

IgualdadES



ESTUDIOS

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE Y MARC SALAT PAISAL

El matrimonio forzado como manifestación de la violencia contra las mujeres: aproximación comparada

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL Y ASUNCIÓN VENTURA FRANCH

Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo

AINHOA NOVO-ARBONA Y UNAI AHEDO

La paridad en manos de Vox: un estudio sobre la disminución de diputadas en el Congreso

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE Y CRISTINA BENLLOCH DOMÈNECH

Algunos riesgos para el estatus de las personas en la utilización de la inteligencia artificial: aproximación a los avances de la Ley 15/2022

KARIN CASTRO CRUZATT

El acoso sexual en los Estados Unidos de América

JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO

La elección indirecta de segundo grado y la dinámica partidista: frenos a la presencia equilibrada en las diputaciones provinciales en España

EMILIO FERRERO GARCÍA

El techo de cristal de las mujeres en la Judicatura: la necesaria incorporación de la composición equilibrada en los nombramientos discrecionales del poder judicial

CAROLINA PÉREZ SALAMANCA

Los derechos sexuales y reproductivos en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español: perspectivas constitucionales con enfoque de género

10

Año VI

enero/junio

2024

ESTUDIOS



DEBATE

La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología ha otorgado a la revista *IgualdadES* el certificado de «Revista Excelente» hasta el 28 de julio de 2024.

The Spanish Foundation for Science and Technology has awarded the journal *IgualdadES* its certificate of “Excellence” until July 28, 2024.

Directora

Cristina Elías Méndez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Secretario

Sergio Martín Guardado, *Universidad de Salamanca*

Vocales

Mariana Canotilho, *Universidade de Coimbra*
Jorge Cardona Llorens, *Universitat de València*
Mar Esquembre Cerdá, *Universitat d'Alacant*
Ángela Figueruelo Burrieza, *Universidad de Salamanca*
Itziar Gómez Fernández, *Universidad Carlos III de Madrid*
Teresa Jurado Guerrero, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Patricia Laurenzo Copello, *Universidad de Málaga*
Laura Nuño Gómez, *Universidad Rey Juan Carlos*
Marta del Pozo Pérez, *Universidad de Salamanca*
Sabrina Ragone, *Università di Bologna*
Fernando Rey Martínez, *Universidad de Valladolid*
Carmen Sáez Lara, *Universidad de Córdoba*
Asunción Ventura Franch, *Universitat Jaume I*

Consejo Científico

Francisco Balaguer Callejón, *Universidad de Granada*
María Luisa Balaguer Callejón, *Universidad de Málaga*
Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid*
Paola Bilancia, *Università degli Studi di Milano*
Gregorio Cámara Villar, *Universidad de Granada*
Valentina Colcelli, *Consiglio Nazionale delle Ricerche-Istituto
di Fisica Applicata Nello Carrara*
Enriqueta Chicano Jávega, *Tribunal de Cuentas*
María Elisa Chuliá Rodrigo, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Laura Díez Bueso, *Universitat de Barcelona*
Teresa Freixes Sanjuán, *Universitat Autònoma de Barcelona*
Yolanda Gómez Sánchez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Tania Groppi, *Università degli Studi di Siena*
Vitulia Ivone, *Università degli Studi di Salerno*
José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada*
Soledad Murillo de la Vega, *Universidad de Salamanca*
Eva-Maria Poptcheva, *Servicio de Estudios del Parlamento Europeo*
Amparo Rubiales Torrejón, *Universidad de Sevilla*
Remedio Sánchez Ferriz, *Universitat de València*
Ana Sánchez Lamelas, *Universidad de Cantabria*
Joaquín Sánchez-Covisa, *Fiscal de Sala del Tribunal Supremo*
Julia Sevilla Merino, *Universitat de València*
Amelia Valcárcel y Bernaldo de Quirós, *Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

IgualdadES

10

AÑO VI

enero/junio

2024

ISSN-L 2695-6403

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos de la revista IGUALDADES
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/igualdades>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<https://www.cepc.gob.es/tienda>

PRECIOS AÑO 2024 (SIN IVA)

- Número suelto en papel: 18 €
- Acceso electrónico gratuito

ISSN-L: 2695-6403

DOI: 10.18042/cepc/IgdES

NIPO: 145-24-054-2 (IBD)

NIPO: 145-24-055-8 (HTML)

Depósito legal: M 22618-2019

NIPO: 145-24-056-3 (PDF)

Composiciones RALI, S.A. – Costa, 12-14 - 7.ª planta – 48010 BILBAO

SUMARIO

Año VI. Núm. 10, enero/junio 2024

ESTUDIOS

- CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE Y MARC SALAT PAISAL**
El matrimonio forzado como manifestación de la violencia contra las mujeres: aproximación comparada 15-44
- MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL Y ASUNCIÓN VENTURA FRANCH**
Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo 45-71
- AINHOA NOVO-ARBONA Y UNAI AHEDO**
La paridad en manos de Vox: un estudio sobre la disminución de diputadas en el Congreso. 73-90
- JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE Y CRISTINA BENLLOCH DOMÈNECH**
Algunos riesgos para el estatus de las personas en la utilización de la inteligencia artificial: aproximación a los avances de la Ley 15/2022 91-121
- KARIN CASTRO CRUZATT**
El acoso sexual en los Estados Unidos de América 123-151
- JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO**
La elección indirecta de segundo grado y la dinámica partidista: frenos a la presencia equilibrada en las diputaciones provinciales en España 153-185
- EMILIO FERRERO GARCÍA**
El techo de cristal de las mujeres en la Judicatura: la necesaria incorporación de la composición equilibrada en los nombramientos discrecionales del poder judicial 187-217

CAROLINA PÉREZ SALAMANCA

Los derechos sexuales y reproductivos en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español: perspectivas constitucionales con enfoque de género. 219-251

DEBATES

LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL A DEBATE

LAURA NUÑO GÓMEZ

Presentación 255-259

MARIA LUISA BALAGUER

La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona. 261-288

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Feminismo y derecho: las *caras oscuras* del consentimiento sexual de las mujeres 289-317

ROSA COBO BEDÍA

El consentimiento y sus sombras patriarcales. 319-335

COLABORAN 337-342

TABLE OF CONTENTS

Year VI. Issue 10, January/June 2024

STUDIES

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE AND MARC SALAT PAISAL Forced marriage as a manifestation of violence against women: A comparative approach	15-44
MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL AND ASUNCIÓN VENTURA FRANCH Artificial Intelligence and equality of women and men: A nec- essary legal regulation. Special reference to the draft European regulation	45-71
AINHOA NOVO-ARBONA AND UNAI AHEDO Parity in the hands of Vox: A study on the decrease of women in the Congress of Deputies.	73-90
JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE AND CRISTINA BENLLOCH DOMÈNECH Several risks for personal status in the use of AI and an approxi- mation to the advances of the Act 15/2022	91-121
KARIN CASTRO CRUZATT Sexual harassment in the United States of America	123-151
JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO Indirect second-degree elections and parties dynamics: Brakes to balanced presence in Spanish Provincial Governments.	153-185
EMILIO FERRERO GARCÍA The glass ceiling and women in the Spanish judicial career: The necessary incorporation of gender balance in discretionary ap- pointments in Judicial Power.	187-217

CAROLINA PÉREZ SALAMANCA

The sexual and reproductive rights according to the recent doctrine of the Constitutional Court of Spain: Constitutional perspectives with gender approach 219-251

DEBATES

THE REQUIREMENTS FOR THE VALIDITY OF SEXUAL CONSENT UNDER DEBATE

LAURA NUÑO GÓMEZ

Presentation 255-259

MARIA LUISA BALAGUER

The validity of sexual consent and its relation to the dignity of the individual 261-288

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Feminism and law: The *hidden faces* of women's sexual consent . . 289-317

ROSA COBO BEDÍA

Consent and its patriarchal shadows 319-335

CONTRIBUTORS. 337-342

Los trabajos que se recogen en este número de la revista tienen su origen en las contribuciones realizadas por las y los ponentes que intervinieron en el Seminario sobre la Ley 15/2022 Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el mes de junio de 2023, dirigido por los profesores Fernando Rey Martínez y Cristina Elías Méndez.

ESTUDIOS

EL MATRIMONIO FORZADO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: APROXIMACIÓN COMPARADA¹

Forced marriage as a manifestation of violence against women: A comparative approach

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Universitat de Lleida

carolina.villacampa@udl.cat

MARC SALAT PAISAL

Universitat de Lleida

marc.salat@udl.cat

Cómo citar/Citation

Villacampa Estiarte, C. y Salat Paisal, M. (2024).

El matrimonio forzado como manifestación de la violencia contra las mujeres: aproximación comparada.

IgualdadES, 10, 15-44

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.01>

(Recepción: 11/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

El matrimonio forzado constituye una forma de violencia de género que afecta a mujeres y niñas en todo el mundo. Este trabajo ofrece una aproximación comparada al fenómeno. Parte del enfoque *victimocéntrico* requerido por el Convenio de Estambul,

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Los crímenes de honor como violencia de género: delineamiento de un estatuto jurídico-asistencial protector en España» (PID2022-136879NB-I00) y del proyecto CERV-funded EASY project («It is never easy to talk about this». Increasing dialogue, awareness, and victim-centred support for victims of forced marriages»).

centrado en la protección de sus víctimas. Analiza los datos sobre matrimonio forzado y la aproximación institucional y legislativa frente al mismo en Alemania, España, Finlandia e Irlanda. Concluye que se precisa ahondar más en el conocimiento empírico de este proceso en los países analizados para adoptar estrategias preventivas eficaces. Sugiere que legislativamente debe dejar de centrarse la respuesta en el derecho penal, que además conduce a conceptualizaciones demasiado estrechas del concepto de matrimonio forzado, para basarse en el derecho civil y de familia. Finaliza sugiriendo que debe intensificarse la atención institucional al matrimonio forzado en los cuatro países analizados para que sus víctimas tengan efectivo acceso a la justicia.

Palabras clave

Violencia de género; matrimonio forzado; análisis empírico comparado; análisis legislativo comparado; análisis institucional comparado.

Abstract

Forced marriage is a form of gender-based violence that affects women and girls around the world. This paper offers a comparative approach to the phenomenon. It starts from the victim-centred approach required by the Istanbul Convention, focusing on the protection of its victims. It analyses data on forced marriage and the institutional and legislative approach to forced marriage in Germany, Spain, Finland and Ireland. It concludes that further empirical knowledge of this process in the countries analysed is needed in order to adopt effective preventive strategies. It suggests that the legislative response should shift the focus from criminal law, which also leads to overly narrow conceptualisations of the concept of forced marriage, to civil and family law. It concludes by suggesting that institutional attention to forced marriage should be intensified in the four countries analysed so that its victims have effective access to justice.

Keywords

Gender-based violence; forced marriage; comparative empirical analysis; comparative legislative analysis; comparative institutional analysis.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN Y MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL. II. DESCRIPCIÓN FENOMENOLÓGICA DEL MATRIMONIO FORZADO EN LOS PAÍSES ANALIZADOS: 1. Prevalencia del matrimonio forzado. 2. Perfil de las víctimas y dinámica del matrimonio forzado. III. ANÁLISIS LEGISLATIVO COMPARADO DEL MATRIMONIO FORZADO: 1. Aproximación nacional preferentemente punitivista al matrimonio forzado. 2. Concepto legal de matrimonio forzado. IV. INICIATIVAS INSTITUCIONALES FRENTE AL MATRIMONIO FORZADO. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN Y MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

El matrimonio forzado (MF) constituye un proceso de victimización que afecta fundamentalmente a mujeres jóvenes, cuando no a niñas, colocándolas en clara situación de desigualdad vital respecto de los varones, que son solo eventuales víctimas de este fenómeno. No se trata de un concepto pacífico: caracterizado como matrimonio celebrado sin el consentimiento de una o ambas de las personas contrayentes (FRA, 2014), las conceptualizaciones tradicionales del mismo lo identifican únicamente con el recurso a la violencia o la intimidación para obligar a una o ambas partes a contraer matrimonio, diferenciándolo así de la práctica del matrimonio concertado (Anitha y Gill, 2011; Home Office, 2000; HM Government, 2010). Según estas conceptualizaciones tradicionales, el MF difiere del concertado en que en el segundo ambas partes consienten en contar con la ayuda de sus progenitores o de una tercera persona para elegir cónyuge (Anitha y Gill, 2011; Home Office, 2000; HM Government, 2010). Sin embargo, partiendo de la consideración del MF como una manifestación de la violencia de género (Bunting *et al.*, 2016; Gill y Anitha, 2011), asumiendo un enfoque interseccional en virtud del que los procesos de poder y subordinación en la sociedad posmoderna no se explican únicamente por el sistema binario de sexo y género, sino por una multiplicidad de factores, como la raza, la clase social y el género (Crenshaw, 1991), el abanico de supuestos identificados con el MF se amplía.

Desde estas premisas, se ha dado lugar a un concepto de MF más comprensivo, menos apegado a la conceptualización binaria de coerción y consentimiento (Anitha y Gill, 2011), haciendo más fluidos los límites entre esta categoría y el matrimonio concertado. Según esta caracterización más

contemporánea del MF, que asume la existencia de un *continuum* de coerción, se acepta que los métodos de forzamiento a contraer pueden no implicar necesariamente la violencia o la intimidación, sino que también pueden consistir en procedimientos más sutiles, como el recurso al control coercitivo (Anitha y Gill, 2009, 2011), que dan lugar a consentimientos matrimoniales altamente condicionados. Además, caerían también en los contornos del MF, junto a las víctimas que se ven obligadas a contraer contra su voluntad, las que se ven atrapadas en un matrimonio que se ha convertido en forzado tras su celebración, lo mismo que los casos en que se impide la terminación del matrimonio (Gangoli *et al.*, 2011). Es más, si el MF se entiende como un proceso, como un patrón de comportamiento en lugar de como un acontecimiento, entre otras posibles consecuencias derivadas de la asunción de un concepto más amplio de este fenómeno, también puede abarcar casos en los que las mujeres aún no han sido forzadas a contraer, pero están en riesgo de serlo (Chantler y McCarry, 2020).

El MF está prohibido en legislación internacional. Forzar a una persona a contraer matrimonio constituye una vulneración del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los tratados. Tanto el art. 16.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como el art. 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) declaran que el matrimonio solo puede celebrarse concurriendo el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), considerada la Carta Internacional de los Derechos de las Mujeres, establece que los Estados parte deben asegurar en condiciones de igualdad para hombres y mujeres el derecho a elegir libremente cónyuge y a contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

Precisamente para evitar la celebración de matrimonios infantiles y forzados, en cuanto al establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio, el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios de 1962 (CCM), establece la obligación de los Estados parte de adoptar medidas legislativas para especificar una edad mínima para contraer matrimonio y declarar la prohibición de contraer por debajo de dicha edad, salvo dispensa de la autoridad competente. Aunque esta Convención no fija cuál es la edad mínima para contraer, interpretando sus disposiciones de conformidad con el art. 16 CEDAW y el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), debe entenderse que la misma son los dieciocho años.

El instrumento jurídico internacional que más claramente prohíbe el MF procede del ámbito regional europeo: se trata del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y

la Violencia Doméstica de 2011 (Convenio de Estambul), cuyo art. 37 ordena directamente su prohibición. Dispone que las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que se tipifique como delito la conducta intencionada de obligar a una persona adulta o menor a contraer matrimonio, además de tipificarse atraer intencionadamente a una persona al territorio de un Estado distinto al de residencia con el fin de obligarla a contraer matrimonio. Dado que el MF puede estar relacionado con la trata de seres humanos (TSH), los casos que constituyen ambos deben considerarse prohibidos y penalizados de acuerdo con los requerimientos normativos regionales europeos, especialmente en relación con el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas.

Volviendo al Convenio de Estambul, el documento normativo internacional clave para prohibir casos de MF, aunque está orientado a la criminalización de diversas formas de violencia contra la mujer, adopta una perspectiva más centrada en la víctima que en el delito para combatir este fenómeno. Se adhiere a un enfoque identificado como política 3P, según la cual la respuesta a cualquier manifestación de violencia contra las mujeres debe colocar a la víctima en el centro de la reacción institucional. Esto implica que las políticas públicas y legislativas deben dirigirse principalmente a proteger a las víctimas (primera P) y prevenir estos comportamientos (segunda P), sin descartar la persecución de los responsables (tercera P) (Villacampa Estiarte, 2018). Este enfoque ha sido complementado posteriormente con una cuarta P, conformando lo que se ha denominado los cuatro pilares del Convenio de Estambul. Según esto, la estrategia para abordar la violencia contra las mujeres, incluido el MF, debe ser multiagencia, involucrando la cooperación interna e internacional. La incorporación de esta cuarta P solo refuerza la idea de que la respuesta a diversas manifestaciones de violencia contra las mujeres, incluido el MF, debe basarse más en la protección de la víctima que en la persecución del delito.

Hasta ahora, los instrumentos internacionales mencionados han sido ratificados o están en vigor sin necesidad de ratificación, como en el caso de la Directiva 2011/36/UE, por la mayoría de los países de la Unión Europea. Este análisis se centra en Alemania, España, Finlandia e Irlanda, países que han ratificado estos instrumentos en las fechas indicadas en la tabla I. Estos países, que representan diferentes áreas geográficas de la UE, como el sur, el centro y el norte de Europa, así como la tradición de *Common Law*, deberían haber adoptado la aproximación holística delineada por el Convenio de Estambul para abordar el MF. En las páginas siguientes se describe fenomenológicamente el MF de manera comparativa y se aborda de manera comparada la aproximación legislativa e institucional en estos cuatro estados europeos. El objetivo es identificar en qué medida y con qué diferencias se asume la aproximación victimocéntrica mencionada.

Tabla I. *El MF en normativa internacional*

Documento	España	Alemania	Finlandia	Irlanda
CEDAW	Sig: 17/07/1980	Sig: 17/07/1980	Sig: 17/07/1980	Sig: 23/12/1985
	Rat: 16/12/1983	Rat: 10/07/1985	Rat: 04/09/1986	Rat: 23/12/1985
PIDCP	Sig: 28/09/1976	Sig: 09/10/1968	Sig: 11/10/1967	Sig: 01/10/1973
	Rat: 13/04/1977	Rat: 17/12/1973	Rat: 23/03/1976	Rat: 08/12/1989
CCM	Sig: 15/04/1969	Sig: 07/02/1969	Sig: 18/08/1964	No
	Vig: 19/07/1969	Rat: 09/07/1969	Rat: 18/08/1964	No
CDN	Sig: 16/01/1990	Sig: 26/01/1990	Sig: 26/01/1990	Sig: 30/09/1990
	Rat: 30/11/1990	Rat: 06/03/1992	Rat: 20/06/1991	Rat: 28/09/1992
Convenio de Varsovia	Sig: 09/07/2008	Sig: 17/11/2005	Sig: 29/08/2006	Sig: 13/04/2007
	Rat: 02/04/2009	Rat: 19/12/2012	Rat: 30/05/2012	Rat: 13/07/2010
	Vig: 01/08/2009	Vig: 01/04/2013	Vig: 01/09/2012	Vig: 01/11/2010
Convenio de Estambul	Sig: 11/05/2011	Sig: 11/05/2011	Sig: 11/05/2011	Sig: 05/11/2015
	Rat: 10/04/2014	Rat: 12/10/2017	Rat: 17/04/2015	Rat: 08/03/2019
	Vig: 01/08/2014	Vig: 01/02/2018	Vig: 01/08/2015	Vig: 01/07/2019

Notas: **Sig:** fecha de firma; **Rat:** fecha de ratificación; **Vig:** fecha de entrada en vigor.

Fuente: elaboración propia.

II. DESCRIPCIÓN FENOMENOLÓGICA DEL MATRIMONIO FORZADO EN LOS PAÍSES ANALIZADOS

La primera premisa para adoptar medidas preventivas frente al MF consiste en conocer la fenomenología de esta realidad en el contexto geográfico en que el mismo debe ser afrontado. Esto no solo con la finalidad de confirmar la efectiva producción de ese tipo de comportamientos, sino para conocer su prevalencia, las características de las víctimas y las dinámicas de comisión.

1. PREVALENCIA DEL MATRIMONIO FORZADO

El MF constituye un fenómeno existente en los cuatro países analizados. El debate público sobre la cuestión parece haberse producido en todos ellos no solo en torno a la criminalización de dicha conducta en los tres países en los que se ha tipificado un delito específico de MF, sino también por la producción

de casos de alto impacto mediático que muestran la realidad de estos episodios también en Europa y, por tanto, provocan un aumento de la concienciación sobre el fenómeno. En Alemania, el debate público sobre el tema ha aumentado desde la primera década de este milenio, posiblemente a consecuencia del creciente interés de los medios de comunicación en el MF y la violencia de honor en las comunidades inmigrantes debido a la amplia cobertura mediática recibida por casos como el asesinato por honor en 2005 de Hatun Surücü, una mujer de 23 años de ascendencia turca y kurda, criada en Berlín, que se divorció de su marido, con el que se había casado a la fuerza a los 16 años, y abrazó un estilo de vida occidental, siendo asesinada por su hermano menor por haber deshonrado a la familia (Braun, 2015). La muerte de las hermanas Arooj y Anessa, de 24 y 20 años, en 2022 en Pakistán a manos de sus suegros, presumiblemente instigados por su padre desde España, ha tenido un similar efecto generador de concienciación en la opinión pública española. Estas dos jóvenes, criadas cerca de Barcelona, viajaron a Pakistán con falsos pretextos, y cuando manifestaron que querían divorciarse de los hombres con los que las habían forzado a casarse y se negaron a traerlos a España fueron asesinadas por haber deshonrado a su familia.

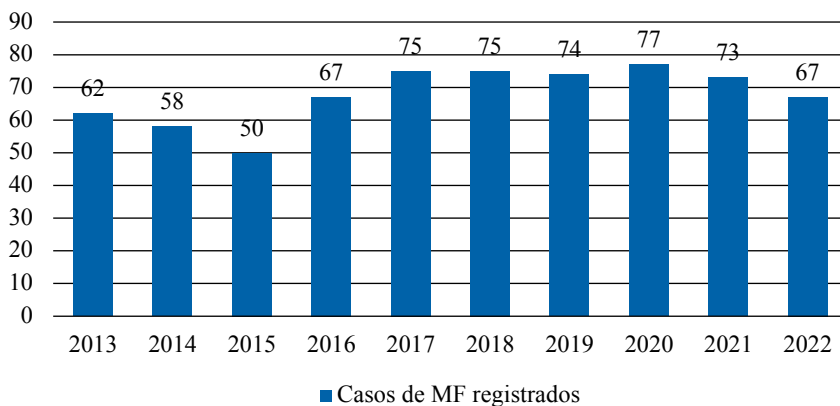
A pesar del consenso existente en los países analizados acerca de que esta realidad podría haber aumentado durante los últimos años, no se recogen datos estadísticos sistemáticos sobre MF en ninguno de ellos. Se recogen algunos datos cuantitativos en los cuatro, como se expondrá, pero la falta de sistematización en los recopilados oficialmente hace suponer que los MFs que afloran pueden ser solo la punta del iceberg (Villacampa y Torres, 2021).

El número de casos detectados varía de un país a otro, lo que puede explicarse por diferencias en la conformación de la población, pero también por el grado de sensibilización de profesionales de primera línea a la hora de detectar estos casos.

En el país más poblado, Alemania, se considera que el MF ha dejado de ser un fenómeno marginal en grandes ciudades como Berlín, Hamburgo y Frankfurt. Especialmente durante las vacaciones de verano, los casos de MF aumentan rápidamente cuando las familias viajan a sus países de origen. Según un artículo publicado en *Neue Zürcher Zeitung* (Kreutzmann, 2022), los centros de asesoramiento de Berlín estiman que hay unos 600 casos de FM al año, pero podrían ser más. Según los datos del FRA (2014), 830 centros de asesoramiento en Alemania informaron de que 3443 personas buscaron asesoramiento sobre esta cuestión en 2008. En aproximadamente el 40 % de los casos, el MF ya se había producido. Más allá de los resultados de este informe, existen pocos datos sobre la prevalencia de la MF a nivel nacional en Alemania. La figura 1 indica el número de casos de MF registrados por la policía alemana de 2013 a 2022, apuntando a un ligero aumento a partir de 2017. Según las

estadísticas de Statista Research Department (2023), de los 73 casos de MF registrados en 2021, 46 fueron tentativas, afectando a 79 víctimas registradas, 71 de las cuales eran niñas.

Figura 1. *Casos de MF registrados por la Policía alemana*



Fuente: Statista Research Department, 2023.

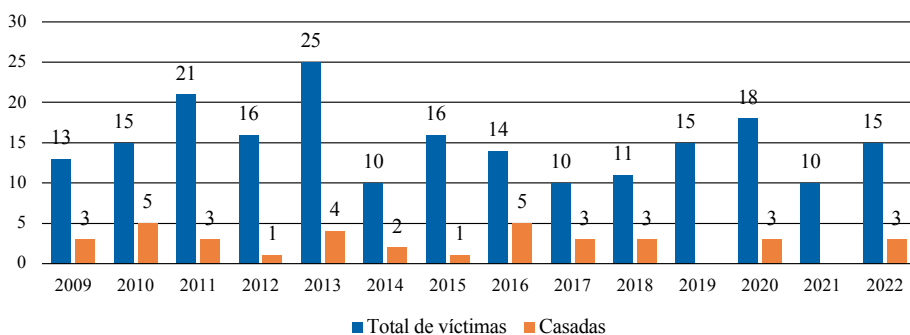
En contraste con las cifras de la policía, la ONG Solwodi informó en su último informe anual (Solwodi, 2022) haber atendido 2278 contactos iniciales relacionados con el MF. La mayoría procedían de países africanos —en su mayoría Nigeria—, Europa del Este y Europa Sudoriental. El contraste entre las víctimas atendidas y los casos registrados en Alemania confirma que los registrados pueden ser solo la punta del iceberg.

No tan diferente es la situación en España, el segundo país más poblado de los analizados, donde las estadísticas sobre la cuestión a nivel nacional son poco sistemáticas e incompletas. Los únicos datos oficiales recogidos sobre el MF en España son policiales y solo se recogen cuando el MF constituye una manifestación de la TSH. El MF no ha sido tradicionalmente considerado ni abordado como una forma de violencia contra las mujeres en España. Su incidencia no se ha visto reflejada ni en los datos oficiales de victimización incluidos en los boletines estadísticos mensuales de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género ni en los datos de victimización obtenidos a través de las macroencuestas sobre violencia contra las mujeres. La última de estas macroencuestas (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2020) incluye datos sobre violencia contra la mujer ocurrida fuera de la pareja, pero no datos sobre MF, aunque se constata que las mujeres inmigrantes denuncian más violencia en la pareja que las españolas (28,6% frente a 20%). Tampoco hay

datos judiciales sobre MF: el Observatorio contra la Violencia de Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial elabora informes estadísticos trimestrales sobre sentencias en casos de violencia de género, pero no refleja datos sobre MF. Los únicos datos oficiales son, así, los policiales que vinculan esta realidad con la TSH recopilados por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO). Entre 2016 y 2022 —no hay información anterior a 2016—, el CITCO ha identificado solo 18 víctimas de MF (CITCO, 2022), ya que el MF representa la cuarta forma más preeminente en la explotación de las víctimas de TSH. Estos datos policiales reflejan solo la nacionalidad de las víctimas (en su mayoría rumanas), el sexo (femenino) y la edad (en su mayoría menores), así como el lugar donde han sido encontradas y la nacionalidad de los agresores (en su mayoría rumanos). Las víctimas rumanas de MF vendidas por su familia nuclear están claramente sobrerrepresentadas en las estadísticas policiales españolas.

Dentro de España, se dispone de más datos oficiales sobre MF en Cataluña, una comunidad autónoma donde el abordaje normativo e institucional del MF se emprendió antes que en el resto del país y donde este fenómeno se ha afrontado desde el inicio como una manifestación de la violencia de género, no como una forma específica de la trata. La policía autonómica catalana, los Mossos d'Esquadra, recogen datos sobre MF desde 2009. Entre 2009 y 2022 han contactado con 209 víctimas de MF, 113 menores y 96 adultas, 173 en riesgo de contraerlo y 36 ya casadas, distribuidas por años según la

Figura 2. Víctimas de MF detectadas por la Policía catalana al año



Fuente: Matrimonis forçosos, 2021. <https://tinyurl.com/3cptrecv>

Incluso más mujeres que las que acuden a la justicia penal entran en contacto con entidades del tercer sector especializadas en la asistencia a víctimas de MF, como Valentes i Acompanyades en Cataluña, que informa de que entre 2021 y 2023 ha asistido a 108 víctimas. Se puede observar que las

cifras en España también muestran una gran brecha entre las víctimas de MF detectadas y las que finalmente son registradas como tales o denuncian el delito, especialmente comparando las cifras del CITCO (2022) y las de las organizaciones del tercer sector.

Pasando a los dos países menos poblados de los analizados, en Finlandia el número de víctimas de MF identificadas ha aumentado significativamente desde 2016 (Jokinen *et al.*, 2023). En dicho país, suelen identificarse en el contexto de la TSH. El Servicio de Inmigración finlandés gestiona el Sistema Nacional de Asistencia a las Víctimas de Trata bajo los auspicios del centro de acogida de Joutseno. El número de víctimas de MF admitidas en el sistema ha aumentado anualmente. Por ejemplo, entre las mujeres y niñas admitidas en el sistema de asistencia en 2021, la explotación sexual fue la forma más común de explotación, con un 42%. También en 2022 fue la forma de trata más común entre las mujeres y niñas admitidas en el sistema de asistencia (37%, 72 personas). Casi dos tercios de las mujeres habían sido víctimas en otro país, principalmente el país de origen de la víctima (National Assistance System, 2022). Asimismo, Victim Support Finland también ha identificado un número creciente de víctimas de MF. En 2021, su servicio especializado para víctimas de TSH y explotación laboral contaba con 675 personas asistidas, mientras que en 2020 habían sido 508, de las cuales un 10% eran víctimas de MF ambos años (MTV, 8-3-2022). En 2022 identificó a un total de 30 víctimas de MF (RIKU, 6-2-2023). Según la Policía finlandesa, en 2021 y 2022 hubo 17 casos de MF que se investigaron como TSH o TSH agravada (KRP, 2023). También en Finlandia, pues, se observa la pauta del evidente desfase entre el número de casos de MF que investiga la Policía y el número de víctimas de MF detectadas por organizaciones del tercer sector, hasta el punto de que el Plan Nacional Finlandés de Lucha contra la Trata de 2021 señala que los casos de MF no se denuncian a la policía ni dan lugar a un proceso de justicia penal (Roth y Luthassari, 2021).

No muy diferentes, a la hora de mostrar la ineficacia del sistema de justicia penal para detectar y abordar los casos de MF, son los escasos datos obtenidos en Irlanda. No se publica ninguna información sobre el tema en el Central Statistics Office irlandés, aunque una comunicación privada realizada por el Immigrant Council of Ireland con personal de este portal estadístico oficial permite confirmar que el primer trimestre de 2023 solo se había registrado como denunciados a la policía irlandesa 5 incidentes delictivos de MF como producidos en 2021 y 2022, sin que conste que ninguna persona haya sido acusada o citada por los incidentes denunciados². En 2016, antes de la tipificación como delito

² Información obtenida a través del intercambio de correos electrónicos con la Central Statistics Office irlandesa entre el 11-07-2023 y 11-09-2023. La información no está

del MF, se informó de que la Garda National Immigration Boureau estaba investigando una serie de presuntos casos de MF en los que estaban implicadas niñas de tan solo 12 años, en los que se traficaba con ellas para introducirlas en el país y obligarlas a casarse con hombres mayores (*The Journal*, 2016). Pese a que se iniciaron investigaciones, no hay datos en relación con si se realizaron detenciones o se produjeron procesamientos. Antes de la introducción de la prohibición del matrimonio infantil, se consideraba que 387 menores se habían casado a la edad de 16 y 17 años entre 2004 y 2014. En un reportaje periodístico, un representante estatal del Departamento de Justicia irlandés señaló que se investigaban 1-2 casos de MF al año y reconoció que podía tratarse de una práctica oculta, difícil de medir en Irlanda (Akidwa, 2022).

2. PERFIL DE LAS VÍCTIMAS Y DINÁMICA DEL MATRIMONIO FORZADO

En cuanto al perfil de las víctimas, las investigaciones académicas y oficiales realizadas en los cuatro países nos dan algunas pistas de patrones ligeramente diferentes según los territorios analizados. En general, se acepta que este fenómeno afecta a determinadas comunidades que han llegado a Europa Occidental tras el correspondiente proceso migratorio, que por razones tales como asegurar la continuidad cultural-comunitaria tras dicho proceso, procurar un mejor futuro económico a sus hijas, regularizar el estatus residencial en Europa, pagar deudas o disciplinar el estilo de vida occidental de sus descendientes y evitar la deshonra familiar, obligan principalmente a niñas y mujeres jóvenes a contraer matrimonios que no han elegido (Hansen *et al.*, 2016; Klemetti y Raussi-Lehto, 2013; Kervinen y Ollus, 2019; Villacampa, 2020; Villacampa y Torres, 2021, Viuhko *et al.*, 2016). Sin embargo, la fenomenología es relativamente cambiante en función de las olas migratorias que han arribado a los distintos países analizados.

En Alemania, el MF se asocia a menudo con la comunidad musulmana de origen turco. La población turca constituye el mayor grupo de inmigración de Alemania y, por tanto, estadísticamente tiene más probabilidades de verse afectada por esta práctica. Sin embargo, los MFs se producen en este país no solo en el seno de comunidades islámicas, sino también budistas e hindúes, así como comunidades originarias de algunas naciones africanas y europeas (Braun, 2015). En algunos casos, estas situaciones afectan a familias que llevan décadas viviendo en Alemania. Algunas de ellas no son necesariamente creyentes estrictas, pero insisten en adherirse a los ideales morales de su patriarcal país de

disponible públicamente en las estadísticas de delitos registrados que se publican en el web de la Central Statistics Office (<https://tinyurl.com/38y7utb4>).

origen (Kreutzmann, 2022). En muchos casos, se ha objetivado que las niñas y las jóvenes son coaccionadas de forma recurrente a contraer MF mediante sutiles presiones: se les plantea repetidamente la propuesta de matrimonio y se les dice que aprenderían a amar a la persona con la que van a casarse (Yerlikaya y Çakir-Ceylan, 2011).

En España, en 2017 se llevó a cabo el primer estudio cuantitativo sobre MF que abarcó todo el territorio, utilizando una encuesta online respondida por 150 entidades de una muestra invitada de 518 (Villacampa y Torres, 2020). Posteriormente, se realizaron estudios cualitativos con 34 profesionales del ámbito penal y asistencial, así como con sobrevivientes (Villacampa y Torres, 2021; Torres y Villacampa, 2022; Villacampa, 2020). Estos estudios confirmaron la existencia de casos de MF en varios territorios españoles, identificaron un perfil de víctima y revelaron dinámicas y circunstancias relacionadas con estos casos. En concreto, se encontró que las víctimas, en su mayoría, son mujeres menores de edad o muy jóvenes, procedentes principalmente del Magreb (43%), África Subsahariana (25%), Asia Meridional (9%) y un 7% de etnia gitana. Aunque las víctimas provienen de estos orígenes, la mayoría son españolas o tienen residencia legal en España (75%). Las tácticas de coerción son de baja intensidad y están relacionadas con la tradición y la pertenencia a una comunidad. La investigación cualitativa (Villacampa, 2020; Villacampa y Torres, 2021; Parella *et al.*, 2023) sugiere que el MF es una práctica consentida o incluso fomentada por las familias afectadas. Las víctimas, generalmente, buscan ayuda cuando se encuentran en una posición de empoderamiento, y los casos suelen ser conocidos por entidades especializadas cuando la situación ha escalado a violencia familiar después de que el matrimonio ya se ha contraído. Esto destaca la importancia de capacitar a los profesionales para una intervención rápida en situaciones de riesgo. Además, las víctimas son reacias a recurrir a la vía penal, especialmente si implica denunciar a su propia familia, aunque menos cuando se trata de denunciar al esposo maltratador.

En Finlandia, en cuanto al perfil de las víctimas, un informe publicado por Victim Support Finland (2023), basado en el análisis de las víctimas de trata que también han sufrido violencia sexual, muestra que la mayoría son nacionales de países de Oriente Medio (37%) o de Asia (23%). También hay nacionales de países africanos (16%), del norte de Europa (7%) y de otros países europeos (5%). El 50% de las víctimas estaban en el país con permiso de residencia, mientras que el 23% eran solicitantes de asilo, el 9% nacionales finlandesas y el 3% indocumentadas. La mayoría de las víctimas con permiso de residencia lo habían obtenido por vínculos familiares (Pihlaja y Piipponen, 2023). El 29% de estas víctimas eran menores de edad, lo que se asociaba a una mayor vulnerabilidad y hacía más difícil desvincularse de la situación (íd.). Otras vulnerabilidades y riesgos asociados al MF identificados son la

amenaza de violencia por motivos de honor, la presión de la comunidad, las incertidumbres relacionadas con el permiso de residencia y la falta de conocimientos lingüísticos, así como el desconocimiento de los derechos que otorga la legislación finlandesa (í.d.).

En Irlanda es difícil determinar los grupos principalmente afectados por el MF debido a la falta de datos registrados sobre la nacionalidad de las personas implicadas en los casos denunciados. Las mujeres que los trabajadores de primera línea señalan como afectadas son principalmente las pertenecientes a grupos poblacionales en cuya cultura está enraizada la práctica del matrimonio concertado, incluidos grupos poblacionales afganos, indios y musulmanes (Akidwa, 2022). En una revisión de los casos judiciales relacionados con la protección internacional en los que se evidenció que la cuestión del MF afectaba a las personas solicitantes de protección, se observó que eran nigerianas. Asimismo, en este país se ha informado de casos de MF que afectan a miembros de la comunidad itinerante irlandesa en el Reino Unido, aunque se dispone de información limitada sobre la prevalencia de estos (Bass, 2021), habiendo cuestionado el movimiento itinerante irlandés que se trate de una práctica generalizada en esta comunidad (Holland, 2015). Además, en Irlanda se ha informado de casos de MF y precoz en algunas comunidades romaníes (Pavee Point Travellers Centre, 2012).

En cuanto a la dinámica del MF, el *modus operandi* conforme al cual se contrae o mantiene el mismo, como se ha indicado, en la mayoría de los casos ocurridos en los cuatro países analizados sigue el patrón de procesos dirigidos por la familia y la comunidad (Villacampa y Torres, 2021; Yerlikaya y Çakir-Ceylan, 2011), en los que población joven, especialmente mujeres jóvenes y niñas, son conducidas por sus familias y personas de referencia a matrimonios que se deciden por ellas. En estos casos, la violencia no aflora abiertamente antes de que se celebre el matrimonio, a menos que la víctima rechace abiertamente casarse. Sin embargo, en aquellos países en los que se ha abordado legalmente este fenómeno como una de las posibles finalidades de explotación en el delito de TSH, también se ha caracterizado la dinámica de los casos de MF como equivalente al de la TSH, directamente como situaciones de venta directa de hijas, cuando no como casos en los que la violencia aflora más claramente. Esto se ha objetivado en España, especialmente cuando los episodios de MF fueron descritos por profesionales del sistema de justicia penal (Villacampa y Torres, 2021), y también en Finlandia. Como consecuencia, se dice que algunas de estas víctimas se enfrentaron a una considerable violencia física, psicológica y sexual, a explotación económica y, en algunos casos, incluso a delitos económicos cometidos en su nombre (National Assistance System, 2023). Otra consecuencia es que en estos casos, a diferencia de aquellos en los que el MF es un proceso dirigido por la familia, no se suele

considerar que la familia de la víctima sea la autora del MF, sino el cónyuge o alguien de la familia del cónyuge (Pihlaja y Piipponen, 2023).

También en relación con la dinámica de estas conductas se hallan los diferentes tipos de MF observados respecto de la residencia de víctimas y autores y el lugar donde se celebra el matrimonio en Finlandia y Alemania. En Finlandia se han identificado tres tipos de MF en función de esta variable (Kevinen y Ollus, 2019; Oikeusministeriö, 2020; Pihlaja y Piipponen, 2023; Toivonen, 2017): a) casos en los que una de las personas contrayentes ha estado viviendo en Finlandia durante un largo periodo, viaja de vuelta a su país de origen para casarse y trae a su marido o esposa a Finlandia por lazos familiares; b) parejas que se han casado en el extranjero y se han trasladado a Finlandia como solicitantes de asilo o por otro motivo, y c) casos en los que la persona ha crecido en Finlandia y es enviada de vuelta a su país de origen familiar para casarse. En Alemania, también se han descrito cuatro constelaciones similares: a) MF en Alemania entre personas con nacionalidad alemana de origen inmigrante o personas emigrantes; b) MF en el extranjero de mujeres que han crecido en Alemania y tienen que casarse con un hombre del mismo país de origen de su familia y tienen que vivir allí desde el matrimonio; c) matrimonio por una «tarjeta de inmigración», en el que un hombre del extranjero recibe un permiso de residencia en Alemania gracias al matrimonio contraído, y d) novias «importadas»: mujeres jóvenes del extranjero que son traídas a Alemania y se casan con un hombre que vive allí. Estas constelaciones de casos muestran lo relacionado que está el MF con las cuestiones migratorias, no solo porque aspectos de tipo migratorio —sobre todo relacionados con la regularización de la situación residencial— pueden constituir una motivación relevante para que se produzca un MF, sino también porque, como se ha puesto de manifiesto, la situación residencial representa un elemento clave para comprender cuando las víctimas buscan apoyo institucional, debiendo considerarse un componente relevante de cualquier programa asistencial para con víctimas de MF.

III. ANÁLISIS LEGISLATIVO COMPARADO DEL MATRIMONIO FORZADO

El enfoque legislativo adoptado en los cuatro países analizados deriva de los requerimientos normativos internacionales que los vinculan. En particular de los establecidos por el Convenio de Estambul que, como se ha indicado, obliga a los Estados parte a tipificar el MF como delito, pero que, junto a esto, adopta una aproximación a esta realidad que prioriza la protección de las víctimas frente a la persecución del delito.

1. APROXIMACIÓN NACIONAL PREFERENTEMENTE PUNITIVISTA AL MATRIMONIO FORZADO

Siguiendo los dictados de esta Convención, tres de los cuatro países analizados —Alemania, España e Irlanda— introdujeron un delito específico de MF en sus respectivos sistemas legislativos penales, como hicieron la mayoría de los países europeos durante la segunda década de este milenio. Alemania tipificó el MF mediante la introducción de un delito específico en el art. 237 del Código Penal (CP) alemán en 2011. El segundo país en criminalizar el MF de los aquí analizados fue España, que en 2015 introdujo el MF entre los delitos contra la libertad de obrar en el art. 172 bis CP español. Además, la trata de seres humanos con el fin de obligar a las víctimas a contraer matrimonio se incluyó como una forma específica de TSH en el art. 177 bis CP español. En Irlanda, también se introdujo un delito específico de MF a través de la sección 38 de la Ley de Violencia Doméstica de 2018. Finlandia es el único de los cuatro países analizados en el que aún no se ha introducido un delito específico de MF. En este país, los casos de MF se criminalizan a través de los existentes delitos de TSH, TSH agravado y coacción del CP finés.

En los cuatro países analizados, tengan o no un tipo específico de MF, la forma legislativa predominante de abordar esta realidad es a través del derecho penal. Puede afirmarse que el enfoque legislativo frente al MF es predominantemente punitivo. De las tres P mencionadas como integradas en la aproximación victimocéntrica a esta realidad, es la P de persecución la que ha sido objeto de mayor desarrollo legislativo. Siendo el derecho penal el que principalmente se utiliza para hacer frente a esta realidad, las opciones fundamentales son o bien la incriminación específica de un delito de MF o bien el recurso predominante al delito de TSH. Esta segunda opción se observa tanto en aquellos países que no han tipificado específicamente el MF, como Finlandia, como en aquellos otros, como España, que cuentan con una forma específica de TSH para explotar a las víctimas forzándolas a contraer, la cual, dicho sea de paso, es utilizada principalmente por los tribunales —por delante del delito específico— para castigar el MF.

En cuanto al cumplimiento de las otras dos P que deben integrar la adopción de una política centrada en la víctima para tratar la MF —la de prevención y, sobre todo, la de protección—, se observa que los países analizados han adoptado algunas iniciativas legislativas encaminadas a completar el estatuto jurídico de la victimización en estos casos. Con todo, el enfoque jurídico de protección de la víctima es menos predominante que el de persecución, que sigue siendo el principal sin ser el preferible, entre otras razones porque puede obligar a las víctimas a proceder contra sus propias familias para obtener protección (Villacampa Estiarte, 2019).

