la vestidura retórica de las preferencias axiológicas del juez» concreto (43). La interpretación constitucional como ponderación de valores de naturaleza normativa, que limita la actividad del legislador, supone el establecimiento de una metodología jurídica en la elaboración del juicio —en nuestro caso el juicio de constitucionalidad de la norma discriminatoria— que limita también la actividad interpretativa del juez, incluido el juez constitucional. Su ventaja es la de aportar certeza jurídica al uso de los instrumentos legales con los que se intenta responder a las necesidades sociales, gracias a la ayuda que ofrece la argumentación sistemática para elaborar el juicio valorativo. Por el contrario, es menos flexible, e impide un reconocimiento amplio de las posibilidades con las que cuenta el legislador para dar contenido, en este caso, al mandato de igualdad material, aun cuando se reconoce al legislador la representación soberana y finalmente la determinación en la Ley de cómo y con qué contenido se ejercen los derechos y los valores que la Constitución reconoce.

Parece que, en el caso del juicio de la norma que establece cuotas a los sexos para el ejercicio del derecho de sufragio activo, y en la que establece tipos penales específicos para el castigo de la violencia de género, el TC ha preferido

(42) Ver ALEXY (1993).

(43) En RUBIO LLORENTE (1997): 602.

avanzar introduciendo otros modelos distintos al de las acciones positivas clásicas. Aunque la STC 13/2009 haya vuelto a la aplicación de las categorías jurídicas ya establecidas del juicio de igualdad. El resultado aún no es homogéneo. Para los novedosos tipos penales de la violencia de género el TC aplica otros juicios de constitucionalidad (el de limitación o configuración de derechos) a la hora de hacer valer el valor constitucional de la igualdad. Sin embargo, para la validez de las cuotas bidireccionales, en aplicación del principio de representación equilibrada, vuelve a la aplicación de los criterios constitucionales ya establecidos. Ante estos nuevos planteamientos normativos cabe preguntarse si el TC considera superada la vertiente subjetiva del derecho de igualdad, o bien si desarrolla una nueva configuración del derecho a través de la cual posibilita otras formas de consecución de la igualdad material, o si avala nuevas formas de acciones positivas. En todo caso, se cumple la previsión de Rey Martínez (1995) que consideraba que el fallo del TC a favor de discriminaciones inversas no era seguro y dependería de cómo estuviera establecida la cuota (44).

Sea cual sea la razón que haya llevado al TC a esta manera distinta de enjuiciar, lo cierto es que, en casos tan delicados como la utilización de tipos penales en acciones de remoción de la desigualdad, ha eludido los corsés establecidos para las acciones positivas. Esto no puede suponer que no se sigan imponiendo condiciones de Derecho constitucional para la aceptación de normas que limiten derechos en razón de la igualdad, y que no justifiquen estos nuevos modelos de acciones normativas con los mismos argumentos filosóficos con los que se justificaron en el pasado las «acciones positivas» tradicionales.

La jurisprudencia del TC en relación con el derecho de igualdad, en sus dos vertientes, la subjetiva y la objetiva, ha presentado y presenta numerosas contradicciones y zonas de penumbra. Es muy difícil encontrar una interpretación unitaria del artículo 14 CE y de los requisitos constitucionales de las acciones positivas, quizás porque, como decíamos al inicio, de su propia naturaleza se deriva que sean conceptos en constante evolución.

El ordenamiento español ha sido especialmente parco en la adopción de medidas de intervención positiva, y más en aquellas medidas de discriminación inversa que suponen el establecimiento de cuotas, quizá porque no se ha definido un marco cómodo, previsible, de constitucionalidad. En esta ocasión el TC tampoco lo ha fijado definitivamente, porque sigue en evolución, y por ello seguirán siendo las construcciones doctrinales las que establezcan los parámetros jurídicos que permitan al legislador identificar herramientas constitucionalmente viables para desarrollar políticas de transformación social. Estamos

(44) REY MARTÍNEZ (1995): 92.