En Alemania, Finlandia e Irlanda, las autoridades nacionales han recurrido recientemente al derecho civil y de familia para abordar el fenómeno del MF. En Alemania se introdujo la Ley de Lucha contra los Matrimonios Infantiles en 2017, que tiene como objetivo proteger a jóvenes y mujeres de matrimonios concertados contra su voluntad, tanto alemanas como no alemanas (Toivonen, 2017). En Irlanda, la Ley de Violencia Doméstica de 2018 también incluyó medidas civiles para prevenir el MF y reaccionar contra este fenómeno. Más recientemente, en Finlandia se aprobó una Ley de Matrimonio (234/1929), que adopta medidas utilizando instrumentos de derecho civil y de familia para contrarrestar el MF (Toivonen, 2017). En estos tres países, las normas civiles establecen medidas como la prohibición de celebrar matrimonios por debajo de los 18 años, limitan el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero, excluyen la posibilidad de celebrar matrimonios por poderes y adaptan las disposiciones sobre nulidad y anulabilidad del matrimonio al matrimonio infantil y forzado.

En cuanto a España, se observa una clara disparidad entre el enfoque estatal más punitivo y el enfoque más centrado en la víctima adoptado en Cataluña. En relación con el enfoque estatal, ha sido principalmente punitivo hasta 2022, cuando se aprobó la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Antes de su aprobación, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, que establecía un estatuto legislativo de protección integral a las víctimas de violencia de género, no incluía el MF en el concepto de violencia de género. Con la aprobación de la citada LO 10/2022, una norma de ámbito estatal ajena al CP español incluyó explícitamente el MF —en su art. 3— como una de las posibles manifestaciones de violencia sexual cuyas víctimas ampara esta norma. La LO 10/2022 adopta finalmente la política de las 3 P, el enfoque holístico, para proteger a las víctimas de violencia sexual —entre ellas las víctimas de MF— en España. Incluye medidas de prevención y sensibilización sobre la violencia sexual y, en particular, medidas de protección de las víctimas que pueden aplicarse a las víctimas de MF, en su mayoría de apoyo a las víctimas. Sin embargo, no contiene disposiciones de naturaleza civil para reaccionar contra el MF como las arriba enumeradas.

En contraste con el enfoque punitivo a nivel nacional hasta 2022, Cataluña adoptó un enfoque normativo e institucional centrado en la víctima para abordar el MF de manera temprana. La Ley 5/2008 en Cataluña ya consideraba el MF como violencia sexual, destacando un enfoque más asistencial y centrado en la recuperación de las víctimas que en el castigo. Otras leyes autonómicas españolas, como la Ley 13/2007 en Andalucía y la Ley 7/2012 en la Comunidad Valenciana, siguieron incluyendo el MF como forma de violencia contra la mujer, adoptando enfoques centrados en la

víctima. Aunque las comunidades autónomas no tienen competencia penal, el enfoque catalán del MF ha influido en otras regiones. Sin embargo, ninguna de estas leyes autonómicas aborda el MF desde una perspectiva civil para prevenirlo o disolverlo, ya que la legislación civil es competencia del Estado.

2. CONCEPTO LEGAL DE MATRIMONIO FORZADO

Además de determinar el carácter preferentemente punitivo de la aproximación legal al MF asociado a la previsión específica del delito de MF, el concepto de MF generalmente adoptado en el correspondiente país también resulta influenciado por el delito específico. Esto porque en los cuatro países analizados se observa que dicho concepto varía en función de si el respectivo país adopta un concepto legal de MF basado en el eventualmente existente delito específico de MF. En los países en los que la principal referencia legal de la que derivar el concepto de MF es el Código Penal, se mantiene un concepto de MF apegado al concepto tradicional de MF referido al inicio de este trabajo, que lo diferencia claramente del matrimonio concertado, y que coincide con el concepto implícito y restrictivo de MF que el art. 37 del Convenio de Estambul establece que debe ser tipificado como delito por los Estados parte.

Este es el caso de España, donde el único concepto legal de MF recogido en la legislación estatal es el que se deduce del artículo 172 bis CP español. Más allá del CP, ninguna otra normativa estatal establece un concepto de MF. El art. 172 bis CP tampoco incluye una definición propia del MF, pero refleja como conducta típica la de aquel que «con intimidación grave o violencia obligue a otra persona a contraer matrimonio», así como la que consista en utilizar estos medios o el engaño para obligar a otra persona a abandonar el territorio español o a no volver a él con el fin de forzarla a contraer matrimonio. De esto se deduce que el concepto de FM se identifica legalmente en España con el que se contrae sin el consentimiento o contra la voluntad de, al menos, una parte contrayente utilizando la fuerza física o psíquica —específicamente, intimidación grave— para contraer.

En el ámbito territorial español, no todas las leyes autonómicas que se refieren específicamente al MF como forma de violencia contra la mujer definen el concepto. La Ley catalana 5/2008 califica el MF como una manifestación de la violencia sexual en su art. 4 sin definirlo. Otras leyes autonómicas contemporáneas ni siquiera incluyeron referencia alguna al MF en su articulado: así sucede con la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón. Algunas de las que han seguido el ejemplo de Cataluña, incluyendo al MF entre las formas de violencia contra la mujer, sí han añadido una definición de este recientemente. La Ley 13/2007 del Parlamento de Andalucía señala en su art. 3.4.j) desde

2018 que por matrimonio precoz o forzado debe entenderse «el matrimonio en el que no ha existido consentimiento libre y pleno de la mujer para su celebración, bien porque ha sido fruto de un acuerdo entre terceros, ajeno a su voluntad, bien porque se celebra en condiciones de intimidación o violencia o porque no ha alcanzado la edad legalmente establecida para prestarlo o carece de capacidad para otorgarlo, aunque en el momento de la celebración no haya sido incapacitada judicialmente». La Ley 7/2012 valenciana define a partir de 2019 el MF —art. 3.7— como «forzar a una mujer o niña a contraer matrimonio, incluido el engaño para llevarla a territorios donde se la obligue a contraerlo». En definitiva, al margen de la definición indiferenciada de matrimonio concertado y MF que recoge la ley andaluza, parece que también en la legislación autonómica el concepto predominante de MF se identifica con el que se produce sin el consentimiento o contra la voluntad de al menos una de las partes debido al uso de violencia o intimidación.

Similar a España es el caso de Alemania. Desde la introducción del delito de MF en el art. 237 CP alemán, la legislación alemana define el MF como un matrimonio en el que una tercera persona coacciona a la víctima por la fuerza o mediante amenaza de un daño grave. Un MF se caracteriza por la falta de libre voluntad por parte de la víctima. En consecuencia, también en Alemania, el MF se diferencia claramente del matrimonio concertado, en el que las personas contrayentes pueden rechazar a la pareja propuesta por familiares, amigos y amigas o agentes matrimoniales, mientras que en un MF no pueden hacerlo. Solo el MF está tipificado como delito, mientras que el matrimonio concertado se considera una tradición cultural respetada (Braun, 2015). El tipo penal específico se centra tanto en obligar a alguien a contraer que hay quien en la academia ha afirmado que el delito específico no debería haberse llamado delito de «matrimonio forzado», haciéndose eco del lenguaje común para describir este fenómeno, sino «obligar a alguien a casarse», que describe mejor la conducta penalizada (Braun, 2015). La Ley de Lucha contra el Matrimonio Infantil de 2017 alemana no define el MF, por lo que no modifica el concepto restrictivo de MF adoptado implícitamente sobre la base del CP alemán. Sin embargo, dado que prohíbe el matrimonio infantil, facilita la consideración de este como una forma de MF en Alemania, aunque se haya contraído mediante ceremonia religiosa o tradicional sin efectos civiles, puesto que la referida norma modificó la Ley del Estado Civil de 2007 alemana para introducir una infracción administrativa consistente en participar o presenciar una ceremonia de este tipo. En consecuencia, Alemania adopta un concepto legal ligeramente más amplio de MF que España, incluyendo las ceremonias religiosas cuando afectan a menores.

También en Irlanda el concepto generalmente adoptado de FM es restringido y se atiene a su caracterización tradicional sobre la base de su

regulación penal, aunque es ligeramente más amplio que en España y Alemania. Este país no es una excepción entre los cuatro analizados, ya que también aquí se considera que el FM es el término utilizado para describir un matrimonio al que una de las partes no dio su consentimiento. De hecho, Irlanda tipificó el MF como delito a través de la aprobación de la Ley de Violencia Doméstica de 2018 —sección 38 (1)—, que introdujo el delito de provocar que otra persona entre en un FM. Según la misma, una persona comete un delito si lleva a cabo una «conducta relevante» con el fin de hacer que otra persona entre en una ceremonia de matrimonio, donde *conducta relevante* significa «violencia, amenazas, influencia indebida o cualquier forma de coacción o coerción». Prestando atención a los medios comisivos incluidos en el delito, de nuevo, se puede deducir que se considera MF únicamente el contraído utilizando violencia física o psicológica. Sin embargo, se ha dicho que el concepto legal adoptado en este país podría ser ligeramente más amplio que el asumido en España o Alemania porque también se refiere a la «influencia indebida» o a «cualquier forma de coacción o coerción» más allá de la violencia o la amenaza como forma de obligar a otro a contraer matrimonio, lo que podría incluir los casos de control coercitivo, junto a considerar como matrimonio también cualquier ceremonia religiosa, civil o secular, aunque carezca de efectos legales. Además, el matrimonio infantil —el matrimonio de una persona menor de 18 años— está prohibido en Irlanda desde el 1 de enero de 2019, por lo que los matrimonios en que al menos una de las partes es menor pueden considerarse MF en Irlanda, ya que se entiende que una persona menor no puede consentir a un matrimonio.

El concepto jurídico restringido de MF adoptado en España y Alemania, sobre todo, e Irlanda en menor medida, pueden haber llevado a la academia e, incluso, al ámbito institucional a adoptar una concepción restringida del MF en los tres países. Este es, por ejemplo, el caso de un sector de la academia española, que considera el MF —en el que la falta de consentimiento o la contradicción a la voluntad de la parte se produce por violencia o intimidación— difiere del matrimonio concertado —en el que ambas partes consienten en la asistencia de terceras personas para la elección de cónyuge (De La Cuesta, 2015; Torres, 2015; Trapero, 2016; Igareda, 2017; Alcázar, 2023)—. En el plano institucional español, la Estrategia Estatal para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres 2013-2016, o la Estrategia Estatal para Combatir las Violencias Machistas 2022-2025, se basan en una concepción estrecha del concepto de MF, a diferencia de lo que sucede con el Protocolo para la Prevención y Gestión del Matrimonio Forzado catalán de 2020. Sin embargo, incluso en España, Alemania e Irlanda hay voces en el mundo académico que reclaman la necesidad de adoptar una concepción más amplia y actual del MF, en línea con la defendida por las autoras mencionados

al inicio de este artículo, cuestionando el enfoque preferentemente penal adoptado hasta ahora. En España, tal concepción ha sido adoptada por Villacampa y Torres (Torres y Villacampa, 2022; Villacampa, 2020, 2022; Villacampa y Torres, 2020, 2021). En Alemania, Braun (2015) afirma que, si bien poner fin al silencio sobre el MF después de décadas en este país puede considerarse un avance positivo, la eficacia de la legislación alemana —centrada originariamente solo en penalizar el MF— es dudosa, ya que no parece probable que la sola represión de estas conductas proporcione a las víctimas de MF una amplia protección. También en Irlanda, aunque el abordaje académico del MF ha sido limitado, especialistas como Susan Leahy (2018) cuestionan la adecuada comprensión de este fenómeno y la conveniencia de un enfoque exclusivamente penal, sugiriendo la introducción de herramientas como las órdenes de protección frente al MF, similares a las introducidas en Inglaterra y Gales.

Diferente de los tres países descritos hasta ahora es el caso de Finlandia. En este país, la falta de un delito específico de MF del que deriva un concepto estricto de MF puede haber favorecido conceptualizaciones académicas e institucionales más amplias del mismo. Aunque existe una propuesta gubernamental de adoptar medidas de derecho civil para anular el MF adoptando una definición estricta —que identifica MF con una situación en la que al menos una parte no ha dado su consentimiento al matrimonio por libre voluntad, sino porque alguien la obligó a consentir—, esto no parece haber influido mucho en el concepto generalmente aceptado en este país. Al mismo tiempo, dado que el MF suele tipificarse como una forma de TSH en Finlandia, el concepto de MF que aquí se sostiene está muy vinculado al de trata.

Por un lado, las directrices del Ministerio de Justicia finlandés sobre el MF muestran una amplia comprensión de este fenómeno. Según ellas, el MF rara vez es un acto aislado, sino más bien una serie de acciones y circunstancias que pueden haberse prolongado durante varios años (Oikeusministeriö 2020). La víctima puede ser presionada física, psicológica y/o económicamente, y el uso de la fuerza y las amenazas también puede ser sutil. Además, la amenaza puede ser colectiva, en el sentido de que la víctima puede verse forzada a contraer por el temor al rechazo o al abandono de su comunidad. En los casos que afectan a menores, la víctima puede haber aceptado el matrimonio o, incluso, percibirlo como su responsabilidad, por lo que las directrices mencionadas reconocen que puede ser difícil para dicha persona abandonar el matrimonio si no tiene otras alternativas (Oikeusministeriö 2020).

Por otra parte, un punto del programa de gobierno del anterior Gobierno finlandés —el Gabinete Marin, 2019-2023— puso en marcha una evaluación sobre la necesidad de tipificar como delito el MF. Esto dio lugar a un memorando publicado en 2021 (Oikeusministeriö, 2021), en el que se sostenía que tanto el

MF como conductas relacionadas con él son ya subsumibles en el actual CP finlandés a través de los delitos de TSH, TSH agravada y coacción. Una de las sugerencias formuladas en la evaluación fue la de aclarar la normativa relativa a la TSH —que ya incluye el MF al referirse a las «condiciones contrarias a la dignidad»—, añadiendo una definición específica del MF en el capítulo 25, sección 3, del CP finés, que tipifica la TSH (Oikeusministeriö, 2023, 10). El memorando también se distribuyó para recabar comentarios entre los grupos, personas y organizaciones relevantes (*ibid.*). La mayoría de las respuestas se centraron en la necesidad de hacer más explícita la legislación actual y en añadir una disposición aparte sobre el CP finlandés. Algunas de ellas consideraron que la posible legislación futura sobre MF debía aplicarse solo cuando el matrimonio fuera legalmente vinculante y válido. Por el contrario, otras argumentaron que la legislación también debería abarcar los matrimonios no oficiales —las uniones religiosas que no se hayan contraído de forma legalmente vinculante— y las situaciones en las que una parte no haya podido abandonar el matrimonio o se haya visto obligada a permanecer en él (*id.*).

Por último, en lo que respecta a Finlandia, el programa político del Gobierno elegido en junio de 2023 menta en diversos puntos al MF. Además del compromiso de tomar medidas para aclarar su incriminación, menciona la necesidad de abordar los matrimonios no oficiales, en referencia a los celebrados mediante una ceremonia religiosa o cultural en lugar de un matrimonio oficial reconocido por la legislación finlandesa. Constituye precisamente un compromiso electoral atender también a las personas que se ven forzadas a tales matrimonios. El programa gubernamental afirma, además, que se precisa influir en las actitudes y puntos de vista sobre el MF en las comunidades culturales y religiosas en las que estas prácticas tienen lugar, concienciando y ayudando a las víctimas a acceder a servicios de apoyo (Valtioneuvosto, 2023: 194). También incluye como compromiso relacionado con el MF la conveniencia de investigar si es necesario tipificar como delito el control coercitivo, junto con algunas acciones a emprender para abordar mejor la TSH (*ibid.*: 196, 205.), muy relacionada con el MF en Finlandia.

IV. INICIATIVAS INSTITUCIONALES FRENTE AL MATRIMONIO FORZADO

Más allá del prisma aproximativo normativo al MF en los países analizados, no hay signos que sugieran que el mismo sea una prioridad institucional en ninguno de ellos o de que lo haya sido hasta muy recientemente. En estos países no parece que la puesta en marcha de medidas institucionales para luchar contra el MF, el diseño de políticas públicas para hacerle frente o la

dotación de recursos económicos para combatir este fenómeno constituyan un elemento central en sus respectivas estrategias políticas. Prueba de ello es que el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia hacia las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, encargado de supervisar la aplicación del Convenio de Estambul, ha advertido a algunos de estos países de la necesidad de abordar en mayor medida este fenómeno. Este es el caso de Alemania, en relación con la cual GREVIO (2022), en su primer informe de evaluación señala que muchas medidas políticas se centran principalmente en la violencia doméstica y sexual, pero que otras formas de violencia contra las mujeres, como el MF o la mutilación genital femenina, no parecen haber recibido una atención comparable, a pesar de que el mencionado convenio exige que las partes adopten un enfoque holístico que abarque todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres. Similares fueron las conclusiones de este órgano respecto de España cuando realizó el primer informe de evaluación sobre este país (GREVIO, 2020).

Como se ha mencionado, el MF está emergiendo en la escena política de los países analizados debido a casos mediáticos, aunque su visibilidad institucional se ve limitada por un análisis fenomenológico reducido y una comprensión limitada. La estrechez en la percepción de la violencia de género, anteriormente restringida a la violencia de pareja, también ha contribuido a su baja visibilidad institucional. En Alemania, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con el MF no se discutieron públicamente durante décadas debido a la filosofía de interferencia mínima en asuntos de familias inmigrantes para preservar la sociedad multicultural (Schubert y Moebius, 2006). Además, el temor a discriminar a ciertas comunidades religiosas o culturales llevó a evitar debates públicos sobre el MF, contradiciendo los objetivos de las políticas de inmigración e integración (Braun, 2015).

Sin embargo, la firma del Convenio de Estambul por parte de los países analizados, que coincidió en el tiempo con la crisis de los refugiados de 2015, determinó que el MF comenzase a ser abordado institucionalmente (Hong, 2019, 2020; Olsson, 2019). Con todo, la intensidad con la que se afronta institucionalmente esta realidad varía entre los países analizados: parece haber cobrado mayor protagonismo en Alemania, en algunos territorios españoles y en Finlandia, mientras que en Irlanda tiene menor relevancia.

En Alemania, el Parlamento ha publicado recientemente un documento referido a la violencia y la opresión por motivos de honor (2023) que identifica el MF como una manifestación específica de la violencia por motivos de honor contra las mujeres y las niñas. Asimismo, el Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth publicó un folleto sobre MF (2022), dirigido principalmente a los profesionales que trabajan en el bienestar de la infancia y la juventud, en el que se proporciona información sobre la

situación en la que se encuentran las víctimas y se explican las opciones de apoyo disponibles para ellas.

En España, la forma en que se aborda institucionalmente el MF también varía en función de si el enfoque es el estatal o autonómico catalán. Las estrategias nacionales que se habían aprobado en este país para luchar contra la violencia de género estaban muy centradas en la violencia de pareja y apenas mencionaban el FM. La Estrategia Estatal para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres 2013-2016, en aplicación hasta noviembre de 2022, fue la primera en mencionar el MF, pero sin prever medidas concretas para abordarlo más allá de referirse a la necesidad de considerar la especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes en esta situación. Más completa es la Estrategia Estatal contra la Violencia Machista 2022-2025, adoptada siguiendo las sugerencias de GREVIO (2020), que abarca todas las formas de violencia de género, también el MF. Sin embargo, está más centrada en combatir la violencia sexual contra las mujeres, especialmente la trata y explotación sexual, que en abordar la violencia de honor y el MF.

En cambio, en Cataluña el MF fue abordado institucionalmente en 2009 a través del «Procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados», en el marco del Programa de Seguridad contra la Violencia Machista del Gobierno catalán, a través de un programa de base policial que disciplina desde una perspectiva centrada en la víctima el abordaje policial de esta realidad. En 2014, se aprobó un protocolo local en Girona, centrado en la víctima y con enfoque asistencial. En marzo de 2020, la Generalitat de Cataluña adoptó el Protocolo para la Prevención y el Abordaje del Matrimonio Forzado en Cataluña, actualmente en revisión, que guía la actuación institucional en la región. Este protocolo busca cooperación y un circuito de intervención para prevenir, detectar e intervenir en situaciones de MF, con fases de prevención, detección, atención y recuperación. La estrategia protocolizada del Gobierno catalán se está adoptando en algunos ámbitos locales de Cataluña con presunta alta incidencia de MF y se expande a otras regiones de España, como Navarra, que está elaborando su protocolo siguiendo el modelo catalán.

En Finlandia, se han adoptado diferentes iniciativas ministeriales desde 2015 para abordar el MF. Dado que en este país aún no se ha introducido el delito específico de MF, dichas iniciativas están muy centradas en la oportunidad de introducir este delito, así como en la amplitud que debe conferirse al concepto de MF. Se trata, fundamentalmente, de las iniciativas ya referidas en los documentos de naturaleza política relacionados supra, al exponer el concepto de MF y sus particularidades en Finlandia.

Por último, en Irlanda, aunque la Tercera Estrategia Nacional sobre Violencia Doméstica, Sexual y de Género, que establece cómo abordará el

Estado estos comportamientos violentos entre 2022 y 2026, no menciona explícitamente la MF, sí se refiere al objetivo de desarrollo sostenible 5, que incluye eliminarlo entre sus metas. Por otra parte, la protección de las víctimas de la mutilación genital femenina, explícitamente mencionadas entre las víctimas vulnerables de delitos, parece ser una prioridad para el Ministerio de Justicia irlandés que, en una respuesta escrita al Parlamento en 2023, indicó que el Departamento de Justicia está elaborando legislación para aplicar las recomendaciones del *Informe O'Malley* (2020). Esto con el fin de reforzar los derechos de las víctimas de delitos sexuales, así como estudiando la forma de reforzar la protección de otras víctimas vulnerables —como las víctimas de la mutilación genital femenina—, para minimizar la posible retraumatización e intimidación durante el juicio, en particular cuando declaran en calidad de testigos.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con los requerimientos normativos internacionales que vinculan a los cuatro países en los que se centra este estudio comparado sobre el abordaje del MF, en particular el Convenio de Estambul, el afrontamiento de dicha realidad precisa de la adopción de un enfoque holístico. En su virtud, no solo debe perseguirse la persecución de estas conductas, sino sobre todo debe buscarse la protección de las víctimas, además de velarse por su prevención, sin descuidar la cooperación y el partenariado nacional e internacional de agentes implicados en la lucha contra esta realidad, de acuerdo con la política 3 o 4 P.

Pese a este mandato internacional que Alemania, España, Finlandia e Irlanda, entre otros Estados europeos, están obligados a observar, el enfoque normativo que han adoptado estos países ha sido hasta épocas recientes de corte preferentemente punitivista.

El sucinto análisis fenomenológico realizado revela que el MF constituye una realidad que se está produciendo en los cuatro países, por lo que se precisa de la previsión de medidas normativas e institucionales para abordarlo. Sin embargo, la escasez de datos con que los cuatro cuentan y el desfase en la prevalencia de victimización entre las cifras oficiales de casos registrados y las que ofrecen entidades del tercer sector muestra que los casos que afloran en todos ellos pueden ser solo la punta del iceberg. Además, la ausencia de conocimiento sistemático sobre esta realidad dificulta la adopción de estrategias preventivas adecuadas para erradicarla. Junto a esto, pese a que los perfiles de víctimas varían en los cuatro países, sobre todo en función de las características y origen de las olas migratorias que cada uno de ellos ha recibido,

la dinámica de los casos observada está en todos más relacionada con el MF como proceso de forzamiento a contraer y permanecer en matrimonios no deseados por medios sutiles articulados por las propias familias o comunidades a las que pertenecen las víctimas que como supuestos MF que constituyan el último estadio de un proceso de TSH o que se produzcan en una de las fases de dicho proceso.

La complicidad de las familias de las víctimas en este tipo de dinámicas, con el consiguiente peligro de criminalización de las personas adultas responsables de las jóvenes y niñas forzadas a contraer, no ha impedido que los países analizados hayan recurrido al derecho penal como *prima ratio* para reaccionar contra este fenómeno. Esto ha sucedido tanto creando un específico delito de MF (España, Finlandia e Irlanda) como incriminado estas conductas a través del delito de TSH, y tanto en los casos donde el delito de MF no se ha introducido todavía (Finlandia) como allí donde, pese a la existencia del delito específico, se recurre primordialmente al tipo de la TSH (España). El recurso preferente al derecho penal, además de desoír los dictados de la política 3-4 P y de obligar a las víctimas a recurrir al sistema de justicia penal en busca de protección, ha comportado una conceptualización estrecha del MF, sobre todo en los tres países que han creado un tipo delictivo *ad hoc* —Alemania y España, en particular, e Irlanda en menor medida, no así Finlandia—. Dicha concepción es la que, siguiendo el mandato incriminador del art. 37 Convenio de Estambul, identifica el MF únicamente con el que se contrae contra la voluntad o sin el consentimiento de al menos una parte, en el que concurre violencia e intimidación. Este concepto deja al margen del foco de intervención formas más sutiles de forzar a contraer —matrimonios contraídos con consentimientos muy condicionados—, matrimonios sin efectos civiles y aquellos que devienen forzados después de contraerse, así como las situaciones de riesgo de forzamiento.

Debería superarse este enfoque preferentemente criminalizador y limitador del abanico de supuestos a los que aplicar las medidas protectoras para las víctimas del MF si quiere cumplirse con el mandato de abordaje holístico del fenómeno. Tal viraje en la aproximación legislativa a esta realidad se aprecia en la normativa específica introductora de mecanismos de derecho civil y de familia para abordarlo aprobada en los últimos años en Alemania, Irlanda y Finlandia, que busca recurrir a mecanismos jurídicos al margen del derecho penal para prevenir la celebración de MF y para favorecer su disolución, que todavía no han sido adoptados en España.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que una cosa es la *Law in books* y otra la *Law in action*. En cuanto a este segundo aspecto, se ha observado que el abordaje institucional del MF sigue sin ser una prioridad en ninguno de los cuatro países analizados, hasta el punto de que Alemania y España han sido

advertidas por GREVIO (2020, 2022) por no haber abordado esta manifestación de la violencia contra las mujeres. Aunque se han tomado algunas iniciativas institucionales para afrontar el MF en Alemania, en España en parte y en Finlandia, la lucha contra esta realidad no constituye elemento central de la agenda política en materia de violencia de género en ninguno de los cuatro países estudiados. Sin embargo, el cumplimiento del mandato holístico de aproximación al MF requiere no solo de la adopción de medidas legislativas, sino también de las de tipo más instrumental, pues solo confiando centralidad institucional a la prevención del MF y a la protección de las víctimas en situación de riesgo y las atrapadas en estos matrimonios, tengan o no efectos civiles, tendrán las mismas acceso efectivo a la justicia en estos países.

Bibliografía

- Akidwa (2022). *Early and Forced marriages in Ireland: A report on the practice and its prevalence*. Disponible en: <https://tinyurl.com/469pdrpb>.
- Alcázar Escribano, M. A. (2023). El matrimonio forzado. Violencia de género más allá del libre consentimiento. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25 (2), 1-43.
- Anitha, S. y Gill, A. K. (2009). Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK. *Feminist Legal Studies*, 17, 165-184.
- Anitha, S. y Gill, A. K. (2011). Reconceptualising consent and coercion within an intersectional understanding of forced marriage. In A.K Gill y S. Anitha (eds.). *Forced marriage. Introducing a social justice and human rights perspective* (pp. 46-66). London; New York: Zed Books.
- Bass, C. (2021). Wed you Believe. I'm an Irish traveller and was forced to marry at 16, I woke up to find a wedding dress. It was the worst day of my life. *The Sun*, 23-8-2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdf52jsv>.
- Braun, K. (2015). I Don't Take This Man to Be My Lawfully Wedded Husband: Considering the Criminal Offense of «Forced Marriage» and Its Potential Impact on the Lives of Girls and Young Women with Migrant Backgrounds in Germany. *German Law Journal*, 16 (4), 845-869. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/s207183220001991x>.
- Bunting, A., Lawrance, B. N. y Roberts, R. I. (2016). Something Old, Something New? Conceptualising Forced Marriage in Africa. In A. Bunting, B. N. Lawrance y R. I. Roberts (eds.). *Marriage by Force? Contestation Over Consent and Coercion in Africa* (pp. 1-42). Athens (Ohio): Ohio University Press.
- Chantler, K. y McCarry, M. (2020). Forced Marriage, Coercive Control, and Conducive Contexts: The Experiences of Women in Scotland. *Violence Against Women*, 26 (1), 89-109. <https://doi.org/10.1177/1077801219830234>.
- CITCO (2022). *Trata y explotación de seres humanos en España. Balance estadístico 2018-2022*. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdffe48p>.

- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43 (6), 1241-1299.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (2015). El delito de matrimonio forzado. En G. Quintero (dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015* (pp. 365-379). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Delegación del Gobierno Contra la Violencia de Género (2020). *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*. Madrid: Ministerio de Igualdad del Gobierno de España. Disponible en: <https://tinyurl.com/yc5ut2h9>.
- European Union Agency for Fundamental Rights (2014). *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*. Disponible en: <https://doi.org/10.2811/70551>.
- Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth. (2022). *Zwangsverheiratung bekämpfen. Betroffene wirksam schützen*. Scientific stud. Disponible en: <https://t.ly/s035>.
- Gangoli, G., Chantler, K., Hester, M. y Singleton, A. (2011). Understanding forced marriage: definitions and realities. In A. K. Gill, y S. Anitha (eds.). *Forced marriage. Introducing a social justice and human rights perspective* (pp. 25-45) London; New York: Zed Books.
- Gill, A. K. y Anitha, S. (2011). Introduction: framing forced marriage as a form of violence against women. In A.K. Gill y S. Anitha (eds.). *Forced marriage. Introducing a social justice and human rights perspective* (pp. 1-24). London; New York: Zed Books.
- GREVIO (2020). *Baseline evaluation report. Spain*. Disponible en: <https://tinyurl.com/29wn7ue6>.
- GREVIO (2022). *Baseline Evaluation Report on Germany*. Disponible en: <https://tinyurl.com/y7fpzjfy>.
- H. M. Government (2010). *The right to Choose: Multi-agency statutory guidance for dealing with forced marriage*. Disponible en: <https://tinyurl.com/fs2fzv9>.
- Hansen, S., Sams, A., Jäppinen, M. y Latvala, J. (2016). *Kunniakäsitykset ja väkivalta. Selvitys kunniaan liittyvästä väkivallasta ja siihen puuttumisesta Suomessa*. Helsinki: Ihmisoikeusliitto.
- Holland, K. (2015). Traveller group rejects priest's claim on young or arranged marriage. *The Irish Times*, 13-2- 2015. Disponible en: <https://tinyurl.com/hvbk5294>.
- Home Office Communications Directorate (2000). *A Choyce by right. The report of the working group on forced marriage*. Disponible en: <https://tinyurl.com/5c2prmtv>.
- Hong, T. (2019). *Kunniiaan liittyvän väkivallan uhrin oikeudellinen asema [Väitöskirja, Turun yliopisto]*. Disponible en: <https://tinyurl.com/4654yb45>.
- Hong, T. (2020). Kohtaako lainsäädäntö pakkoavioliiton uhrin? *Lakimies*, 1, 3-27. Disponible en: <https://tinyurl.com/4y2mnaa8>.
- Igareda, N. (2017). Forced marriage in Europe: from a migration problem in a global world to the old fenomenon on gender violence. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 11 (2), 4-12.

- Jokinen, A., Pekkarinen, A., Turunen, T. y Huovinen, R. (2023). *Selvitys ihmiskaupan uhreille annettavista harkinta-ajoista ja seksuaalipalvelujen myynnistä käännyttämisen perusteena. Sisäministeriön julkaisuja*. Helsinki: Sisäministeriö. Disponible en <https://tinyurl.com/yn5aapy6>.
- Kervinen, E. y Ollus, N. (2019). *Trafficking in Children and Young Persons in Finland*. Helsinki: HEUNI. Disponible en: <https://tinyurl.com/yjet2bjp>
- Keskusrikospoliisi (KRP) (2023). *Police Statistics 2021-2022*.
- Klemetti, R. y Raussi-Lehto, E. (2013). *Edistä, ehkäise, vaikuta — Seksuaali- ja lisääntymisterveysten toimintaohjelma 2014-2020*. Helsinki: Terveysten ja hyvinvoinnin laitos. Disponible en: <https://tinyurl.com/yyc3uthj>.
- Kreutzmann, S. (2022). Forced marriage in Germany: When the chair in the classroom remains empty after the vacation. *Neue Zürcher Zeitung*, 08-08-2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/z64x7j6c>.
- Leahy, S., O'sullivan, K., Kathryn, D. y Sullivan, O. (2018). Changing conceptions of marriage in Ireland: law and practice. *Child and Family Law Quarterly*, 30 (3), 1-24. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10344/8503>.
- MTV (8.3.2022). *Työperäistä ja seksuaalista hyväksikäyttöä sekä pakkoavioliittoja — Ihmiskaupan uhrimäärä kaksinkertaistui Rikosuhrinraportissa*. Disponible en: <https://tinyurl.com/3wnvz98w>.
- National Assistance System for Victims of Human Trafficking (2022). *Kaikki Ihmiskaupan uhrien auttamisjärjestelmässä olevat asiakkaat*. Disponible en: <https://tinyurl.com/3wnvz98w>.
- O'Malley, T., Fernee, U., Hudson, S., Lynch, M. y Ward, T. (2020). *Review Of Protections for Vulnerable Witnesses in the Investigation and Prosecution of Sexual Offences*. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdeha4ma>.
- Oikeusministeriö (2020). *Pakkoavioliitot ja rikosoikeudelliset seuraamukset*. Helsinki: Oikeusministeriö. Disponible en: <https://tinyurl.com/yb7vew8u>.
- Oikeusministeriö (2021). *Arviomuistio avioliittoon pakottamisen rangaistavuudesta. Oikeusministeriön julkaisuja, mietintöjä ja lausuntoja, 2021:29*. Helsinki: Oikeusministeriö.
- Oikeusministeriö (2023). *Arviomuistio avioliittoon pakottamisen rangaistavuudesta. Lausuntotiivistelmä. Oikeusministeriön julkaisuja, mietintöjä ja lausuntoja, 2023:10*. Helsinki: Oikeusministeriö. Disponible en: <https://tinyurl.com/bp7f2srh>.
- Olsson, N. (2019). Pakkoavioliiton kriminalisointi Suomessa. *Helsinki Law Review*, 13 (1), 92-121. Disponible en: <https://doi.org/10.33344/vol13iss1pp92-121>.
- Parella, S., Güell, B. y Contreras, P. (2023). Forced marriages as a form of gender violence from an intersectional approach. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 133, 137-159.
- Pavee Point Travellers Centre. (2012). *Roma Communities In Ireland And Child Protection Considerations*. Disponible en: <https://tinyurl.com/mp5jukm>.
- Pihlaja, S. y Piiipponen, J. (2023). *Selvitys Rikosuhrinraportin asiakkuudessa olevien seksuaaliväkivaltaa kokeneiden ihmiskaupan uhrien tapauksista ja tilanteista*.

- Oikeusministeriön julkaisuja, Selvityksiä ja ohjeita*. Helsinki: Oikeusministeriö. Disponible en: <https://tinyurl.com/y5866tjn>.
- Rikosuhrapäivystys (RIKU) (6-2-2023). *Rikosuhrapäivystyksen ihmiskaupan uhrien erityistukipalvelun asiakasmäärä kasvoi voimakkaasti vuonna*. Disponible en: <https://acortar.link/HvA901>.
- Roth, V. y Luhtasaari, M. (2021). *Suomi torjuu ihmiskauppaa. Ihmiskaupan vastainen toimintaohjelma. Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja*. Helsinki: Oikeusministeriö.
- Schubert, K. y Moebius, I. (2006). Zwangsheirat. Mehr als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer. *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, 39 (2), 33-37. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23428945>
- Solwodi (2022). *Jahresbericht 2022*. Disponible en: <https://tinyurl.com/arcmtf7u>.
- Statista Research Department. (2023). *Anzahl der polizeilich erfassten Fälle von Zwangsheirat in Deutschland von 2013 bis 2022*. Disponible en: <https://tinyurl.com/2p8kd29a>.
- The Journal* (2016). The Government is finally going to outlaw forced marriages (but no one knows exactly how many take place in Ireland). 9 de octubre de 2016. Disponible en: <https://tinyurl.com/2bef5ban>.
- Toivonen, V. M. (2017). *Pakkoavioliittojen esiintyminen ja ilmitulo Suomessa*. Helsinki: Helsingin yliopisto. Disponible en: <https://tinyurl.com/57fjd39>.
- Torres, N. (2015). Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 831-917.
- Torres, N. y Villacampa, C. (2022). Intervention with Victims of Forced Marriage. *Women and Criminal Justice*, 32 (3), 288-305. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/08974454.2021.1875107>.
- Trapero Barreales, M. A. (2016). *Matrimonios ilegales y Derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valtioneuvosto (2023). *Vahva ja välittävä Suomi. Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelma. Valtioneuvoston julkaisuja*. Helsinki: Valtioneuvosto. Disponible en: <https://tinyurl.com/54bu2ecv>.
- Villacampa Estiarte, C. (2018). *Política criminal española en materia de violencia de género: valoración crítica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, C. (2019). Aproximación al matrimonio forzado desde la óptica de las víctimas. *E-Eguzkilore*, 4, 1-38.
- Villacampa Estiarte, C. (2020). Forced marriage as a lived experience: Victims' voices. *International Review of Victimology*, 26 (3), 344-367. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0269758019897145>.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2020). Prevalence, dynamics and characteristics of forced marriage in Spain. *Crime, Law and Social Change*, 73, 509-529. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09881-2>.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2021). Forced marriage: What do professionals know?. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 67, 1-11. <https://doi.org/10.1016/j.ijlcrj.2021.100506>.

- Viuhko, M., Lietonen, A., Jokinen, A. y Joutsen, M. (2016). *Exploitative sham marriages: Exploring the links between human trafficking and sham marriages in Estonia, Ireland, Latvia, Lithuania and Slovakia*. Helsinki: HEUNI.
- Yerlikaya, H. y Çakir-C. (2011). Zwangs-und Scheinehen im Fokus staatlicher Kontrolle; Eine Betrachtung des jüngsten Gesetzesentwurfes zur Bekämpfung der Zwangsheirat unter Verhinderung von Scheinehen im Lichte des Opferschutzes. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 205-213. Disponible en: <https://tinyurl.com/2m3tvysc>.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL E IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES: UNA REGULACIÓN JURÍDICA NECESARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE REGLAMENTO EUROPEO

Artificial Intelligence and equality of women
and men: A necessary legal regulation. Special
reference to the draft European Regulation

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL
Universitat Jaume I
senent@uji.es

ASUNCIÓN VENTURA FRANCH
Universitat Jaume I
ventura@uji.es

Cómo citar/Citation

Senent Vidal, M. J. y Ventura Franch A. (2024).
Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación
jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo.
IgualdadES, 10, 45-71
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.02>

(Recepción: 31/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

Los avances en la regulación del desarrollo, implementación y uso de la inteligencia artificial requieren de la inclusión explícita de medidas que, por un lado, eviten y prevengan que se perpetúe la discriminación de las mujeres y, por otro, que fomenten la igualdad real y efectiva contribuyendo a un mejor desarrollo de los derechos humanos. Para ello, efectuamos un análisis sintético sobre el estado de las más recientes iniciativas reguladoras, con un especial detenimiento en la propuesta de

reglamento europeo en materia de inteligencia artificial, desde una perspectiva de la igualdad de mujeres y hombres. A pesar del avance para la igualdad que se ha concretado en algunas de las normas comentadas, formulamos una serie de recomendaciones que sin duda contribuirían significativamente a eliminar los sesgos de género de la inteligencia artificial y a alcanzar la igualdad real y efectiva.

Palabras clave

Inteligencia artificial y derecho; igualdad de mujeres y hombres; perspectiva de género.

Abstract

Advances in the regulation of the development, implementation and use of Artificial Intelligence require the explicit inclusion of measures that, on the one hand, avoid and prevent the perpetuation of discrimination against women; and on the other, that they promote real and effective equality, contributing to a better development of human rights. To do this, we carry out a synthetic analysis of the state of the most recent regulatory initiatives, with special attention to the proposal for a European Regulation on Artificial Intelligence, from a perspective of equality between women and men. Despite the progress towards equality that has been reflected in some of the aforementioned standards, we formulate a series of recommendations that would undoubtedly contribute significantly to eliminating gender biases in Artificial Intelligence and achieving real and effective equality.

Keywords

Artificial intelligence and Law; equality of women and men; gender perspective.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PROPUESTAS DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. III. LOS AVANCES PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO EUROPEO: 1. El proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo. 2. El borrador cero del Convenio Internacional sobre Inteligencia Artificial del Consejo de Europa. IV. NORMAS JURÍDICAS INTERNAS DEL ESTADO ESPAÑOL EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. V. PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL QUE INCORPORA PLENA Y EFECTIVAMENTE LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las definiciones de inteligencia artificial (IA) que nos parecen más clarificadoras la realizó la UNESCO en 2020:

Implica el uso de computadoras para clasificar, analizar y hacer predicciones a partir de conjuntos de datos, utilizando un conjunto de reglas llamadas algoritmos. Los algoritmos de IA se entrenan utilizando grandes conjuntos de datos para que puedan identificar patrones, hacer predicciones, recomendar acciones y descubrir qué hacer en situaciones desconocidas, aprendiendo de nuevos datos y, por lo tanto, mejorando con el tiempo. La capacidad de un sistema de IA para mejorar automáticamente a través de la experiencia se conoce como *machine learning* (ML).

La implantación de su uso es irreversible y cada día se va a extendiendo más, convirtiéndose en un instrumento cotidiano para cualquiera de las actividades que desarrollen las personas. Frente a ello se dan fundados temores de que se convierta también en potenciador de desigualdades, incluyendo las existentes entre mujeres y hombres, si no se adoptan los mecanismos necesarios para impedirlo. Ello va a depender de si la IA sigue reproduciendo los sesgos de género ya existentes en la sociedad o si se aplican los análisis teóricos y prácticos que los estudios feministas han aportado para desarrollar una IA no sexista.

En relación con ello se ha señalado (Ortiz de Zárate, 2023) que los sesgos de género pueden darse, por una parte, en relación con la calidad de los datos que se suministran a los sistemas de IA, generalmente por una sobrerrepresentación de los relativos a los hombres blancos. También pueden ser por el

propio proceso de autoaprendizaje de los algoritmos. Es el caso de los denominados algoritmos «opacos» o «de caja negra» (*black box algorithms*)¹, cuyo uso se prohíbe en el proyecto de Reglamento europeo, pero que también se puede dar en el uso de algoritmos «transparentes»², que acaban «encontrando patrones que permanecían ocultos y que no habían sido detectados anteriormente, reproduciendo así estereotipos de género». Y también pueden estar presentes en el *hardware*, el soporte físico de muchos sistemas de IA, en características como la voz, el nombre o el aspecto físico.

Pero todo ello no significa que no se pueda modificar esta tendencia, sobre todo si se adoptan medidas para cumplir con la finalidad de la igualdad de mujeres y hombres y poder así utilizar todo el potencial que representa la puesta en marcha de un instrumento que, bien diseñado desde la perspectiva de los derechos humanos y la igualdad de mujeres y hombres, puede contribuir a desarrollar una sociedad menos discriminatoria.

En ese sentido, ya hemos expuesto con anterioridad nuestra convicción de que la necesaria regulación jurídica del proceso de diseño, desarrollo y aplicación de los sistemas de IA no solo ha de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en general, sino además incluir una referencia explícita al principio de igualdad y no discriminación de las mujeres, y que se ha de contemplar y favorecer también un uso positivo de tales sistemas, en el sentido de convertirlos en herramientas para el empoderamiento. Vamos a tratar de actualizar y sistematizar los logros y los desafíos que se van produciendo en la materia.

Como se señala reiteradamente, la preocupación de partida que subyace en las propuestas regulatorias es la constatación de los sesgos discriminatorios

¹ En ellos «resulta imposible, incluso para los propios ingenieros, rastrear pasos que ha seguido la IA por su cuenta».

² «Nutridos con una muestra de datos que ha sido auditada y sometida a unos controles de calidad muy estrictos». Como se ha indicado, «aunque las tecnologías de *machine learning* se caracterizan como "sistemas cerrados", nada impide que la IA incorpore mecanismos que permitan la trazabilidad del proceso de toma de decisiones y el desarrollo y uso de herramientas y técnicas de aclaración. Esto no significa que la divulgación de información sobre un algoritmo concreto deba llegar a poner en peligro los secretos comerciales e industriales y la propiedad intelectual. Se trata de promover una transparencia significativa que permita interpretar el sistema [...]. El respeto de los derechos fundamentales en los sistemas cerrados exige trazabilidad, auditabilidad y comunicación transparente sobre sus capacidades. Siempre debe ser posible saber por qué se tomó una decisión o se alcanzó un resultado concreto, o qué combinación de factores contribuyó a la decisión. La información clara, congruente y suficiente sobre el proceso de toma de decisiones en materia de IA es un requisito indispensable» (Pimentel, 2023:15).

que afectan a muchas aplicaciones de IA; serían lo que se ha denominado «los costes ocultos de la inteligencia artificial» (Crawford en Cernadas y Calvo, 2022: 114). Se han puesto de manifiesto reiteradamente los sesgos de los sistemas de IA que se basan en una baja calidad de los datos masivos sobre los que realizan su *aprendizaje*, así como «por la falta de diversidad en los equipos de desarrolladores de la IA, que refuerza los sesgos intrínsecos» (propuesta 93 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, RPEIA); pero también se han denunciado supuestos de «banalidad del mal automatizado», en la medida en que «personas con propósitos moralmente cuestionables pueden emplear herramientas de aprendizaje automático para reforzar los prejuicios contra las personas marginadas»³. Se ha constatado que los denominados «sesgos algorítmicos [...] tienden a repetir y perpetuar las dinámicas asentadas de dominación, privilegio y discriminación duplicando el riesgo que estas queden acentuadas y reforzadas» (Rivas, 2023). Frente a ello han ido apareciendo diferentes propuestas de regulación jurídica a nivel internacional.

II. PROPUESTAS DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA IA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Una de las propuestas regulatorias más tempranas es la Recomendación en Inteligencia Artificial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁴, que «tiene como objetivo fomentar la innovación y la

³ Se basa esta propuesta de análisis en el concepto de «banalidad del mal» desarrollado por Hannah Arendt (1999). Como indican estos autores, «no solo los algoritmos (supuestamente neutrales) pueden perpetuar la discriminación, sino que individuos socialmente irresponsables pueden utilizar algoritmos con fines inmorales. [...] Esta consideración también se puede aplicar al contexto de los algoritmos "obedientes de las reglas" y "conformistas" que siguen ciegamente las órdenes dadas por sus programadores potencialmente sesgados» (Senent y Bueso, 2022). En similar sentido, Edgerton y Deutsch (2023) toman como ejemplo el reciente caso en que «una imagen falsa aparentemente generada por IA de una explosión cerca del Pentágono asustó a los mercados estadounidenses, con lo que la tecnología ya ha creado ganadores y perdedores corporativos».

⁴ La Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial, OECD/LEGAL/0449, se adoptó el 22/05/2019 y ha sido modificada el 08/11/2023. Su texto actualizado puede consultarse en <https://tinyurl.com/37f947n>. En torno a un compromiso compartido con esta recomendación ha surgido la Asociación Global sobre Inteligencia Artificial (GPAI en sus siglas en inglés), una iniciativa que «tiene como objetivo cerrar la brecha

confianza en la IA mediante la promoción de la gestión responsable de una IA confiable y al mismo tiempo garantizar el respeto de los derechos humanos y los valores democráticos». En junio de 2019, en la Cumbre de Osaka, los líderes del G20 acogieron con agrado los Principios de IA del G20, extraídos de la Recomendación. La Recomendación fue revisada por el Consejo de la OCDE el 8 de noviembre de 2023 para actualizar su definición de «sistema de IA», a fin de garantizar que la Recomendación siga siendo técnicamente precisa y refleje los avances tecnológicos, incluso con respecto a la IA generativa.

Por otra parte, en los últimos meses de 2023, ante la preocupación derivada de constatar que el proceso de desarrollo de sistemas de IA evoluciona mucho más rápidamente que las propuestas para su regulación, y partiendo de la convicción de que la respuesta ha de procurarse a nivel mundial, se ha anunciado la elaboración de un Código de conducta voluntario para las empresas que desarrollen la IA generativa⁵, basado en la *Hoja de ruta conjunta sobre herramientas de evaluación y medición para una IA confiable y gestión de riesgos*⁶, que

entre la teoría y la práctica en IA mediante el apoyo a investigaciones de vanguardia y actividades aplicadas sobre prioridades relacionadas con la IA. [...] reúne mentes comprometidas y experiencia de la ciencia, la industria, la sociedad civil, los gobiernos, las organizaciones internacionales y el mundo académico para fomentar la cooperación internacional. [...] Todas las actividades de GPAI tienen como objetivo fomentar el desarrollo responsable de la IA basado en estos principios de derechos humanos, inclusión, diversidad, innovación y crecimiento económico» (disponible en: <https://tinyurl.com/2tyxz6d3>). La Recomendación incluye una referencia genérica a que «los actores de la IA deben respetar el estado de derecho, los derechos humanos y los valores democráticos durante todo el ciclo de vida del sistema de IA. Estos incluyen [...] no discriminación e igualdad, diversidad, equidad, [...]»; y otra algo más concreta a que «las partes interesadas deben [...] reducir las desigualdades económicas, sociales, de género y de otro tipo».

⁵ Con dicho calificativo se denomina a los sistemas de IA basados en datos de entrenamiento, a menudo provenientes de grandes muestras de lenguaje extraídas de internet, para aprender a responder en diversas situaciones, en lugar de estar diseñados para una tarea específica.

⁶ «La hoja de ruta conjunta del Consejo de Comercio y Tecnología UE-EE. UU. tiene por objeto promover terminologías y taxonomías compartidas, pero también fundamentar nuestros enfoques en materia de gestión de riesgos de IA y de IA fiable a ambos lados del Atlántico. La hoja de ruta ayudará a crear (como siguiente paso) un repositorio común de parámetros para medir la fiabilidad de la IA y los métodos de gestión de riesgos. También tiene potencial para informar y avanzar en los enfoques colaborativos en los organismos internacionales de normalización relacionados con la inteligencia artificial» (disponible en: <https://tinyurl.com/23pxr9kc>). El documento únicamente incluye una referencia genérica con respecto a la necesidad de protección de los derechos humanos y de los valores democráticos, incluyendo la «protección frente

complementará el proceso de IA del G7 realizado en Hiroshima⁷ (ver al respecto Fernández, 2023b y 2023c). Parece que se da por supuesto que «es poco probable que el Congreso [de los EUA] apruebe reglas vinculantes para la IA», por lo que «el bloque europeo será el primero en dictar cómo los gigantes tecnológicos, incluidos Microsoft Corp. y el propietario de Google, Alphabet Inc., desarrollan los modelos básicos que sustentan la próxima frontera de la inteligencia artificial» (Edgerton y Deutsch, 2023). Por ello, mientras tanto, se ha dado este acuerdo para desarrollar una norma de «derecho blando», más fácil de poner en práctica, aunque sea de aplicación voluntaria⁸.

Por su parte, Japón, ya ha hecho público un borrador de su Estrategia Integrada de Innovación para 2023. Se trataría con ella de aplicar una regulación menos dura que la de UE para promover el uso de IA y animar a su desarrollo en el país, pero solucionar los problemas relacionados con el *copyright* y los datos personales⁹. El borrador también incluye un plan concreto para establecer el Global Startup Campus, un centro de investigación y desarrollo conjunto de Japón y EE. UU. para la tecnología punta y la promoción de la «ciencia abierta» o la utilización de información en poder de instituciones de investigación y otros para beneficio de la sociedad¹⁰.

a discriminaciones» y la «igualdad de oportunidades, incluido el acceso equitativo» a una serie de bienes y derechos.

⁷ «Proceso de Hiroshima del G7 sobre Inteligencia Artificial Generativa (IA). Hacia un entendimiento común del G7 sobre la IA generativa. En mayo de 2023, los líderes del G7 identificaron temas de discusión en el Proceso de Inteligencia Artificial (IA) de Hiroshima y pidieron un balance temprano de las oportunidades y desafíos relacionados con la IA generativa. Este informe presenta los resultados de un cuestionario dirigido a los miembros del G7 desarrollado para respaldar el balance y ayudar a guiar los debates del G7 sobre prioridades políticas comunes sobre la IA generativa. También proporciona una breve descripción general del desarrollo de la IA generativa a lo largo del tiempo y en todos los países. Los resultados del informe y del cuestionario representan una instantánea en el tiempo: son indicativos de las tendencias identificadas en la primera mitad de 2023 en un área de tecnología en rápida evolución. El informe ayudó a informar y estructurar las discusiones sobre el Proceso de IA del G7 en Hiroshima» (disponible en: <https://tinyurl.com/er6jx27w>). El documento no contiene ninguna referencia a la igualdad ni a la equidad de género.

⁸ Coincidimos con Flores (2023:116), que observa una «excesiva proliferación de recomendaciones de *soft law* allá donde deberían dictarse normas vinculantes».

⁹ Raquel Holgado, «Europa, EEUU y ahora Japón: estos son los territorios que ya proponen leyes para regular la inteligencia artificial», *20 Minutos*, 06/06/2023, disponible en: <https://tinyurl.com/mwj9sup>.

¹⁰ «Japan to Promote Use of Generative AI While Addressing Risks», *The Japan News*, 31/05/23, disponible en: <https://tinyurl.com/y3jdkdcm>.

En este contexto, no cabe duda de que la principal iniciativa regulatoria en proceso de desarrollo es la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial» (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión¹¹ (en adelante PRIA).

III. LOS AVANCES PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO EUROPEO

1. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

La Unión Europea ha iniciado un proceso de regulación jurídica de la IA que supone un hito en el ámbito internacional, dado que se trata de una norma de obligado cumplimiento para los países miembros de la UE. Entre los principales aspectos positivos del PRIA cabe destacar, por una parte, la propia iniciativa en sí, cuya finalidad es establecer una norma armonizada, al menos para los Estados miembros de la Unión Europea, que prohíbe determinadas prácticas de IA; que establece requisitos específicos para los sistemas de IA considerados «de alto riesgo» y obligaciones para sus operadores, y normas específicas de transparencia para concretos sistemas de IA. Se pretende con ello reducir al mínimo el riesgo de «discriminación algorítmica» (Fernández, 2019), con la implantación de medidas tales como la realización de pruebas, la gestión de riesgos, la documentación y la vigilancia humana durante todo su ciclo de vida.

Sin embargo, el PRIA en su primera redacción (21-4-2021) fía el control de su cumplimiento y la exigencia de responsabilidades y aplicación de sanciones por incumplimiento a autoridades nacionales. Además, la propuesta de partida no incluye ninguna referencia expresa en su articulado a las situaciones no ya de riesgo, sino constatadas, en las que los sistemas de IA adolecen de sesgos discriminatorios por razón de género. Se necesita, pues, promover la inclusión de medidas explícitas en el futuro Reglamento, tales como las siguientes (Senent y Ventura, 2024: 368-370):

- a) la vigilancia específica en todas las fases de creación y aplicación de los sistemas de IA a fin de corregir eventuales sesgos de género en su entrenamiento y toma de decisiones; para lo cual se hace necesario, además,

¹¹ Bruselas, 21-4-2021 COM (2021) 206 final, disponible en: <https://tinyurl.com/357y5prh>.

- b) que el personal implicado en dicho proceso cuente con formación suficiente y acreditada en materia de igualdad y no discriminación. Dicha formación se ha de introducir en todos los niveles de enseñanza y marcadamente en el universitario y debe garantizar
- c) la presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los órganos con poder de planificación y decisión en el proceso de creación y aplicación de los sistemas de IA.

La PRIA, de acuerdo con el procedimiento legislativo de la Unión Europea, ha sido enmendado en profundidad por el Parlamento en junio de 2023. Han sido aprobadas un total de 771 enmiendas al texto originario¹² con la intención de adecuarlo a los rápidos avances en el desarrollo de la IA y de las cada vez más frecuentes voces que advertían de la necesidad de una rápida regulación jurídica. Aunque, como veremos, se han incluido diversas referencias explícitas a la necesidad de evitar la discriminación por razón de sexo en los sistemas de IA, consideramos que se ha perdido otra oportunidad para recoger de manera suficiente, efectiva y plena las cuestiones antes mencionadas.

A los efectos de este trabajo nos hemos centrado en el análisis de las enmiendas relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres y las hemos agrupado en cuatro categorías:

Enmiendas relacionadas con los conceptos de sexo, género e igualdad de mujeres y hombres

Una cantidad significativa de enmiendas se orienta a concretar aspectos que sitúan a las personas en categorías susceptibles de discriminación, tales como el sexo, el género, la raza, la identidad de género, la orientación sexual, etc. Sin embargo, detectamos en algunas de ellas confusión en cuanto a los conceptos de sexo y género. Así, a veces se consideran términos equivalentes¹³, mientras que en otras ocasiones se identifican como categorías diferentes pero

¹² Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 0206-C9-0146/2021-2021/0106 (COD), disponible en: <https://tinyurl.com/2e3252zj>.

¹³ Esa parece ser la explicación de que en la enmienda 39 (nuevo considerando 16 bis), cuando se refiere a «los sistemas de IA que clasifican a las personas físicas, asignándolas a categorías específicas» que «presentan un gran riesgo de discriminación», se refiera explícitamente al género, pero no al sexo.

equiparables, llegando a citarse en alguna ocasión el género como «característica biométrica» y diferente al sexo¹⁴.

En cualquier caso, es cierto que, aunque se trata de conceptos distintos, en el fondo de su utilización como sinónimos subyace la conciencia de que la referencia se dirige a la discriminación de las mujeres, cuyo sexo y categorización genérica las sitúa en posición de subordinación. No obstante, consideramos necesario insistir en clarificar ambos conceptos y en propugnar su correcta utilización.

El concepto de *género* se refiere a la existencia de una normatividad femenina edificada sobre el sexo como hecho anatómico. Esta normatividad femenina reposa sobre un sistema social en el que el género es un principio de jerarquización, que asigna espacios y distribuye recursos a varones y mujeres (Cobo, 2008: 53). Este sistema social ha sido designado por la teoría feminista con el término *patriarcado*. Celia Amorós (2002) entiende por *patriarcado* un modo de dominación de los varones sobre las mujeres que tiene efectos sistémicos. También Cristina Molina define el patriarcado como el poder económico, político y social que los varones ejercen sobre las mujeres en todas las sociedades (2020). La posición de dominación de los hombres tiene un efecto estructural, dado que ha condicionado toda la organización personal y social: en cualquier ámbito de la sociedad las mujeres ocupan posiciones inferiores a los hombres; aunque existen algunas excepciones que confirman la regla, las mujeres tienden a estar subordinadas en la familia, en la política, en el trabajo etc.

Como hemos descrito, la IA está reproduciendo los sesgos de esa discriminación estructural que se ha desarrollado en el patriarcado, por lo que resulta útil clarificar ambos conceptos e, incluso, sería preferible en muchos de los supuestos sustituir las referencias al sexo y al género por la más directa a las mujeres¹⁵, en tanto que sexo y género objeto de discriminación.

¹⁴ Propuesta de considerando 7 ter (nuevo): «La noción de "categorización biométrica" según se utiliza en el presente Reglamento debe definirse como la asignación de personas físicas a categorías concretas o la inferencia de sus características y atributos, como género, sexo, edad, color de pelo, color de ojos [...]» (enmienda 23). En cambio, en la enmienda 41, al considerando 18 la referencia es —a nuestro entender más correctamente— únicamente al sexo, como característica de identificación biométrica que puede «dar lugar a resultados sesgados y tener consecuencias discriminatorias».

¹⁵ Así se hace en la enmienda 65 respecto del considerando 35, que se refiere a los sistemas de IA «que pueden decidir la trayectoria formativa y profesional de una persona y, en consecuencia, afectar a su capacidad para asegurar su subsistencia. Cuando no se diseñan y utilizan correctamente, estos sistemas pueden invadir especialmente y violar el derecho a la educación y la formación, y el derecho a no sufrir discriminación,

Enmiendas relacionadas con los derechos fundamentales de la UE, con especial referencia a las que incluyen alguna mención explícita a la igualdad y no discriminación

La PRIA establece como límite de actuación de la IA el necesario respeto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶ (en adelante, CDFUE), y así se explicita en muchos de sus artículos; y además se otorga a la Comisión (art. 7 PRIA) la facultad de ampliar el listado de sistemas de IA considerados de alto riesgo cuando conlleven el riesgo de tener repercusiones negativas para los derechos fundamentales, el medio ambiente, la democracia y el Estado de derecho (enmienda 246 al art. 7 apdo. 2c). También resulta una aportación significativa la inclusión, mediante la enmienda 412, de un nuevo apdo. 6 ter al art. 29 de la PRIA en el que se establece la exigencia de una evaluación *ex ante* del impacto de un sistema de IA de alto riesgo en los derechos fundamentales en general. Y dado que la CDFUE, como no podría ser de otro modo, incluye la prohibición de la discriminación por razón de sexo (art. 21.1 CDFUE) y la garantía de la igualdad entre hombres y mujeres «en todos los ámbitos», sin perjuicio del «mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado» (art. 23 CDFUE), las referencias de la PRIA al necesario respeto a los derechos fundamentales permitiría reclamar la consideración, siquiera sea implícita, de sistemas de IA de alto riesgo aquellos que puedan tener «repercusiones negativas» para la igualdad de mujeres y hombres.

También es cierto, y de ello nos congratulamos, que la enmienda 213, para la introducción de un nuevo artículo 4bis, que establece los principios generales aplicables a todos los sistemas de IA, incluye entre ellos el de «diversidad, no discriminación y equidad» (apdo. 1e), que se refiere a la «igualdad de acceso» y a la «igualdad de género y la diversidad cultural, evitando al mismo tiempo los efectos discriminatorios y los sesgos injustos prohibidos por el Derecho nacional o de la Unión».

además de perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, los grupos de una edad determinada, las personas con discapacidad o las personas de cierto origen racial o étnico o con una determinada orientación sexual». Y con prácticamente idéntica redacción, para alguno de los sistemas de IA utilizados en los procesos utilizados en el ámbito del empleo y la gestión de personal (enmienda 66, respecto del considerando 36). En cambio, respecto de los utilizados para evaluar el acceso a determinados servicios y ayudas de carácter público y privado (enmienda 67, respecto del considerando 37) la referencia es al género.

¹⁶ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 18/12/2000, 2000/C 364/01, disponible en: <https://tinyurl.com/bdeskzbb>.

No obstante, más allá de tal declaración programática esencial nos parece necesario que se haga una mención expresa en diversos ámbitos de la regulación a la prohibición por discriminación a las mujeres y/o a la necesidad de adopción de medidas de acción positiva para su superación. La PRIA incluye algunos avances en tal sentido pero, como en relación con el resto de enmiendas que ahora comentamos, nos parece que se hace de forma fragmentaria, puntual, cuando la aplicación de la mirada de género habría de ser transversal y sistemática, alcanzando a todos los ámbitos.

Enmiendas relacionadas con la formación en igualdad y no discriminación de quienes intervengan en el proceso de diseño, implementación, evaluación y uso de la IA

Consideramos que la formación de las personas que intervienen en el proceso de la creación de la IA no solo debe ser técnica, sino que también debe incluir la adquisición de conocimientos esenciales en materia de derechos fundamentales, en general, y de no discriminación e igualdad; de no ser así, los sistemas de IA que se desarrollen seguirán reproduciendo los sesgos discriminatorios que se dan en la sociedad, potenciándolos, además, de manera exacerbada.

En las enmiendas de la PRIA que ahora comentamos se introducen algunas menciones. Así, la enmienda 28 propone un considerando 9 ter (nuevo) sobre la necesaria alfabetización en materia de IA para «los proveedores, usuarios y demás personas afectadas» que demanda que se «promuevan el desarrollo de un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA en todos los sectores de la sociedad para los ciudadanos de todas las edades, incluidas las mujeres y las niñas». Ello se concreta más adelante en la enmienda 214, que propone un nuevo art. 3 ter en el que se establece:

Al aplicar el presente Reglamento la Unión y los Estados miembros promoverán medidas para el desarrollo de un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, en todos los sectores y teniendo en cuenta las distintas necesidades de los grupos de proveedores, implementadores y personas afectadas de que se trate, también a través de la educación y la formación y de programas de capacitación y de mejora de capacidades, garantizando al mismo tiempo un equilibrio adecuado en materia de género y de edad, con vistas a permitir un control democrático de los sistemas de IA.

También se reclama de los proveedores e implementadores de sistemas que adopten «medidas para garantizar un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA entre su personal y otras personas que se ocupen en su nombre de la operación y el uso de sistemas de IA».

Más adelante, en la enmienda 314, que propone una nueva redacción para el apdo. 1 del art. 14 PRIA, también reclama que las personas físicas encargadas de garantizar la vigilancia humana de los sistemas de IA de alto riesgo tengan «un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA de conformidad con el art. 4 ter».

Como venimos valorando, nos parece que tanto las normas como las políticas europeas y nacionales han de avanzar más y más sistemáticamente, abordando la necesidad de que la formación en materia de igualdad y no discriminación se incluya de manera efectiva en todos los niveles de la educación obligatoria, con especial incidencia y desarrollo en aquellas materias y grados universitarios dirigidos a la formación de quienes hayan de intervenir en la cadena de creación e implementación de los sistemas de IA.

Enmiendas relacionadas con la presencia equilibrada de mujeres y hombres

Una vez más, también aquí hemos constatado que aflora de manera tímida en las enmiendas del Parlamento Europeo al primer borrador de la PRIA una tendencia a incluir la necesidad de una presencia equilibrada de mujeres y hombres, tanto en las medidas que se adopten en garantía del respeto a los derechos de las personas usuarias y/o afectadas como en la composición de los órganos que hayan de tomar decisiones en relación con los sistemas de IA. Sin embargo, como en otros aspectos, la intención se expresa de forma puntual, fragmentaria y, a veces, incluso erróneamente¹⁷. Así, el único ejemplo de introducción de «equilibrio entre mujeres y hombres» en la composición de un órgano lo encontramos en la enmienda 532 al art. 57 bis (nuevo), que regula la estructura del consejo de administración del Comité Europeo de Inteligencia Artificial, cuando establece que «el nombramiento de los miembros y suplentes del consejo de administración *tendrá en cuenta* la necesidad de equilibrio entre mujeres y hombres». La cursiva es nuestra para poner de relieve cómo, nuevamente, se introducen referencias ambiguas que dan pie a interpretar la no obligatoriedad del precepto.

¹⁷ Tal es el caso, por ejemplo, de la enmienda núm. 214 al art. 4 ter (nuevo), referido a la alfabetización en materia de IA, cuando señala que «la Unión y los Estados miembros promoverán medidas para el desarrollo de un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA en todos los sectores [...], garantizando al mismo tiempo un equilibrio adecuado en materia de género y edad con vistas a permitir un control democrático de los sistemas de IA». Aquí la utilización de la palabra *género* no es correcta, dado que la referencia es a permitir un control democrático de los sistemas de IA, esto es, a conseguir un equilibrio de mujeres y hombres; por lo tanto, no se trata de un equilibrio de género, sino de sexo.

Como ejemplo de enmienda que se refiere al equilibrio en la salvaguarda de derechos podemos citar la 634, al apdo. 2 del art. 69, dedicado a la configuración de los códigos de conducta de cumplimiento voluntario. En su nuevo apdo. c) se establece que tales códigos «considerarán la manera en que el uso de sus sistemas de IA podría afectar o aumentar la diversidad, el equilibrio de género y la igualdad». Este es otro ejemplo de confusión entre los conceptos de género y sexo, ya que aquí la referencia debería ser al equilibrio entre sexos o entre hombres y mujeres; pero también es un ejemplo de cómo pueden contemplarse medidas para el empoderamiento de las mujeres mediante el uso de sistemas de IA.

Durante el ejercicio de la Presidencia del Consejo de la UE por el Estado español, en el segundo semestre de 2023, se propiciaron las negociaciones entre ese órgano y el Parlamento Europeo, lo que culminó en un «acuerdo provisional»¹⁸ sobre la PRIA. Su texto todavía no se había hecho público semanas después, mientras redactamos estas líneas; sin embargo, la nota de prensa publicada por el Consejo¹⁹ apunta los que considera principales elementos del consenso alcanzado:

- a) normas sobre modelos de IA de uso general de gran impacto que pueden causar un riesgo sistémico en el futuro, así como sobre los sistemas de IA de alto riesgo;
- b) un sistema revisado de gobernanza con algunas competencias de ejecución a escala de la UE;
- c) ampliación de la lista de prohibiciones, pero con la posibilidad de utilizar la identificación biométrica remota por parte de las autoridades policiales en espacios públicos, con sujeción a salvaguardias;
- d) una mejor protección de los derechos mediante la obligación de que los implementadores de sistemas de IA de alto riesgo lleven a cabo una evaluación del impacto en los derechos fundamentales antes de poner en marcha un sistema de IA.

Al no incluirse en el texto ninguna mención explícita a la igualdad, esta última referencia a la protección de los derechos fundamentales, a la que únicamente se suman otras escasas alusiones a las modificaciones en materia

¹⁸ Una vez redactado el texto, sobre el que ya no caben modificaciones, se remitirá al Parlamento y al Consejo para su aprobación.

¹⁹ «Reglamento de Inteligencia Artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial», 09/12/23, disponible en: <https://tinyurl.com/34n6zu9r>.

de «transparencia y protección» de tales derechos en general, no nos permiten conocer siquiera si los avances introducidos mediante las enmiendas del Parlamento en junio de 2023 se van a mantener y, menos aún, por tanto, la posibilidad de su eventual mejora. No parece ser esa la tendencia.

2. EL «BORRADOR CERO» DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DEL CONSEJO DE EUROPA

El Comité sobre Inteligencia Artificial del Consejo de Europa presentó en enero de 2023 su «borrador cero» del Convenio [Marco] Internacional sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho²⁰. Se prevé que se trate del primer instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre IA, pero «*dado que su ámbito de aplicación se superpondrá en gran medida con la propuesta de Reglamento de IA*», la Unión Europea ha acordado la oportuna apertura de negociaciones entre ambas instituciones (Fernández, 2022).

Cabe destacar de este borrador de Convenio que entre sus principios incluye el de igualdad y lucha contra la discriminación, «incluyendo la igualdad de género» (art. 9, en el borrador actualizado de diciembre de 2023). Además, se prevé «que cada Parte, dentro de su jurisdicción y de conformidad con su derecho interno, adoptará medidas que garanticen la disponibilidad de reparación por cualquier daño o perjuicio ilícito a los derechos humanos y las libertades fundamentales resultantes de la aplicación de sistemas de IA mediante el establecimiento de un sistema, de conformidad con su Derecho interno, por el que se registre el uso del sistema y, en su caso, se comuniquen el mismo a los sujetos afectados» (Fernández, 2023a)²¹.

Como síntesis y valoración de su contenido y orientación concluimos que se proponen algunos avances con respecto a la PRIA, pero que se continúa dejando en manos de los Estados la adopción de medidas de control y reparación de daños.

²⁰ Tras la primera lectura del borrador «el presidente del Comité de Inteligencia Artificial (CAI) del Consejo de Europa ha preparado, con la ayuda de la Secretaría, un borrador de trabajo consolidado (*Consolidated working draft of the Framework Convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*) que debe servir de base para las futuras negociaciones del Convenio Marco» (Fernández, 2023d). El texto consolidado, de 18/12/23, puede consultarse en: <https://tinyurl.com/pvjca2sk>.

²¹ Ver al respecto la redacción actualizada a diciembre de 2023 de los capítulos IV (arts. 14 y 15) y V (art. 16).

IV. NORMAS JURÍDICAS INTERNAS DEL ESTADO ESPAÑOL EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En el ámbito interno del Estado español, la principal norma reguladora básica sigue siendo el art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que establece que las Administraciones públicas, en el ámbito de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas, han de favorecer el uso de una IA ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales. Para ello han de poner en marcha «mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente»²². Tales mecanismos han de alcanzar tanto al diseño de la IA como a los datos con que se entrene y abordarán su potencial discriminatorio. Entre ellos, se prevé explícitamente la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio y la creación de un sello de calidad de los algoritmos.

No obstante, se trata en realidad de una declaración de principios e intenciones, sin establecer el procedimiento para llevarla a cabo ni de quien depende su ejecución, por lo que muy probablemente queda pendiente de un desarrollo reglamentario posterior. Sí que se aprecian, en cambio, avances al regular la Ley en su título IV las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación en general (ver al respecto *Aba*, 2023:113-114; *Rodríguez*, 2023): su graduación se relaciona con la gravedad de las acciones tipificadas, que van desde la inobservancia de lo establecido en la Ley hasta los actos que constituyan discriminación o discriminaciones múltiples, así como la reiteración en las infracciones. Las multas que aplicar oscilan desde los 300 a los 500 000 euros.

Una normativa más específica sobre límites a los sistemas de IA ya se encontraba en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los

²² Sobre la última expresión, «siempre que sea factible técnicamente», ver el acertado comentario de *Araiz* (2022) en el sentido de que «el precepto debería haber omitido la excusa de la imposibilidad técnica para justificar una posible vulneración de un derecho tan básico en el procedimiento administrativo, como es el de transparencia, ya que ello supone una carga desproporcional hacia el interesado, el cual ve truncado su derecho a recibir una resolución motivada como consecuencia de una imposibilidad técnica. En definitiva, lo más coherente en aras a evitar confrontaciones con los derechos de los ciudadanos hubiera sido establecer la prohibición de uso por parte de las Administraciones Públicas de sistemas IA sustentados en *black boxes*».

derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en plataformas digitales como Glovo, Deliveroo o Uber Eats (que por ello es coloquialmente conocida como la ley de *riders*). En ella se establece que tales empresas «deberán adaptarse en orden a reflejar la relación laboral con sus repartidores y compartir los algoritmos, en un período de tres meses». Se les obliga, pues, a «compartir con los sindicatos las reglas en las que se basan los algoritmos que pueden afectar a las condiciones laborales», dando de dicho modo publicidad a las reglas que encierran los algoritmos y los sistemas de IA que pueden incidir en las condiciones laborales por las que se rigen estas plataformas, incluyendo el acceso y mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles. Efectivamente, la Ley introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 del ET que reconoce como derecho del trabajador a «ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles» (Rivas, 2023).

Se trata, pues, de un ejemplo de cómo la regulación concreta del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas va a ir incluyendo obligaciones de transparencia y salvaguardas en cuanto el uso de las herramientas de IA tenga o pueda tener efectos significativos sobre aquellos.

Por otra parte, el Estado español, adelantándose a la aprobación del futuro Reglamento europeo, en el que se establecerá la obligación para los Estados miembros de dotarse de «autoridades nacionales de supervisión», ya preveía en 2021 (Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, disposición adicional centésimo trigésima) y 2022 (Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes) la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA). Dicho organismo ha tomado forma mediante el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

La AESIA es una entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, con personalidad jurídica independiente, patrimonio propio y autonomía en su gestión con facultad para ejercer potestades administrativas para el cumplimiento de los programas correspondientes. Tiene su sede en la ciudad de A Coruña. Su objeto y fines se establecen en el art. 4 del Estatuto de la AESIA:

— tareas de supervisión, el asesoramiento, la concienciación y la formación dirigidas a entidades de derecho público y privado para la adecuada implementación de toda la normativa nacional y europea en torno al adecuado uso y desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, más concretamente, de los algoritmos;

— inspección, comprobación, sanción y demás que le atribuya la normativa europea que le resulte de aplicación y, en especial, en materia de inteligencia artificial;

— la minimización de los riesgos que puede suponer el uso de esta nueva tecnología, el adecuado desarrollo y potenciación de los sistemas de inteligencia artificial. En el ámbito de la competencia estatal, ejercerá las funciones de autoridad responsable de la supervisión, y en su caso sanción, de los sistemas de inteligencia artificial con el objeto de eliminar o reducir los riesgos para la integridad, la intimidad, la igualdad de trato y la no discriminación, en particular entre mujeres y hombres, y demás derechos fundamentales que pueden verse afectados por el mal uso de los sistemas.

En su cumplimiento, la actuación de la Agencia responderá, entre otros fines, a:

- d) El fomento de entornos reales de prueba de los sistemas de inteligencia artificial, para reforzar la protección de los usuarios y evitar sesgos discriminatorios.
- e) La supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan inteligencia artificial y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad, la igualdad de trato y no discriminación, en particular entre mujeres y hombres, y para los demás derechos fundamentales.

Entre sus principios (art. 8 EAESIA), la Agencia cuenta con el de la

integración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, promoviendo la perspectiva de género y una composición equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos, consejos y comités y actividades, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 14, 15 y 28 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la disposición adicional decimotercera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y los Planes de igualdad para las Administraciones Públicas que sean de aplicación.

En la enumeración de sus competencias (art. 10 EAESIA) se encuentra:

— el apoyo al desarrollo y uso de sistemas de inteligencia artificial con perspectiva de género, incorporando el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución y promoviendo la realización de evaluaciones de impacto capaces de identificar posibles sesgos discriminatorios por cualquiera de los motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Todo ello con el objetivo de eliminar los sesgos discriminatorios de cualquier tipo y, en particular, los sesgos de género y los de índole étnico-racial; [...]

— la supervisión y, en su caso, sanción de acuerdo con lo estipulado en la normativa europea en lo que respecta a la supervisión de sistemas de Inteligencia Artificial. El diseño, ejercicio y evaluación de esta función de supervisión se realizará incorporando la perspectiva de género.

En ejecución del principio de presencia equilibrada en sus órganos, el apdo. 7 del art. 15 EAESIA expresa que «la designación de los miembros del Consejo Rector se ajustará al principio de igualdad de género, promoviendo²³ la perspectiva de género y una composición equilibrada de mujeres y hombres».

La disposición adicional primera del RD 729/2023 preveía la efectiva puesta en funcionamiento de la Agencia con la constitución de su Consejo Rector, cuya composición ya se hizo pública el 7 de diciembre de 2023.

Y más recientemente se ha promulgado el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la PRIA. Como se ha indicado,

el *sandbox* [entorno controlado de pruebas] posibilita la cooperación entre los usuarios y los proveedores de Inteligencia Artificial. Además, pretende acercar a las autoridades competentes las empresas desarrolladoras de IA con el objetivo de definir una guía de buenas prácticas para la implementación del futuro Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial. El entorno controlado de pruebas tendrá un procedimiento de selección y admisión para empresas proveedoras y clientes de sistemas de IA y un Comité asesor de Expertos²⁴.

²³ Pueden darse por reproducidos aquí todos los comentarios que se han ido realizando por la doctrina para el art. 75 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que establece que «las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley». En síntesis, mientras que la postura doctrinal mayoritaria considera que la norma no tiene carácter imperativo, sino que es una mera recomendación, otra interpretación aboga por considerar que el art. 75 LOIEMH acoge una «obligación de resultado». Una posición intermedia, a la que nos sumamos, entiende que «nos encontramos ante una obligación de medios, cuyo satisfactorio cumplimiento está vinculado al empleo de la diligencia debida por parte de las sociedades afectadas por la norma» (ver por todos, Senent, 2018).

²⁴ Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, 07/11/23, «España, pionera en el impulso de la regulación de Inteligencia Artificial, pone en marcha el entorno controlado de pruebas del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», disponible en: <https://tinyurl.com/5xfksue8>.

El art. 3.2 del Real Decreto 817/2023 define el «entorno controlado de pruebas o experiencia» como «entorno o experiencia, con una duración determinada, que proporciona un contexto estructurado para el desarrollo de las actuaciones necesarias que posibiliten a proveedores y usuarios de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, sistemas de propósito general y modelos fundacionales²⁵ que realicen las pruebas necesarias para la implementación de los requisitos establecidos en este Real Decreto, bajo la supervisión del órgano competente». Y en su art. 27.3 se establece que «el grupo de personas asesoras expertas velará por el cumplimiento del principio de igualdad de género en el desarrollo de las tareas encomendadas, y en su designación se atenderá al principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres»²⁶.

La igualdad de género también se asume, de forma transversal, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Estado Español que, entre otros objetivos, se propone «acelerar la transformación digital de la economía y la sociedad, proporcionando un clima favorable a la inversión y al refuerzo del tamaño de las empresas, para aumentar la productividad y competitividad de toda la economía a través de tecnologías digitales disruptivas como la Inteligencia Artificial. Impulsando una digitalización humanista, que ponga en el centro a las personas y se alinee con una Carta de Derechos Digitales acordada a nivel nacional, europeo y global». Entre sus treinta líneas de actuación se incluye la 16, Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, que se fija como uno de sus objetivos «potenciar la IA inclusiva y sostenible, como vector transversal para afrontar los grandes desafíos de

²⁵ A su vez, el «modelo fundacional» se define como «un modelo de inteligencia artificial entrenado en una gran cantidad de datos no etiquetados a escala (generalmente mediante aprendizaje autosupervisado y/o con recopilación automática de contenido y datos a través de internet mediante programas informáticos) que da como resultado un modelo que se puede adaptar a una amplia gama de tareas posteriores», art. 3.6 RD 917/2023.

²⁶ El «grupo de personas expertas» estará «integrado por profesionales independientes de reconocido prestigio y experiencia técnica en campos afines del conocimiento, con responsabilidades presentes o pasadas en el ámbito académico y universitario, en instituciones colegiales, asociaciones de otro tipo, o en el sector empresarial» (art. 27.1 del RD 817/2023). Además de la citada función de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de género «colaborará en el entendimiento y comprensión de la forma de implementar los requisitos aplicables a los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, así como en la aportación de información relevante para la mejora de las guías técnicas». Respecto del mandato legal de «velar por el principio de igualdad de género» puede repetirse lo apuntado en la nota 23.

nuestra sociedad, específicamente para reducir la brecha de género, la brecha digital, apoyar la transición ecológica y la vertebración territorial». Y la mencionada Carta de Derechos Digitales incluye un apdo. XXV, «Derechos ante la inteligencia artificial». Todas estas normas de *derecho blando* parecen haber asumido claramente la necesidad de aplicar una perspectiva de género al ámbito de la IA, pero no hemos encontrado ningún plan o proyecto específico para llevarlo a cabo.

V. PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL QUE INCORPORA PLENA Y EFECTIVAMENTE LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

Realizado el análisis de síntesis de las principales normas y propuestas regulatorias de los sistemas de IA que se vienen presentando en los últimos años, tanto en el ámbito internacional y europeo como en el interno, consideramos que podemos concluir que queda bastante camino por recorrer a fin de que se adopten las medidas que garanticen la igualdad de mujeres y hombres y se fomente un uso de la IA empoderador de las mujeres. Basándonos en el análisis de los proyectos de regulación jurídica y de las normas existentes, realizamos una serie de propuestas que podrían ayudar a eliminar los actuales sesgos de género de la IA y contribuir a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así:

1. FORMACIÓN OBLIGATORIA EN IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Ya hemos visto cómo la PRIA en la fase de enmiendas del Parlamento ha introducido la necesidad de promover «un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA», tanto por parte de las personas proveedoras y desarrolladoras de los sistemas de IA como de las personas usuarias. Por nuestra parte insistimos en que las normas y las políticas europeas y nacionales han de ser más audaces y reclamar que la formación en materia de igualdad y no discriminación se incluya de manera efectiva en todos los niveles de la educación obligatoria, con especial incidencia y desarrollo en aquellas materias y grados universitarios dirigidos a la formación de quienes hayan de intervenir en la cadena de creación e implementación de los sistemas de IA. De otro modo, será difícil, si no imposible, que personas desarrolladoras y usuarias sean «capaces de identificar las fuentes de sesgo y corregirlas» (Cernadas y Calvo, 2022: 115) o, al menos, promover su corrección.

En el ámbito del Estado español, como es sabido, la obligatoriedad de la formación en igualdad en las universidades está establecida desde el año 2004, en el art. 4.7 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sin embargo, esta norma se viene incumpliendo sistemáticamente: todavía en la actualidad se encuentran pocos planes de estudio que tengan alguna asignatura relacionada con esta materia y, a pesar de ello, son aprobados y puestos en marcha, privando al estudiantado de un conocimiento sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo que les permita aplicarlo en el desarrollo de su posterior actividad profesional.

Ello es especialmente preocupante en la formación académica capacitadora para el diseño de los algoritmos y de su significatividad en la decisión final, que se agrava todavía más si se tiene en cuenta la reducida participación de las mujeres en los estudios de las denominadas áreas STEM y, por tanto, en el consecuente ejercicio profesional y en la toma de decisiones con ella relacionadas. El fenómeno, como es sabido, no es casual. En la división sexual del trabajo de la sociedad patriarcal a las mujeres se les asignan las tareas de cuidados, fundamentalmente en el ámbito privado, pero también en el público, y se les disuade, ya sea de forma expresa o sutil, de orientar su formación y su actividad profesional hacia sectores tecnológicos, tradicionalmente asignados a los hombres, a quienes se les atribuye una hipotética mayor capacitación *innata* para ello. Se desvía así a las mujeres del control del poder tecnológico. Se hace necesario, pues, revertir dicha tendencia con las medidas de acción positiva que resulten adecuadas y, sobre todo, con formación obligatoria y políticas de fomento.

2. PRESENCIA EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LA IA

La composición equilibrada de los órganos y estructuras de toma de decisiones es uno de los principios impulsados por la Unión Europea, que lo incluye en diferentes ámbitos y, sobre todo, en la investigación. Así, los programas de investigación Horizonte 2020 y Horizonte Europa 2021-2027 requieren la composición equilibrada en los equipos de investigación y en los de evaluación. En realidad, se ha convertido en un principio transversal para todo el proceso de la investigación. Los equipos que desarrollan los algoritmos de la IA deben, por tanto, tener esta composición. Con ello se aportaría una pluralidad de visiones que complementen y complete los resultados investigadores de la IA.

En nuestro criterio, el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres se ha de extender a todos los ámbitos de toma de decisiones relacionados con la IA. En ese sentido, en el recorrido por las propuestas normativas

antecedentes hemos constatado una cierta tendencia a incluir la presencia equilibrada tanto en los colectivos de personas usuarias y/o afectadas eventuales receptoras de medidas de garantía de respeto a sus derechos como en la composición de los órganos que hayan de tomar decisiones en relación con los sistemas de IA. No obstante, en la PRIA se incluyen, como hemos visto, únicamente propuestas puntuales —no de manera transversal— que abarquen todo el proceso de la IA. En cambio, en el ámbito interno español hemos podido apreciar una regulación más extensa y coherente; no obstante, al tratarse de normas recientes no podemos todavía valorar su efectividad.

Nos referimos concretamente al Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, que incluye expresamente en la integración del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres la promoción de «una composición equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos, consejos y comités y actividades», citando para ello «lo dispuesto en los arts. 14, 15 y 28 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la disposición adicional decimotercera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y los Planes de igualdad para las Administraciones Públicas que sean de aplicación». Y más adelante, dicha «promoción» se concreta en la composición de uno de sus principales órganos, el Consejo Rector, cuyos miembros se han de designar ajustándose a «una composición equilibrada de mujeres y hombres». A nuestro entender, el camino apuntado por el Estatuto de la AESIA debería integrarse en cualesquiera normas reguladoras de los sistemas de IA, estableciendo la transversalidad de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los ámbitos de decisión.

3. ENTRENAMIENTO Y VIGILANCIA ESPECÍFICOS A FIN DE CORREGIR EVENTUALES SESGOS DE GÉNERO

Dado que la regulación europea adopta un «enfoque basado en los riesgos»²⁷, identifica los que se califican como sistemas de IA «de alto riesgo» y

²⁷ Es el propio texto de la PRIA (punto 2.3. de la exposición de motivos) el que nos proporciona una explicación sintética: «Un enfoque basado en los riesgos y únicamente impone cargas normativas cuando es probable que un sistema de IA entrañe altos riesgos para los derechos fundamentales y la seguridad. A los demás sistemas de IA que no son de alto riesgo tan solo se les imponen obligaciones muy limitadas en materia de transparencia; por ejemplo, en lo que se refiere a la presentación de información

se establece para ellos una serie de requisitos relativos a «los datos y su gobernanza, la documentación y el registro, la transparencia y la comunicación de información a los usuarios, la vigilancia humana, la solidez, la precisión y la seguridad» exigibles a lo largo de todo su proceso de diseño, implementación y aplicación. A tal respecto, consideramos como puntos especialmente sensibles a la igualdad y no discriminación los relativos a los datos de entrenamiento, validación y prueba de los sistemas de IA que lo requieran (art. 10 PRIA), y a la necesidad de vigilancia humana (art. 14 PRIA). Ambos aspectos deberían incorporar, a nuestro entender, referencias y medidas específicas a la necesidad de garantizar la igualdad de mujeres y hombres.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la relativa al entrenamiento de los sistemas de IA, proponemos ir más allá de la atención «a posibles sesgos» y la «detección de posibles lagunas o deficiencias en los datos y la forma de subsanarlas», y que se considere la oportunidad de establecer la obligación de una formación específica en igualdad y no discriminación también para la IA, no únicamente para el personal desarrollador. Se trataría de promover el establecimiento de una especie de «ley universal de la IA»²⁸ el que sus sistemas de implementación incorporen «de serie» los criterios para garantizar igualdad y no discriminación.

En cuanto a la vigilancia humana del diseño y desarrollo de los sistemas de IA de alto riesgo, la enmienda 314 al art. 14.1 de la PRIA incorpora la necesidad de que «las personas físicas encargadas de garantizar la vigilancia humana» tengan «un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA». Como hemos manifestado *supra*, nos parece que es necesaria la incorporación de una referencia explícita a su formación en materia de igualdad y no discriminación, a fin de que tal supervisión contribuya a evitar eventuales sesgos de género.

para comunicar el uso de un sistema de IA cuando este interactúe con humanos. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo, los requisitos relativos a los datos de alta calidad, la documentación y la trazabilidad, la transparencia, la vigilancia humana, la precisión y la solidez son estrictamente necesarios para reducir los riesgos de la IA para los derechos fundamentales y la seguridad y que no están cubiertos por otros marcos jurídicos existentes».

²⁸ Se emularía con ello la famosa propuesta del escritor y divulgador científico Isaac Asimov en relación con sus conocidas «leyes de la robótica». En sus novelas y en las de otras personas autoras posteriores «las leyes son "formulaciones matemáticas impresas en los senderos positrónicos del cerebro" de los robots (líneas de código del programa que regula el cumplimiento de las leyes guardado en la memoria principal de estos), y no se pueden eludir, ya que están pensadas como una característica de seguridad», <https://tinyurl.com/259hae8h>.