a tiempo de ver nuevas fórmulas que permitan, por ejemplo, la imposición de cuotas en la contratación femenina o de jóvenes o de mayores a través del establecimiento de proporciones equilibradas. Ahora bien, los ejemplos revisados son claros exponentes, también, del difícil equilibrio que sustenta el sistema constitucional y en el que se interrelacionan el TC y el legislador a la hora de delimitar los conceptos constitucionales que, por un lado, fundamentan y, por otro, limitan la intervención transformadora o removedora de obstáculos en la realidad. Como decía Alexy tanto la *igualdad de facto* como la *igualdad de iure* son elementos irrenunciables en Derecho constitucional (45). Pero si el TC reconoce la *igualdad de facto* como requisito legislativo, entonces estará limitando al legislador en la manera de intervenir en la realidad. La realización del juicio de igualdad en el control de constitucionalidad implica necesariamente el control de la capacidad del legislador para hacer efectiva la transformación, y por ello la restricción de su capacidad operativa. Reeditamos la eterna discusión sobre la prevalencia de la voluntad soberana representada en las Cámaras o de la voluntad originaria establecida en la Constitución. No obstante, la razón de la jurisdicción constitucional es justamente ésta. Pero también es su función establecer las mínimas certezas jurídicas constitucionales que permitan seguir avanzando, sin dudar constantemente de la viabilidad constitucional de las acciones que se emprenden. La utilización de acciones positivas en la lucha por la igualdad es un debate abierto, tanto en la política como en el campo jurídico. Pero cuanto mejor definidos estén los instrumentos jurídico-constitucionales más certeza y seguridad jurídica se producirá en la intervención del Estado y en la definición individual y colectiva de los derechos, algo especialmente útil en sociedades postmodernas, como la nuestra, en las que ya no sólo queremos ser iguales (*de facto* y *de iure*), sino que pretendemos hacer valer también nuestras diferencias. El derecho igual a la desigualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.
BARRERE UNZUETA (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
BERNAL PULIDO (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.

(45) En ALEXY (1993): 412.

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2000): «El derecho de sufragio pasivo», *Cuadernos Aranzadi del TC*, núm. 4.
- DWORKING (1984): *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- FUENTES SORIANO (2004): «Violencia de género. La respuesta de la LOMPICVG», *Iustel.com, Revista General de Derecho Procesal*, núm. 5, octubre.
- GIMÉNEZ GLUCK (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ BEILFUSS (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC*, Madrid, Aranzadi.
- KELSEN (1969): *Teoría del Derecho* (trad. francesa), París.
- LEIBHOLZ (1959): *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, C. H. Bech'sche Verlagsbuchhandlung.
- LOPERA MESA (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, CEPC.
- LÓPEZ GUERRA (2003): «Constitución y género. Consideraciones iniciales», *Género y Derecho constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional/Instituto de Derecho Público Comparado.
- MEDINA GUERRERO (1998): «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5.
- PÉREZ TREMPES (2003): «Los derechos fundamentales», *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (1996 y 1997): «Constitución y derechos de la mujer», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cáceres*, vols. 14-15.
- PRESNO LINERA (2000): *Los partidos políticos en el sistema constitucional español*, Madrid, Aranzadi.
- REY MARTÍNEZ (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO (1996): *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.
- RUBIO LLORENTE (1997): *La forma del Poder*, Madrid, CEPC.
- (1991): «El principio de Igualdad en la jurisdicción del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 31.
- RUBIO MARÍN, Ruth, y RODRÍGUEZ, Blanca (2007): «De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático», *REDC*, núm. 81.
- RUIZ MIGUEL (1994): *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias.
- TRIBE (1988): *American Constitutional Law*, New Cork, Mineola.
- VALLDECABRES, Isabel (2005): «La tutela penal en la Ley Integral», *La Administración de Justicia en la ley integral contra la violencia de género*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- VELÁZQUEZ, Rosa (2005): «Los nuevos derechos legales de las víctimas», en *La Administración de Justicia en la ley integral contra la violencia de género*, Madrid, Ministerio de Justicia.

RESUMEN

Tanto la Ley integral de medidas contra la violencia de género como la Ley de Igualdad son ejemplos de la evolución de la «acción positiva»: hasta el momento, un concepto jurídico de uso extremadamente cauteloso por utilizar «términos sospechosos» en la generación de diferencias normativas destinadas a favorecer a un colectivo discriminado, y sometido a un «juicio estricto» de constitucionalidad (racionalidad y proporcionalidad). Este artículo examina el «juicio» de validez aplicado a las dos leyes por parte del TC. Concluye con un cambio jurisprudencial que esquivó determinar la validez de estas normas aplicando los criterios clásicos de constitucionalidad de las acciones positivas, pero que deja abiertos nuevos modelos de intervención legislativa para realización de políticas de igualdad.

PALABRAS CLAVE: Acción positiva. Ley integral contra la violencia de género. Discriminación por razón de sexo. Ley de Igualdad. Igualdad material. Test de constitucionalidad de no discriminación.

ABSTRACT

«Ley integral contra la violencia de género» and «Ley de Igualdad» are both examples of the last evolution in the concept of affirmative actions: a juridical concept, used with extremely caution because is built through the introduction of normative differences, which are generally excluded by the constitutional clauses of non discrimination. These Laws are created in order to remove the discrimination suffered by women, but are submitted to a strict constitutional control. This paper is based on the control applied by the Spanish Constitutional Tribunal over these two paradigmatic Laws, and analyzes new legislative policies for Equal Treatment as new forms of public social intervention and further development in the concept of affirmative action as a public policy tool.

KEY WORDS: Affirmative actions. Public policy for equal treatment. Clause of non discrimination. Constitutional control for sex discrimination.