4. REGULACIÓN DE MECANISMOS DE CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA Y DE LAS EVENTUALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO

Ya hemos apuntado también como uno de los puntos débiles de la regulación en materia de IA es la deficiente concreción de los órganos y procedimientos que se hayan de ocupar de la supervisión de su cumplimiento y, en su caso, de la aplicación de sanciones ante su incumplimiento. Como hemos visto, mientras que la mayor parte de propuestas a nivel internacional fían su cumplimiento a la voluntariedad de las empresas desarrolladoras, la PRIA remite estas funciones a las autoridades internas de cada Estado.

En un mundo de relaciones cada vez más globalizadas establecer la potestad coercitiva en Estados nacionales limita cada vez más la efectividad de las normas. En ese sentido, no es casual que mayoritariamente las grandes empresas que desarrollan IA estén ubicadas en territorios donde la regulación es más escasa, como Estados Unidos, India o China. Y todo ello coadyuva al debilitamiento del papel de liderazgo en la materia que pretende ocupar la Unión Europea²⁹.

La constatación de tales aspectos nos lleva a proponer como única solución de futuro retomar y desarrollar el debate sobre la necesidad del Estado mundial, un poder político con capacidad para hacer cumplir las normas —en el sentido kelseniano del término— para poder sancionar su incumplimiento en cualquier parte del planeta, sin perjuicio de rescatar el principio democrático, pero reubicado en un espacio diferente, continuando así con el proceso de construcción de la ciudadanía global, a la que sin duda puede contribuir de manera importante un desarrollo de la IA respetuosa con los derechos humanos como marco de convivencia mínimo (Habermas, 1999) y sobre el que se puede elaborar una Constitución de la Tierra (Ferrajoli, 2023), reconociendo derechos fundamentados en la igualdad de mujeres y hombres, así como la regulación de un poder paritario global.

Bibliografía

Aba Catoira, A. (2023). Discriminación en la comunicación y en la publicidad: comentario del art. 22 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *IgualdadES*, 9, 107-141. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.04>.

²⁹ Ver, al respecto, la enmienda 16 al considerando 5 de la PRIA: «El presente Reglamento respalda el objetivo de la Unión de promover la IA creada en Europa, ser un líder mundial en el desarrollo de inteligencia artificial segura, digna de confianza y ética».

- Amorós Puente, C. (2002). Pensar filosóficamente desde el feminismo. *Debats: revista de cultura, poder i societat*, 76, 66-80.
- Araíz Ugarte, D. E. (2022). Primera regulación (y primera controversia) de la inteligencia artificial para el Sector Público español. *LegalToday*, 08-09-22. Disponible en: <https://tinyurl.com/4vv52w3j>.
- Cernadas García, E. y Calvo Iglesias, E. (2022). Perspectiva de género en inteligencia artificial, una necesidad. *Cuestiones de Género: de la Igualdad y la Diferencia*, 17, 111-127. Disponible en: <https://doi.org/10.18002/cg.i17.7200>.
- Cobo Bedía, R. (2008). El género en las ciencias sociales. En P. Laurenzo; M. L. Maqueda, y A. M. Rubio (coords.). *Género, violencia y derecho* (pp. 249-258). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Edgerton, A. y Deutsch, J. (2023). ChatGPT Risks Divide Biden Administration over EU's AI Rules. *Bloomberg*, 31-05-23. Disponible en: <https://tinyurl.com/4dj44nsr>.
- Fernandez de la Morena, B. (2019). *Discriminación algorítmica*. Madrid : Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en: <https://tinyurl.com/5n6ba846>.
- Fernández Hernández, C. (2022). La UE negociará con el Consejo de Europa un convenio sobre Inteligencia artificial y derechos humanos. *Diario La Ley*, 5-12-2022. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/>.
- Fernández Hernández, C. (2023a). El Consejo de Europa presenta su borrador de Convenio internacional sobre Inteligencia Artificial. *Diario La Ley*, 17-02-2023. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/>.
- Fernández Hernández, C. (2023b) El G7 se compromete a colaborar en la elaboración de un marco regulatorio común para la IA, aunque reconoce diferencias de enfoque entre sus miembros. *Diario La Ley*, 22-05-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/3uud3wp5>.
- Fernández Hernández, C. (2023c) La Unión Europea y Estados Unidos avanzan en la elaboración de estándares comunes en materia de inteligencia artificial. *Diario La Ley*, 02-06-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdee4e89>.
- Fernández Hernández, C. (2023d). El Consejo de Europa avanza en la redacción de un Convenio Internacional sobre Inteligencia Artificial. *Diario La Ley*, 19-07-2023. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/>.
- Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Madrid: Trotta.
- Flores Anarte, L. (2023). Sesgos de género en la inteligencia artificial: el Estado de derecho frente a la discriminación algorítmica por razón de sexo. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 18, 97-122. Disponible en: <https://tinyurl.com/2s3965ym>.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Molina, C. (2020). Patriarcado. En R. Cobo, y B. Ranea (eds.). *Breve diccionario de feminismo*. (pp. 183-185). Madrid : Los Libros de la Catarata.
- Ortiz de Zárate Alcarazo, L. (2023). Sesgos de género en la inteligencia artificial. *Revista de Occidente*, 502, 2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/2wku34ax>.

- Pimentel Cavalcante, A. (2023). Regulación brasileña de la inteligencia artificial. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 73, 287. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.287.86399>.
- Ramírez, M. (2023). Helen Margetts, politóloga y experta en tecnología: «La nueva generación de IA mejorará todo tipo de procesos democráticos». *elDiario.es*, 01-07-2023. Disponible en <https://tinyurl.com/2h9bj3ht>.
- Rivas Velasco, M. J. (2023). Uso ético de inteligencia artificial en justicia. *Diario La Ley*, 13-07-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/4537acrz>.
- Rodríguez Álvarez, A. (2023). La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *IgualdadES*, 9, 175-204. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.06>.
- Senent Julián, R. M. y Bueso Acevedo, D. (2022). La banalidad del mal (automatizado): reflexiones críticas sobre el conocimiento peligroso en la investigación del aprendizaje automático. *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, 27(2), 1-26. Disponible en: <https://tinyurl.com/5a7v7fvu>.
- Senent Vidal, M. J. (2018). Igualdad efectiva en la responsabilidad social de las empresas. En A. Ventura y S. García (dirs.). *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007* (pp. 885-918). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Senent Vidal M. J. y Ventura Franch, A. (2024). Aplicación de la perspectiva de género a la regulación de los sistemas de inteligencia artificial. En E. Gonzalez y J. C. Siurana (eds.). *Inteligencia artificial. Concepto, alcance, retos* (347-375). Valencia: Tirant Humanidades.
- Soriano Arnanz, A. (2022). El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas. *Revista Documentación Administrativa*, 9, 11-25. Disponible en: <https://tinyurl.com/48fbcub5>.
- UNESCO (2020). *Artificial intelligence and gender equality. Key findings of UNESCO's Global Dialogue*. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdkcydpa>.

LA PARIDAD EN MANOS DE VOX: UN ESTUDIO SOBRE LA DISMINUCIÓN DE DIPUTADAS EN EL CONGRESO

Parity in the hands of Vox: A study on the decrease
of women in the Congress of Deputies

AINHOA NOVO-ARBONA¹
Universidad del País Vasco
ainhoa.novo@ehu.eus

UNAI AHEDO
Universidad del País Vasco
unai.ahedo@ehu.eus

Cómo citar/Citation

Novo-Arbona A. y Ahedo, U. (2024).
La paridad en manos de Vox: un estudio
sobre la disminución de diputadas en el Congreso.
IgualdadES, 10, 73-90
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.03>

(Recepción: 19/09/2023; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo contribuir al estudio de los factores que causan la infrarrepresentación de las mujeres en los Parlamentos, centrándose en el caso del Congreso de los Diputados español, donde parece existir una correlación inversa entre el crecimiento de un partido de derecha radical y antifeminista como Vox y el menor número de parlamentarias en la Cámara. Analizando las candidaturas y los resultados electorales de cada partido político en cada una de las elecciones, se ha medido la efectividad de la cuota por circunscripción y partido

¹ La investigación es parte del grupo de investigación IT1733-22

político. Los resultados nos demuestran que el número de mujeres electas depende fundamentalmente de la voluntad de los partidos políticos a la hora de elaborar las candidaturas y situar a mujeres en puestos de salida.

Palabras clave

Parlamento; mujeres; extrema derecha; cuotas; sistemas electorales; Congreso de los Diputados; partidos políticos.

Abstract

The present research aims to contribute to the study of the factors that cause the underrepresentation of women in parliaments, focusing on the case of the Spanish Congress of Deputies, where there seems to be an inverse correlation between the growth of a radical right and anti-feminist party like Vox and the smallest number of female parliamentarians in the chamber. By analyzing the candidacies and electoral results of each political party in each of the elections, the effectiveness of the quota by constituency and political party has been measured. The results show us that the number of women elected will fundamentally depend on the will of the political parties when preparing the candidacies and placing women in starting positions.

Keywords

Parliament; women; far-right; quota; electoral systems; Congress of Deputies; political parties.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INFRARREPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN EL PARLAMENTO Y SUS CAUSAS. III. LA EVOLUCIÓN DE LA PRESENCIA DE LAS MUJERES EN EL CONGRESO Y LA IRRUPCIÓN DE VOX. IV. LA CUOTA COMO FACTOR EXPLICATIVO DEL CAMBIO. V. LA CAPACIDAD EXPLICATIVA DE LAS CABEZAS DE LISTA. VI. REFLEXIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Los partidos políticos son claves para explicar la menor presencia de las mujeres en los Parlamentos, en particular por los factores que influyen en el reclutamiento desde la perspectiva de género. Desde la primera legislatura en 1979 hasta la actualidad, el número de diputadas siempre ha sido inferior al de diputados. La mayor proporción de parlamentarias en el órgano legislativo se dio en abril de 2019, con 166 mujeres en los 350 escaños. Sin embargo, esta legislatura concluyó en pocos meses debido a la imposibilidad de llegar a acuerdos para investir a un presidente del Gobierno, lo que provocó la disolución automática de la cámara y la convocatoria de elecciones en noviembre. Los resultados electorales implicaron una disminución del número de diputadas en la nueva composición del Congreso.

Esta legislatura constituyó, además, un punto crítico en la evolución de la representación política en España, con la incorporación de representantes de partidos de ideología antifeminista (Bernárdez-Rodal, *et al.*, 2022; Cabeza, *et al.*, 2023) en el Congreso. Así, Vox fue la quinta fuerza en abril de 2019 con 24 escaños, pero seis meses después, en noviembre del mismo año, ascendió a la tercera posición en el Congreso, con un millón de votos más y 52 escaños.

La presente investigación investiga la relación entre ambos fenómenos. Para ello, aborda una revisión de la literatura sobre los factores que determinan la distancia género en la distribución de los escaños en los Parlamentos y, en especial, el papel que juegan los partidos políticos. De acuerdo con los datos obtenidos, se aborda el posible efecto de los resultados electorales sobre la cuota y el efecto de la cabeza de lista en la representación descriptiva.

II. LA INFRARREPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN EL PARLAMENTO Y SUS CAUSAS

Uno de los campos de investigación más fructíferos en los estudios de género y feministas en ciencia política ha sido la presencia de las mujeres en los ámbitos de decisión: el poder legislativo, el poder ejecutivo y los partidos políticos. La infrarrepresentación de las mujeres en las cámaras y su evolución, así como la menor calidad de su representación, ha sido abordado por diversos estudios (Bäck *et al.*, 2014; Goodwin *et al.*, 2021), siguiendo metodologías sincrónicas o diacrónicas basadas en estudios de caso o comparando diferentes países.

Las investigaciones más abundantes han analizado la infrarrepresentación como variable dependiente. Todas concuerdan en el origen multifactorial de la distancia de género en la presencia parlamentaria (Lovenduski y Norris, 1989; Reynolds, 1999; Krook, 2010b; Rosenbluth *et al.*, 2006). Sin embargo, hay menor consenso en determinar el peso de las diferentes causas. Una de las mayores contribuciones a la hora de ordenar estas dimensiones del problema vino de la mano de Norris y Lovenduski a mediados de los años noventa, cuando establecieron dos grandes categorías: la oferta, que agrupa cuestiones relacionadas con las potenciales candidatas, y la demanda, que engloba los aspectos relativos al sistema de selección (Norris y Lovenduski, 1995). Siguiendo esta clasificación, se desarrollaron numerosos estudios, incluso con resultados contradictorios (Ashe y Stewart, 2012).

En torno a 2010 se publicaron las primeras obras que cuestionaron la clasificación basada en la dicotomía de la oferta y la demanda. Por un lado, la menor presencia de mujeres en los Parlamentos era un fenómeno extendido en el conjunto de países del mundo. Por otro lado, el amplio y variado sistema de normas formales e informales que conforman el proceso de reclutamiento imposibilitaba entender la presencia de mujeres en términos de equilibrio de mercado entre la oferta y la demanda. Y, finalmente, centrarse en esta dicotomía de factores dificultaba el análisis transversal que explica las diferencias entre países e, incluso, entre partidos políticos (Krook, 2010b).

La propuesta alternativa para abordar la explicación de la infrarrepresentación de las mujeres en los Parlamentos viene del institucionalismo feminista (Mackay *et al.*, 2010). Las explicaciones relacionadas con la oferta se pusieron en cuestionamiento con la regulación de las cuotas, pues los partidos políticos no tuvieron dificultades para elaborar listas paritarias en sistemas proporcionales, ya que encontraron suficientes mujeres dispuestas a ocupar posiciones en sus listas.

Para entender los factores que influyen en la representación descriptiva, Krook (2010a) propuso la diferenciación entre instituciones normativas, insti-

tuciones sistémicas e instituciones prácticas. Dentro de las primeras, incorporó las cuestiones que guardan relación con la existencia de un entorno favorable a la igualdad, especialmente dentro de los partidos políticos: los discursos, los programas electorales, los valores y prioridades y la adopción de cuotas voluntarias, entre otros. Dentro de las instituciones sistémicas, recogió los efectos del sistema electoral o el sistema de partidos, tales como el tamaño de la circunscripción, el nivel de proporcionalidad o el número de partidos. Y finalmente, dentro de los sistemas prácticos incorporó aquellos factores relacionados con el proceso y los criterios de selección de cada partido político a la hora de elaborar sus listas electorales: el grado de descentralización, el tamaño del electorado o el número de mujeres en su composición.

En esta línea, la relevancia de los partidos políticos para explicar la representación descriptiva de las mujeres ha sido evidenciado en múltiples ocasiones (Caul, 1999; Kittilson, 2006). Asimismo, abundan las obras que, considerando diferentes variables, han puesto el foco sobre los partidos políticos como el elemento primordial (Childs, 2004; Celis y Childs, 2012; Kenny y Verge, 2016). Hay quien ha ido más lejos tratando de determinar qué factores transforman a las organizaciones partidistas en grupos *women-friendly* en el proceso de reclutamiento. Así, han considerado elementos de carácter más externo, como la competición (Rosenbluth *et al.*, 2006) o la estrategia electoral (Verge, 2006; Delgado y Jerez, 2008). Asimismo, algunas investigaciones se centran en estímulos internos, como las cuotas voluntarias, el liderazgo femenino, la antigüedad, el tamaño o la ideología del partido (Sundström y Stockemer, 2022).

De hecho, el posicionamiento ideológico constituye un factor relevante en el carácter más o menos *women gatekeeper* de los partidos políticos (Santana y Aguilar, 2019). En esta línea, cada vez es mayor la preocupación sobre el efecto de los partidos con ideología antifeminista en la representación descriptiva de las mujeres. La presencia de partidos de derecha radical puede constituir un obstáculo en el ritmo incremental de su presencia en Parlamentos como el europeo (Sundström y Stockemer 2022). La media de parlamentarias en estos partidos políticos es inferior a la media de mujeres en el resto de las formaciones (Mudde, 2007, 2021), lo que ha propiciado el creciente interés académico sobre los partidos de ultraderecha y su posición ideológica respecto a las cuestiones de género (Aguilar, 2021).

En su análisis y conceptualización, Mudde abordó el concepto de «sexismo ambivalente» como uno de los rasgos característicos de estas formaciones políticas. Por un lado, estas organizaciones ven a las mujeres desde un prisma benévolo, como seres débiles a los que proteger y, por otro, desde un prisma hostil, por el que entienden que todas aquellas cuestiones feministas y de género tan solo sirven para oprimir a los hombres (Mudde, 2021).

En el caso español, Vox ha sido analizado como uno de los partidos pertenecientes a la familia espiritual de la nueva ultraderecha europea, y autores como Mudde (í.d.) lo han etiquetado como un partido de derecha radical. Estos partidos, aunque aceptan la esencia de la democracia, actúan en contra de algunos de sus principios, ideas y consensos esenciales.

En esta línea, numerosos autores y autoras han encasillado el discurso político y la ideología de Vox dentro de esa corriente de derecha radical que mantiene una marcada posición antifeminista en todas aquellas cuestiones que tengan que ver con la igualdad de género (Rubio-Pueyo, 2019; Ortiz, Ruiz y González, 2020; Acha, 2021; Álvarez-Benavides y Jiménez, 2021). Como señala Barrio (2020), Vox se encuentra entre los partidos de derecha radical cuyo argumentario va contra la denominada «ideología de género», que defiende la supresión de los organismos feministas o que, incluso, carga contra las cuotas.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA PRESENCIA DE LAS MUJERES EN EL CONGRESO Y LA IRRUPCIÓN DE VOX

En sistema de reclutamiento español tiene características que lo hacen idóneo para avanzar en la explicación de la menor presencia de mujeres en el Parlamento: cuota legislativa por bloques, cuotas cremallera voluntarias en partidos de izquierda, sistema electoral proporcional, diferentes tamaños y grados de fragmentación en las circunscripciones.

A este contexto hay que añadir la extraordinaria situación de repetición de elecciones al Congreso en dos ocasiones (2015/2016 y 2019/2019). En la primera ocasión, no hubo cambios respecto a la presencia de mujeres y, además, Vox no obtuvo representación. Sin embargo, entre las elecciones de abril y las de noviembre de 2019, en menos de medio año y coincidiendo con el auge de Vox, el número de mujeres en el Congreso disminuyó de forma significativa.

Hasta esa repetición electoral, la evolución de la presencia de mujeres había sido ascendente, con un relevante incremento desde las elecciones de 1996 hasta las de 2008, en las que a pesar de ser las primeras en las que se aplicó la cuota legislativa, el volumen de mujeres electas no se incrementó. La única vez en la que con anterioridad se había dado un paso a atrás fue en 2011 (dos escaños), pero en ningún caso una disminución similar a las elecciones de noviembre de 2019, en las que la legislatura comenzó con 12 parlamentarias menos.

La mayoría de factores que explican las diferencias en la presencia de mujeres en los Parlamentos se habían mantenido intactos en esos comicios, tanto las instituciones normativas como las instituciones sistémicas referidas al sistema electoral. Tampoco había habido cambios significativos en la fragmen-

tación², que podría haber afectado a la efectividad de la cuota por bloques, pero sí se habían producido cambios en los escaños por partidos políticos. Así, el dato más llamativo es una volatilidad parlamentaria del 17 %, por encima de la media española hasta las elecciones de 2016, que se situaba en un 14,5 %³. La volatilidad entre las elecciones tras la disolución automática en 2015 había sido de un 4,9 %. Solamente en dos ocasiones la volatilidad ha sido superior a la que se da entre los dos comicios que comparamos, con el terremoto electoral de 1982 (43,4 %), y en 2015, con la irrupción de nuevos grupos políticos (35,4 %).

Por tanto, este cambio en el resultado electoral de las diferentes fuerzas podría explicar la menor presencia de mujeres en el Congreso de los Diputados tras las elecciones de noviembre de 2019. Es decir, la pérdida de peso de partidos más *women-friendly*, considerando como tal a aquellos que partidos que tradicionalmente han incluido a mayor número de mujeres en los puestos de salida y que, por tanto, cuentan con un grupo parlamentario más equilibrado desde la perspectiva de género.

En los comicios de noviembre de 2019, la disminución de la proporción de diputadas se produjo en la mayoría de los partidos de ámbito estatal (PAE, en adelante), con la excepción de Ciudadanos. Esta formación sufrió un descenso de 47 escaños que afectó en mayor medida a sus diputados, ya que solamente 17 candidatas perdieron el escaño, frente a 30 candidatos, lo que elevó la proporción de mujeres en el grupo parlamentario en 11,4 puntos porcentuales. Vox, por su parte, fue el partido de ámbito estatal con menor porcentaje de mujeres en su grupo parlamentario, y de abril a noviembre de 2019 la proporción de mujeres su grupo parlamentario descendió por debajo del 30 % (tabla 1).

La disminución de la proporción de mujeres se debió a cambios en las listas electorales de los partidos entre ambos comicios. Entre las elecciones de abril y las de noviembre de 2019 no hubo un cambio de estrategia en la composición de las listas a la que pueda atribuirse la reducción de la presencia de mujeres en los puestos de salida. De hecho, las permutas en los puestos seguros favorecieron a las mujeres. Así, 9 mujeres salieron de las listas por variaciones en estos puestos, mientras que 11 nuevas candidatas se vieron beneficiadas. El balance, eso sí, fue negativo en Vox (-1) y el PP (-2).

² Dentro de las instituciones sistémicas, la relacionadas con el sistema de partidos sí que sufre algunos cambios, El número de partidos se reduce (4,8 a 4,5) y también lo hace el índice de fragmentación (0,79 a 0,78), en ambos casos de forma leve. Estos cambios podrían afectar a la efectividad de la cuota, aunque su efecto sería favorable, es decir, el menor número de partidos y la menor fragmentación favorece la efectividad de la cuota por bloques. Por tanto, este es un factor que podría explicar alguna variación.

³ Los datos sobre la volatilidad en comicios anteriores se obtienen del trabajo de Rama Caamaño (2016).

La menor proporción de diputadas en Vox se debió, principalmente, a que el aumento de escaños lo rentabilizaron los hombres y no las mujeres. Así, Vox incrementó en 28 escaños su presencia, pero de estos únicamente 6 (21,4%) estaban ocupados por mujeres.

Tabla 1. *Evolución del número y porcentaje de candidatas electas al Congreso en abril y noviembre de 2019*

	Escaños		Mujeres abril		Mujeres noviembre		Variación noviembre-abril	
	Núm.	Núm.	Núm.	%	Núm.	%	Mujeres	%
	TOTAL	350	350	166	47,4	154	44,0	-12
PSOE	123	120	64	52,0	60	50,0	-4	-2
PP	66	89	34	51,5	39	43,8	5	-7,7
C's	57	10	22	38,6	5	50,0	-17	11,4
Podemos*	42	35	23	54,8	18	51,4	-5	-3,4
Vox	24	52	9	37,5	14	26,9	5	-10,6
ERC	15	13	7	46,7	7	53,8	0	7,1
Otros	23	29	7	30,4	10	35,5	3	4,0

* Nos referimos a Podemos y a la suma de sus confluencias.

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019, y de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

Por ello, en el caso de Vox el incremento de escaños supuso la disminución de la proporción de parlamentarias en esta formación. Este paradójico dato lleva a preguntarse sobre el efecto de la cuota o sobre si la disminución de la proporción de mujeres puede explicarse a través del efecto cabeza de lista.

IV. LA CUOTA COMO FACTOR EXPLICATIVO DEL CAMBIO

La comparación de la implementación de la cuota en diferentes países permite concluir que no es suficiente con legislar sobre la materia. El sistema electoral, la regulación del orden en la elaboración de lista con perspectiva de género o el tipo de sanción tienen efectos sobre su efectividad (Dahlerup, 2007). En el caso español, la clave parece estar en la magnitud de los distritos electorales y en la fragmentación. En el primer caso, ya se observó que el

mayor tamaño del distrito electoral favorecería la presencia de mujeres, especialmente en sistemas proporcionales con listas cerradas y bloqueadas como el español antes del establecimiento de la cuota (Norris, 1997). Por el contrario, la efectividad de las cuotas es menor en los sistemas electores en los que la magnitud de los distritos electorales es pequeña, tal y como pudo observarse en el análisis de las elecciones generales de 2008 (Ortega *et al.*, 2011).

El sistema de cuota legal en elecciones al Congreso de los Diputados sigue un principio de paridad mínimo del 40 % y es de doble cuota, es decir, se aplica tanto sobre la totalidad de lista (titulares y suplentes) como sobre bloques de cinco.

Sin embargo, el tamaño de la mayoría de las circunscripciones impide que la cuota tenga efectos sobre la representación descriptiva, algo que se agravó aún más desde 2011 con el incremento de la fragmentación en el número de partidos representados. Además de los puestos en los que los partidos se ven obligados a compensar la composición por género (Novo-Arbona y Diz, 2020; 2022), la cuota de tramos de cinco tampoco es efectiva y no limita en absoluto su voluntad en aquellas circunscripciones en las que sacan tres escaños o menos (Ramírez y López Carmona, 2015).

Tabla 2. *El efecto de la cuota sobre cargos electos en circunscripciones pequeñas en abril y noviembre de 2019*

Circunscripción		Condición para que sea efectiva la cuota	Escaños afectados	
Tamaño	Número		Abril	Noviembre
uninominal	2*	En ningún caso	Nunca	Nunca
2 escaños	1**	Sin efecto, salvo 1 partido 100% escaños (2/2)	Ningún caso	Ningún caso
3 escaños	8***	Sin efecto, salvo que 1 partido 100% escaños (3/3)	Ningún caso	Ningún caso
4 escaños	10****	Sin efecto, salvo que 1 partido 75% escaños (3/4)	Ningún caso	Ningún caso
5 escaños	7*****	Sin efecto salvo que 1 partido 80% escaños (4/5)	Ningún caso	Ningún caso

* Ceuta y Melilla.

** Soria.

*** Ávila, Cuenca, Guadalajara, Huesca, Palencia, Segovia, Teruel, Zamora.

**** Albacete, Araba, Burgos, Cáceres, León, Lleida, Lugo, Ourense, La Rioja, Salamanca.

***** Cantabria, Castellón/Castelló, Ciudad Real, Huelva, Jaén, Navarra, Valladolid.

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019 y, de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

Las opciones de que la cuota, tal y como está regulada, tenga efectos sobre los cargos electos en circunscripciones de tamaño pequeño, es decir de menos de cinco escaños, es muy improbable, pues el número de escaños que debería concentrar el partido más votado debería ascender al 75 %. En las elecciones celebradas en 2019, tanto en abril como en noviembre, la cuota no tuvo impacto en ninguna de las circunscripciones pequeñas (tabla 2). Ningún partido logró concentrar escaños suficientes para que la cuota tuviera algún efecto y los cargos electos en estas circunscripciones lo fueron a voluntad de los partidos políticos que los seleccionaron sin restricción alguna.

Tabla 3. *El efecto de la cuota sobre cargos electos en circunscripciones medianas en abril y noviembre de 2019*

Circunscripción		Condición para que sea efectiva la cuota	Escaños afectados	
Tamaño	Número		Abril	Noviembre
6 escaños	7*	Sin efecto, salvo 1 partido 66,7% escaños (4/6)	Nunca	Nunca
7 escaños	5**	Sin efecto, salvo que 1 partido 57,1% escaños (4/7)	Ningún caso	Ningún caso
8 escaños	4***	Sin efecto, salvo que 1 partido 50,0% escaños (4/8)	Ningún caso	Ningún caso
9 escaños	1****	Sin efecto salvo que 1 partido 44,4% escaños (4/9)	Ningún caso	Ningún caso
10 escaños	1*****	Sin efecto salvo que 1 partido 40,0% escaños (4/10)	Ningún caso	Ningún caso

* Almería, Badajoz, Córdoba, Gipuzkoa, Girona, Tarragona, Toledo.

** Asturias, Granada, Pontevedra, S/C Tenerife, Zaragoza.

*** Islas Baleares, Bizkaia, A Coruña, Las Palmas.

**** Cádiz.

***** Murcia.

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019 y, de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

En las circunscripciones medianas (6-10 diputados), el efecto de la cuota se incrementa siempre que haya un partido que obtenga, al menos, cuatro diputadas y diputados. Así, en el caso de las que eligen seis escaños, un partido debería obtener como mínimo cuatro —es decir, el 66 %— para que la cuota tuviera efecto. Y a medida que aumenta el tamaño de la circunscripción, el porcentaje de escaños que tiene que obtener un partido para que los puestos

cuota sean elegidos disminuye. En las circunscripciones de 10 escaños, el porcentaje de escaños del primer partido debería ser de, al menos, 40 % para que la cuota pudiera tener efecto. En la situación de fragmentación electoral y parlamentaria con el aumento del número de partidos que obtienen representación esta condición no se dio en ninguna circunscripción de estas características, ni en abril ni en noviembre de 2019.

De esta forma, en los resultados obtenidos en 46 de las 52 circunscripciones la cuota no tuvo efecto alguno, ni en la candidatura de Vox ni en las listas de ningún otro partido político. El máximo número de escaños obtenido por un partido en las circunscripciones medianas fue de tres, por lo que el impacto de la cuota sobre los cargos electos fue nulo.

En circunscripciones grandes, el mínimo de escaños para que la cuota tenga efecto también es cuatro. En este caso, al aumentar el número de escaños en cada circunscripción es más fácil que una fuerza obtenga cuatro escaños o más. En total, 25 escaños fueron afectados por la cuota en abril de 2019 y 26 en noviembre de 2019; en concreto, Málaga (1), Alicante (1), Barcelona (8), Madrid (12), Sevilla (2) y Valencia (1) (tabla 3). Los datos fueron parecidos en ambos comicios y solamente aumentó un escaño por Valencia. Así, la cuota tuvo un efecto sobre el 7,1 % de los escaños de las elecciones abril de 2019 y sobre el 7,4 % de los escaños en noviembre del mismo año.

Tabla 4. *El efecto de la cuota sobre cargos electos en circunscripciones grandes en abril y noviembre de 2019*

Circunscripción		Condición para que sea efectiva la cuota	Escaños afectados	
Tamaño	Nombre		Abril	Noviembre
11 escaños	Málaga	1 partido escaños (4/11)	1	1
12 escaños	Alicante	1 partido Escaños (4/12)	1	1
	Sevilla		2	2
15 escaños	Valencia	1 partido Escaños, (4/15)	1	2
32 escaños	Barcelona	1 partido escaños (4/32)	8	8
37 escaños	Madrid	1 partido escaños (4/37)	12	12

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019 y, de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

Por partidos políticos, el aumento del número de escaños debería implicar un mayor efecto de la cuota si ese incremento se da en las circunscripciones en las que ya se tenía representación, es decir, si el aumento se da en listas ya electas

(Tabla 5). Ese fue el caso del PP, que pasó de 66 a 89 escaños, y donde la efectividad de la cuota aumentó casi tres puntos entre ambas elecciones. Sin embargo, no ocurrió así en el caso de Vox, debido a que el incremento de escaños se dispersó en nuevas circunscripciones, por lo que la efectividad de la cuota en este partido disminuyó casi cinco puntos porcentuales. De esta manera, a pesar de que casi dobló el número de escaños entre abril y noviembre de 2019, la cuota solo aportó dos escaños más para las diputadas.

En el caso de Vox, la menor efectividad de la cuota puede explicar en parte la menor presencia de mujeres en este partido. Sin embargo, debe resaltarse que en la práctica el impacto real de la cuota respecto a la presencia global de mujeres en el Parlamento apenas alcanza al 10 % de los escaños en el Congreso, debido al tamaño de las circunscripciones y al alto número de representantes que deben tener los partidos para que dicha cuota pueda tener un efecto real.

Tabla 5. *Evolución del efecto de la cuota sobre cargos electos por partido político en abril y noviembre de 2019*

	Total		Efecto cuota sobre cargos electos				Variación	
	Abril	Noviembre	Abril		Noviembre		Abril-Noviembre	
	Núm.	Núm.	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%
TOTAL	350	350	25	7,1	26	7,4	1	0,3
PSOE	123	120	12	8,9	12	9,2	0	0,2
PP	66	89	2	3,0	5	5,6	3	2,6
Podemos*	42	35	4	9,5	4	11,4	0	1,9
C's	57	10	3	5,3	0	0,0	-3	-5,3
Vox	24	52	2	8,3	2	3,9	0	-4,5
ERC	15	13	2	13,3	2	15,4	0	2,1
Resto	23	31	0	0,0	1	3,2	1	3,2

* Nos referimos aquí a Podemos y la suma de sus confluencias.

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019 y, de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

V. LA CAPACIDAD EXPLICATIVA DE LAS CABEZAS DE LISTA

Una de las decisiones que adquiere enorme relevancia en la elaboración de las listas es la decisión sobre quién encabezará la lista. Por un lado, la

persona que encabeza la lista adquiere una gran notoriedad y visibilidad durante la campaña electoral, lo que la convierte en la persona de referencia de la candidatura. Pero, por otra parte, para muchos partidos políticos y en muchas circunscripciones tan solo una persona tiene posibilidades reales de ser elegida. Este hecho explica algunas diferencias en la representación descriptiva en el Congreso, pues, tal y como estudios anteriores ya han demostrado, la tendencia de los partidos políticos es la de situar a hombres como cabezas de lista, con una posición subordinada de las mujeres (Uribe, 2013).

Debido al efecto del tamaño de las circunscripciones en un sistema electoral pluralista como el español, el índice medio de escaños electos por lista en las elecciones de 2019 no llegó a dos (1,8 en abril y 1,9 en noviembre). Por partidos políticos, Vox fue el partido más cercano al escaño único por circunscripción en abril, con un índice de 1,3. Tras doblar sus escaños en la repetición de la convocatoria electoral en noviembre, este índice se incrementó hasta 1,6, pero siguió estando por debajo de la media, dado que obtuvo representación en quince nuevas circunscripciones.

En el sistema político español, el primer lugar de la lista suele ser el único puesto seguro para las candidaturas de los partidos políticos en muchas circunscripciones. Así, de las 195 listas que obtuvieron alguna representación, en más de la mitad únicamente obtuvo un escaño la persona que encabezaba la misma.

Tabla 6. *Número de listas según índice de número de miembros electos y según el porcentaje de listas con una única persona electa*

	Abril 2019			Noviembre 2019		
	Núm.	Índice	Lista única	Núm.	índice	Lista única
Total	195	1,8	56,4	182	1,9	46,7
PSOE	51	2,4	25,5	50	2,4	28,0
PP	43	1,5	69,8	45	2,0	35,6
Podemos*	25	1,7	56,0	24	1,5	79,2
C's	40	1,4	80,0	7	1,4	71,4
Vox	18	1,3	83,3	33	1,6	63,6
ERC	4	3,8	0,0	4	3,3	0,0
Otros	14	1,6	54,5	19	1,5	6,3

* Nos referimos aquí a Podemos y la suma de sus confluencias.

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019 y, de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

La relevancia de este fenómeno fue mayor en los partidos no mayoritarios, como Vox, que en abril de 2019 solo sumó el escaño de la persona que encabezaba la candidatura en ocho de cada diez listas con las que obtuvo representación (tabla 6). En noviembre de 2019, con su incremento en el número de escaños, esta proporción se redujo hasta seis de cada diez. Por contraste, en el caso del Partido Popular el número de listas electas con un único escaño se redujo casi a la mitad entre abril y noviembre, debido principalmente a su crecimiento a costa de Ciudadanos.

De esta forma, la elección de las personas cabezas de lista se convierte en un elemento relevante para explicar la mayor o menor presencia de las mujeres en el Congreso. La mayoría de los partidos políticos mostraron su compromiso con la igualdad y la distribución de las personas cabeza de lista electas fue paritaria en ambos comicios en 2019. Sin embargo, el análisis por partido político muestra la posición diferencial de Vox en comparación con el resto de formaciones de ámbito estatal. Así, en este partido las mujeres encabezaron únicamente un tercio de las listas electas en abril, una cifra que disminuyó hasta una cuarta parte en noviembre del mismo año.

Tabla 7. *Número de listas según índice de número de miembros electos y según el porcentaje de listas con una única persona electa*

	Abril 2019				Noviembre 2019			
	Listas electas		Listas con 1 electo/a		Listas electas		Listas con 1 electo/a	
	Núm.	% M	Núm.	% M	Núm.	% M	Núm.	%M
Total	195	40,5	111	42,3	182	38,5	85	35,3
PSOE	51	43,1	13	46,1	50	40,0	14	35,7
PP	43	48,8	30	56,6	45	44,4	16	37,5
Podemos*	25	42,5	14	42,8	24	45,8	19	47,3
C's	40	42,5	32	40,6	7	57,1	5	60,0
Vox	18	33,3	15	33,3	33	24,2	21	19,0
ERC	4	25,0	0	0,0	4	25,0	0	0,0
Otros	14	14,3	6	0,0	19	31,6	9	33,3

* Nos referimos aquí a Podemos y la suma de sus confluencias.

Fuente: elaboración propia a partir de la RPJEC, de 24 de mayo de 2019 y, de la RPJEC, de 29 de noviembre de 2019.

Si en lugar de las cabezas de lista, nos fijamos en las circunscripciones en las que los partidos solo obtuvieron un escaño, la proporción de mujeres alcanzó el 40 % en abril de 2019 y disminuyó al 35 % en noviembre. Aunque la proporción de mujeres cayó en casi todos los partidos, Vox tuvo un gran peso a la hora de explicar esta disminución. Este partido fue el que aportó un mayor número de listas con un único escaño electo por circunscripción, una cuarta parte del total (tabla 7). Y de ellas, solo cuatro estuvieron encabezadas por mujeres, lo que supuso que la proporción de mujeres que encabezaron listas que obtuvieron representación de solo un escaño fue menor del 20 % en Vox.

VI. REFLEXIONES FINALES

Esta investigación pretende explicar las razones por las que disminuyó la presencia de mujeres en el Congreso de los Diputados tras las dos elecciones generales en menos de seis meses de 2019, después de años de evolución incremental. La escasa capacidad explicativa de la cuota sobre la presencia de mujeres en el Congreso de los Diputados ya había sido considerada en investigaciones previas (Delgado y Jerez, 2008; Ortega, Torres y Trujillo, 2011; Novo-Arbona y Diz, 2022). La novedad de la presente investigación radica en el análisis por tipo de circunscripción y su efectividad por partido político. Y la cuantificación de la efectividad que ofrece este estudio apuntala el debate sobre los beneficios de la medida, pues el impacto demostrado de la cuota sobre los cargos electos está por debajo del 10 % en el caso de las elecciones generales.

Los motivos que explican este bajo impacto de la cuota son varios. En primer lugar, en casi todas las circunscripciones los partidos políticos pueden elegir sin restricciones la composición de sus puestos de salida o de elección segura y cumplir sin problema con la cuota legislativa. Solo deben ajustar a la norma sus puestos garantizados en seis circunscripciones (Alicante, Barcelona, Madrid, Málaga, Sevilla y Valencia). Tal y como está regulada la cuota, esta solo sería efectiva si hubiera un partido muy predominante en las circunscripciones medianas, algo que no ocurre en un sistema pluralista como el español.

El segundo elemento analizado ha sido el efecto de las cabezas de lista. En este caso, en más de la mitad de las listas que obtuvieron representación en 2019 la persona que encabezaba la candidatura fue la única que resultó finalmente elegida, es decir, un escaño por provincia. Esta cuestión es de suma relevancia dado que, como solución a la escasa efectividad de la cuota en España, las propuestas más recientes se han encaminado a la extensión de la cuota cremallera —que ya aplican de forma voluntaria el Partido Socialista y Podemos— a

la totalidad de las candidaturas. Los resultados de esta investigación permiten observar que, aunque esto supondría un incremento de la presencia de mujeres, tendría también efecto únicamente sobre la mitad de las listas y los escaños electos. Además, su efectividad sería aún más limitada en terceros partidos de ámbito estatal, como el caso de Vox, que obtienen muchos de sus escaños de forma suelta en muchas circunscripciones, con listas encabezadas por mujeres en un número considerablemente inferior al del resto de los partidos políticos.

Finalmente, estos hallazgos abren una nueva reflexión sobre la necesidad de ajustar la legislación de cuota a las características del sistema electoral y del sistema de partidos a través del análisis comparado de modelos equiparables que restringen menos la elaboración de las listas, pero que son más efectivos. Teniendo en cuenta hallazgos anteriores —confirmados en esta investigación— de que los partidos políticos son la llave para lograr una representación paritaria, el debate puede orientarse hacia la consideración de que las normas regulatorias incluyan medidas de acción positiva que operen sobre el resultado final, es decir, sobre la proporción de mujeres de cada grupo parlamentario, tal y como ocurre por ejemplo en Irlanda.

Bibliografía

- Acha, B. (2021). *Analizar el auge de la ultraderecha*. Barcelona: Gedisa.
- Aguilar, F. (2021). El auge de las investigaciones sobre género y ultraderecha: una agenda abierta. *Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 21 (2), 19. Disponible en: <https://tinyurl.com/yc5x3jvj>.
- Álvarez-Benavides, A. y Jiménez, F. (2021). La contraprogramación cultural de Vox: secularización, género y antifeminismo. *Política y Sociedad*, 58 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.5209/poso.74486>.
- Ashe, J. y Stewart, K. (2012). Legislative recruitment: Using diagnostic testing to explain underrepresentation. *Party Politics*, 18 (5), 687-707. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1354068810389635>.
- Bäck, H., Debus, M. y Müller, J. (2014). Who Takes the Parliamentary Floor? The Role of Gender in Speech-Making in the Swedish Riksdag. *Political Research Quarterly*, 67 (3), 504-518. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1065912914525861>.
- Barrio, A. (2020). El débil arraigo del populismo en España. *Debats. Revista de cultura, poder y sociedad*, 134 (1), 233-246. Disponible en: <http://doi.org/10.28939/iam.debats.134-1.14>.
- Bernardez-Rodal, A., Rey, P. R., y Franco, Y. G. (2022). Radical right parties and anti-feminist speech on Instagram: Vox and the 2019 Spanish general election. *Party Politics*, 28 (2), 272-283. Disponible en: <https://doi-org.ehu.idm.oclc.org/10.1177/1354068820968839>.
- Cabeza, L, Gomez, B. y Pérez-Tirado, I. (2023). How to Measure Party Positions on Gender Issues? New Data for Analyzing Political Agendas. *Revista Española de*

- Investigaciones Sociológicas*, 181 (1): 135-157. Disponible en: <https://doi-org.ehu.idm.oclc.org/10.5477/cis/reis.181.135>.
- Caul, M. (1999). Women's representation in parliament: The Role of Political Parties. *Party Politics*, 5 (1), 79-98. Disponible en: <https://doi-org.ehu.idm.oclc.org/10.1177/1354068899005001005>.
- Celis, K. y Childs, S. (2012). The Substantive Representation of Women: What to Do with Conservative Claims? *Political Studies*, 60 (1), 213-225. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2011.00904.x>.
- Childs, S. (2004). A Feminised Style of Politics? Women MPs in the House of Commons. *The British Journal of Politics and International Relations*, 6 (1), 3-19. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-856X.2004.00124.x>.
- Dahlerup, D. (2007). Electoral gender quotas: between equality of opportunity and equality of result. *Representation* 43 (2), 73-92. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00344890701363227>.
- Delgado, I. y Jerez, M. (2008). Mujer y política en España: un análisis comparado de la presencia femenina en las asambleas legislativas (1977-2008). *Revista Española de Ciencia Política*, 19, 41-78. Disponible en: <https://tinyurl.com/2dzmc77r>.
- Goodwin, M., Holden Bates, S. y McKay, S. (2021). Electing to Do Women's Work? Gendered Divisions of Labor in U.K. Select Committees, 1979-2016. *Politics and Gender*, 17 (4), 607-639. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1743923X19000874>.
- Kenny, M. y Verge, T. (2016). Opening Up the Black Box: Gender and Candidate Selection in a New Era. *Government and Opposition*, 51 (3), 351-369. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/gov.2016.5>.
- Kittilson, M. C. (2006). *Challenging Parties, Changing Parliaments: Women and Elected Office in Contemporary Western Europe*. Columbus: The Ohio State University Press.
- Krook, M. L. (2010a). Beyond Supply and Demand: A Feminist-Institutionalist Theory of Candidate Selection. *Political Research Quarterly*, 63 (4), 707-720. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1065912909336275>.
- Krook, M. L. (2010b). Women's Representation in Parliament: A Qualitative Comparative Analysis. *Political Studies*, 58 (5), 886-908. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2010.00833.x>.
- Lovenduski, J. y Norris, P. (1989). Selecting Women Candidates: Obstacles to the Feminisation of the House of Commons. *European Journal of Political Research*, 17 (5), 533-562. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1475-6765.1989.tb00206.x>.
- Mackay, F., Kenny, M. y Chappell, L. (2010). New Institutionalism Through a Gender Lens: Towards a Feminist Institutionalism? *International Political Science Review*, 31 (5), 573-588. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0192512110388788>.
- Mudde, C. (2007). *Populist Radical Right Parties in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mudde, C. (2021). *La ultraderecha hoy*. Barcelona: Paidós.
- Norris, P. (1997). Procesos de reclutamiento legislativo: una perspectiva comparada. En E. Uriarte y A. Elizondo (coords.). *Mujeres en política: análisis y práctica* (pp. 149-181). Barcelona: Ariel.

- Norris, P. y Lovenduski, J. (1995). *Political recruitment: gender, race, and class in the British Parliament*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Novo-Arbona, A. y Diz, I. (2020). Eficacia de las cuotas de género y paridad en las elecciones autonómicas. En C. Ortega, J. Montabes y P. Oñate (coords.). *Sistemas electorales en España: caracterización, efectos, rendimientos y propuestas de reforma* (pp. 283-298). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Novo-Arbona, A. y Diz, I. (2022). Sistemas de partidos, cuotas y representación descriptiva en contextos multinivel. En A. Alonso y M. L. Lois Género (coords.). *Política: nuevas líneas de análisis ante la cuarta ola feminista* (pp. 109-130). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortega, C., Torres, J. y Trujillo, J. M. (2011). La igualdad efectiva entre mujeres y hombres: un estudio de las elecciones al congreso de los diputados de 2008. *Psicología Política*, 42, 117-139. Disponible en: <https://tinyurl.com/yhx5swmp>.
- Ortiz P., Ruiz, A. M. y González, M. T. (2020). El caso español y sus implicaciones para el estudio de la ultraderecha: antecedentes y nuevas estrategias de investigación. *Revista de Estudios Políticos*, 188, 199-220. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.188.07>.
- Rama Caamaño, J. (2016). Ciclos electorales y sistema de partidos en España, 1977-2016. *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid*, 34 (2), 241-266. Disponible en: <https://tinyurl.com/3bev9f9m>.
- Ramírez, V. y López Carmona, A. (2015). Mejora de la paridad de género en el Congreso de los Diputados. *Revista Española de Sociología*, 23, 95-116. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/65375>.
- Reynolds, A. (1999). Women in the Legislatures and Executives of the World: Knocking at the Highest Glass Ceiling. *World Politics*, 51 (4), 547-572. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/s0043887100009254>.
- Rosenbluth, F., Salmond, R. y Thies, M. F. (2006). Welfare Works: Explaining Female Legislative Representation. *Politics and Gender*, 2 (2), 165-192. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1743923X06060065>.
- Rubio-Pueyo, V. (2019). *¿VOX: Una nueva extrema derecha en España?* New York: Rosa Luxemburg Stiftung.
- Santana, A. y Aguilar, S. (2019). Bringing Party Ideology Back In: Do Left-Wing Parties Enhance the share of women MPs? *Politics and Gender*, 15 (3), 547-571. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1743923X1800048X>.
- Sundström, A. y Stockemer, D. (2022). Political Party Characteristics and Women's Representation: The Case of the European Parliament. *Representation*, 58 (1), 119-137. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00344893.2021.1898458>.
- Uribe, A. (2013). Las cuotas de género y su aplicación en España: los efectos de la Ley de Igualdad (LO 3/2007) en las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos. *Revista de Estudios Políticos*, 160, 159-197. Disponible en: <https://tinyurl.com/5exmztda>.
- Verge, T. (2006). Mujer y partidos políticos En España: las estrategias de los partidos y su impacto institucional, 1978-2004. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 115, 165-196. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/40184770>.

ALGUNOS RIESGOS PARA EL ESTATUS DE LAS PERSONAS EN LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: APROXIMACIÓN A LOS AVANCES DE LA LEY 15/2022

Several risks for personal status in the use of AI and an approximation to the advances of the Act 15/2022

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE
Universidad Nacional de Educación a Distancia
jsarrion@der.uned.es

CRISTINA BENLLOCH DOMÈNECH
Universitat de València
cristina.benlloch@uv.es

Cómo citar/Citation

Sarrión Esteve, J. y Benlloch Domènech, C. (2024).
Algunos riesgos para el estatus de las personas en la
utilización de la inteligencia artificial: aproximación a los avances de la ley 15/2022.
IgualdadES, 10, 91-121
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.04>

(Recepción: 10/07/2023; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

El crecimiento exponencial de las tecnologías digitales, en particular de la inteligencia artificial, junto con el grado de penetración que tiene hoy en día internet y lo digital en la sociedad, posibilitan el acceso a un mundo lleno de oportunidades, al mismo tiempo que se plantean riesgos para la persona y su estatus jurídico, sea como ciudadano, usuario, profesional, investigador o tecnólogo. Esto se manifiesta de forma especial cuando la tecnología permite la utilización de algoritmos en el proceso de toma de decisiones que pueden tener consecuencias jurídicas o bien otros resultados o efectos que pueden ser equivalentes o similares, dados los potenciales efectos

discriminatorios de estas decisiones, lo que afecta especialmente a personas que forman parte de colectivos vulnerables. La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación, que se inserta dentro de la Estrategia Nacional sobre la Inteligencia Artificial, tiene como gran objetivo constituir el mínimo común normativo fundamental del derecho antidiscriminatorio español, así como establecer sus garantías básicas. En este trabajo realizamos una aproximación a la problemática de la revolución tecnológica y los riesgos asociados a su desarrollo para el estatus de las personas, así como el avance que supone la Ley 15/2022, en el contexto de las iniciativas nacionales y europeas sobre esta materia.

Palabras clave

Revolución tecnológica; tecnología digital; inteligencia artificial; estatus de la persona; derechos fundamentales.

Abstract

The exponential growth of digital technologies, particularly Artificial Intelligence, together with the degree of penetration that internet and digital have today in society, make it possible to access a world full of opportunities, but at the same time they pose risks for people and their legal status, whether as a citizen, user, professional, researcher or technologist. This is clear in a special way when technology allows the use of algorithms in the decision-making process that may have legal consequences or other results or effects that may be equivalent or similar, given the potential discriminatory effects of these decisions, especially affecting to people who are part of vulnerable groups. Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, which is inserted within the Spanish National Strategy on Artificial Intelligence, has as its main objective to constitute the minimum common fundamental normative of Spanish anti-discrimination law, as well as to establish the required basic guarantees. In this work we take into account the problem of the technological revolution and the risks associated with its development for the personal status, and the progress that the Law 15/2022 implies, in the context of national and european initiatives, in this matter.

Keywords

Technological revolution; digital technology; artificial intelligence; personal status; fundamental rights.

SUMARIO

I. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y EL ESTATUS DE LA PERSONA. II. APROXIMACIÓN A LOS AVANCES DE LA LEY 15/2022 EN RELACIÓN CON LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y REFERENCIA A LAS ACCIONES E INICIATIVAS NACIONALES Y EUROPEAS: 1. Consideraciones generales. 2. Acciones e iniciativas a nivel interno. 3. Acciones e iniciativas a nivel europeo. III. CONCLUSIONES. AGRADECIMIENTOS Y RECONOCIMIENTOS. CONTRIBUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA COAUTORÍA. BIBLIOGRAFÍA.

Chéri alzaba la vista hacia el cielo primaveral y los castaños en flor
y llenaba los pulmones de aire fresco, como un prófugo.

COLETTE: *Chéri*¹

I. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y EL ESTATUS DE LA PERSONA

La revolución tecnológica se manifiesta actualmente, de forma determinante, en la transformación digital, donde de una forma progresivamente creciente las personas o la ciudadanía convergen y participan en la vida digital, que constituye una parte cada vez más importante de nuestra vida (vida *online* frente a vida *offline*). Ciertamente, no todas las tecnologías avanzadas son digitales, pero las digitales y aquellas otras que se aplican al mundo digital tienen una especial trascendencia en la transformación que estamos viviendo. Cabe decir que las tecnologías pueden ser sostenibles o disruptivas. Así, son distributivas cuando emergen de una innovación radical que transforma el mercado y que pueden llevar al dilema del innovador, cuando las nuevas tecnologías constituyen a la larga un problema para las empresas (Christensen, 1997), pero también puede suceder lo que podríamos llamar el dilema de la persona predigital, cuando ve su mundo y su vida transformada, quiere pero no es capaz de seguir o de participar en la transformación tecnológica y, al mismo tiempo, se ve obligado a esforzarse por hacerlo, en particular cuando no se trata de personas nativas digitales², como un intento de vivir el presente,

¹ Colette: *Chéry*, trad. de Núria Petit Fontserè. Acantilado, 2018.

² Podemos afirmar que *nativas digitales* son aquellas personas que han nacido una vez la digitalización es un hecho consustancial en la vida social de las personas.

de adaptarse a un mundo digital que tiene sus propias reglas, sus propios usos, que alteran todo y que pueden llegar a afectar también a los derechos de las personas, siendo por ello esencial su protección.

Es en este mundo, elevado a categoría de «nueva plaza pública» (Innerarity y Colomina, 2020), donde comenzamos cada vez más a acceder a la información, interactuar, comprar, vender, investigar y, en definitiva, realizar muchísimas facetas de la vida, en particular en las redes sociales generalistas, específicas y sectoriales.

En el mundo digital, la persona puede asumir diferentes roles, como suele ocurrir también en la vida *offline*. También se puede decir que actúa o puede actuar bajo diferentes sombreros: como miembro de la sociedad y comunidad política a la que pertenece (ciudadano), usuario de un servicio (consumidor o usuario), investigador, profesional, etc. Esto implica la asunción de un *estatus*. Incluso cabe plantearse que en algunos casos se pueden tener varios roles o estatus a la vez y hay que determinar el estatus en virtud del cual se actúa.

La asunción de un estatus, desde el punto de vista jurídico, no es algo baladí, puesto que implica que las personas gocen de una serie de derechos y obligaciones, un haz vinculado al estatus individual de la persona, y esto viene determinado necesariamente por el derecho³ y va a incidir en las relaciones que pueda desarrollar la persona en su vida, también digital. De hecho, desde la perspectiva de los derechos fundamentales es fundamental tomar conciencia de que hay una pluralidad de derechos que están en juego con la transformación y el desarrollo tecnológico (Hildebrandt, 2016: xi), en particular el digital.

Desde el punto de vista positivo, es el ordenamiento jurídico en el que vivimos el que determina el estatus de una persona individual, un ordenamiento jurídico constitucionalizado, pero en el que va a tener un papel predominante —dado nuestro contexto— el derecho de la Unión Europea, que se integra en el mismo de acuerdo a sus propias reglas⁴, a la vez que ese

³ Como decía Engisch, el derecho, entendido como ciencia, puede conformar al derecho y a la vida bajo el mismo (Engisch, 2001).

⁴ Desde las teorías pluralistas que seguimos aquí, como el constitucionalismo multinivel, se entiende, desde una perspectiva ordinamental, que el ordenamiento jurídico español es actualmente multinivel; es decir, se integra por diferentes niveles jurídicos que responden a diferentes centros de poder, entre los que el derecho de la Unión Europea es uno de estos niveles del ordenamiento multinivel. Esto permite explicar las relaciones en espacios de integración supranacional, como es el la Unión Europea en el que se ha incorporado España. Sobre el constitucionalismo multinivel, véase Gómez Sánchez (2020); para una revisión de la literatura sobre el pluralismo constitucional, remitimos a Bobić (2017).

llamado estatus individual constituye un pilar de la integración de la propia Unión Europea (Bartolini *et al.*, 2019).

Y este estatus de la persona va a verse afectado, de forma particular, por la transformación digital, por una tecnología que avanza una velocidad mayor a la que el derecho trata de o puede regularizar, planteando mejoras, peligros y retos que hacen necesario un refuerzo de los derechos y garantías (Arenas Ramiro, 2022: 121), así como requieren que nos preguntemos si es necesario el planteamiento de un nuevo paradigma constitucional (Sarrión Esteve, 2022a), dados los retos sociales y jurídicos que plantea un mundo en transformación, precisamente por el desarrollo de las tecnologías digitales (Benlloch Domènech y Sarrión Esteve, 2021a), ya que la regulación y los derechos del mundo analógico y su traslación al mundo digital pueden ser insuficientes y facilitar resultados o respuestas no satisfactorias. Doménech Pascual ya planteaba hace años la necesidad de intervención para la protección de los derechos frente a los riesgos tecnológicos, considerando los principios de legalidad y de precaución (Doménech Pascual, 2006), y Sánchez Barrilao (2016) consideraba acertadamente la necesidad de un concepto propio de inteligencia artificial (IA) desde el derecho público.

Sin embargo, lo cierto es que ni siquiera a día de hoy hay una noción comúnmente aceptada de qué es la IA, además de que, incluso, se aboga en algunos casos por hablar mejor no de IA en singular, sino de inteligencias artificiales en plural por las diferencias en el nivel o grado de inteligencia existente en la tecnología, como plantean Kaplan y Haenlein (2019).

Se suele utilizar la definición bien desarrollada a nivel europeo de que se trata de «los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos» (Comisión Europea, 2018). Cabe entender, en este sentido, por IA:

La innovación que permite dotar de autonomía y capacidad a un sistema para desarrollar tareas que exigen una respuesta, precisamente lo que llamamos inteligencia, y está presente en los *smart robots* o robots inteligentes, en los sistemas de reconocimiento de voz, instrumentos de seguridad de smartphones, traductores, gestores de contenidos audiovisuales digitales, sistemas de reconocimiento de imágenes, o, en general los instrumentos o sistemas computacionales con toma de decisiones automatizadas utilizando Big Data, y también en las Neurotecnologías cuando se trata de implantar chips o interfaces que utilicen estos sistemas (Sarrión Esteve, 2022b).

Recientemente se ha producido un rico e interesante debate sobre la necesidad de una regulación que dé respuesta a los riesgos y retos existentes

(entre otros, Cotino Hueso, 2017; Martínez, 2019; Valero Torrijos, 2022; Aba, 2023; Sarrión Esteve, 2022a; Balaguer Callejón, 2023a, 2023b), que indudablemente va unido a las funciones del derecho en relación con la tecnología (Hildebrandt, 2016).

Sin duda, uno de los desafíos que se presentan es delimitar o precisar la función que debe asumir el derecho, es decir, hasta dónde procede o no la intervención para regular el proceso científico-tecnológico. Los riesgos de la regulación, sobre todo el de desincentivar la investigación, son claros, pero el principio de precaución y los riesgos de no regular también. Piénsese, por ejemplo, en tecnologías peligrosas para el ser humano (Sarrión Esteve, 2022b: 183). Ya anticipó Zweig (2003: 9) con elocuencia que «entre las leyes misteriosas de la vida está el que siempre nos percatemos tardíamente de sus valores verdaderos y esenciales: de la juventud, cuando desaparece; de la salud, cuando nos abandona; y de la libertad, la esencia más preciosa de nuestra alma, solo en el momento en que nos la pueden arrebatar o cuando ya nos la han arrebatado».

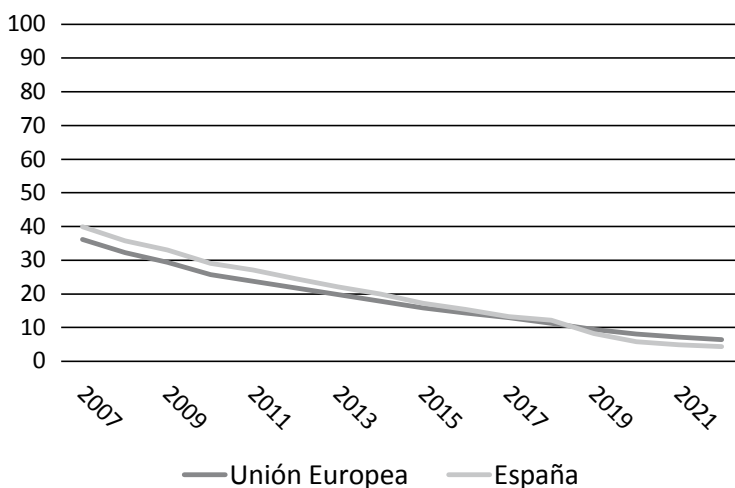
A nuestro entender, desde que se plantea, se crea o diseña y se desarrolla una tecnología —también cuando utiliza IA— hasta su implantación y puesta en servicio, debe ir acompañada o presidida por un marco ético y jurídico adecuado, lo que va a requerir que los equipos de ingenieros y tecnólogos estén acompañados por equipos de éticos y juristas desde el principio, para garantizar que cualquier idea de investigación que se plantea⁵ se vaya a diseñar, desarrollar e implementar de acuerdo con los principios y criterios éticos y jurídicos adecuados, lo que en inglés se podría denominar como *ethics and law requirements from design to service*, y que va más allá de lo que algunas guías europeas suelen denominar «ética por diseño» o, en inglés, *ethics by design* (Comisión Europea, 2021), y que debería ser superado por el más preciso de «ética y derecho por diseño» (*ethics and law by design*).

Progresivamente, estas preocupaciones van adquiriendo una mayor importancia debido a varios motivos, en particular el exponencial avance científico-tecnológico y la penetración de las tecnologías digitales en la vida de las personas, que inciden en su estatus. Esto se evidencia si consideramos que el grado de acceso y uso de internet está ya en cotas altísimas.

⁵ No se puede obviar que aquí tiene incidencia la propia libertad de investigación científica que constituye, sin duda, como indican Gómez Sánchez (2009: 75-76) y Cippitani (2015), un derecho fundamental. Derecho que podemos encontrar implícito en el art. 19 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 (y de forma explícita tanto en el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el art. 13 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, a nivel interno, de forma implícita en el art. 20.1 apdo. b) de la Constitución española.

Así, podemos ver cómo en apenas quince años el porcentaje de personas que han usado internet al menos una vez se ha multiplicado en el contexto europeo y español.

Gráfico 1. *Porcentaje de personas de entre 16 y 74 años que nunca han usado internet. 2007-2022*



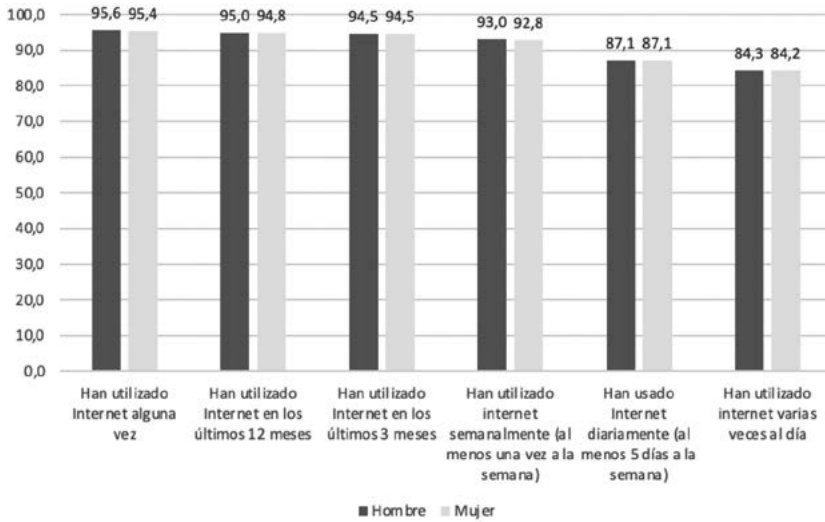
Fuente: Eurostat. *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*.

Y ello con independencia de la variable del sexo, puesto que no se evidencian diferencias notables entre los sexos, al menos en el acceso. Sin embargo, la brecha se evidencia en lo que respecta al uso de las nuevas tecnologías: se produce no solo en lo que al sexo se refiere, sino también en otras variables, como la edad y la clase social, por ejemplo⁶.

De hecho, si atendemos al *Digital News Report España 2022*, casi la mitad de las personas que utilizan internet usan Facebook o Twitter para acceder a la actualidad (un 47 %), mientras que tres de cada diez utilizan WhatsApp, Facebook Messenger y Telegram (un 36 %) (Moreno, 2022).

⁶ Así, en lo que respecta a la conexión y frecuencia de uso de internet no se aprecian diferencias significativas por sexos. Hombres y mujeres utilizan internet en cifras similares en todas las frecuencias de uso. Dados los datos no se puede afirmar que exista brecha de género en el acceso a internet. Diferente es cuando se habla de brecha de uso o cuando se profundiza en los datos por edades.

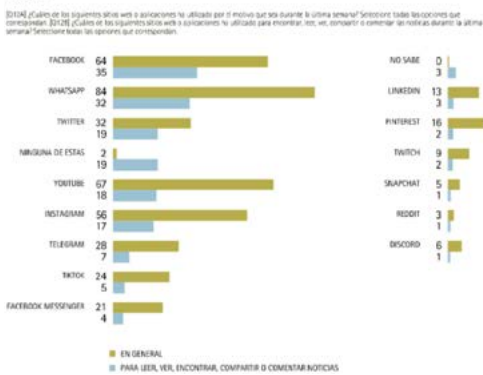
Gráfico 2. Frecuencia de uso de internet en España por sexos (2022)



Fuente: INE. Encuesta de Uso y Equipamiento de las TICs en los Hogares (2022).

Gráficos 3 y 4. Uso semanal de redes sociales y servicios de mensajería 16 y 74 años que nunca han usado internet. 2007-2022; y contenido de medios informativos en redes sociales

USO SEMANAL DE REDES SOCIALES Y SERVICIOS DE MENSAJERÍA 2022

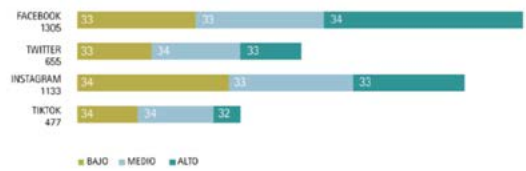


CONTENIDO DE MEDIOS INFORMATIVOS EN REDES SOCIALES

Usuarios que emplean cada red social para noticias

DATOS EN %

[012] ¿Qué porcentaje de lo que ve en sus feeds procede de medios informativos?



Fuente: Digital News Report España 2022.

Es más, de acuerdo con el mismo informe, la mayoría de las personas que utilizan estos medios consideran que el volumen de los medios informativos que ve es adecuado (entre un 59 % y un 75 %) (id.).

Gráfico 5. *Valoración del volumen de contenido de medios informativos en redes sociales*



Fuente: *Digital News Report España 2022*.

En paralelo, la desconfianza en las noticias y en las marcas periodísticas desciende (Vara-Miguel, 2022). La utilización progresivamente creciente de las redes sociales como ventana de entrada a (y búsqueda de) la información, así como de interacción con los demás por parte de las personas en la sociedad digital, produce una tendencia de cambios no solo en la forma que accedemos a la información, sino en la propia forma de vivir y de relacionarnos como personas, hasta el punto de que puede afectar a la propia vida y la percepción de la realidad, a la vez que origina nuevas realidades e identidades (virtuales) que quizá pueden requerir el replanteamiento de las garantías y el contenido de los derechos (Benlloch Domènech y Sarrion Esteve, 2021a: 7).

Quizás podamos esperar que esta proliferación del acceso y uso de internet ocurra también con la IA, y entonces ya no estaremos *ante* la era de Utrón, como decía Sánchez Barrilao, sino *en* la era de Utrón (2016).

A esto se une la utilización, por las compañías tecnológicas, de sofisticados algoritmos⁷ que pueden motivar lo que se ha calificado como *filtro burbuja* en la medida en que una persona encuentra aquello que espera, es decir, aquello que tiene en perspectiva, que le gusta o agrada, evitando así información poco deseable o disonante (Pariser, 2017), así como también una cierta tendencia a relacionarse con las personas que comparten ideas o intereses similares (Sunstein, 2003).

De alguna manera, nuestros intereses se pueden activar y reforzar en internet; incluso se pueden convertir en identidades, pero los algoritmos no

⁷ Según la Real Academia de la Lengua, un algoritmo no es sino un «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema».

serían tanto un mecanismo al servicio de la radicalización como al servicio de la identidad (Klein, 2020: 157).

Esto coadyuva a producir una especie de polarización que puede ser calificada como de «polarización artificial», teoría basada en las ideas de pertenencia a la tribu o al grupo, la primacía de la emotividad, y que permite conceptualizar la polarización percibida, fruto de una sobrestimación de las diferencias entre grupos, tanto en el mundo *online* como *offline*, sobre la base de la adopción de una identidad que permite ver la realidad con las lentes grupales y que se incrementa *online*, atendiendo a un discurso emotivo que reclama atención y desencadena un contagio emocional de los miembros del grupo, si bien la distancia entre grupos no es tan grande como pudiera parecer (Pérez Zafrilla, 2021).

En este marco, en un mundo regido por algoritmos diseñados por grandes compañías tecnológicas que configuran el proceso comunicativo y que influyen en la toma de decisiones en función de su interés económico, se producen una serie de rupturas relevantes para el derecho constitucional: a) del contexto cultural constitucional, con nuevos factores de legitimación que corresponden al poder global; b) la pérdida de la constitución como referente cultural unitario; c) la ruptura entre la realidad física y virtual, dado que una se regula por el derecho público y la otra por el derecho privado; d) la propia configuración de la realidad, derivada de la destrucción de la percepción social compartida de la realidad, y que afecta al espacio público; y e) la pérdida de capacidad del Estado de ordenar la vida social por el desarrollo tecnológico (Balaguer Callejón, 2023a, 2023b).

Se hace necesario, por tanto, «repensar el derecho constitucional en clave digital» (Reche Telo y Tur Alsina, 2022), una «redefinición del constitucionalismo» (Guillén López, 2022) o un nuevo paradigma (constitucional) para la protección de los derechos (Sarrión Esteve, 2022a, 2022b).

No podemos obviar, en cualquier caso, que las compañías que proveen los servicios de comunicación social predominantes prestan un servicio y la persona que accede a ellas lo hace en su rol de usuario más que de ciudadano, lo que no es una diferencia baladí, aunque desde el punto de vista del derecho de la Unión el consumidor o usuario tenga un nivel de protección jurídico bastante alto (Sarrión Esteve, 2019).

Tanto las compañías privadas como también las Administraciones públicas van a tender a utilizar, de forma progresivamente creciente, algoritmos en los procesos de toma de decisiones, y los errores y sesgos de estas «armas de destrucción masiva» (O’Neil, 2018) pueden conllevar a situaciones de discriminación que afectarían, en particular, a personas que forman parte de grupos vulnerables (Soriano Aranz, 2021a).

En el estado actual de las cosas, debemos tratar de superar esta dualidad (*online/offline*), pues vivimos en un mundo híbrido en el que hay que garantizar

el reconocimiento y protección de los derechos y libertades, también el nivel digital, pues el derecho no puede renunciar a una regulación que posibilite una participación con garantías en la esfera pública digital (Pérez Zafrilla *et al.*, 2021).

Por ello, era muy necesaria una ley que atendiera a estos riesgos y retos, en particular en lo que concierne a la igualdad y la no discriminación, como se puede apreciar de los estudios realizados⁸. Y es que progresivamente aumenta la utilización de estos sistemas, incluso de alto riesgo debido a los posibles errores o fallos que se pueden producir desde la perspectiva de la protección de los derechos y libertades. Piénsese, por ejemplo, en algunos sistemas IA que se utilizan en España, como Viogén⁹, RisCanvi¹⁰ o el sistema de alerta rápida SALER¹¹.

Debemos considerar que hasta el momento la regulación en este tema era más bien limitada. A nivel europeo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos

⁸ Se pueden apreciar algunos de estos riesgos con casos reales en diferentes sectores, desde la banca a la educación, pasando por la policía predictiva, en el interesantísimo libro de O'Neil (2018). También es de interés, en particular, el informe elaborado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales precisamente sobre la relación entre la IA y los derechos fundamentales (FRA, 2020).

⁹ El Sistema Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), comenzó a funcionar el 26 de julio del 2007, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con el objetivo de integrar la información disponible en materia de violencia de género y poder predecir el riesgo atendiendo al nivel de riesgo, para la protección de las víctimas en el territorio nacional español con un sistema de avisos, alertas y alarmas, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio.

¹⁰ RisCanvi es un protocolo integral basado en un algoritmo utilizado por el Departamento de Atención a Víctimas en Centros Penitenciarios de Cataluña, cuya función es predecir si un recluso cometerá un delito si es liberado temporalmente. Se utiliza para analizar los avances con el fin de orientar la toma de decisiones, aunque no condiciona la decisión sobre el traslado de presos de un centro penitenciario a otro o sobre la salida anticipada (Generalitat de Catalunya, 2021).

¹¹ El sistema de alerta rápida SALER es un sistema de alerta temprana regulado por la Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, de inspección general de servicios y sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental. Es un sistema informático que pretende prevenir el fraude en el sector de la Administración a través del análisis de los datos generados por la Administración autonómica valenciana (Generalitat Valenciana, 2021).

personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), introdujo en el art. 22 una serie de previsiones sobre las decisiones automatizadas, estableciendo el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado —incluyendo la elaboración de perfiles— que produzca efectos jurídicos o una afectación significativa de modo similar (art. 22 RGPD)¹².

A nivel interno, el art. 11.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD) establece, como obligación y garantía de transparencia, dentro de la información básica, a facilitar al afectado por parte del responsable del tratamiento de datos personales —en el caso de que los datos obtenidos fueran a ser objeto de tratamiento para la elaboración de perfiles— de esa misma circunstancia, así como informarle del derecho de oposición a la adopción de decisiones individuales automatizadas que le produzcan efectos jurídicos o que le afecten significativamente de forma similar, cuando este derecho concurra, conforme a lo previsto en el art. 22 RGPD, y el art. 18, que alude al derecho de oposición, así como otros derechos relacionados con decisiones de carácter individual automatizadas, incluyendo la realización de perfiles, que se ejercerán de conformidad con lo previsto en los arts. 21 y 22 RGPD.

Pues bien, la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (en adelante Ley 15/2022) pretende constituir «el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas», siendo consciente el legislador de los retos que se plantean en materia de inclusión, así como del ejercicio y disfrute de los derechos y libertades, con un doble objetivo de prevención y erradicación de cualquier forma de discriminación (exposición de motivos)¹³.

¹² Este artículo se puede entender como el primero que introduce garantías jurídicas precisas en favor de las personas afectadas por decisiones automatizadas. Sobre la naturaleza de este artículo y las garantías que el mismo establece, véanse, por todos, los excelentes trabajos de Gil González (2017), Palma Ortigosa (2019) y Sancho Villa (2021).

¹³ Es el art. 2 de la Ley 15/2022 el que establece el ámbito subjetivo, reconociendo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación de toda persona «con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 2.1 Ley 15/2022).

Dentro de su ámbito objetivo de aplicación, se incluyen la publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información (art. 3.1 m Ley 15/2022); internet, redes sociales y aplicaciones móviles (art. 3.1 n), e IA y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación (art. 3.1 o). Vincula tanto al sector público —definido en un sentido amplio—¹⁴ como a las personas físicas o jurídicas privadas que residan, se encuentren o actúen en el territorio español¹⁵; si bien, como veremos, en el articulado específico se modula la afectación de esta vinculación, con una nítida y clara distinción en las obligaciones derivadas de la ley.

Y dedica un artículo específico, el 23, con la rúbrica «IA y mecanismos de toma de decisiones automatizados», que se incluye en capítulo II, titulado «El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social», del título I, «Derecho a la igualdad de trato y no discriminación».

En el siguiente apartado realizamos un breve análisis del mismo y de las novedades que conlleva, en el marco de las acciones e iniciativas en las que se inserta, tanto nacionales como europeas.

II. APROXIMACIÓN A LOS AVANCES DE LA LEY 15/2022 EN RELACIÓN CON LA IA Y REFERENCIA A LAS ACCIONES E INICIATIVAS NACIONALES Y EUROPEAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como hemos adelantado, y en lo que respecta a la IA y los mecanismos de toma de decisiones automatizadas, la Ley 15/2022 regula por primera vez en España¹⁶ la promoción por parte de Administraciones públicas y empresas

¹⁴ Incluyendo como tal, de forma amplia, a todo el sector público: a) la Administración General del Estado; b) las Administraciones de las comunidades autónomas; c) las entidades que integran la Administración local; d) La Administración de Justicia; e) el sector público institucional, en los términos establecidos en el artículo 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, y las Universidades públicas—; así como f) las asociaciones y fundaciones constituidas por las Administraciones, entes, organismos y entidades que integran el sector público.

¹⁵ Y esto con independencia de su nacionalidad, domicilio o residencia.

¹⁶ Lo afirma en términos más taxativos Fernández Hernández (2022) afirmando que «La Ley 15/2022 introduce la primera regulación positiva de la IA en España». Lo cierto

de una «IA ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido» (art. 23.3), estableciendo que se promoverá un sello de calidad de los algoritmos (art. 23.4), así como también que la Administración pública promoverá que los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisión prioricen «la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos» (art. 23.2).

Asimismo, en el marco de la Estrategia Nacional de IA, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en materia de IA, atribuye a las Administraciones públicas la función de favorecer la puesta en marcha de instrumentos¹⁷ para que los algoritmos que intervengan en la toma de decisiones (concepto que, en realidad, deberíamos entender integra no solo mecanismos de toma de decisiones automatizadas, sino también aquellos algoritmos que dan soporte a la decisión adoptada o intervienen de alguna manera en procesos de toma de decisión con intervención humana) que se utilicen en el ámbito de la Administración pública «tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente», así como se promoverán, con tal fin, evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio¹⁸ (art. 23.1).

Llama la atención la ubicación del art. 23 dentro de la estructura de la ley, puesto que en realidad no se trata de una actividad sectorial específica, como pueden serlo el ámbito del empleo (art. 9), la negociación colectiva

es que, como se ha dicho antes, la LODPyGDD recogía únicamente dos referencias: una en el art. 18 al derecho de oposición y otros derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluyendo la realización de perfiles, que se ejercerán de acuerdo con los arts. 21 y 22 (RGPD); y otra en el art. 11 sobre la transparencia e información al afectado, que dispone que la obligación de información al afectado debe incluir este derecho a oponerse a decisiones individuales automatizadas cuando producen efectos jurídicos o le afecten de forma significativamente similar, conforme a lo previsto en el art. 22 RGPD.

¹⁷ Entre los mismos cabría destacar la nueva Agencia Española de Supervisión de la IA en el marco de la Agenda España Digital 2026, presentada esta última el jueves 8 de julio de 2022. Recientemente se ha aprobado el estatuto jurídico de la Agencia. Véase el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de IA, publicado recientemente.

¹⁸ Desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, el Consejo de Europa ya ha advertido de la importancia de que se hagan evaluaciones de impacto en los derechos fundamentales en relación con el desarrollo tecnológico (Consejo de Europa, 2019)

(art. 10), el trabajo por cuenta propia (art. 11), la educación (art. 13), la educación no formal (art. 14), la prestación de servicios sociales (art. 16), la oferta al público de bienes y servicios (art. 17), la seguridad ciudadana (art. 18), el acceso a la vivienda (art. 19), establecimientos o espacios y espectáculos abiertos al público (art. 21), o los medios de comunicación social y publicidad, internet y las redes sociales (art. 22), respecto a los cuales se trata de garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación, sino que la IA y los algoritmos son más bien una tecnología o, mejor dicho, unas tecnologías que se pueden utilizar en estos ámbitos, por lo que quizá estarían mejor ubicados en el título II, referido a las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

De hecho, más allá de las discusiones sobre la naturaleza jurídica que tienen los algoritmos, dado que si bien pueden nacer con una naturaleza jurídico-privada, pueden alcanzar una naturaleza jurídica pública, en particular cuando son utilizados por la Administración pública, y por ello nace el planteamiento de atribuirles la naturaleza de reglamentos, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, lo cierto es que lo realmente relevante es establecer una serie de garantías para las personas¹⁹. Así, por un lado la propia variedad y complejidad de los algoritmos (tanto en su creación, desarrollo y tipología como en su utilización), y la falta de un consenso y una respuesta clara sobre su naturaleza, plantean precisamente la problemática de las garantías y protección de los derechos de las personas que se ven afectadas por decisiones basadas en algoritmos, incluyendo, por supuesto, el derecho a la igualdad y la no discriminación²⁰. Algunas propuestas interesantes plantean

¹⁹ Véase en este sentido la posición favorable de Boix Palop (2020) y Baz Lomba (2021). En contraposición, se pueden ver las tesis de Huergo Lorga (2020) y de Arroyo Jiménez (2021). Este último defiende con precisión que se pueden extender las mismas garantías jurídicas a las decisiones de la Administración pública adoptadas con la utilización de algoritmos sin sostener que los mismos son reglamentos.

²⁰ Sin duda, el (futuro) reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (reglamento o ley de IA), que plantea una regulación basada en el riesgo desde la perspectiva de protección de las personas, es una iniciativa —la comentaremos posteriormente— que puede tener una incidencia significativa en este ámbito. Tras la propuesta inicial de la Comisión Europea y las posiciones del Consejo y del Parlamento Europeo, recientemente se ha llegado a un acuerdo a través de la negociación en el llamado *trilogo* (Comisión, Parlamento, Consejo de la Unión) y se ha formalizado ya el texto de la norma, aprobándose por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024 (Parlamento Europeo, 2024), y está a la espera de la confirmación formal del Consejo y su publicación en el DOUE, lo que se espera ocurra a lo largo de los próximos meses.

la creación de un registro público de algoritmos utilizados por las Administraciones públicas, como el existente en la ciudad de Ámsterdam (Soriano Arnanz, 2021b)²¹.

Desde luego, la Ley 22/2015 podría haber aprovechado la regulación para tratar de convertir el uso de esta tecnología, de la IA y los algoritmos, en un mecanismo preciso de garantía para las personas, en particular cuando son utilizados por las Administraciones Públicas en la toma de decisiones²², aunque también cuando son utilizados por empresas privadas, siempre que las decisiones tengan efectos jurídicos o equivalentes en las personas y, por tanto, afecten a sus derechos y libertades.

Hay que considerar que el art. 18.4 de la Constitución española prevé que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Ciertamente, cabe considerar que hay fundamento constitucional suficiente no solo para la limitación del uso de la informática, sino para un desarrollo de las garantías de los derechos, adaptándose al ámbito digital (Aba, 2022: 76), de forma que debemos entender que cabe la limitación del uso de la tecnología para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas, incluyendo no solo el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, o el derecho a la protección de datos que se suele fundamentar específicamente en el art. 18.4 CE, sino también otros derechos, incluyendo el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), que

²¹ Véase <https://tinyurl.com/4mkd3xxk>, que incluye los casos en los que los servicios municipales de Ámsterdam utilizan algoritmos.

²² Es conocido que las Administraciones públicas están utilizando diferentes mecanismos y soluciones basadas en IA para facilitar la adopción de decisiones, en el marco de la actuación administrativa automatizada (art. 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP). No obstante, este art. 41 LRJSP, que se utiliza como fundamento para la actuación administrativa automatizada, no establece importantes medidas específicas de garantía, más allá de definir qué se entiende por actuación administrativa automatizada (cualquier acto o actuación realizada por medios electrónicos de una Administración pública de forma íntegra, en el marco de un procedimiento administrativo y sin intervención directa de un empleado público) y la exigencia de que se establezca de forma previa el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, la programación, el mantenimiento, la supervisión y el control de calidad, así como del órgano responsable de la actuación a efectos de la eventual impugnación; garantías que no parecen suficientes desde el punto de vista de la tutela de los derechos y libertades de las personas que pueden verse afectadas por actuaciones administrativas automatizadas.

se une al principio de igualdad (art. 1.1 CE) y al mandato de promover una igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE), que debe proyectarse también al ámbito del desarrollo y uso de las tecnologías digitales²³.

2. ACCIONES E INICIATIVAS A NIVEL INTERNO

La Estrategia Nacional española sobre IA pretende constituir un marco de referencia para que se pueda desarrollar una IA que sea inclusiva, sostenible y que esté centrada en la ciudadanía, con marcos regulatorios que lleven a una delimitación y a la vez sirvan de guía para el diseño de la IA, garantizando que las aplicaciones respeten los derechos de las personas (Gobierno de España, 2020).

La Carta de Derechos Digitales precisamente se inserta como parte de esta Estrategia. Adoptada en 2021 (Gobierno de España, 2021), si bien no tiene un carácter vinculante, puede servir como un código orientador y establece en el punto V el llamado «derecho de la persona a no ser localizada y perfilada», que implica que:

1. La localización y los sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos o grupos de individuos, únicamente podrán realizarse en los casos permitidos por la normativa vigente y con las garantías adecuadas en ella dispuestas.
2. El responsable del tratamiento deberá informar explícitamente al interesado sobre la finalidad de la localización, el perfilado o la decisión automatizada y sobre el ejercicio del derecho de oposición, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información y con pleno respeto al derecho a la protección de datos a que se refiere el apartado III.

En materia de códigos y guías de buenas prácticas en el ámbito interno, debemos considerar la primera *Guía de buenas prácticas para el uso de la IA ética*, elaborada en España por parte de OdiseIA —el Observatorio del Impacto Social y Ético de la IA— y PwC, en colaboración con Google, Microsoft, IBM y Telefónica, todo ello en el marco de una iniciativa por generar un ecosistema para empresas y entidades que puedan compartir prácticas sobre el uso de IA conforme a principios éticos y una normativa (ODISEA, 2022), con la siguiente visión:

²³ Por supuesto, sería necesario garantizar la preservación de la dignidad de la persona, junto con los derechos que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) en el ámbito digital.

Gráfico 6. *Visión y marco de la guía de ODISEA 2022*

Fuente: ODISEA (2022: 8). Sombreado de los autores.

El planteamiento es partir desde una visión ética y normativa en todo el ciclo de la vida de las soluciones que incorporen IA, a través de tecnologías y de lo que serían modelos de gobierno (ODISEA, 2022:8), con los siguientes principios generales: privacidad y gobierno de datos; seguridad y protección; fiabilidad, robustez y precisión; responsabilidad y rendición de cuentas; transparencia y explicabilidad; el principio de justicia; foco en el ser humano: control y vigilancia humana; promoción de los valores y de los derechos humanos, y sostenibilidad ambiental.

Esto responde a una cuestión que consideramos esencial: todo el proceso de investigación —amparado desde la libertad de investigación, desde que se concibe una idea de investigación, se plantea, se crea y desarrolla la tecnología, hasta su implantación y puesta en servicio— no puede dejar de ir acompañada o presidida por un marco ético y jurídico adecuado, lo que va a requerir que los equipos de ingenieros y tecnólogos estén acompañados por equipos de éticos y juristas desde el principio para garantizar que cualquier idea de investigación que se pueda plantear se diseñe, desarrolle e implemente de acuerdo a los principios y criterios éticos y jurídicos adecuados (ética y derecho por diseño, *ethics and law by design*), como hemos planteado con antelación.

3. ACCIONES E INICIATIVAS A NIVEL EUROPEO

En relación con las iniciativas europeas²⁴, cabe decir que el Parlamento Europeo es consciente desde hace tiempo que los macrodatos (*big data*) pueden capacitar dispositivos de IA a modo de redes neuronales y modelos estadísticos que sirvan para predecir comportamientos (Parlamento Europeo, 2017) y estos sistemas computacionales van a ser capaces de tratar, aprender y resolver problemas, tomando decisiones a partir del *big data*, con un cierto cambio de paradigma en cómo se tomaban las decisiones hasta el momento (Cotino Hueso, 2017: 132), puesto que los datos y recomendaciones o propuestas propiciados por estos sistemas van a ser fundamentales, incluso determinantes, siendo difícil que un operador humano se aparte de la recomendación dada por un sistema inteligente, salvo casos excepcionales (Benlloch Domènech y Sarrión Esteve, 2021b); por no hablar de los casos en los que es el propio mecanismo de IA el que adopta la decisión de forma automatizada.

El Reglamento General de Protección de Datos ya introduce en el art. 22 una serie de previsiones sobre decisiones automatizadas y establece el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado —incluyendo la elaboración de perfiles— que produzca efectos jurídicos o una afectación significativa de modo similar (art. 22.1 RGPD), si bien con excepciones que incluyen a) que esta decisión automatizada sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato; b) esté autorizada por el derecho de la Unión o de los Estados miembros con medidas adecuadas de salvaguardia de los derechos y libertades e intereses legítimos del interesado, o c) se base en el consentimiento explícito del interesado (art. 22.2 RGPD).

En los supuestos a) y c), siendo el supuesto c) la base jurídica que legitima con frecuencia el uso de algoritmos en medios de comunicación social, se prevé, además, que el responsable del tratamiento adopte las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, estableciendo como medida mínima «el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión».

Conviene tener presentes las «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679», adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de

²⁴ A nivel internacional, y en materia de códigos de buenas prácticas, podemos considerar, también la «Recomendación sobre la ética de la IA» elaborada en la UNESCO (UNESCO, 2022).

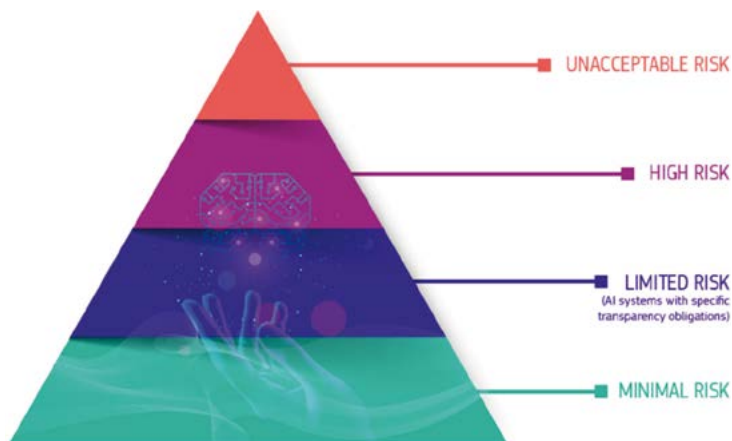
2018 por el llamado Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46 (Grupo de Trabajo del Artículo 29, 2018), que, por ejemplo, establece como directriz el sentido de efectos significativamente equivalentes a consecuencias jurídicas en las decisiones automatizadas, entendiendo que la decisión debe tener «el potencial de» afectar de forma significativa «a las circunstancias, al comportamiento o a las elecciones de las personas afectadas»; tener un impacto prolongado o permanente en el interesado, o provocar la exclusión o discriminación de personas en los supuestos más expresos.

Además, en el ámbito de la publicidad podría suceder atendiendo a las circunstancias y el nivel de intrusismo en la elaboración de perfiles, incluyendo el seguimiento de las personas en su actividad en diferentes sitios web, dispositivos y servicios; las expectativas, deseos e intereses de las personas afectadas, y teniendo en consideración la especial y mejor protección de los menores²⁵ (íd.).

A la hora de establecer mecanismos de decisión automatizada, también indica la importancia de la responsabilidad proactiva, que es una obligación configurada en el RGPD en el art. 35, que se aplicaría en particular a estos mecanismos (íd.). Y es que el responsable del tratamiento debe realizar ante el mismo una evaluación de impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales (EIPD) cuando sea probable que entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (art. 35.1 RGPD), exigiéndose en particular en caso de evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, sobre cuya base se tomen decisiones con efectos jurídicos o que les afecten significativamente de modo similar (art. 35.3 RGPD). Constituyendo el EIPD —en opinión del Grupo de Trabajo del Artículo 29— una forma de indicar que el responsable ha aplicado las medidas adecuadas para abordar los riesgos y acreditar que cumple con las previsiones del RGPD, que —en caso de dedicarse de forma habitual a la elaboración de perfiles o decisiones automatizadas— requieren una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, tendrían la obligación de designar un delegado de Protección de Datos, de conformidad con lo previsto en el art. 37. 1 letra b) (íd.).

El futuro reglamento o ley de IA plantea una regulación basada en el riesgo, que sigue en este sentido los diferentes trabajos de los grupos de expertos establecidos por la Comisión Europea.

²⁵ Y esto porque los niños constituyen un grupo más vulnerable, por lo que con carácter general no se deben elaborar perfiles con fines comerciales porque pueden ser particularmente susceptibles en su actividad en línea y ser influidos fácilmente a través de publicidad comportamental (Grupo de Trabajo del Artículo 29, 2018: 32)

Gráfico 7. *Pirámide de riesgo IA*

Fuente: Comisión Europea, *Excellence and trust in artificial intelligence*.

Junto con las recientes iniciativas europeas en materia de regulación de los datos²⁶, supone una de las mejores manifestaciones del desarrollo de lo que se puede denominar como el emergente derecho europeo de la ciencia y la tecnología (Cippitani, 2023: 203 y ss.), y que entendemos puede ser configurado como un modelo normativo específica e intrínsecamente europeo, en el que la investigación constituye parte de la identidad europea y que se basa en los siguientes principios:²⁷ protección de la dignidad de la persona como fundamento de la libertad y la igualdad; autodeterminación de la persona en relación con el proceso tecnológico como regla general; prevención y precaución, que definen la cultura europea frente a otros modelos como el norteamericano, con una regulación más fuerte en la UE; transparencia e integridad en la actividad científica, e innovación regulatoria, que se manifiesta, por ejemplo, con la creación de cajas negras regulatorias que tratan de crear condiciones seguras para la experimentación regulatoria o normativa y que requiere de marcos jurídicos adecuados.

²⁶ Se está desarrollando, a partir de la Estrategia Europea de Datos, y los nuevos instrumentos normativos en desarrollo, incluyendo la gobernanza de datos y los futuros espacios europeos de datos, un cambio de paradigma en materia de la regulación de los datos. Véase Montero Pascual y Rodríguez Ayuso (2023).

²⁷ Principios que deben orientar el desarrollo, la aplicación e interpretación del emergente Derecho europeo de la ciencia y la tecnología, y que también están pendientes de ser identificados en su totalidad y explicados por la dogmática del Derecho constitucional europeo.

Asimismo, la propuesta de reglamento incluye una serie importante de obligaciones de información y transparencia. De hecho, un informe de 2018 del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Noticias Falsas y Desinformación, designado por la Comisión Europea, recomienda que se exija una mayor transparencia a las plataformas y redes digitales, a la vez que se abandona la utilización del concepto de «noticia falsa», poco preciso, y se utiliza mejor el de «desinformación», y recomienda promover el desarrollo de herramientas que permitan desenmascarar la desinformación, salvaguardar la diversidad y estudiar el impacto que estas campañas pueden tener en Europa, además de un código de buenas prácticas para seguir por las plataformas y redes (Comisión Europea, 2018a). Por ello, la Comisión ha adoptado un plan de acción para enfrentarse a estas campañas de desinformación (Comisión Europea, 2018b), lo que llevó a acordar junto con los representantes de plataformas, redes y empresas de publicidad a adoptar un Código de Buenas Prácticas sobre desinformación *online* y noticias falsas, en el que los signatarios —inicialmente Facebook, Google, Twitter (ahora X) y Mozilla, junto con sectores de la industria de publicidad, más Microsoft, que se une en mayo de 2019, y Tik Tok, en junio de 2020— se comprometen a adoptar políticas de lucha contra la desinformación y las noticias falsas. Este código incluye un anexo de buenas prácticas con enlaces a las políticas adoptadas por los signatarios (Comisión Europea, 2018c).

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa se ha introducido también en el Convenio 108+²⁸ el derecho a no estar sujeto a una decisión basada únicamente en un procesamiento de datos automatizado que le afecte significativamente, sin tener en cuenta su opinión (Gascón Marcén, 2020: 344)²⁹; de forma que, cuando se trate de decisiones automatizadas, con independencia de que tengan o no consecuencias jurídicas, se va a exigir tener en cuenta la opinión de la persona afectada si hay una afectación significativa, lo cual puede suponer una cierta elevación del nivel de protección de este derecho en relación con lo previsto en el RGPD, donde esta afectación significativa debe ser equivalente a la de tener consecuencias jurídicas. Además de que a diferencia del RGPD, que tiene la doble finalidad de garantizar la libre

²⁸ Protocolo por el que se modifica el Convenio para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales (CETS N.º 223).

²⁹ En particular, dispone el art. 9.1 a) del Convenio 108+ el derecho a no estar sometido a una decisión que le afecte significativamente, basada únicamente en un procedimiento automatizado de datos sin tener en consideración su opinión (art. 1. «Every individual shall have a right: a) not to be subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration»).

circulación de datos personales en el ámbito europeo y de proteger los derechos fundamentales, en particular el derecho a la protección de datos, el Convenio 108+ únicamente tiene el fin de protección de derechos de las personas (Martínez Lóez-Sáez, 2021: 247).

Hay que tener en consideración que España ha ratificado esta versión actualizada del Convenio con fecha de 28 de enero de 2021. Actualmente son veinticuatro los Estados que han ratificado el protocolo de reforma, estando previsto que entre en vigor a partir del 11 de octubre de 2023, una vez que 38 Estados parte lo hayan ratificado.

La «Recomendación CM/REc(2021)9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales en el contexto de la elaboración de perfiles» plantea como principios generales que los Estados miembros deben promover el diseño e implementación de procedimientos y sistemas que garanticen la privacidad y la protección de datos, incluso desde la planificación (*privacy by design*) y durante todo el procedimiento de tratamiento, en particular con el uso de tecnologías que mejoren la privacidad (*privacy-enhancing technologies*), así como adoptar medidas apropiadas para luchar contra el desarrollo y uso de tecnologías que tengan como objetivo —aunque sea parcial— esquivar las medidas tecnológicas que protegen la privacidad (principio 2.5). A su vez, la generación de perfiles no debe tener como resultado una discriminación contra individuos, grupos o comunidades, y se establece la recomendación de que el uso de sistemas o mecanismos de decisión automatizada debe preservar la autonomía de la intervención humana en el procedimiento de decisión (principio 2.6) (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2021).

El Consejo de Europa, a través del Comité sobre IA (CAI), ha trabajado en la elaboración de un Convenio sobre IA, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, aprobado el 17 de mayo de 2024, incluye también una serie de principios jurídicos relevantes y de interés aplicables al diseño, desarrollo, uso y desmantelamiento de los sistemas de IA, incluyendo la transparencia y supervisión (art. 8), rendición de cuentas y responsabilidad (art. 9), igualdad y no discriminación (art. 10), privacidad y protección de datos (art. 11), seguridad y robustez (art. 12) e innovación segura (art. 13) (Consejo de Europa, 2024). De forma específica, el principio de igualdad y no discriminación, establecido en el art. 10, dispone que cada Estado parte tomará las medidas necesarias para garantizar que el diseño, el desarrollo, uso y desmantelamiento de sistemas de IA respetan el principio de igualdad, incluyendo la igualdad de género y la no discriminación. Asimismo, cada Estado parte está llamado a adoptar medidas o políticas especiales destinadas a eliminar desigualdades y lograr resultados justos e igualitarios, en

consonancia con sus normas nacionales aplicables y obligaciones internacionales de derechos humanos y no discriminación. Este precepto posibilitaría esta idea de que en todo el proceso del desarrollo científico-tecnológico, desde que se tiene la idea de investigación hasta que se desarrolla e implementa la tecnología, se debe realizar con una «ética y derecho por diseño» (*ethics and law by design*).

Por tanto, debemos entender que los avances de la Ley 15/2022 en materia de IA están insertos en estas iniciativas, tanto de ámbito nacional como europeo.

III. CONCLUSIONES

El crecimiento exponencial de las tecnologías digitales, en particular de la IA, junto con el grado de penetración que la digitalización tiene en la sociedad, posibilita el acceso a un mundo lleno de oportunidades, al mismo tiempo que plantea riesgos claros para la persona y su estatus jurídico —que viene definido por los derechos y obligaciones de la persona— teniendo en consideración el avance exponencial de la tecnología y los sistemas de IA.

Esto se manifiesta de forma especial cuando la tecnología permite la utilización de algoritmos en el proceso de toma de decisiones que pueden tener consecuencias jurídicas, o bien otros resultados o efectos que pueden ser equivalentes o similares dados los potenciales efectos discriminatorios de estas decisiones, que pueden afectar a las personas que forman parte de los colectivos más vulnerables.

En este marco, la Ley 15/2022, que se inserta dentro de la Estrategia Nacional sobre la IA, tiene como gran objetivo constituir el mínimo común normativo fundamental del derecho antidiscriminatorio español, así como establecer sus garantías básicas, y cabe entender que se inserta también y es congruente con las iniciativas europeas en materia de IA, tanto a nivel de la Unión Europea como del Consejo de Europa, enmarcándose, en ese sentido, en el marco del desarrollo del emergente derecho de la ciencia y la tecnología.

En este trabajo hemos tenido la oportunidad de plantear, aunque sea de una forma inicial y descriptiva, la problemática de la revolución tecnológica y los riesgos vinculados al ejercicio de los derechos que forman parte del estatus de las personas, así como realizar una primera aproximación a la Ley 15/2022 en el contexto de las iniciativas nacionales y europeas en esta materia, vinculadas en particular a la IA.

Entendemos que el art. 18.4 de la Constitución española debe ser interpretado en el sentido de establecer un fundamento constitucional para la

limitación del uso de la tecnología, no solo la informática, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas, incluyendo no solo el derecho al honor, la intimidad personal y familiar o el derecho a la protección de datos, sino también otros derechos, incluyendo el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), que junto con la proclamación de la igualdad como valor superior (art. 1.1 CE) y el mandato de promover una igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) debería posibilitar el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio potente en el uso de la IA, inspirado y orientado en los principios que deben regir el derecho europeo de la ciencia y la tecnología.

Las previsiones de la Ley 15/2022 en este ámbito son importantes y pueden favorecer que se desarrollen instrumentos y mecanismos que garanticen que los algoritmos utilizados en procesos de toma de decisiones por parte de Administraciones públicas utilicen técnicas de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, y establece un marco para que tanto las Administraciones públicas como las empresas promuevan el uso de una IA ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales.

Es una manifestación más del protagonismo que está adoptando España en el desarrollo de un marco jurídico que garantice un desarrollo seguro, dese la perspectiva de las personas, de la IA, pero quizás la iniciativa podría o debería haber sido algo más ambiciosa.

Ciertamente, no obstante, es una ley que se aprueba también en el marco de importantes iniciativas a nivel europeo, entre las que destacan el reglamento o ley de IA que se está tramitando en la UE, con una aproximación basada en el riesgo de las tecnologías, así como en una visión de protección de los derechos humanos, y que una vez se apruebe será de aplicación directa en España y requerirá la adaptación de nuestro marco jurídico actual, también de esta ley si fuera necesario. También es reseñable el trabajo del Comité sobre IA (CAI) del Consejo de Europa para la elaboración de un Convenio sobre IA, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, y que plasma muy bien esta idea que hemos comentado de que habría que posibilitar que en todo el proceso del desarrollo científico-tecnológico —desde que se tiene la idea de investigación hasta que se desarrolla e implementa la tecnología— se realice en el marco de una «ética y derecho por diseño» (*ethics and law by design*), debiendo la normativa establecer mecanismos que lo garanticen.

Únicamente si conseguimos desarrollar un marco jurídico que garantice el estatus de las personas y sus derechos y libertades frente a los riesgos de los sistemas de IA, desde el fundamento de la preservación de la dignidad en el mundo digital, y teniendo en consideración los principios que deben orientar el desarrollo del emergente derecho europeo de la ciencia y la tecnología, se podrá conseguir que la era digital en la que entramos siga siendo humana.

AGRADECIMIENTOS Y RECONOCIMIENTOS

Trabajo inicialmente preparado de forma breve para su presentación en la mesa III, «Análisis por sectores: medios de comunicación e IA», en el seminario La Ley 15/2022 Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Organismos de Igualdad, organizado por el Laboratorio de Igualdad (Equality Lab) en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y desarrollado posteriormente en el marco de la entonces *emergente* «Cátedra ISAAC. Derechos Individuales, Investigación Científica y Cooperación», formada por la UNED en colaboración con el CNR-IFAC, así como en el marco del grupo de investigación consolidado Derechos Fundamentales Multinivel de la UNED, del grupo de investigación Regulation Research Group de la Universitat de València, y del Grupo Interdisciplinar de Estudios Rurales de la Universitat de València (GIERUV). Asimismo, el trabajo se ha terminado en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital (proyecto 101127331, GovReDig), de la que forman parte ambos autores y financiada por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen a los autores y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea, ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos. Los autores también agradecen las recomendaciones y sugerencias de las personas que han evaluado de forma anónima el trabajo y que han servido para su mejora. Los errores y defectos persistentes son responsabilidad de ellos.

CONTRIBUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA COAUTORÍA

Cristina Benlloch se ha ocupado de la preparación de los gráficos y datos estadísticos, así como de su interpretación y de la aproximación desde la sociología del derecho. Joaquín Sarrión se ha ocupado de la parte de análisis, estudio jurídico y aproximación desde el derecho constitucional. Ambos han participado en la revisión del artículo atendiendo a los comentarios, recomendaciones y sugerencias de la evaluación anónima.

Bibliografía

- Aba Catoira, A. (2023). La garantía de los derechos como respuesta frente a los retos tecnológicos. En F. Balaguer Callejón y L. Cotino Hueso (coords.). *Derecho Público de la IA* (pp. 57-84). Zaragoza: Fundación Giménez Abad.
- Arenas Ramiro, M. (2022). La igualdad a la luz de los derechos digitales. En N. Reche Tello y R. Tur Ausina (dirs.), F. J. Sanjuán Andrés y C. Ortega Giménez

- (coords). *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías* (pp. 121-144). Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Arroyo Jiménez, L. (2021). Algoritmos y reglamentos. *Almacén del Derecho* [blog], 25-02-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/3shc6a3s>.
- Balaguer Callejón, F. (2023a). *La Constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- Balaguer Callejón, F. (2023b). *La Constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*. En F. Balaguer Callejón, L. Cotino Hueso (coords.). *Derecho Público de la IA* (pp. 29-56). Zaragoza: Fundación Giménez Abad.
- Bartolini, A., Cippitani, R. y Colcelli, V. (2019). *Dictionary of Statuses within EU Law*. Cham: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-00554-2>.
- Baz Lomba, C. (2021). Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia. *Revista CEFLegal*, 243, 119-160. Disponible en: <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2021.9441>.
- Benlloch Domènech, C. y Sarrión Esteve, J. (2021a). Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital. *Cuestiones Constitucionales*, 46, 3-28. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2022.46.17046>.
- Benlloch Domènech, C. y Sarrión Esteve, J. (2021b). *Los retos sociales y jurídicos de un mundo en transformación: una aproximación a la Sociología del Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Bobić, A. (2017). Constitutional Pluralism is not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice. *German Law Journal*, 18 (6), 1395-1428. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200022380>.
- Boix Palop, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 223-270. Disponible en: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_33.
- Christensen, C. M. (1997). *The Innovator's dilemma*. Boston: Harvard Business Review Press.
- Cippitani, R. (2015). Academic Freedom as a Fundamental Right. En *1ª International Conference on Higher Education Advances, HEAd'15*. Valencia: Universitat Politècnica de València. Disponible en: <https://doi.org/10.4995/HEAd15.2015.357>.
- Cippitani, R. (2023). *La dimensión jurídica del espacio europeo de investigación*. Roma: CNR.
- Comisión Europea (2018a). *A multi-dimensional approach to disinformation*. Report of the independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation. Disponible en: <https://tinyurl.com/pnx8sc5z>.
- Comisión Europea (2018b). *Joint Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Action Plan Against Disinformation*. JOIN(2018) 36 final. Disponible en: <https://tinyurl.com/mr37249d>.

- Comisión Europea (2018c). *EU Code of Practice on Disinformation*. Disponible en: <https://tinyurl.com/mvfmep6>.
- Comisión Europea. (2018d). *Comunicación de la Comisión Europea «IA para Europa», SWD(2018)137final*. 25-4-2018. Disponible en: <https://tinyurl.com/2heb2ub8>
- Comisión Europea (2021). *Ethics By Design and Ethics of Use Approaches for Artificial Intelligence*. 21/12/2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/4hm4pvsn>
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2021). *Recommendation CM/Rec(2021)8 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling (adopted by the Committee of Ministers on 3 November 2021 at the 1416 meeting of the Ministers' Deputies)*. Disponible en: <https://tinyurl.com/yrnusr7w>.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2024). *Committee on Artificial Intelligence (CAI). Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law. CM(2024)52-final*. Disponible en: <https://search.coe.int/cm?i=0900001680afb11f>
- Consejo de Europa (2019). *Umboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights*. Bruselas: Consejo de Europa. Disponible en: <https://tinyurl.com/56978sje>.
- Cotino Hueso, L. (2017). Big data e IA. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *ILEMATA*, 24, 131-150.
- Engisch, K. (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*. Granada: Comares.
- Fernández Hernández, C. (2022). La Ley 15/2022 introduce la primera regulación positiva de la IA en España. *Ciberderecho. Diario La Ley* [blog], 13-07-2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/3r46avyc>.
- FRA. European Union Agency for Fundamental Rights (2020). *Getting the future right- Artificial Intelligence and fundamental rights*. Disponible en: <https://tinyurl.com/3mw3yxpt>.
- Gascón Marcén, A. (2020). Derechos humanos e IA. En A. Pérez G. M. Teruel, E. C. Raffiotta y M. P. Iadicicco (dirs.). *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española* (pp. 335-350). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Generalitat de Catalunya (2021). *Riscanvi: el protocol de valoració del risc*. Disponible en: <https://tinyurl.com/2zyuvd4t>.
- Generalitat Valenciana (2021). *Sistema de alerta rápida SALER*. Disponible en: <https://tinyurl.com/2btzv8ww>.
- Gil González, E. (2017). Aproximación al estudio de las decisiones automatizadas en el seno del Reglamento General Europeo de Protección de Datos a la luz de las tecnologías *big data* y de aprendizaje computacional, *Revista Española de la Transparencia*, 5, 165-179.
- Gobierno de España (2020). *ENIA. Estrategia Nacional de IA*. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdc2pj92>
- Gobierno de España (2021). *Carta de Derechos Digitales*. Disponible en: <https://tinyurl.com/m935vu8v>

- Gómez Sánchez, Y. (2009). La libertad de creación y producción científica: especial referencia a la Ley de Investigación Biomédica. *Revista de Derecho Político*, 75-76, 489-514.
- Gómez Sánchez, Y. (2020). *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.75-76.2009.9100>.
- Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2018). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Adoptadas el 3 de octubre de 2017*. Disponible en: <https://tinyurl.com/3vzbvk98>.
- Guillen López, E. (2022). Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital. En N. Reche y R. Tur Ausina (dirs), F. J. Sanjuán Andrés y C. Ortega Giménez (coords). *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías* (pp. 97-117). Valencia: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Hildebrandt, M. (2016). *Smart Technologies and the End(s) of Law*. Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781849808774>.
- Huelgo Lorga, A. J. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo. En A. J. Huelgo Lorga (dir.) y G. M. Díaz González (coord.). *La regulación de los algoritmos* (pp. 23-87). Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Innerarity, D. y Colomina, C. (2020). La verdad en las democracias algorítmicas. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 124, 11-23. Disponible en: <https://doi.org/10.24241/rcai.2020.124.1.11>.
- Kaplan, A. y Haenlein, M. (2019). Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, 62, 15-25. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>.
- Klein, E. (2020). *Why We're Polarized*. Nueva York: Avid Reader Press.
- Martínez Martínez, R. (2019). IA desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo. *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 64-81.
- Martínez López-Sáez, M. (2021). La ratificación española del Convenio 108+: consideraciones jurídicas básicas del nuevo marco paneuropeo de protección de datos. *Revista General de Derecho Europeo*, 54, 229-254.
- Montero Pascual, J. J. y Rodríguez Ayuso, J. F. (2023). *La nueva regulación de los datos*. Navarra: Aranzadi.
- Moreno, E. (2022). *News Report España 2022*. Pamplona: Publicaciones de la Universidad Universidad de Navarra.
- OdiseIA. (2022). *Guía de buenas prácticas para el uso de la IA ética*. Disponible en: <https://tinyurl.com/yc38bekw>.
- O'Neil, C. (2018). *Armas de destrucción masiva*. Madrid: Capitán Swing Libros.
- Palma Ortigosa, A. (2019). Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Pariser, E. (2017). *El filtro burbuja*. Barcelona: Taurus.

- Parlamento Europeo (2017). *Resolución del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre Normas de Derecho Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. Disponible en: <https://tinyurl.com/yafcdp4y>.
- Parlamento Europeo (2024). *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (ley de IA) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206—C9-0146/2021—2021/0106(COD))*. Disponible en: <https://tinyurl.com/3ex3kjzd>.
- Pérez Zafrilla, P. J. (2021). Polarización artificial: cómo los discursos expresivos inflaman la percepción de polarización política en internet. *Recerca. Revista de Pensament i Anàlisi*, 26 (2), 1-23. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.6035/recerca.4661>.
- Pérez Zafrilla, P. J., Benlloch Domènech, C. y Sarrión Esteve, J. (2021). *E-democracia rural*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reche Tello, N. y Tur Ausina, R. (2022). Poder y persona en una sociedad digital. En N. Reche Tello, R. Tur Ausina (dirs.), F. J. Sanjuán Andrés y C. Ortega Giménez (coords.). *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías* (pp. 13-28). Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2016). El Derecho constitucional ante la era de Utrón: la informática y la IA como objeto constitucional. *Estudios de Deusto*, 64 (2), 225-58. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp225-258](https://doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp225-258).
- Sancho Villa, D. (2021). Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (comentario al artículo 22 RGPD). En A. Troncoso Reigada (dir). *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de los datos personales y garantía de los derechos digitales* (pp.1725-1745). Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Sarrión Esteve, J. (2019). Consumer. En A. Bartolini, R. Cippitani y V. Colcelli (eds.). *Dictionary of Statuses within EU Law*. Cham: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-00554-2_13
- Sarrión Esteve, J. (2022a). *El reconocimiento y protección de los derechos y libertades en un mundo en transformación. ¿Hacia un nuevo paradigma constitucional*. Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Sarrión Esteve, J. (2022b). Algunas notas sobre el paradigma de protección de los derechos fundamentales frente a la IA y las neurotecnologías. En N. Reche Tello y R. Tur Ausina (dirs.), F. J. Sanjuán Andrés y C. Ortega Giménez (coords.). *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías* (pp. 181-197). Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Soriano Arnanz, A. (2021a). Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales. *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, 11.
- Soriano Arnanz, A. (2021b). Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 3, 85-127. Disponible en: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_535.
- Sustein, C. (2003). *República.com. Internet, democracia y libertad*. Barcelona: Paidós.

- UNESCO (2022). *Recomendación sobre la ética de la IA*. Disponible en: <https://tinyurl.com/4tv2f7hr>.
- Valero Torrijos, J. (2022). Los derechos en la era digital. En J. F. Rodríguez Ayuso (coord.). *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar* (pp. 25-42). Cizur Menor: Thomsom Reuters Aranzadi.
- Vara-Miguel, A. (2022). Se agrava la desconfianza de los españoles en las noticias. En: A. Vara, A. Amoedo, E. Moreno, S. Negredo y J. Kaufmann (coords). *Digital News Report España 2022*. (pp. 23-29). Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/019.2022>.
- Vara, A., Amoedo, A., Moreno, E., Negredo, S. y Kaufmann, J. (2022). *Digital News Report España 2022*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/019.2022>.
- Zweig, S. (2003). *El legado de Europa*. Barcelona: Acantilado.

EL ACOSO SEXUAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Sexual harassment in the United States of America

KARIN CASTRO CRUZATT
Universidad de Valladolid
karin.castro@uva.es

Cómo citar/Citation

Castro Cruzatt, K. (2024).
El acoso sexual en los Estados Unidos de América.
IgualdadES, 10, 123-151
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.05>

(Recepción: 03/09/2023; aceptación tras revisión: 14/01/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

Este estudio tiene por objetivo estudiar los orígenes, el desarrollo y los obstáculos que ha enfrentado la configuración del acoso sexual como un fenómeno sexualmente discriminatorio en los Estados Unidos de América. Para ello se estudiarán las premisas sobre las que se asienta el principio *antidominación*, un enfoque clave en dicha conceptualización, analizando también las principales objeciones que se han formulado contra la teorización del acoso sexual a partir de dicho paradigma. Después se revisa el proceso a través del cual los tribunales estadounidenses fueron avanzando hacia su reconocimiento, destacando los principales obstáculos que ha enfrentado su desarrollo este ámbito. Finalmente se valoran las principales modificaciones que ha propiciado el movimiento #MeToo en el tratamiento del acoso sexual en el país citado.

Palabras clave

Acoso sexual; principio antidominación; principio antisubordinación; discriminación basada en el sexo.

Abstract

This essay has the aim to study the origins, development and obstacles faced by the configuration of sexual harassment as a sexually discriminatory phenomenon in the United States of America. With this purpose we will study Antidomination principle which played a crucial role in said conceptualization, analyzing the main objections formulated against that theorization. Then we will explore the process through which US courts have advanced towards the recognition of sexual harassment as a sex-based discrimination practice, highlighting the main obstacles faced in its development. Finally, we will analyze the main modifications that the #MeToo movement has brought about in the treatment of sexual harassment in the aforementioned country.

Keywords

Sexual harassment; Antidomination principle; Antisubordination principle; sex-based discrimination.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CONCEPCIONES DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO ESTADOUNIDENSE Y EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO ANTIDOMINACIÓN. III. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO UNA MANIFESTACIÓN SEXUALMENTE DISCRIMINATORIA: 1. El principio *antidominación*. 2. El acoso sexual y su encaje como un problema de discriminación basada en el sexo. IV. CRÍTICAS A LA DEFINICIÓN DEL ACOSO SEXUAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO ANTIDOMINACIÓN. V. LA REGULACIÓN Y EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ACOSO SEXUAL: 1. El carácter no deseado o inoportuno (*unwelcome*) del acoso sexual. 2. El acoso sexual como una práctica severa y generalizada (*severe and pervasive*). 3. El acoso sexual y el enfoque interseccional. VI. EL MOVIMIENTO #MeToo Y SU IMPACTO EN EL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL EN ESTADOS UNIDOS. VII. REFLEXIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el acoso sexual en el empleo se concibe como una de las manifestaciones más graves de la violencia contra las mujeres. Diversas legislaciones nacionales tipifican, prohíben o sancionan estas conductas en el empleo y en otros ámbitos. Pese a la existencia de mecanismos legales destinados a su erradicación, los instrumentos disponibles no han sido capaces de ofrecer soluciones a las víctimas, adoptando estándares y requisitos sobre los que se proyectan sesgos que obstaculizan su sanción.

El movimiento #MeToo, que se inició en los Estados Unidos de América y que ha tenido reflejo en diversos países, constituye una prueba palpable de que este fenómeno se encuentra lejos de considerarse una reliquia del pasado¹.

¹ Los orígenes del movimiento #MeToo se remontan al año 2007, cuando la activista Tarana Burke promovió una organización sin fines de lucro —Just be Inc.— con la finalidad de asistir a mujeres víctimas de violencia sexual (Tuerkheimer, 2019: 1147). Después, en 2017, la actriz estadounidense Alyssa Milano creó el famoso *hashtag* en la red social Twitter, invitando a que las mujeres afectadas como ella denuncien públicamente las agresiones y el acoso sexual de los que habían sido víctimas, dando lugar a un movimiento de grandes alcances. Para una revisión del ingente número de demandas de acoso sexual promovidas ante la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos —U.S. Equal Employment Opportunity Commission— en el

El acoso sexual constituye una práctica extendida y que produce consecuencias funestas en la vida de las mujeres que lo padecen. Pero además incide en el estatus de las mujeres como grupo social, reforzando la posición subordinada en la que se encuentran en un espacio especialmente relevante para su desarrollo autónomo, como el empleo, pero también en otros entornos, como la educación, la política, el deporte, etc.

Este ensayo tiene por objetivo analizar los orígenes y el desarrollo del acoso sexual en el derecho antidiscriminatorio estadounidense. Para ello se estudiarán las premisas sobre las que se asienta el principio *antidominación*, una construcción impulsada por el feminismo norteamericano que fue clave en su conceptualización como un fenómeno sexualmente discriminatorio, y también se analizan las principales objeciones que se han formulado contra la teorización del acoso sexual desde este enfoque. Seguidamente se revisa el proceso a través del cual los tribunales estadounidenses fueron avanzando hacia su reconocimiento, destacando los principales obstáculos que ha enfrentado su desarrollo en el ámbito jurisprudencial. En el último apartado, se valoran las principales modificaciones que ha propiciado el movimiento #MeToo en el tratamiento del acoso sexual en el país citado.

II. LAS CONCEPCIONES DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO ESTADOUNIDENSE Y EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO ANTIDOMINACIÓN

La conceptualización del acoso sexual como un fenómeno sexualmente discriminatorio fue posible gracias a un enfoque en materia de igualdad que trascendió la concepción formal de este derecho y que puso en tela de juicio su definición como una mera prohibición de establecer tratamientos diferenciados sin que medie una causa que así lo justifique. La lucha por la igualdad racial fue el contexto en donde las limitaciones de la visión neutra e individualista de la igualdad se pusieron en evidencia y en donde se postuló una comprensión de este derecho consciente de las diferencias de estatus que produce el prejuicio arraigado que recae sobre ciertos grupos. El derecho a no ser discriminado, reconocido en la cláusula de igualdad de la Constitución americana, era concebido como un mandato de carácter asimétrico al considerarse que estaba dirigido a la protección de los colectivos subordinados,

período comprendido entre febrero de 2018 y febrero de 2021 se puede consultar el informe *Sexual Harassment in Our Nation's Workplace*, de abril de 2022. (disponible en: <https://tinyurl.com/yc27nct9>, consultado el 08/02/2023).

cuya posición de desventaja profunda se refleja en diversas esferas, como la económica, social, política, educacional, etc.

Un elemento fundamental de esta formulación —y generalmente poco comprendido— es su carácter grupal. De acuerdo con este atributo, el bienestar de los individuos y de los grupos (subordinados) a los que pertenecen se encuentra en una relación de interdependencia (Fiss, 2004: 20), y por ello la atención al componente grupal es indispensable para proteger a los miembros del grupo o colectivo individualmente considerados (Rosenfeld, 1991: 296, 297).

El carácter grupal permite advertir la verdadera envergadura de la discriminación que recae sobre los miembros de los grupos subordinados. Como afirma Barrère (2003: 4), la discriminación que afecta a las personas que pertenecen a los colectivos subordinados se produce en virtud de «lo que significa e implica social (mente)» la pertenencia a dichos colectivos. Si bien estos actos «se percibe(n) o se manifiesta(n) individualmente», poseen una «base [...] presumiblemente grupal». Esta dimensión colectiva supone que su relevancia no se agote en el plano individual y adquiera una relevancia grupal, en el sentido de que tienen el potencial de reforzar la posición subordinada de estos colectivos.

El carácter estructural de la discriminación es el elemento que explica esta dimensión grupal o colectiva. La discriminación no se origina ni se explica a partir de las conductas individuales y desvinculadas que normalmente cuestionan las personas afectadas por estas prácticas, sino que se considera que estos actos aparentemente aislados constituyen manifestaciones vinculadas a un sistema de exclusión. Por ello tiene reflejo en la formulación de las leyes, pero también en su aplicación por la judicatura y, desde luego, está presente en diversas prácticas institucionales y en conductas privadas.

Esta realidad condiciona la existencia de quienes forman parte de los grupos subordinados y se refleja en diversas áreas en donde su presencia es marcadamente debilitada. Por ello, en contextos de desigualdad estructural limitar la lucha contra la discriminación a la tutela individual es insuficiente. Solo a través de la adopción de políticas, leyes y decisiones que tengan por finalidad transformar las estructuras y prácticas excluyentes en diversos órdenes es posible proteger a quienes forman parte de los grupos subordinados de la discriminación y lograr su plena inclusión en la sociedad.

A través del principio antisubordinación se justificaron un conjunto de medidas de carácter transformador que se aprobaron en el periodo conocido como la Revolución de los Derechos Civiles, que tenía el objetivo de desmontar el sistema de segregación racial conocido como *Jim Crow*, que subyugaba a los afroamericanos y afroamericanas. Estas políticas se pusieron en marcha al asumir que constituían un colectivo cuya posición de desapoderamiento se

reflejaba en diversas esferas, como la social, la política y la económica (Balkin y Siegel, 2003: 28 y 29; Fiss, 1977: 120).

Así como desde la lectura de la cláusula de igualdad a la luz del principio antisubordinación es posible sostener que la discriminación contra los afroamericanos y afroamericanas forma parte de un engranaje o estructura históricamente arraigada basada en el racismo, es posible cuestionar los sistemas de opresión fundados en fenómenos como el sexismo, la homofobia, la transfobia, entre otros, que ubican a quienes pertenecen a estos grupos en una posición de desapoderamiento. De allí que sea más adecuado hacer referencia a grupos subordinados como los sujetos protegidos por la cláusula de igualdad (las mujeres, minorías raciales, personas lesbianas y homosexuales, etc.), y no a rasgos o clasificaciones sospechosas (la raza, el sexo o la orientación sexual), denominación que sugiere que las cláusulas de igualdad poseen un carácter neutro o simétrico.

Los avances en materia de igualdad que se alcanzaron en el plano racial sirvieron de acicate para que otros colectivos cuestionen normas, políticas y prácticas de carácter subordinante. Es así como el movimiento feminista obtuvo importantes avances, aunque en las victorias judiciales de este período la orientación formal de la igualdad tenía un marcado predominio. En la Sentencia *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971), por ejemplo, el Supremo anuló una ley de Idaho que concedía la preferencia en la administración del patrimonio de una persona fallecida a los hombres frente a las mujeres, señalando que la cláusula de igualdad impedía a los estados dar «un trato a personas ubicadas por una ley en diferentes clases sobre la base de criterios totalmente carentes de relación con el objetivo de la ley». Las clasificaciones, proclamó el Supremo, «deben ser razonables y no arbitrarias». En *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973) se estableció que el sexo constituye un rasgo sospechoso. Aunque la argumentación de esta decisión tuvo en cuenta la historia de discriminación padecida por las mujeres y su situación de desventaja en distintas áreas, el carácter sospechoso fue atribuido al sexo y no hubo declaración relativa a la protección reforzada que habría que dispensar a las mujeres como grupo desfavorecido.

Los aportes de Mackinnon y de otras académicas, como Kate Millett y Andrea Dworkin, cuestionaron las limitaciones del enfoque hegemónico y promovieron un cambio de paradigma. El principio antidominación se inspiró en el movimiento por los derechos civiles que entendía que la discriminación de la población afroamericana no constituía un problema generado por la diferenciación racial, sino que suponía un problema de opresión provocado por la «supremacía blanca» (Mackinnon, 2014: 74). Para ello planteó una crítica aguda al feminismo liberal por centrar sus esfuerzos en la búsqueda de «una igualdad formal [...] y una lucha de reconocimiento por “la diferencia”» a través de dos vías (Cuitláhuac, 2016: 165). En primer lugar, mediante la

defensa de la *mismidad* entre hombres y mujeres, derivada de una supuesta neutralidad o estándar único, se buscaba garantizar a estas el «acceso a lo mismo a lo que acceden los hombres» (Mackinnon, 2014: 59): la masculinidad se erige como el referente universal de la igualdad y, en consecuencia, «las mujeres somos medidas según nuestra correspondencia con el hombre» (Mackinnon, 1979: 59). Pero esta ruta resultaría ineficaz si se carece de un punto de comparación concreto a partir del cual demostrar la ruptura de la igualdad entre ambos sexos (*ibid.*: 3). Adicionalmente, su afán universalista había contribuido a dejar de lado las necesidades particulares de las mujeres. Por ejemplo, la autora observó que este enfoque había llevado a la legislación relativa a la violación sexual y al control de la natalidad, que constituían «áreas cruciales para la construcción del estatus inferior de las mujeres (y) que están cargadas de misoginia» (Mackinnon, 1991: 1297), lo que explicará que no se hayan considerado relevantes en el debate relativo a la igualdad.

En segundo lugar, el enfoque de la diferencia o doble estándar, que constituía una excepción al enfoque de la *mismidad* a la par de su complemento, reconocía las diferencias entre hombres y mujeres. El reconocimiento de la femineidad (*womanhood*) como una condición que conlleva atributos únicos, se establecía a partir de las diferencias consideradas naturales, pero que en verdad derivaban de las estructuras sociales que situaban a la mujer en una posición subordinada (Mackinnon, 1979: 59). Por esta misma razón, aunque se admitía legislación compensatoria, siempre que se encuentre fundada en estas diferencias «naturales» entre ambos sexos, estas medidas terminaban reproduciendo las barreras opresoras, en lugar de eliminarlas. Mackinnon destacó que ambas aproximaciones reposaban sobre la noción de que «el sexo es una diferencia, una división, una distinción bajo la cual yace un estrato de comunidad humana, de *mismidad*» (*id.*).

Mackinnon (*ibid.*: 75) aseguró que la desigualdad entre hombres y mujeres no es consecuencia de las diferencias naturales entre los sexos, sino que se explica en virtud de la «subordinación de las mujeres a los hombres». Es decir, está condicionada por la supremacía masculina y la consecuente subordinación femenina. El centro del problema reside, entonces, en el «inequitativo reparto de poder» (Cuitláhuac, 2016: 165) del cual se deriva el estatus privilegiado de los hombres frente al estatus oprimido de las mujeres. La igualdad, por tanto, debe ser analizada como una cuestión de jerarquía.

Diversas cuestiones que carecerían de relevancia desde la orientación dominante adquirieron, gracias al enfoque antidominación (*dominance approach*), relevancia en términos de igualdad: el acoso sexual, la pornografía, la prostitución, la violación sexual, entre otros, son asuntos que ocurren casi exclusivamente a las mujeres en virtud de su posición subordinada y escapan al análisis en clave de igualdad desde una visión formal.

III. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO UNA MANIFESTACIÓN SEXUALMENTE DISCRIMINATORIA

1. EL PRINCIPIO ANTIDOMINACIÓN

Uno de los principales aportes de la teoría antidominación fue su conceptualización del acoso sexual como una forma de discriminación basada en el sexo. Mackinnon (1979: 1, 2) la definió como «la imposición no deseada de exigencias sexuales en el contexto de una relación de poder desigual». Este fenómeno se describió a partir de dos variantes: el *quid pro quo* o acoso sexual de intercambio y *condition of work*, actualmente denominado acoso sexual por ambiente hostil. En el primero, se dirigen insinuaciones y propuestas sexuales a una trabajadora a cambio o como condición de acceder o conservar su empleo u obtener algún tipo de beneficio, ventaja o condición de trabajo. El elemento definitorio constituye el uso de la coerción para obtener favores sexuales, al condicionar la obtención de algún beneficio, ventaja o la conservación del empleo a la aceptación de las exigencias sexuales no deseadas. Por su parte, el acoso sexual por ambiente hostil se produce sin que se condicione la conservación del empleo o a la obtención de alguna ventaja tangible en el empleo. Lo característico son las conductas o expresiones de naturaleza sexual que se dirigen unilateralmente a la trabajadora y que, aunque no tienen como objetivo final la obtención de una relación sexual, tienen como resultado convertir el ambiente de trabajo en «insoportable» por su carácter humillante, intimidante y lascivo (*ibid.*: 40). Cabe indicar que no siempre es sencillo categorizar un caso de abuso en cada una de estas variantes y no es extraño que aparezcan elementos de ambas entremezclados.

La formulación de Mackinnon estuvo condicionada por las condiciones particulares del mercado laboral estadounidense de la década de los setenta. Esta realidad laboral se caracterizaba por la segregación horizontal del trabajo, pues las mujeres realizaban, predominantemente, oficios considerados «para mujeres» y su presencia en puestos «para hombres» se consideraba una amenaza. Otra nota distintiva era la estratificación vertical del empleo que las situaba en posiciones subordinadas, alejadas de los puestos de dirección que eran acaparados por los hombres. Todo ello daba lugar a una significativa desigualdad salarial, una condición que no solo se apreciaba en las labores desarrolladas por hombres y mujeres en proporciones similares, sino que también era visible en los puestos «para mujeres», que recibían los salarios más bajos y eran infravalorados.

La presencia de la mujer en la esfera laboral en la década de los sesenta y setenta tenía lugar, primordialmente, en actividades que reproducían su rol de cuidadora y en oficios feminizados, como maestras, enfermeras, secretarias o

aquellas que replicaban su rol de objeto sexual (Abrams, 1998: 1205). Su incorporación a la vida laboral se produjo bajo condición de que esta esfera sea un terreno en el cual el *statu quo* no solo no se quiebre, sino que se reproduzca y refuerce. La progresiva incorporación en puestos que escapaban a los roles que les habían sido tradicionalmente atribuidos se ha topado con diversos obstáculos. El acoso sexual es una de las manifestaciones más perversas de esta resistencia y se ha expresado a través de conductas que incluyen las agresiones sexuales, físicas y verbales que han pretendido impedir el ingreso de las mujeres a estas parcelas de dominio masculino (*ibid.*: 1206).

Pero como bien han apuntado diversas autoras, el acoso dirigido contra las mujeres no siempre está plagado de un contenido sexual. Existen manifestaciones del acoso basado en el sexo que pueden ser particularmente ofensivas y nocivas, sin estar encaminadas a la obtención de favores sexuales ni plantearse en términos sexuales. Prácticas como el sabotaje, el menosprecio y el aislamiento ostentan un carácter claramente lesivo y, sin embargo, están privadas de un contenido sexual, aunque ciertamente se fundan en el sexo de sus víctimas (*ibid.*: 1208).

2. EL ACOSO SEXUAL Y SU ENCAJE COMO UN PROBLEMA DE DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL SEXO

Aunque el acoso sexual constituye un fenómeno que ha estado presente a lo largo de la historia, los primeros casos que intentaron enmarcar esta práctica dentro de la prohibición de discriminación basada en el sexo encontraron una fuerte resistencia en los tribunales estadounidenses. El primer obstáculo que debía ser superado —de orden formal— era la falta de mención al acoso sexual como una manifestación sexualmente discriminatoria y la ausencia de historia legislativa del título VII de la Ley de Derechos Civiles, que prohíbe la discriminación en el empleo basada en el sexo. Esta fue promovida por «congresistas opuestos a la Ley que esperaban que la inclusión del “sexo” [...] contribuyera a su fracaso» (Estrich, 1991: 816), y se incluyó el día anterior a su aprobación. Aunque finalmente el objetivo perseguido no se alcanzó, esto impidió contar con antecedentes y debates previos que sirvan de guía para la determinación de las prácticas que podrían ser consideradas sexualmente discriminatorias (*ibid.*: 817). Por ello no es de extrañar que las primeras sentencias que tuvieron que enfrentar este tipo de demandas esgrimiesen la falta de historia legislativa de la Ley de Derechos Civiles como una razón para desestimar estas demandas.

También existían razones de fondo que explicaban la tolerancia frente a este tipo de actos, que eran vistos como manifestaciones inevitables y carentes de relevancia desde el punto de vista jurídico. Como aprecia Franke (1997: 700),

estos casos estaban guiados por una comprensión del acoso sexual como una práctica «inevitable», una suerte de consecuencia generada por la irrupción de los ambientes laborales sexualmente mixtos o «el precio que las mujeres deben de pagar por participar en igualdad de condiciones en la esfera pública». El acoso sexual era caracterizado como un asunto privado y no como una práctica discriminatoria. Por esta razón, no solo no era objetado, sino que incluso era justificado. Por ejemplo, en la conocida Sentencia *Corne v. Bausch & Lomb*, 390 F. Supp. 161 (D. Ariz. 1975), una corte federal de Arizona afirmó que las conductas denunciadas podían calificarse como «una proclividad personal, una peculiaridad o amaneramiento [...] (para) satisfacer un impulso personal».

Los primeros casos en donde se estimaron demandas de acoso sexual lo hicieron desde una visión formal de la igualdad. *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983, 990 (D.C. Cir. 1977), considerado el primer litigio en el que un tribunal federal calificó las conductas de acoso contra una trabajadora como sexualmente discriminatorias, apreció que las circunstancias a las que se vio sometida la afectada tuvieron lugar en virtud de su sexo —*but for her sex*—. Según indicó la sentencia, «de no ser por su femineidad [...] su participación en una actividad sexual nunca se le hubiera solicitado». El acoso sexual constituía, desde esta postura, una violación de la igualdad formal en tanto suponía una conducta que afectaba solamente a las mujeres y no los hombres.

Progresivamente, las cortes federales fueron ampliando su comprensión del acoso sexual para incorporar dentro de este fenómeno las conductas sexuales en las que no se utilizaba la coerción para la obtención de favores sexuales a cambio de ventajas laborales, pero en donde el ambiente laboral terminaba siendo insoportable. En *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981), sentenciado en el año 1981, la Corte de Apelaciones de Washington DC apeló, nuevamente, al argumento de la igualdad formal para resolver un caso en el que se combinaban aspectos del denominado acoso *quid pro quo* y de lo que posteriormente se denominaría acoso sexual por ambiente hostil. Esta corte de apelaciones se preguntaba: «¿Habría la empleada demandante sufrido el acoso si hubiera sido de un género distinto?», concluyendo que el acoso del que había sido víctima la afectada se explicaba en virtud de su sexo. La posesión de este rasgo había provocado un trato distinto que no tenían que soportar los trabajadores de sexo masculino².

² Mackinnon, consciente de la influencia de la orientación formal y neutra de la igualdad, ofreció, junto a su argumentación sobre el acoso sexual inspirada en el principio antidominación, una explicación ortodoxa de este instituto. Arguyó que el acoso sexual también podía considerarse como una práctica que viola la igualdad (formal) entre hombres y mujeres, en tanto afecta solamente a estas, (1979: 6).

El argumento *but for sex* también guió la resolución de los primeros casos que abordaron el acoso sexual entre personas del mismo sexo. En *Wright v. Methodist Youth Services Inc.*, 511 F. Supp. 307 (N.D. Ill. 1981) se entendió que el supervisor demandado había dirigido sus demandas sexuales al afectado en virtud de su sexo, a diferencia de las trabajadoras, que no estaban expuestas a dichas proposiciones, por lo que concluyó que se trataba de un caso de trato dispar discriminatorio. Este criterio ha sido utilizado por otros tribunales que han afirmado que las insinuaciones sexuales dirigidas por un supervisor homosexual a un subordinado de su mismo sexo, en tanto no se realizan a empleados del sexo opuesto (por la orientación sexual del supervisor), configuran «una situación en donde, de no ser por el sexo del subordinado, este no hubiera sido sometido a dicho tratamiento» (*EEOC v. Walden Book Co.*, 885 F. Supp. 1100 (M.D. Tenn. 1995)).

Un aspecto particular en los casos de acoso sexual entre personas del mismo sexo es que los tribunales solían requerir que la orientación sexual del demandado se encuentre acreditada, pues solo de este modo podían determinar que el razonamiento *but for sex*, es decir, la ruptura de la igualdad formal se había producido. Consecuentemente, en los supuestos en donde existen indicios que apuntaban a la orientación heterosexual del demandado se consideran imposibilitados de aplicar el razonamiento de *Wright*, al no poderse afirmar que el acoso sexual que han padecido las víctimas se haya producido en virtud de su sexo (Franke, 1997: 713). Esta línea de análisis fomenta la indagación en el reducto íntimo del demandado y asume que las personas tienen, alternativamente, una orientación sexual homosexual o heterosexual, dejando de lado la posibilidad de que el agresor tenga una orientación bisexual. La protección antidiscriminatoria se condiciona a una prueba constitucionalmente reprochable —la indagación en la orientación sexual de una de las partes— y queda sustancialmente restringida por las dificultades que ofrece esta exigencia, negando la protección antidiscriminatoria en los supuestos en donde el agresor tiene una orientación bisexual.

Con diversas decisiones de soporte, y con el respaldo de las directrices de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo reconoció el acoso sexual como una práctica discriminatoria en *Meritor Sav. Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986). La sentencia señaló que la protección contra la discriminación, basada en el sexo del título VII de la Ley de Derechos Civiles, «no está limitada a la discriminación “económica” o “tangible (en el empleo)”», sino que permite cuestionar un conjunto más amplio de conductas y decisiones que se deben entender comprendidas dentro de la prohibición de trato dispar en virtud del sexo que consagra el título VII de la ley citada. Sobre el acoso sexual por ambiente hostil, el Supremo señaló que este tiene lugar cuando el entorno laboral «está impregnado de una conducta

discriminatoria que es suficientemente severa o generalizada para crear un ambiente de trabajo [...] hostil o abusivo». Indicó que la existencia de un ambiente hostil se debe determinar a partir de una apreciación de la totalidad de las circunstancias, como «la frecuencia de la conducta discriminatoria, su severidad, si hay amenaza física o humillación o una mera expresión ofensiva o si esta interfiere de manera irrazonable con el desempeño laboral del empleado». Pese a la relevancia de este pronunciamiento, el Supremo no explicó por qué el acoso sexual debía considerarse una práctica sexualmente discriminatoria.

IV. CRÍTICAS A LA DEFINICIÓN DEL ACOSO SEXUAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO ANTIDOMINACIÓN

Pese al enorme influjo que ha tenido la conceptualización del acoso sexual como una práctica sexualmente discriminatoria en diversos ordenamientos jurídicos, en la academia norteamericana no existe consenso en abordar este instituto a partir de los postulados del principio antidominación. Por otro lado, hay quienes rechazan ubicar la protección frente al acoso sexual en el derecho antidiscriminatorio. Este sector sostiene que este fenómeno lesiona la dignidad de todas las personas, y por esta razón afirman que no debería entenderse como una práctica que discrimina a las mujeres como grupo social. En este apartado se analizan críticamente estas propuestas.

Kathryn Abrams considera que la definición del acoso sexual debe seguir girando, primordialmente, alrededor de la subordinación de las mujeres, pero que no debe centrar su atención exclusivamente en la experiencia de este colectivo. Estima que el acoso, como expresión sexista dirigida a reforzar la jerarquía entre los hombres y las mujeres, no se agota en la relación entre los sexos biológicos. Por el contrario, abarca también «una valoración de las normas masculinas —aquellas prácticas o características asociadas con los hombres—» y, paralelamente, conlleva también «una devaluación de las normas femeninas —aquellas prácticas o características asociadas con las mujeres—». En tal sentido, señala que el acoso sexual debe considerarse un fenómeno dirigido a «preservar el control masculino y reforzar las normas masculinas en el trabajo» (Abrams, 1998: 1209). Desde su perspectiva, este planteamiento permitiría abarcar el acoso sexual entre personas del mismo sexo, sin abandonar la perspectiva asimétrica ni la especial referencia a la subordinación de la mujer que explica su surgimiento.

En una línea similar, Katherine Franke (1998: 1246) ha ofrecido una crítica a la definición del acoso realizada a la luz del principio antidominación. Señala que la conceptualización de este fenómeno como una forma de discri-

minación contra las mujeres es heterosexista, pues asume que el acosador siempre será una persona de sexo masculino. Esta visión, según apunta, tiene un sesgo heteropatriarcal en tanto deja fuera de protección frente al acoso a las personas del mismo sexo y, en general, los casos en los que la víctima no es una mujer y el agresor no es un hombre. En este sentido, entiende que el acoso sexual constituye una forma de discriminación sexual mediante la cual se procura «el control de las normas de género heteropatriarcales en el trabajo». Para Franke (1997: 693), el acoso sexual de un hombre a una mujer constituye una manifestación del sexismo, pues en él se manifiestan los principales estereotipos de género que conciben a los «hombres como conquistadores sexuales y (las) mujeres como sexualmente conquistadas; hombres como sujetos sexuales masculinos y (las) mujeres como objetos sexuales femeninos». Pero, según sostiene, el acoso sexual no solo afecta a las mujeres, sino que también ejerce un poder disciplinario o aleccionador sobre los hombres que son sometidos a una suerte de control y vigilancia mediante el cual las normas heteropatriarcales de género son puestas en vigor. Este instituto, por tanto, se puede definir como una «práctica disciplinaria que inscribe, ejecuta y vigila las identidades tanto del acosador y la víctima de acuerdo con un sistema de normas de género que concibe a las mujeres como objetos (hetero)sexuales femeninos, y a los hombres como sujetos (hetero)sexuales masculinos» (í.d.).

El objetivo fundamental de K. Franke, según sus propias palabras, es bosquejar un enfoque del acoso sexual en el que las mujeres sigan siendo el principal referente, pero que no ignore los efectos que esta práctica tiene en los hombres. Como otras autoras, pretende dar respuesta a las demandas de acoso sexual entre personas del mismo sexo, así como a los casos en los que las víctimas son los hombres «afeminados, inexpertos sexuales o que se apartan de otras formas de la masculinidad convencional» (Abrams, 1998: 1192). Aunque Franke reconoce que el acoso sexual recae principalmente sobre las mujeres, no duda en aceptar que también puede afectar a hombres y, en cada caso, con distintos propósitos. Tratándose de las mujeres, el acoso sexual puede dirigirse a reforzar el desprecio hacia la «feminidad convencional o como un medio de disciplinar su conducta no femenina», mientras que en el caso de los hombres puede dirigirse a disciplinar a los hombres que no se asimilan en el «modelo dominante de masculinidad» (*ibid.*: 1193).

Ambas autoras no se manifiestan contrarias a la visión asimétrica de la igualdad que caracteriza la definición del acoso sexual desde el enfoque antidominación, pero la conceptualización que ofrecen sí pone en cuestión este pretendido carácter asimétrico. Al delimitar el acoso sexual con el objetivo de trascender de su comprensión como una práctica que afecta a las mujeres como grupo subordinado y que surge en virtud del sistema sexo/género, y abarcar aquellas conductas que tengan el objetivo de reforzar la jerarquía de

género, los colectivos que resultan protegidos se amplían (las personas protegidas serán todas aquellas las afectadas por cualquier conducta que tenga por objetivo reproducir y reforzar la jerarquía de género). Pero ¿resulta esta una definición más rigurosa y coherente con el carácter asimétrico y unilateral que proclaman defender? A mi juicio, estamos frente a una propuesta que presenta dos debilidades. La primera es que termina incluyendo dentro de la protección contra el acoso sexual a sujetos, pero que no necesariamente forman parte de colectivos oprimidos, como los hombres que no siguen las normas de género heteropatriarcales y por ello son objeto de conductas de acoso sexual. Aunque los estereotipos de género pueden estar en el origen de una serie de prácticas excluyentes, una comprensión de la igualdad en clave asimétrica exige que la protección antidiscriminatoria se dirija a colectivos subordinados por algún sistema de opresión. Esta propuesta quiebra esta primera regla. A este respecto, Barrère (2013: 23) ha señalado que «una conducta de acoso sexual a un hombre puede que cercene el dominio de los hombres, pero en ningún caso perpetúa su subordinación». En segundo lugar, esta construcción, edificada sobre la base de las normas de género heteropatriarcales, sugiere que el problema de discriminación que está en la base del acoso sexual reside en el género, pero se invisibiliza el componente sexual de esta opresión.

Por otra parte, el acoso sexual del que son víctimas las personas lesbianas y homosexuales tiene origen en la homofobia y las personas homosexuales y lesbianas constituyen un colectivo subordinado. Reconocer la existencia de este tipo de acoso sexual y la necesidad de tutela a las personas afectadas por estas prácticas no supone desnaturalizar la protección contra el acoso sexual que afecta a las mujeres como grupo subordinado y que es una manifestación de la discriminación que tiene origen en el sistema sexo/género.

También Vicki Schultz critica la conceptualización del acoso sexual desde la perspectiva antidominación. Considera que el acoso sexual constituye una manifestación de la discriminación basada en el sexo, pero formula dos críticas a la propuesta original de Mackinnon. En primer lugar, explica que una de las consecuencias más perjudiciales de dicho enfoque es que está centrado en «la conducta sexual», por lo que suele ignorar formas no sexuales de acoso laboral que sufren las mujeres (Schultz, 2001: 421). Afirma que, de este modo, se impide comprender una serie de actos de acoso motivados en el sexo, en los que el ingrediente sexual no está presente, pero cuyo principal efecto es excluir a las mujeres de ciertas posiciones laborales. Su propuesta pretende ubicar el acoso sexual dentro de un modelo destinado a combatir la exclusión del trabajo. A diferencia del «modelo sexual», como denomina al enfoque de Mackinnon, que describe como uno que entiende el acoso sexual como un conjunto de prácticas a través de las cuales los hombres utilizan su posición dominante en el empleo para obtener favores sexuales de las mujeres,

esta autora nos invita a ver al acoso sexual como la manera en la que los hombres «usan el sexo para apropiarse del trabajo para sí mismos» (*ibid.*: 419). Así, tanto el acoso *quid quo pro* como el acoso sexual por ambiente hostil constituirían parte de un engranaje a través del cual las mujeres son excluidas de las posiciones más atractivas y relegadas a las de menor estatus.

La autora también dirige una crítica a la visión *top-down* que, según estima, postula la perspectiva antesubordinación y que, según advierte, atiende al poder que emana de las jerarquías formales en las organizaciones y desatiende el que emerge de las relaciones horizontales, como el que surge entre compañeros de trabajo que, por lo demás, es bastante recurrente. Los casos de acoso basado en el sexo, concluye, deben verse como «parte de un largo patrón para excluir a las mujeres o para comunicarles el mensaje de que son diferentes e inferiores» (*ibid.*: 424). Schultz señala que «el problema con el acoso en el empleo es el sexismo, no el deseo sexual» (2018: 18), pero esta afirmación no es negada por quienes comparten la visión del acoso sexual desde una orientación en clave antidominación, que tiene como premisa la situación de subordinación que recae sobre las mujeres. De hecho, esto explica el desarrollo de los casos de acoso sexual por ambiente hostil en donde el demandado no pretende obtener favores sexuales por parte de la afectada, y que puede tener lugar a través de actos o expresiones que carecen de naturaleza sexual. Esta forma de acoso, además, puede producirse entre «pares» dentro de una organización, por lo que no es necesario acreditar la existencia de una relación de jerarquía formal entre la afectada y el responsable, más aún si se tiene en cuenta que desde la perspectiva antidominación la desigualdad entre sexos se concibe como una expresión de jerarquía o estatus. La alusión al deseo sexual como una premisa sobre la cual está construida la visión antidominación es, por tanto, equivocada, pues dicho modelo nunca ha señalado a dicho elemento como el origen o fundamento del acoso sexual.

Otra voz crítica del enfoque antidominación ha sido la de Ellen Frankel (1990: 348), que defiende una visión neutra de la igualdad y sostiene que el enfoque antidominación promueve una visión de las mujeres como «víctimas indefensas, dependientes económicamente de los hombres y al servicio de (su) deseo sexual». La autora estima que el planteamiento de Mackinnon, al que califica de «victimología», asigna a los hombres y mujeres un rol dentro de la sociedad del cual no pueden escapar: de un lado las mujeres son representadas como seres físicamente débiles, económicamente dependientes e indefensas frente a un sistema que las oprime, frente a los hombres que ocupan la posición de victimarios y promotores de un sistema diseñado para garantizar su posición de dominio.

En consonancia con lo señalado anteriormente, Frankell rechaza la conceptualización del acoso sexual como una manifestación de la discriminación

que recae sobre las mujeres como grupo desfavorecido porque, según indica, mientras que «la discriminación menosprecia o devalúa a todos los miembros de un grupo, [...] el acosador sexual solamente selecciona a alguien que él encuentra atractiva» (*ibid.*: 350). La puesta en cuestión de la visión grupal sobre la que reposa la formulación del acoso sexual resulta, desde mi opinión, sumamente frágil. Franke acierta cuando señala que las víctimas de conductas de acoso sexual son seleccionadas en virtud de sus características personales, pues, de hecho, no todas las mujeres que forman parte de la plantilla de una empresa resultan afectadas por estas conductas. Pero este hecho no niega la faceta grupal y estructural que explica este fenómeno. Las conductas que se pueden enmarcar dentro de un supuesto de acoso sexual suponen una afectación grupal o colectiva, en la medida que constituyen una manifestación de la subordinación del colectivo al que la víctima pertenece y reafirman su situación de opresión, aunque se expresen de manera individualizada.

Finalmente, y como mencionamos previamente, existen autoras que se oponen a conceptualizar el acoso sexual como una forma de discriminación contra la mujer y proponen conceptualizar este fenómeno como uno que vulnera la dignidad de las personas. Destaca entre ellas Rosa Ehrenreich (1999: 63), que afirma que existe cierta confusión entre el daño que genera el acoso sexual sobre sus víctimas —el cual, según entiende, constituye un daño a su dignidad— y el contexto discriminatorio donde esta afectación tiene lugar. En este sentido, advierte que caracterizar al acoso sexual como una manifestación de la discriminación contra la mujer constituye un error. Sostiene que el acoso debería ser comprendido como una vulneración a la dignidad en la medida que «todas las acciones discriminatorias suponen la imposición de daños dignitarios» y, por tanto, la discriminación debe considerarse comprendida dentro del concepto más amplio de daño a la dignidad.

La autora señala que el acoso constituye una vulneración a la dignidad de las personas afectadas sin importar el sexo de estas ni el sexo de los responsables de este tipo de conductas. En este sentido, refiere que el acoso a las mujeres en el empleo resulta pernicioso «porque las mujeres son seres humanos y comparten con todos los demás seres humanos el derecho a ser tratadas con respeto y consideración» (*ibid.*: 60). Desde su postura manifiestamente neutral y simétrica, el enfoque de la dignidad permitiría combatir diferentes formas de abuso en el trabajo que, aunque causan un daño a la dignidad, no son necesariamente discriminatorias.

Adicionalmente, considera que la premisa sobre la que está asentada la consideración del acoso sexual como una forma de discriminación sexual —la existencia de hostilidad o prejuicio contra las mujeres— no es acertada en la medida que el acoso sexual puede tener distintas motivaciones, como el simple deseo sexual, la antipatía o animadversión hacia la víctima o algún otro motivo

distinto que no sea equiparable con la hostilidad hacia las mujeres (*ibid.*: 10). La imposibilidad de trascender de una visión grupal del acoso sexual, señala, impide advertir que es una práctica que afecta a todos los trabajadores y no solo a las mujeres (*ibid.*: 54).

La equiparación entre el acoso sexual y el derecho a no ser objeto de un trato abusivo en el trabajo que menciona la autora constituye un asunto que escapa de cualquier definición medianamente rigurosa del acoso sexual y, en general, sitúa a este instituto fuera de las fronteras del derecho antidiscriminatorio, desvirtuando su existencia. Las teorías de la dignidad, dentro de las que se inscribe la propuesta de Ehrenreich, postulan una definición simétrica del acoso sexual pues, aunque admiten su existencia y la necesidad de mantener la regulación de este instituto, lo hacen desde un enfoque indiferente a las estructuras que dan lugar a su aparición y a su reconocimiento en múltiples legislaciones.

La neutralidad de este planteamiento puede parecer atractiva por sus alcances más extensos: en teoría permitiría cuestionar el acoso sexual, sin importar quién sea la víctima ni el responsable de estas conductas, pues se asume que tanto los hombres como las mujeres estamos expuestos a ser víctimas de esta práctica —que representa una afectación a nuestra dignidad— en igualdad de condiciones. Como indica Anderson (2006: 292), esta posición «es potencialmente capaz de persuadir a cualquiera, incluso a los defensores de la dominación masculina y de la moralidad sexual convencional, de que el acoso sexual es malo». Pero precisamente en este aspecto reside su principal riesgo. La ceguera es la principal objeción que se debe plantear a las teorías que conciben el acoso sexual *únicamente* como un daño a la dignidad porque pone en tela de juicio la premisa sobre la que se asienta la definición de este fenómeno: como un mal que enfrentan las mujeres en virtud de la condición de subordinación que experimentan y que está originada por el sistema sexo-género. Ubicar la protección del acoso sexual fuera del derecho antidiscriminatorio permite incluir diversos tipos de abuso que pueden tener lugar en los centros de trabajo, pero también disuelve la esencia de esta construcción, que enfrenta y combate una parcela en la que se expresa de la manera más cruda la subordinación a la que se encuentran expuestas las mujeres.

Como ha destacado Barrère (2013: 48), la invocación de la dignidad es peligrosa como justificación sustitutiva del acoso sexual, pues «carece de virtualidad explicativa del acoso entendido como fenómeno grupal y sistémico y, con ello, como punto de partida válido para su comprensión y prevención». La introducción de la dignidad como justificación del acoso sexual en desmedro de la igualdad, que tiene una presencia creciente en Europa, es pernicioso porque puede opacar la comprensión del acoso sexual como un fenómeno que tiene su origen en el sistema sexo-género y su concreta

proyección en el ámbito del empleo (íd.). Frente a justificaciones pretendidamente neutras, el reconocimiento de la subordinación del colectivo afectado por este sistema —las mujeres— se desvanece y la necesaria asimetría con la que se deben evaluar los fenómenos a través de los que esta subordinación se manifiesta también. Se trataría, claramente, de un retroceso en la protección contra la discriminación de las mujeres. La lectura formal, individualista y neutra de la igualdad ha impedido a lo largo de mucho tiempo combatir una serie de prácticas excluyentes y violentas que han mantenido a las mujeres marginadas a una posición de ciudadanas de segunda categoría. Solo a través de un cambio de paradigma es posible enfrentar la discriminación y adoptar medidas transformadoras que modifiquen estas estructuras.

V. LA REGULACIÓN Y EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ACOSO SEXUAL

Aunque el caso *Meritor* representó un hito en la protección de las mujeres contra el acoso sexual en el empleo, diversos elementos que se han ido introduciendo a lo largo del tiempo han limitado seriamente la tutela que estaba destinada a garantizar este reconocimiento. En esta sección se analizan los principales obstáculos que han detenido la protección contra el acoso sexual en el ordenamiento estadounidense.

1. EL CARÁCTER NO DESEADO O INOPORTUNO (*UNWELCOME*) DEL ACOSO SEXUAL

Uno de los elementos más perniciosos en la doctrina judicial relativa al acoso sexual ha sido la exigencia de demostrar que los actos en cuestión responden al calificativo de *unwelcome*. Esta cualidad, que puede traducirse como no deseado o inoportuno³, fue introducida en las *Directrices sobre discriminación basada en el sexo* adoptadas por la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos en el año 1980. Aunque en este documento no se incluyó una definición de esta categoría y su mención parecía más bien accesorio, con el transcurso del tiempo adquiriría un significado definido y una importancia decisiva en la tramitación de los casos de acoso sexual.

Cuando el Tribunal Supremo dictó la Sentencia *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986), que reconocía que el acoso sexual constituía una

³ Así lo contempla el diccionario Collins: <https://tinyurl.com/3b8bembp>

práctica sexualmente discriminatoria bajo los alcances de la Ley de Derechos Civiles de 1964, configuró este elemento como una exigencia de ineludible cumplimiento, de modo que cualquier demanda por acoso sexual tendría que demostrar que los actos considerados discriminatorios fueron no deseados. Pero lo más criticable es la conceptualización que avanzó esta sentencia al señalar que «el discurso provocativo de la demandante o su vestimenta» constituiría una evidencia «obviamente relevante» y que serían analizadas con la «totalidad de las circunstancias, como la naturaleza de las proposiciones y el contexto en el cual los incidentes ocurrieron».

Dicha configuración impulsó una comprensión de esta característica como una que exige demostrar que la víctima «no debe haber invitado o de alguna manera solicitado la conducta» (Hébert, 2021: 60). Es decir, impone el deber de descartar su responsabilidad en los actos de discriminación que cuestiona a través del análisis de su conducta previa. Por ello, no resulta extraño que la *unwelcomeness* se haya convertido en un elemento sobre el que se han proyectado una serie de sesgos y prejuicios basados en la desconfianza hacia el testimonio de las víctimas de acoso sexual y que promueven su virtual enjuiciamiento.

Como advierte Susan Estrich (1991: 815), bajo esta variable se ha producido una incorporación de los estándares utilizados por los tribunales para tramitar las denuncias por violación sexual a los casos de acoso sexual. El requisito de *unwelcomeness* desarrolla la misma función o «trabajo sucio» que se le asignaba al análisis del consentimiento en los casos de violación sexual (*ibid.*: 830). La primera consecuencia de esta traslación es que el centro de atención pasa del agresor a la víctima: ella debe demostrar que las conductas de acoso sexual que cuestiona no han sido provocadas o buscadas. Dado que se suele valorar analizando el comportamiento de la afectada, constituye una invitación para introducir elementos relativos a su vida privada que nada tienen que ver con los hechos que se estaban demandando y que están plagados de prejuicios (*ibid.*: 828).

La consolidación de esta concepción se vio reflejada en las *Directrices sobre discriminación basada en el sexo* adoptadas por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en 1990. A diferencia del documento del año 1980, en esta versión el requisito de *unwelcomeness* era concebido como una exigencia cuya verificación se podía acreditar a través del análisis de la conducta relevante de la afectada. Se indicó, por ejemplo, que era posible analizar si la víctima se había comportado «de una manera sexualmente agresiva, si había usado lenguaje sexual o si había solicitado la conducta sexual» (Hébert, 2021: 65). La conducta pasada de la afectada, precisaron las directrices, sería tenida en cuenta siempre y cuando se encuentre vinculada al agresor.

El panorama normativo ha cambiado desde el año 1994, con la extensión de la aplicación de la *Federal Rule of Evidence 412* a los casos civiles (*ibid.*: 66, 67), de modo que la evidencia dirigida a probar que la «predisposición» o

«conducta sexual» de la afectada solo será admisible cuando su valor probatorio supere el riesgo que entraña de promover su estigmatización (id.). Esta reforma limita la introducción del material probatorio más lacerante, pero no lo prohíbe por completo, como debería suceder. Si bien la presencia de esta polémica variable ha disminuido ostensiblemente y hay tribunales que han puesto en cuestión su utilidad —*Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corp.*, 32 F.3d 1007, 1008 (7th Cir. 1994)—, otros han insistido en su conveniencia —*Mangrum v. Republic Industries, Inc.*, 260 F. Supp. 2d 1229 (N. D. Ga. 2003)—. El Tribunal Supremo, por su parte, también ha dejado de lado este elemento, pues su presencia se ha reducido al punto de considerarse tangencial (Hébert, 2021: 70, 71). En esta misma línea ha evolucionado la posición de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades, que desde el año 2017 ha expresado que esta categoría no constituye una exigencia autónoma, y que debe entenderse que las conductas que sean «subjettiva y objetivamente hostiles son también necesariamente *unwelcome*».

Però la reducción o eventual desaparición de este elemento no supone la extinción del fenómeno que explica su presencia. Los sesgos sobre los que reposa este requisito se mantienen vigentes y se proyectan a través de otras variables. Esto puede explicar la exigencia de que el acoso sexual, para considerarse discriminatorio, deba considerarse severo y generalizado (*severe and pervasive*), como veremos a continuación.

2. EL ACOSO SEXUAL COMO UNA PRÁCTICA SEVERA Y GENERALIZADA (SEVERE AND PERVASIVE)

La conformación del acoso sexual por ambiente hostil se reconoció a la luz de los casos basados en la raza que los tribunales federales desarrollaron a partir del asunto *Rogers v. Equal Employment Opportunity Commission*, 454 F.2d 234 (5th Cir. 1972). *Rogers* estableció que las conductas de acoso deben ser «tan severas como para invadir la atmósfera laboral y causar daños psicológicos al empleado afectado» (Johnson, 2003: 92), advirtiendo que ello no supone «que la simple expresión de un epíteto étnico o racial que despierta sentimientos ofensivos [...] cae dentro de la proscripción de la Sección 703», pero que tampoco «se puede sostener que una atmósfera discriminatoria podría [...] constituir una práctica laboral legal».

Cuando se reconoció el acoso sexual por ambiente hostil en el asunto *Henson v. Dundee*, 54. 682 F.2d 897 (11th Cir. 1982) se importó la exigencia de que el acoso por ambiente hostil debía ser «lo suficientemente generalizado para alterar las condiciones de empleo y crear un ambiente de trabajo abusivo». La sentencia sostuvo que para la valoración sobre la persistencia y severidad era necesario analizar si se afecta «seriamente el bienestar psicológico de los

empleados» teniendo en cuenta «la totalidad de las circunstancias». Los atributos de severidad y continuidad (*severe or pervasive*) también se vieron reflejados en el caso *Meritor Savings Bank v. Vinson*. Allí se estableció que estos factores tienen un componente subjetivo y otro objetivo, de modo tal que «la víctima debe percibir que el ambiente de trabajo es abusivo, pero una persona razonable debe también ver el ambiente como abusivo». Entre los aspectos a ser considerados se mencionaron «la frecuencia de la conducta discriminatoria; su severidad, si es físicamente amenazante o humillante o (si es) una mera expresión ofensiva; y si interfiere irrazonablemente con el desempeño laboral del empleado». La configuración de estas condiciones en la decisión del Supremo promovió su permanencia y desarrollo, dando lugar a una visión sesgada del acoso sexual por ambiente hostil, en tanto no se consideran dignas de protección diversas conductas si los hechos en los que se basan no han sido constantes en el tiempo o si no se consideran graves (Clarke, 2019: 43).

La aplicación de ambos requisitos se mantiene en los casos de acoso por ambiente hostil basado en la raza y también en los casos basados en el sexo, pero en los últimos su aplicación es más exigente (Kleinschmidt, 2005: 1125). En sentencias procedentes de diversos circuitos, conductas episódicas de gravedad considerable son capaces de dar lugar a una sentencia estimatoria si están motivados en la raza, mientras que tratándose de supuestos que configurarían casos de acoso por ambiente hostil sexualmente motivado, no. Por ejemplo, *Cerros v. Steel Technologies, Inc. Inc.*, 288 F.3d 1040 (7th Cir. 2002) reconoció que hechos reiterados, pero no generalizados, podrían dar lugar a un caso de acoso por ambiente hostil racialmente motivado, pero en *Gleason v. Mesirov Financial, Inc.* 118 F.3d 1134, 1143-46 (7th Cir. 1997) esta misma flexibilidad brilló por su ausencia. En este caso el agresor realizaba comentarios sobre el tamaño de los pechos de las trabajadoras, sobre su vestimenta, las miraba invasivamente, «se comía con los ojos a las trabajadoras según se acercaban a su escritorio» y había mencionado a la afectada que soñaba con tocarle la mano. Las clientas también eran objeto de comentarios vejatorios, siendo calificadas como malévolas, tontas y atribuyendo su conducta al «síndrome premenstrual». Pese al ambiente evidentemente hostil hacia las mujeres, se afirmó que las expresiones sexuales (*sexual utterances*) no configurarían supuestos de acoso sexual por ambiente hostil porque no todas estaban dirigidas hacia la demandante. Las conductas cuestionadas fueron calificadas simplemente de «inapropiadas» y el caso se encuadró como uno de acoso sexual «de baja intensidad» (Kleinschmidt, 2005: 1128).

En la misma línea se resolvió la Sentencia *Galloway v. General Motors Service Parts Operations*, 78 F.3d 1164 (7th Cir. 1996). La demandante cuestionó el trato que recibía de un compañero que la llamaba reiteradamente «perra enferma» (*sick bitch*) y que le había proferido expresiones denigrantes.

La sentencia afirmó que estas expresiones e insultos no podrían configurar un caso de acoso por ambiente hostil basado en el sexo por considerarlas «demasiado tibias o intermitentes [...] para hacer que una persona razonable crea que ha sido discriminada sobre la base del sexo» (*ibid.*: 1127). Conductas altamente invasivas, como la estudiada en *Brooks v. City of San Mateo*, 229 F.3d 917 (9th Cir. 2000), en donde un trabajador introdujo de manera violenta su mano por debajo de las prendas de una trabajadora hasta tocarle los pechos, tampoco se han considerado suficientemente graves.

Desde luego, las conductas profundamente degradantes pueden quedar sin protección si se han producido de manera aislada, pero, además, en la evaluación de la gravedad de los comportamientos cuestionados se proyectan una serie de sesgos que tornan especialmente complicado que conductas acosadoras logren ser judicialmente reparadas. La tolerancia que demuestran muchos tribunales frente a conductas sexualmente discriminatorias da cuenta de la normalización de conductas sexualmente violentas y de la dificultad de enfocar estas agresiones a partir de su verdadera naturaleza.

3. EL ACOSO SEXUAL Y EL ENFOQUE INTERSECCIONAL

Como todo fenómeno discriminatorio, el acoso sexual no escapa a la dinámica de la interseccionalidad, que victimiza a las mujeres sobre las que confluyen múltiples formas de opresión, dando lugar a experiencias más complejas de subordinación. Razones históricas explican la especial vulnerabilidad de las mujeres afroamericanas frente al acoso sexual. La esclavitud, como sistema de explotación y dominación racial basado en la deshumanización de las personas esclavizadas, tuvo en el acceso sexual a las afroamericanas una de sus principales notas características. A través del «mito de la mujer negra sexualmente insaciable» (Pokorak, 2006: 10) se justificaba el acceso carnal de los dueños a las mujeres esclavizadas. Pero la violación sexual también respondía a intereses económicos, pues era un medio para mantener la esclavitud que cobró más relevancia tras la entrada en vigor de la prohibición de la importación de personas esclavizadas. La violación y el acoso sexual en el empleo «han sido una condición de la vida laboral de las mujeres negras por siglos» (Crenshaw, 1992: 1469).

Hay evidencia de que actualmente las mujeres pertenecientes a minorías raciales están más expuestas al acoso sexual y, en general, a todo tipo de agresiones sexuales. Pero además sus denuncias gozan de menor credibilidad frente a las denuncias presentadas por las mujeres blancas (Onwuachi-Willig, 2018: 107). Los estereotipos hacia estas mujeres alimentan el descrédito con el que se suelen estudiar sus demandas y dificultan su tramitación (Crenshaw, 1992: 1470).

Las audiencias de confirmación del juez Clarence Thomas, nominado por el presidente George Bush al cargo de juez supremo en junio de 1991,

«marcaron el momento más intenso de toma de conciencia pública y de debate público en torno al acoso sexual» en el siglo pasado (Chamalas, 1993: 52). Pero este episodio también destacó por la ausencia de un análisis en clave interseccional y puso de manifiesto que la comprensión del racismo y el sexismo como fenómenos que discurren en paralelo no solo deja de lado e invisibiliza a las mujeres afectadas por múltiples sistemas de opresión, como las afroamericanas, sino que además ha sido caldo de cultivo para «la estrategia de “divide y vencerás” que ha enfrentado [...] los intereses de las mujeres contra los intereses de las personas de color» (Crenshaw, 1992: 1468).

La predominancia del citado enfoque coadyuvó a que las apelaciones de Clarence Thomas al «linchamiento de alta tecnología» del que supuestamente era víctima y sus alegaciones a las «actitudes racistas sobre los hombres negros» que denunciaba, encaucen el debate público en torno a la raza únicamente alrededor de los estereotipos sobre los hombres afroamericanos. Los sesgos que afectan a las mujeres afroamericanas, como A. Hill, quedaron invisibilizados y pasó a convertirse en «funcionalmente blanca» (Fraser, 1992: 605). Al analizar el caso sin considerar que la agredida era una mujer afroamericana, no se tuvo en cuenta «la vulnerabilidad histórica de las mujeres negras al acoso sexual en los Estados Unidos (ni) el uso de estereotipos racistas y misóginos para justificar dicho abuso» (íd.). Por ello, los estereotipos sobre las mujeres afroamericanas que las señalan como «licenciosas y seductoras» y que perfilan su vulnerabilidad frente a actos de acoso o de violencia sexual de manera particular, fueron explotados en toda su amplitud. La indagación sobre la vida privada de Hill neutralizó los efectos negativos que pudiera tener su denuncia sobre la nominación de Thomas (Kuzma-Markowska, 2009: 95) y se explican por el arraigo de los estereotipos y mitos en torno a las mujeres afroamericanas (Lawrence, 1992: 1358).

Aunque en la actualidad existe una atención creciente en torno al enfoque interseccional, esta perspectiva no siempre está presente. El movimiento #MeToo también ha sido objeto de críticas por opacar el rol que jugaron en su génesis las mujeres afroamericanas en su creación (Onwuachi-Willig, 2018: 107). Estos cuestionamientos ponen de relieve la necesidad de *tomar en serio* la perspectiva interseccional.

VI. EL MOVIMIENTO #METOO Y SU IMPACTO EN EL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Como mencionamos al inicio de este trabajo, el movimiento #MeToo ha vuelto a poner sobre la mesa la presencia generalizada y recurrente del acoso sexual en el trabajo y ha demostrado que, pese a la existencia formal de

mecanismos legales destinados a su erradicación, los instrumentos disponibles no han sido capaces de ofrecer soluciones a las víctimas. Este movimiento ha sido objeto de fuertes críticas, como aquellas relativas a la indefensión que podría generarse a partir de las denuncias públicas, la «caza de brujas» que se estaría propiciando y el peligro de amparar falsas acusaciones (Clarke, 2019: 38). El *hashtag* #HimToo surgido años atrás (Dejmanee, 2020: 3950) reapareció en septiembre de 2018 durante el proceso de nominación del juez supremo Brett Kavanaugh, tras las denuncias por agresiones sexuales que salieron a la luz en dicho contexto. Su utilización se inscribe en el marco de las críticas que insisten en rechazar que este fenómeno se conceptualice como una práctica que discrimina a las mujeres.

Pese al *backlash* que le ha proseguido, es innegable que ha tenido también repercusiones positivas. Este movimiento no solo ha despertado la consciencia acerca de la gravedad y la persistencia de este fenómeno, sino que también ha producido cambios que, como señala Mackinnon, el derecho no había sido capaz de lograr hasta este momento (Mackinnon, 2018). Una de las consecuencias del #MeToo ha sido el debilitamiento de la cultura de desconfianza hacia la víctima, que se traduce en el cuestionamiento de su testimonio, obstaculiza la tramitación de sus demandas y propicia la impunidad de este tipo de prácticas. Pero, además, este movimiento ha impulsado cambios en el enfoque de diversos aspectos relativos al acoso sexual que han promovido modificaciones legislativas y que también han tenido repercusión en el tratamiento judicial de estos litigios.

En el plano legislativo nacional, es destacable la iniciativa The Bringing an End to Harassment by Enhancing Accountability and Rejecting Discrimination in the Workplace Act, conocida como BE HEARD in the Workplace Act, presentada el 9 de abril de 2019 en la Cámara de Representantes. Esta iniciativa, aunque no ha sido aprobada, pretendía incorporar cambios significativos en la regulación del acoso sexual. Entre estos destaca la definición sustancial de las personas trabajadoras protegidas por la normativa en materia de acoso sexual que comprendería a practicantes, aprendices, pasantes y contratistas. Se incluían, además, a las empresas sin importar el tamaño de su plantilla, superando las limitaciones de la Ley de Derechos Civiles, que se aplica a empresas con más de quince trabajadores⁴. Otra previsión importante era la ampliación de los plazos para denunciar actos de acoso sexual, que se extendería a cuatro años, superando los limitados términos de 45, 180 y 300

⁴ National Women's Law Center (2019). The Be Heard in the Workplace Act. Addressing Harassment to Achieve Equality, Safety and Dignity on the Job. Disponible en: <https://tinyurl.com/mu54t3k3>.

días que se contemplan actualmente. Pero tal vez el aspecto más relevante era la definición más garantista que se pretendía introducir del acoso sexual, en respuesta a la postura de diversos tribunales que han venido desestimando demandas en las que las conductas acosadoras se habían acreditado, pero se han considerado de menor gravedad. En este sentido, la propuesta consideraría como acoso sexual aquellas conductas basadas en el sexo «sin perjuicio de si son directas o indirectas o verbales o no verbales, que, de manera irrazonable, altere los términos, condiciones o privilegios del empleo, incluyendo aquellas que crean un ambiente laboral hostil u ofensivo» (Hébert, 2020: 7).

Un problema recurrente para hacer frente a las demandas de acoso sexual ha sido la suscripción de acuerdos de confidencialidad que obligaban a las víctimas a guardar silencio respecto de sus denuncias. En el ámbito federal, la Tax Cuts and Jobs Act of 2017 (Pub. L. No. 115-97, 131 Stat. 2054, 2017) ha dado el primer paso para desincentivar esta práctica, prohibiendo las deducciones tributarias por aquellos gastos derivados de acuerdos sobre casos de acoso sexual en los que se hubieran incluido cláusulas de confidencialidad. Esta prohibición incluye los gastos derivados del pago de honorarios de los abogados en casos de acoso sexual que hayan culminado con acuerdos sujetos a obligaciones de confidencialidad. Cabe indicar que en diciembre de 2022, bajo la Administración Biden, se aprobó la Speak Out Act, que considera ineficaces los acuerdos de confidencialidad y no divulgación referidos a demandas de acoso y agresión sexual suscritos antes de que la demanda se presente, mientras que los acuerdos que se adopten después de la demanda deberán sujetarse a las consecuencias previstas en la Tax Act. Aunque se critica que esta limitación no se aplique a los acuerdos que se aplican a demandas de discriminación basada en otras causas, se trata de un avance innegable.

La influencia del movimiento #MeToo también se ha traducido en cambios normativos en el ámbito estatal. Destaca la legislación de Nueva York (2019 N.Y.S.B. 6594, approved Aug. 12, 2019; 2019 N.Y.A. 842, approved Aug. 12, 2019), que ha introducido medidas destinadas a flexibilizar los requisitos para plantear demandas de acoso sexual. Así, se ha eliminado la exigencia de acreditar que el acoso sexual tiene un carácter «severo y generalizado» y se prohíbe que los empleadores exijan la firma de acuerdos de confidencialidad, salvo que este sea el deseo de la persona afectada (Hébert, 2020: 7, 8). En el año 2019, Connecticut (2019 Conn. Legis. Serv. P.A. 19-26, codified at Conn. Stat. §§ 46a-54, 46a-97) introdujo el deber de formar a los trabajadores en la legislación relativa al acoso sexual. El cumplimiento de estas obligaciones será supervisado por autoridades estatales que pueden imponer sanciones a quienes incumplan este mandato (*ibid.*: 9). En el mismo año, Maryland introdujo modificaciones que han ampliado a las trabajadoras protegidas por la legislación contra el acoso sexual y ha extendido la

condición de empresas obligadas por dicha normativa (2019 Md. Laws ch. 222, codified at Md. State Gov't §§ 20-601, 20-611, 20-1004, 20-1013). También ha expandido el periodo de tiempo durante el cual las afectadas pueden presentar demandas (íd.).

VII. REFLEXIONES FINALES

La caracterización del acoso sexual como un fenómeno sexualmente discriminatorio se consolidó gracias al enfoque antidominación, que ofreció una comprensión de la igualdad capaz de hacer frente a prácticas a través de las cuales se manifiesta y se refuerza la posición subordinada de las mujeres. Ubicar la protección contra el acoso sexual fuera del campo del derecho antidiscriminatorio y del principio antidominación resulta una opción cuestionable. No solo porque es indiferente a la verdadera naturaleza del acoso sexual, como fenómeno que tiene su origen en el sistema sexo-género y que promueve la posición devaluada de las mujeres, sino porque fomenta una lectura formal, individualista y neutra de la igualdad. Este enfoque ha impedido a lo largo de mucho tiempo combatir un conjunto de prácticas que han mantenido a las mujeres en una posición de ciudadanas de segunda categoría.

Aunque el reconocimiento del acoso sexual se ha producido hace varias décadas, la eficacia de los mecanismos legales diseñados para combatir este fenómeno ha tenido entre sus principales obstáculos el desarrollo de estándares que han limitado la protección de las afectadas y la presencia muy limitada del enfoque Interseccional. El movimiento #MeToo ha demostrado la presencia generalizada de este fenómeno, incluso en terrenos que podrían considerarse privilegiados, y también ha puesto de relieve la necesidad de acometer reformas en su tratamiento legislativo y jurisprudencial con el objetivo de garantizar a las víctimas una protección efectiva contra este flagelo.

Bibliografía

- Abrams, K. (1998). The new jurisprudence of sexual harassment. *Cornell Law Review*, 83, 1169-1230.
- Anderson, E. (2006). Recent Thinking about Sexual Harassment: A Review Essay. *Philosophy and Public Affairs*, 34, 284-312. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2006.0069.x>
- Balkin, J. y Siegel, R. (2003). The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination? *University of Miami Law Review*, 58, 9-33. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.380800>.

- Barrère, M. A. (2003). Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 9, 1-26.
- Barrère, M. A. (2013). El «acoso sexual»: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea. En J. M. Gil (dir.). *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las actuaciones públicas y de las empresas* (pp. 7-50). Barcelona: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Clarke, J. (2019). The Rules of #MeToo. *The University of Chicago Legal Forum*, 38, 37-84.
- Crenshaw, K. (1992). Race, gender, and sexual harassment. *Southern California Law Review*, 65, 1467-1476.
- Cuitláhuac, C. (2016). Feminismo inmodificado: discursos sobre la vida y el Derecho. Catharine Mackinnon. *Ciencia Jurídica*, 9, 165-170. Disponible en: <https://doi.org/10.15174/cj.v5i1.184>.
- Dejmanee, T., Zaher, Z., Rouech, S., y Papa, M. (2020). #MeToo; #HimToo: Popular Feminism and Hashtag Activism in the Kavanaugh hearings. *International Journal of Communication*, 14, 3946-3963.
- Ehrenreich, R. (1999). Dignity and discrimination: Toward a pluralistic understanding of workplace harassment. *The Georgetown Law Journal*, 88, 1-64.
- Estrich, S. (1991). Sex at Work. *Stanford Law Review*, 43, 813-861. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1228921>.
- Fiss, O. (1977). Groups and the Equal Protection Clause. *A Philosophy and Public Affairs Reader*, 58, 107-177.
- Fiss, O. (2004). Another Equality. *Issues in Legal Scholarship*, 2 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.2202/1539-8323.1051>.
- Franke, K. (1997). What's wrong with sexual harassment. *Stanford Law Review*, 49, 691-792. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1229336>.
- Franke, K. (1998). Gender, Sex, Agency, and Discrimination: A reply to Professor Abrams. *Cornell Law Review*, 83, 1244-1256.
- Frankell, E. (1990). Sexual Harassment as Sex Discrimination: A Defective Paradigm. *Yale Law and Policy Review*, 8, 333-365.
- Fraser, N. (1992). Sex, Lies, and the Public Sphere: Some Reflections on the Confirmation of Clarence Thomas. *Critical Inquiry*, 18, 595-612.
- García, S. (2017). The Woman Who Created #MeToo Long Before Hashtags. *The New York Times*, 20-10-17. Disponible en: <https://tinyurl.com/3pbhws3>.
- Hébert C. L. (2020). How sexual harassment law failed its feminist roots. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, 22, 1-60. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3685871>.
- Hébert C. L. (2021). How the «me too» movement is reshaping workplace harassment law in the United States. *Ohio State Public Law Working Paper*, 523, 1-10. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3518414>.
- Johson, J. J. (2003). License to harass women: Requiring hostile environment sexual harassment to be «severe» or «pervasive»: Discriminating among «terms» and «conditions» of Employment. *Maryland Law Review*, 62, 85-142.

- Kleinschmidt Heather, L. (2005). Reconsidering Severe or Pervasive: Aligning the Standard in Sexual Harassment and Racial Harassment Causes of Action. *Indiana Law Journal*, 80, 1119-1139.
- Kuźma-Markowska, S. (2009). Race and Gender Intersected. The Hill/Thomas Controversy. *Polish Journal of American Studies*, 2, 91-101.
- Lawrence III, CH. R. (1992). Cringing at myths of black sexuality. *Southern California Law Review*, 65, 1357-1359. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00064246.1992.11413010>.
- Leung K. E. (2007). Microaggressions and Sexual Harassment: How the Severe or Pervasive Standard Fails Women of Color. *Texas Journal on Civil Liberties and Civil Rights*, 23, 79-102.
- Mackinnon, C. (1979). *Sexual Harassment of Working Women. A case of Sex Discrimination*. New Haven; London: Yale University Press.
- Mackinnon, C. (1991). Reflections on Sex Equality Under Law. *The Yale Law Journal*, 100, 1281-1328. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/796693>.
- Mackinnon, C. (2014). *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Mackinnon, C. (2018). #MeToo Has Done What the Law Could Not. *The New York Times*, 4-02-2018. Disponible en: <https://tinyurl.com/yt4kbtw2>.
- Onwuachi-Willig, A. (2018). What About #UsToo?: The Invisibility of Race in the #MeToo Movement. *The Yale Law Journal Forum*, 18, 105-120.
- Pokorak Jeffrey J. (2006). Rape as a Badge of Slavery: The Legal History of, and Remedies for, Prosecutorial Race-of-Victim Charging Disparities. *Nevada Law Journal*, 7, 1-54.
- Tuerkheime, D. (2019). Beyond # METOO. *New York University Law Review*, 94, 1146-1208.
- Rosenfeld M., (1991). *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven; London: Yale University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.12987/9780300159547>.
- Schultz, V. (2001). Talking about Harassment. *Journal of Law and Policy*, 9, 417-433. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.289239>.
- Schultz, V. (2018). Open Statement on Sexual Harassment from Employment Discrimination Law Scholars. *Stanford Law Review Online*, 71, 17-48. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3198727>.

Sentencias citadas

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

- Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971)
Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973)
Meritor Sav. Bank, FSB v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986)

TRIBUNALES ESTATALES

- Rogers v. Equal Employment Opportunity Commission*, 454 F.2d 234 (5th Cir. 1972)
Corne v. Bausch & Lomb, 390 F. Supp. 161 (D. Ariz. 1975)
Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 422 F. Supp. 53 (D.N.J. 1976), rev'd and remanded, 568 F.2d 1044 (3d Cir. 1977)
Barnes v. Costle, 561 F.2d 983, 990 (D.C. Cir. 1977)
Bundy v. Jackson, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981)
Wright v. Methodist Youth Services Inc., 511 F. Supp. 307 (N.D. ILL. 1981)
Henson v. Dundee, 54. 682 F.2d 897 (11th Cir. 1982)
EEOC v. Walden Book Co., 885 F. Supp. 1100 (M.D. Tenn. (1995)
Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corp., 32 F.3d 1007, 1008 (7th Cir. 1994)
Galloway v. General Motors Service Parts Operations, 78 F.3d 1164 (7th Cir. 1996)
Gleason v. Mesirow Financial, Inc. 118 F.3d 1134, 1143-46 (7th Cir. 1997)
Brooks v. City of San Mateo, 229 F.3d 917 (9th Cir. 2000)
Cerros v. Steel Technologies, Inc., 288 F.3d 1040 (7th Cir. 2002)
Mangrum v. Republic Industries, Inc., 260 F. Supp. 2d 1229 (N.D. Ga. 2003)

LA ELECCIÓN INDIRECTA DE SEGUNDO GRADO Y LA DINÁMICA PARTIDISTA: FRENOS A LA PRESENCIA EQUILIBRADA EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN ESPAÑA

Indirect second-degree elections and parties
dynamics: Brakes to balanced presence in Spanish
Provincial Governments

JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO¹
Universidad de Salamanca
joseluismateos@usal.es

Cómo citar/Citation

Mateos Crespo, J. L. (2024).

La elección indirecta de segundo grado y la
dinámica partidista: frenos a la presencia equilibrada
en las diputaciones provinciales en España.
IgualdadES, 10, 153-185

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.06>

(Recepción: 30/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

La provincia es pieza clave de la organización territorial en España desde hace dos siglos y el estudio de su configuración resulta de interés. La Constitución española de 1978 no realiza un tratamiento detallado de la provincia ni de su órgano de gobierno autónomo, las diputaciones, siendo su regulación tarea del legislador estatal. En particular, el sistema de elección de los miembros de las corporaciones provinciales se regula en la normativa electoral que establece las reglas de este procedimiento,

¹ Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca. Doctor con mención internacional por la Universidad de Salamanca y Premio Extraordinario de Doctorado.

a realizar tras la constitución de los ayuntamientos. La elección de los diputados provinciales es indirecta de segundo grado, lo que ha planteado dudas sobre la relación de representatividad de estos representantes; y en ella, el control de los partidos políticos es casi absoluto. La ausencia de obligación legal para elaborar candidaturas que incorporen el principio de presencia equilibrada, a diferencia de otro tipo de elecciones, provoca una infrarrepresentación de las mujeres en las diputaciones provinciales.

Palabras clave

Democracia; representación; igualdad; partidos políticos; provincia; diputaciones provinciales.

Abstract

Province has been a key part of territorial organization in Spain for two centuries and the study of its configuration is interesting. Spanish Constitution does not provide a detailed treatment of the province or of its autonomous governing body, provincial governments, their regulation being the task of the state legislator. In particular, the system for electing members of provincial corporations is regulated in electoral regulations which establish the rules of this procedure, to be carried out after the constitution of the town councils. Election of provincial deputies is a second-degree indirect election, which has raised doubts about representativeness of these representatives; and the control of political parties is almost absolute. Absence of a legal obligation to draw up candidacies incorporating the principle of balanced presence, unlike in other types of elections, leads to an under-representation of women in provincial governments.

Keywords

Democracy; representation; equality; political parties; province; provincial governments.

SUMARIO

I. LA PROVINCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. 1. La constitucionalización de la provincia y el Estado autonómico. 2. La autonomía de la provincia en la Constitución de 1978. II. EL GOBIERNO DE LA PROVINCIA: LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES. 1. Breve referencia histórica a la configuración de las diputaciones provinciales. 2. Las diputaciones provinciales democráticas en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985. 3. La discutida continuidad de las diputaciones provinciales. III. EL SISTEMA DE ELECCIÓN INDIRECTA DE SEGUNDO GRADO EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES: EL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. IV. LA AUSENCIA DE PRESENCIA EQUILIBRADA OBLIGATORIA EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES ESPAÑOLA. 1. Las objeciones sobre la oportunidad y la efectividad de las cuotas electorales. 2. Representación política y presencia equilibrada en España. 3. ¿Existe presencia equilibrada en las diputaciones provinciales? V. UNA PROPUESTA DE REFORMA A MODO DE CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. LA PROVINCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978:

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROVINCIA Y EL ESTADO AUTONÓMICO

La provincia es pieza clave de la organización territorial del poder a lo largo de la historia española contemporánea (Prats Catalá, 1979: 411-415)², definida ya por los ilustrados como ente local descentralizado (Boix Reig, 1988: 342), con reflejo en los textos constitucionales desde 1812 y una evolución «vinculada a la convulsa historia política de nuestro país» (Tajadura Tejada, 2019: 235). Sin embargo, asumiendo el papel histórico y relevante de la provincia, no podemos

² La división territorial en provincias adquiere estabilidad a partir de la reforma impulsada a través del Real Decreto del 30 de noviembre de 1833 por Javier de Burgos desde el Ministerio de Fomento para organizar de forma más eficiente y eficaz la administración del Ministerio. Esta división, que partía de una previa realizada una década antes, se planteó únicamente en términos administrativos y no políticos, respetando en buena medida los límites de división en función de criterios históricos, y no tanto bajo una visión revolucionaria liberal de su impulsor, como se ha intentado hacer ver en algunas ocasiones (Morán Orti, 1990: 572).

ser ajenos al impacto de la principal innovación en materia territorial de la Constitución española de 1978: el reconocimiento del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. La configuración de la organización territorial del Estado en la Constitución vigente ha dado como resultado una construcción original desarrollada desde la Transición política hasta nuestros días (Aragón Reyes, 1998: 169), instaurando un modelo *sui generis* bajo la denominación de *Estado autonómico o Estado de las autonomías*, y una clara transformación en la distribución territorial del poder con respecto a periodos constitucionales anteriores que, con carácter general, configuraban a España como «Estado unitario, centralizado, simbolizado por la Monarquía, convertida en su eje salvo en cortos periodos de excepción» (Cámara Villar, 2018: 397).

El contraste con el pasado centralizador de nuestra tradición histórica despertó, desde el primer momento, el interés de la doctrina, convirtiéndose desde entonces en objeto central de debate y estudio de los principales trabajos sobre la cuestión territorial, interés acrecentado paradójicamente por la falta de definición constitucional (Solozábal Echevarría, 2001: 127). La característica indefinición por un determinado «modelo» de Estado desde el punto de vista territorial ha llevado a considerarlo como «proceso abierto» —consecuencia del principio dispositivo del derecho de acceso a la autonomía—, abrazando la idea de estar ante una «construcción inacabada» (De la Quadra Salcedo, 2014: 37), al mismo tiempo que se asume haber llegado a niveles de descentralización «inimaginables no hace demasiado tiempo» (Saiz Arnaiz, 2000: 376).

La *obra inacabada* trae causa de la complejidad para abordar un elemento configurador del Estado en un periodo transicional entre representantes de fuerzas políticas con posiciones antagónicas en materia territorial y con cierto temor a repetir los errores del pasado. Para alcanzar el necesario acuerdo, el texto constitucional de 1978 incorporó términos caracterizados por una cierta ambigüedad al establecer «un conjunto normativo muy abierto, fundado en el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, para que el proceso descentralizador pudiera iniciarse mediante su ejercicio, pero permitiendo diversas combinaciones y grados posibles de descentralización política y administrativa» (Cámara Villar, 2018: 405), con escasa vocación por ofrecer respuestas concretas e inmediatas, pero, al menos, sí satisfacía de una u otra forma las pretensiones de las distintas posturas en el periodo constituyente porque, pese a las diferencias, se partía de una idea compartida: «La descentralización territorial era una fórmula de organización estatal más democrática y eficaz que la centralización y, en consecuencia, que la autonomía debería generalizarse en todo el territorio del Estado» (Aragón Reyes, 2006: 77).

Transcurridas cuatro décadas de vigencia del texto constitucional, el desarrollo del Estado de las autonomías continúa protagonizando el debate

doctrinal e inunda de forma constante la esfera política debido a las tensiones habituales que marcan los debates parlamentarios y la propia gobernabilidad del país³. De hecho, la dinámica jurídico-política en torno a la cuestión territorial también explica el devenir hasta su configuración actual, a la que se ha llegado por la influencia de formaciones políticas de corte nacionalista y, en no pocas ocasiones, transmutando la literalidad de algunas de las previsiones constitucionales integrantes del título VIII (Aparicio Pérez, 2017: 17). Sin embargo, lo ocurrido respecto al nivel territorial autonómico no se ha extendido al ámbito provincial, que ha gozado de una inusitada estabilidad. También es cierto que, a diferencia de las autonomías, la provincia no ha supuesto una novedad en la organización territorial en España y ello puede explicar la menor atención recibida, sin restar importancia a lo que representan las provincias —para la iniciativa autonómica (arts. 143 y 151 CE), sin ir más lejos— ni ocultar la existencia en el debate público de posiciones contrarias a su mantenimiento desde dos frentes: quienes aseguraban que su pequeño tamaño hacía necesaria la absorción por las regiones y, en sentido contrario, quienes argumentaban que resultan demasiado grandes planteando su sustitución por las comarcas (Guaita Martorell, 1981: 38).

2. LA AUTONOMÍA DE LA PROVINCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La posición destacada de la provincia en el texto constitucional también puede encontrar su explicación, como indica el profesor Tajadura Tejada (2019: 237, 238), principalmente en dos razones que basculan entre lo emocional y el pragmatismo jurídico-político ante un escenario incierto en el desarrollo del modelo territorial caracterizado por el principio dispositivo. La primera, más emocional, por la presencia en las Cortes Constituyentes y en el Gobierno de varios dirigentes políticos vinculados en el pasado con las instituciones provinciales, combinada con el peso de las provincias en la tradición

³ El peso decisivo de fuerzas políticas de corte nacionalista o independentista para la conformación de mayorías parlamentarias que sustentan los Gobiernos que carecen del respaldo de un solo partido con mayoría absoluta durante varios periodos de la presente etapa democrática, ha situado el debate territorial y el desarrollo del Estado autonómico como elemento central de los acuerdos entre fuerzas políticas. En particular, tras las tensiones territoriales derivadas de la declaración de independencia en Cataluña en el año 2017 y los ciclos electorales celebrados posteriormente, los partidos nacionalistas e independentistas tales como PNV, ERC y Junts Per Catalunya se han convertido en apoyos parlamentarios claves para la investidura del presidente del Gobierno y la aprobación de las principales iniciativas legislativas de los partidos del Gobierno durante las legislaturas XIII, XIV y XV.

de la estructura territorial española. En segundo lugar, por el papel atribuido a las provincias en la iniciativa autonómica del art. 143 CE y también porque, en caso de no haberse generalizado el ejercicio del derecho a la autonomía del art. 2 CE⁴, las diputaciones provinciales hubieran sido las únicas instituciones supra municipales en el territorio.

La opción de la Constitución de 1978 fue, por tanto, asumir y mantener la provincia, pero no solo como mero reflejo del pasado con el que no se quería romper, sino reforzando su posición en el art. 137 —el primero del título VIII— al configurarla como entidad esencial de la organización territorial junto a municipios y comunidades autónomas, así como reconocer su autonomía para la gestión de sus intereses. Además, la provincia asume principalmente tres funciones constitucionales: como estructura territorial básica del Estado con reconocimiento de personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios⁵ (art. 141.1 CE); como división territorial para cumplir las actividades del Estado (art. 141.1 CE), y como circunscripción electoral (arts. 68 y 69 CE). Este reconocimiento adquiere más relevancia en términos de protección porque esta se extiende a través de la *garantía institucional* (García de Enterría, 1991: 7 y ss.), cuyo contenido no está constitucionalmente definido, a diferencia de lo que sucede en relación con el Estado autonómico (Aparicio Pérez, 2017: 24). Por tanto, la concepción teórica de la garantía institucional como límite a la acción del legislador es, al mismo tiempo, una contradicción porque su concreción como institución precisa de la acción del legislador⁶ y no es suficiente solo con acudir al

⁴ La solución adoptada por la Constitución de 1978 asume el planteamiento de la Constitución republicana de 1931 en cuanto al reconocimiento de la provincia en el ejercicio del derecho a la autonomía del art. 2 en relación con el art. 143 CE, «aunque las disposiciones transitorias terminarían por sustituir esta iniciativa de las diputaciones provinciales por los órganos superiores creados para el gobierno de las preautonomías y, en el caso de Cataluña, País Vasco y Galicia, se les reconocería directamente a dichos órganos el derecho a utilizar el régimen previsto en el art. 148.2 CE» (Coscolluela Montaner, 2011: 48 y 49).

⁵ La expresión utilizada en la Constitución acerca de la determinación de la provincia «por la agrupación de municipios» no es original porque, como señala el Tribunal Constitucional en su STC 38/1983, «fue ya utilizada en el Estatuto Provincial y en las Leyes de Régimen Local de 1955, Orgánica del Estado de 1967 y de Bases del Régimen Local de 1975, y que incluso puede entenderse como simple alusión a una base física, geográfica o territorial, expresión sustitutoria o equivalente a una descripción jurídica, sin más alcance que el anotado» (FJ 6).

⁶ La labor del legislador básico estatal goza de un amplio margen a la hora de determinar el desarrollo del gobierno y la administración provincial que, tras la STC 32/1981, «ha

contenido de los preceptos constitucionales (Esteve Pardo, 1991: 131). A pesar de esta parquedad, la garantía implica, en todo caso y en palabras de la profesora Salvador Crespo (2007), que «la provincia es una entidad local de carácter necesario de la cual se predica su autonomía y su carácter democrático y cuya supresión está descartada dentro del actual marco constitucional».

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha afirmado que la garantía institucional de las autonomías provincial y municipal «no prejuzgan su configuración institucional concreta, que se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (STC 32/1981, FJ 3), de modo que esta garantía asegura «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»; y solo «podrá reputarse desconocida esta garantía cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre» (STC 109/1998, FJ 2). En definitiva, estamos ante un supuesto de configuración legal, de manera que el cauce y el soporte normativo para articular la garantía institucional derivada del reconocimiento constitucional de la autonomía provincial es la legislación estatal del régimen local (la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local)⁷, donde deben establecerse los rasgos definitorios de la autonomía y la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica, entre otras cosas, de los entes locales (STC 159/2001, FJ 4). El régimen local no se encuentra exclusivamente en la legislación estatal, sino que también ha sido objeto de regulación en normativa autonómica por la incorporación de disposiciones en los respectivos estatutos de autonomía para asumir esta competencia, esto es, el *carácter bifronte* del régimen local (Salazar Benítez, 2009: 105 y ss.) e incluso, en casos de conflicto aplicativo, los estatutos autonómicos prevalecen sobre la normativa básica estatal (Velasco Caballero, 2005: 136), si bien las leyes básicas del Estado mantienen su posición de superioridad frente a leyes autonómicas relativas a la misma o distinta materia (Gómez-Ferrer Morant, 1991: 57); pero abordar esta cuestión excedería con mucho el objeto de este trabajo y únicamente acudiremos en aquello que tenga relación con nuestra investigación a la legislación estatal.

tenido como consecuencia la expansión de la capacidad legislativa de las Cortes Generales, tanto en la definición de los aspectos que pueden incardinarse directamente en los arts. 137 y 141 CE, como en la determinación de aquellas materias que pueden considerarse como desarrollo del art. 149.1.18.^a CE» (Orduña Prada, 2018: 211).

⁷ En virtud del art. 149.1.18.^a CE que atribuye al Estado como competencia exclusiva las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local⁸, que supuso una aportación novedosa al ordenamiento (Orduña Rebollo, 2003: 81), en su art. 31 define la provincia como «entidad local determinada por la agrupación de municipios, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines», destacando como fines propios y específicos de la provincia «garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales» y, más en concreto, asegurar la prestación integral y adecuada de servicios municipales y participar en la coordinación de la Administración local con niveles territoriales superiores —comunidad autónoma y el Estado—. El cumplimiento de estos fines es argumento fuerza para quienes sostienen la existencia de la provincia como espacio amplio idóneo para desarrollar las funciones de solidaridad y equilibrio intraprovincial, que no sería posible o más difícil de conjugar en ámbitos más reducidos como pueden ser los comarcales (De la Quadra Salcedo, 2016). Para ello, el mencionado precepto *in fine* determina la institucionalidad del Gobierno y la Administración autónoma de la provincia atribuyendo este papel a la diputación u otras corporaciones de carácter representativo, a lo que dedicaremos el siguiente apartado.

II. EL GOBIERNO DE LA PROVINCIA: LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA A LA CONFIGURACIÓN DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

La diputación provincial se configura como el órgano de gobierno autónomo de la provincia para la defensa de sus intereses, esto es, la institución que representa y defiende los intereses provinciales, de acuerdo con las previsiones constitucionales. No obstante, antes de referirnos a cómo se ha configurado la institución provincial a lo largo de nuestra historia, es necesario aclarar, como ha hecho buena parte de la doctrina, la inexistencia de intereses propios de la provincia, sino que se trata de la asunción por la diputación de la defensa de los intereses locales o municipales que, por distintas razones, no pueden asumir los propios municipios (Coscolluela Montaner, 2011: 50). De hecho, comúnmente a casi todos los periodos históricos de existencia de las diputaciones provinciales, la principal tarea de su razón de ser ha sido la asistencia y apoyo a los municipios.

⁸ Ley de bases cuyo contenido pasó el filtro de la constitucionalidad del Tribunal Constitucional en la STC 214/1989, de 21 de diciembre.

A través del útil estudio de Jordà Fernández (2018) podemos hacer un repaso del reconocimiento de las diputaciones provinciales en los textos constitucionales españoles. Así, la institución de la diputación provincial aparece reconocida por primera vez en el texto de la Constitución de 1812 «como respuesta a la cuestión de los poderes intermedios» y «una profunda reorganización de la administración territorial del Estado» (Tajadura Tejada, 2019: 234). En Cádiz, las diputaciones provinciales son reconocidas constitucionalmente con dos caracteres principales: la ausencia de atribuciones sobre el gobierno político de la provincia y la promoción de la prosperidad de la provincia. Estaba formada por el jefe político superior como presidente, el intendente —sustituye al presidente en ausencia— y siete miembros elegidos por los electores del partido judicial el día siguiente a la elección de los diputados a Cortes. Lo más destacable es el papel del jefe político como elemento central de comunicación entre el Gobierno con los ayuntamientos y la propia diputación provincial (Sanjuán Andrés, 2012: 276). Las atribuciones a las diputaciones apenas tenían concreción y no fue hasta el Decreto CLXIV, de 23 de mayo de 1812, que aprobó el establecimiento provisional de las diputaciones, y después se dictó la «Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias de 23 de junio de 1813» por Decreto de Cortes CCLXIX, que no tuvo aplicación. El regreso del absolutismo truncó el desarrollo de la descentralización liberal en las provincias, tarea que se retomó durante el Trienio Liberal con la Ley de 3 de febrero de 1823 y la «Instrucción sobre el gobierno de las provincias», que tampoco dio tiempo a aplicarse. Hasta 1833 no tuvo lugar la verdadera división administrativa en provincias, bajo el liderazgo de Javier de Burgos. Posteriormente, en la Constitución de 1837, tampoco se concretó demasiado el papel que desempeñaban en la organización territorial del poder.

En esta primera etapa de creación y relativa consolidación, las diputaciones provinciales se caracterizan, sobre todo, por ser una corporación administrativa, funcional, colaboradora de la Administración estatal y subordinada al jefe político; con un gran número de normas para su regulación que guarda relación con el vigor con que surgieron (Jordà Fernández, 2018: 181). No fueron concebidas como Administraciones prestadoras de servicios públicos ni para fomentar el desarrollo provincial (Tajadura Tejada, 2019: 235, 236), sino como instituciones políticas para el control económico y político de los municipios y asegurar «la vinculación de las “fuerzas vivas” de la provincia al Gobierno central», convirtiéndose junto al gobernador civil situado a su frente «en pieza esencial de la maquinaria caciquil de la época, fuente de prebendas y de favores en el reparto de los presupuestos públicos» (Sánchez Morón, 2017). Ciertamente, el establecimiento de las diputaciones contribuyó al reforzamiento de las élites locales, quienes al fin y al cabo

dominaban de forma efectiva el territorio, asignándoles un papel preponderante como interlocutores de la Administración del Estado, pero también supuso el paso previo al necesario proceso de modernización administrativa de la España decimonónica (Estrada Sánchez, 2018: 99).

El principal avance para definir el papel que desempeñarían en el futuro las diputaciones se produjo con la aprobación del Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925, en el marco de las reformas impulsadas por Calvo Sotelo, al reconocer la provincia como entidad local en nuestro derecho (García de Enterría, 2018: 36)⁹, pero también la autonomía provincial y el ejercicio de determinadas competencias, entre las que destacaba la función de apoyo y asistencia a los municipios para asegurar la prestación de los servicios públicos (Tajadura Tejada, 2019: 236). En esa tarea de apoyo a los municipios para la prestación de servicios, estos deben considerarse de índole local, ya sean prestados por un ayuntamiento o por una diputación, «y esta, en realidad, se limita a organizarlos cuando por su ratio territorial o coste económico sobrepasan las posibilidades de las corporaciones municipales» (García Rubio, 2014). Ahora bien, en otro sentido, es preciso señalar que el Estatuto Provincial de 1925 convirtió a las diputaciones como instituciones de naturaleza política en «meros apéndices del gobernador civil dentro de un Estado centralista y rígidamente unitario», atribuyendo únicamente a estas «la administración y fomento de los intereses peculiares de la provincia y la organización de los servicios de la Administración local que no fuera de la competencia exclusiva municipal, así como aquellos delegados por el Estado» (Vera Torrecillas, 2022: 170-171).

Con la proclamación de la II República sobrevino la supresión de las diputaciones provinciales y la absorción en favor de las regiones, aunque el art. 10 del texto republicano de 1931 estableció que «las provincias se constituirán por los municipios mancomunados conforme a una ley que determinará su régimen, sus funciones y la manera de elegir el órgano gestor de sus fines político-administrativos» (Jordà Fernández, 2018: 189). Tras el golpe de Estado militar que provocó la Guerra Civil (1936-1939), durante la larga dictadura franquista las diputaciones «fueron instituciones no democráticas, carentes de autonomía, con escasas competencias y recursos, y sometidas a la

⁹ Insiste García de Enterría al señalar que los redactores del Estatuto Provincial de 1925 tienen pleno conocimiento de configurar la provincia como entidad local porque «por una parte, consagran la plena separación entre la Administración provincial y la municipal en el orden funcional, engarce donde se habían refugiado las pasiones políticas y el caciquismo que habían esterilizado la mayor parte de la labor de las diputaciones. Por otro lado, es ahora cuando por primera vez logra plena conciencia la idea de que la provincia es una entidad sustantiva y no una mera demarcación de la Administración del Estado».

tutela permanente de sus actos por parte del Estado» (Tajadura Tejada, 2019: 237). El tránsito a la democracia no supuso la negación de la provincia como elemento clave para la organización territorial, sino su mantenimiento y consolidación, siendo la actual etapa democrática el periodo en que las diputaciones han gozado de mayor cobertura legal para el ejercicio de sus competencias como gobierno autónomo de la provincia, no por el grado de concreción en el texto constitucional, que como hemos señalado es escaso, sino por el desarrollo legislativo posterior para concretar la garantía institucional derivada de su constitucionalización.

2. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES DEMOCRÁTICAS EN LA LEY REGULADORA DE LAS BASES DE RÉGIMEN LOCAL DE 2 DE ABRIL DE 1985

La estructura provincial asumida en la Constitución española de 1978 responde al esquema de la distribución territorial llevada a cabo en 1833, sin variación durante los dos últimos siglos. Sin embargo, el desarrollo del Estado autonómico ha tenido, entre otros efectos, la extinción de las diputaciones en las comunidades autónomas uniprovinciales¹⁰ (Orduña Rebollo, 2012: 106). De este modo, y excluyendo de este estudio las diputaciones forales vascas, los cabildos y consejos insulares, en la actualidad existen 38 diputaciones de régimen común. El propio texto constitucional vigente deja claro en el art. 141.2 CE que no solo las diputaciones tienen encomendados el gobierno y la administración autónoma de las provincias, sino que también cabe la asunción por «otras corporaciones de carácter representativo»; y también el art. 141.3 CE posibilita la creación de agrupaciones de municipios diferentes de la provincia, habiendo surgido mancomunidades, áreas metropolitanas y otras entidades supramunicipales (Tajadura Tejada, 2019: 241). Así, las diputaciones provinciales son una modalidad de gobierno de la provincia por voluntad del legislador estatal, pero no puede decirse que sean el «modo constitucional necesario de gobernar las provincias como entes locales» (Linde Paniagua, 2018: 118).

El régimen local en la legislación básica del Estado dedicado a las diputaciones se encuentra en el título III de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)¹¹; una legislación que supuso «el

¹⁰ Así ha ocurrido con las provincias de Asturias, Cantabria, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra, donde el órgano de gobierno provincial se ha sustituido por las instituciones de las comunidades autónomas.

¹¹ Una ley «excesivamente larga» y considerada constitucional por el Tribunal Constitucional en la STC 214/1989, de 21 de diciembre (Coscolluela Montaner, 2011: 56).

tránsito de un régimen de autoridad a una democracia» (Orduña Rebollo, 2012: 106). El capítulo I del título III se dedica a las reglas de la organización de las diputaciones (arts. 32 a 35); el capítulo II se ocupa de las competencias de la diputación o entidad equivalente (arts. 36 a 38), y el capítulo III está dedicado a los regímenes especiales, esto es, lo referido a las provincias vascas, las comunidades autónomas uniprovinciales y la Foral de Navarra, los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de las Islas Baleares (arts. 39 a 41). En relación con su organización, el art. 32 de la Ley contempla la existencia obligatoria de una serie de órganos en todas las diputaciones provinciales: el presidente, los vicepresidentes, la junta de gobierno, el pleno y órganos con representación de todos los grupos políticos de la corporación para «el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, así como el seguimiento de la gestión del Presidente, la Junta de Gobierno y los Diputados que ostenten delegaciones»¹². No obstante, se permite que la normativa autonómica pueda prever una forma organizativa distinta respetando, eso sí, las competencias de control del Pleno; y una organización provincial complementaria a la legalmente prevista. Los arts. 33 a 35 de la Ley determinan las competencias del pleno, del presidente de la diputación y de la junta de gobierno, respectivamente.

El capítulo II está dedicado a las competencias de la diputación o entidad equivalente que se atribuyen por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas, si bien establece un mínimo competencial que, en todo caso, les corresponde. Entre otras, destacan la coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada; la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y gestión; la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, o la asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria. Ahonda la legislación básica en el papel de las diputaciones en la tarea fundamental de cooperación de las diputaciones con los ayuntamientos

¹² Comúnmente, estos órganos con representación plural en función de la representatividad de los distintos grupos políticos en el pleno de la corporación provincial, se denominan *comisiones* o *comisiones informativas*. La temática y periodicidad de sus sesiones varía en función de la diputación correspondiente, si bien suelen existir varias comisiones que aglutinan materias afines de distintas delegaciones del equipo de gobierno provincial y su convocatoria es semanal. La composición plural de las comisiones garantiza que no solo sea un espacio de información unilateral, sino también un foro de debate político para ampliar la información sobre algún asunto, donde la oposición política ejercita su imprescindible labor de control a la acción del gobierno y exigir la necesaria rendición de cuentas por quienes ostentan las delegaciones.

para asegurar la prestación eficaz de los servicios municipales (art. 36.2 LBRL). También se contempla, en el art. 37 LBRL, la posibilidad de asumir competencias por delegación del Estado o de las comunidades autónomas, en un «intento de provincializar la gestión administrativa de las comunidades autónomas» que, con el paso del tiempo, ha fracasado (Coscolluela Montaner, 2011: 57). La ausencia de obligatoriedad constitucional para que las comunidades autónomas gestionen sus servicios a través de las corporaciones provinciales (Clavero Arévalo, 1983: 2138), unida a la aspiración de las instituciones autonómicas recién creadas para ser reconocidas y apreciadas por el conjunto de la población, explica en gran medida que no se haya producido delegación de competencias a las diputaciones provinciales (De la Quadra Salcedo, 2016).

El marco competencial de las diputaciones determinado por la legislación básica estatal no puede ser considerado *parco* en modo alguno, sino más bien todo lo contrario porque, de acuerdo con Parejo Alfonso (1991: 103), el régimen local «abre grandes posibilidades y anchos horizontes a la provincia», aunque no podemos ser ajenos a la afectación, en coherencia con lo ya apuntado, que también en esto ha tenido sobre estas posibilidades el desarrollo del Estado autonómico con su propia dinámica de extensión y ejercicio de competencias. En este sentido, las diputaciones provinciales se han visto afectadas directamente por la voracidad competencial autonómica desde un doble frente: por un lado, no han añadido ninguna competencia por delegación de las comunidades autónomas; y, por el otro, no han podido desplegar completamente todo el potencial competencial propio. Esta realidad ha llevado también a una consecuencia probablemente no deseada: el cuestionamiento de la duplicidad de instituciones en el ámbito provincial que ha puesto en el foco de la discusión la continuidad de las diputaciones provinciales, como veremos a continuación.

3. LA DISCUTIDA CONTINUIDAD DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

Las diputaciones provinciales han sido objeto de crítica desde su nacimiento, aunque en los últimos años las posiciones favorables a su desaparición se han extendido (Sánchez Morón, 2017: 46). En los inicios de la etapa democrática, entre otras críticas, se mostraban recelos hacia estas instituciones por identificarlas con la estructura político-administrativa de la dictadura franquista. Posteriormente, se han sumado visiones críticas por parte de quienes han defendido, en uno u otro sentido, su supresión para que sus funciones y competencias fueran asumidas bien por otras instituciones, como las comarcas o mancomunidades o, en otro sentido, por las Administraciones autonómicas, como de hecho ha ocurrido con las comunidades autónomas

uniprovinciales. Las principales objeciones en torno a las diputaciones se pueden clasificar por razones organizacionales, con argumentos relativos a los fallos en su gestión y, por último, con argumentos de carácter democrático (De la Quadra Salcedo, 2016). No podemos ser ajenos tampoco a que las posiciones a favor y en contra de las diputaciones provinciales en la última década se han producido en el marco del debate partidista: los partidos políticos que controlan las diputaciones provinciales han tendido a defender su supervivencia, mientras que aquellas formaciones políticas emergentes surgidas al albur de la crisis económica de 2008 han justificado su supresión (Linde Paniagua, 2018: 114).

Desde un punto de vista organizacional, las diputaciones provinciales se ven prescindibles porque su papel puede ser desempeñado por las comunidades autónomas, cuyo desarrollo, como ya hemos apuntado, ha ido más allá de lo previsible en el proceso constituyente. Actualmente, en España coexisten cinco niveles de Administraciones: local, provincial, autonómico, estatal y europeo, lo que ha sido objeto de recelos por parte de la ciudadanía, que percibe un excesivo solapamiento institucional para la prestación de los servicios, más en concreto en el nivel provincial, donde tiende a haber una percepción de duplicidad administrativa entre la Administración autonómica y la diputación provincial, sobre todo porque las comunidades autónomas han replicado en cada provincia servicios de sus consejerías en cada provincia. Ahora bien, si ya con la existencia de diputaciones el expansionismo de las comunidades autónomas ha sido notable, este podría llegar a niveles superiores en un Estado confederal, que anularían la interlocución provincial para elevarla al ámbito autonómico, restando peso específico a los municipios, sobre todo a aquellos más pequeños (Linde Paniagua, 2018: 131, 132).

En relación con los fallos de gestión de las diputaciones, se suele aludir a la escasa eficacia en la prestación de servicios y que el principal gasto de sus presupuestos es el destinado al pago de su personal. La complejidad de la planta municipal es causa de gran parte de las disfunciones de las instituciones provinciales, algo que se intentó salvar con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, reforzando las diputaciones en el seno del Estado autonómico (Medina Guerrero, 2014: 149) con más competencias; en particular, con relación a los municipios más pequeños que precisan de la asistencia provincial para garantizar la prestación de los servicios (Tajadura Tejada, 2019: 243), evitando la duplicidad en la misma (Linde Paniagua, 2018: 125), si bien este mayor peso competencial de las diputaciones incorporado en la legislación estatal básica del régimen local, así como su aplicación, no han estado exentas de controversia (Franco Jiménez, 2022). En todo caso, la garantía de los servicios es argumento de peso para quienes defienden la continuidad de las diputaciones, incluso porque esta

asistencia contribuye a la propia subsistencia y supervivencia de los pequeños municipios (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016: 14). Sin embargo, esta función se ha ensombrecido con las prácticas caciquiles y opacas de algunas corporaciones provinciales durante los últimos años, derivando en sonados casos de corrupción política que han socavado el crédito social de las diputaciones. La utilización de estas instituciones por los partidos políticos como cortijos para beneficiar a sus afines (Sánchez Morón, 2017: 50), así como una lejanía en la rendición de cuentas de sus miembros (Tajadura Tejada, 2019: 249), han encendido los ánimos contra las diputaciones, sobre todo en periodos de crisis económica.

Por último, la elección indirecta de los miembros de las diputaciones ha provocado una desconexión entre los representantes en estas instituciones provinciales y a quienes representan. La utilización partidista de los recursos públicos y los métodos caciquiles sin controles eficientes (Linde Paniagua, 2018: 131) hacen que desde un punto de vista democrático estas corporaciones despierten recelos entre la ciudadanía por considerar que carecen de legitimación democrática (Tajadura Tejada, 2019: 230, 250). Por ello, en el siguiente apartado se abordará la función de representación de los miembros de las diputaciones provinciales, así como el sistema de su elección de acuerdo con la legislación electoral vigente.

III. EL SISTEMA DE ELECCIÓN INDIRECTA DE SEGUNDO GRADO EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES: EL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los preceptos constitucionales referidos a la provincia y, más concretamente, el art. 141.2 CE, no determinan modalidad alguna para la elección de los miembros de las diputaciones provinciales, a diferencia de lo que sucede con relación a la elección de los alcaldes y concejales *ex art. 140 CE*, cuando de forma expresa establece la elección de los concejales por los vecinos del municipio «mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto». Así, y en palabras del Tribunal Constitucional, «la Constitución, a la vez que garantiza la autonomía de la provincia (art. 141.1 CE), exigiendo del legislador las intervenciones que la materialicen, deja deliberadamente abierto el tipo de legitimidad (directa o indirecta) que exige su carácter representativo (art. 141.2 CE)» (STC 111/2016, FJ 9). En este sentido, el legislador orgánico optó por establecer un sistema indirecto de elección de los miembros de las diputaciones, si bien con anterioridad a la aprobación de la LOREG hubo intentos de establecer otras modalidades de elección directa o mixta (Garrido López, 2022: 81). De acuerdo con la STC 38/1983, de 16 de mayo, FFJJ 6 y

7, el modelo de legitimidad democrática concretamente establecido para la provincia en la LOREG es uno de los constitucionalmente posibles. Esta sentencia, lejos de discutirlo, confirmó la validez de sus reglas (en cuanto al reparto de diputados provinciales entre partidos judiciales) porque «lo que es difícil fundamentar es que al actuar de tal modo no se haya respetado el texto constitucional, que en concreto nada disciplina al respecto» (FJ 7).

El procedimiento de elección de los miembros de las diputaciones provinciales de régimen común se establece en el capítulo III del título V de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG, en adelante), entre las disposiciones especiales para la elección de diputados provinciales, más concretamente en los arts. 204 a 206 de la LOREG. El art. 204 LOREG determina el número de diputados para las corporaciones provinciales en función de la población de la provincia: hasta 500 000 residentes, 25 diputados; de 500 001 a 1 000 000, 27 diputados; de 1 000 001 a 3 500 000, 31 diputados; y de 3 500 001 en adelante, 51 diputados. En el décimo día posterior a la convocatoria de las elecciones locales, las juntas electorales provinciales reparten proporcionalmente, y en función de la población, los puestos correspondientes a cada partido judicial. La circunscripción electoral para la elección de diputados provinciales es el partido judicial, una división territorial propia de la Administración de Justicia, que cuenta con una larga tradición de demarcaciones territoriales para atribuir los puestos de diputados provinciales, y evita así nuevas divisiones que pudieran generar problemas adicionales (Foguet, 2012). Opera como «referencia instrumental» para agrupar diversos municipios utilizando la demarcación judicial como «unidad territorial de operaciones electorales» (Fernández Pérez, 1979: 137 y ss.).

Los partidos judiciales que operan como circunscripción electoral para la elección de los diputados provinciales son los mismos desde las primeras elecciones locales de 1979 (art. 204.3 LOREG), por lo que han permanecido *congelados*, evitando cualquier cambio que pudiera romper equilibrios o desvirtuar la distribución original¹³. Ahora bien, con el paso del tiempo el reducido tamaño de los partidos judiciales y la evolución en la distribución poblacional han provocado una limitación en la proporcionalidad del sistema electoral (Garrido López, 2022: 84). Además, el art. 204.2 LOREG incorpora una serie de reglas que intentan corregir la falta de proporcionalidad del

¹³ El Real Decreto 529/1983, de 9 de marzo, determina los partidos judiciales de cada provincia considerada a efectos de las elecciones a diputados provinciales para las elecciones de 1979, distribución que ha permanecido invariable en más de cuarenta años de elecciones locales.

sistema electoral para la elección de diputados provinciales. En primer lugar, establece una representación mínima por cada partido judicial: al menos deben contar con un diputado; y, en segundo lugar, un máximo de diputados por partido judicial, que no puede superar los tres quintos del total de diputados provinciales. También se añaden reglas en las letras c) y d) del art. 204 LOREG para el reparto proporcional de diputados cuando el resultado no sea un número entero, ya sea por exceso o por defecto (Acuerdo JEC núm. 197/2015, de 13 de mayo).

La apertura del procedimiento por las juntas electorales de zona (JEZ) exige la constitución de todos los ayuntamientos de la provincia¹⁴, de modo que la constitución de las diputaciones debe aplazarse hasta la resolución de los recursos contencioso-electorales planteados contra la proclamación de concejales electos en los municipios de la provincia (art. 205.1 LOREG). Sin embargo, tras la reforma de la LOREG introducida por la Ley Orgánica 2/2011, se contempla la constitución de las diputaciones a pesar de no haberse constituido todos los ayuntamientos en los casos en que se deban convocar elecciones en algún municipio de la provincia —por no presentarse ninguna candidatura o por haberse anulado total o parcialmente el proceso—; lo que supone una minusvaloración del derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales para agilizar la constitución de las corporaciones provinciales, habiéndose cometido un error con esta reforma legal «al privar por completo a unas personas de un derecho fundamental con el único objetivo de evitar que otras personas tuviesen que soportar un relativo retraso en el ejercicio del suyo» (Cacharro Gosende, 2011: 49, 51).

Constituidos los ayuntamientos, las JEZ realizan una serie de operaciones para la asignación de escaños: en primer lugar, forman una relación ordenada de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores con representación —al menos un concejal electo— en cada partido judicial, en orden decreciente en función del número de votos obtenidos por cada uno (art. 205.1 LOREG); y, en segundo lugar, distribuye los puestos que corresponde a cada formación política en cada partido judicial aplicando el procedimiento del art. 163 LOREG (esto es, de acuerdo con la fórmula D'Hondt). Por tanto, se computa el número de votos obtenido por cada formación política en las elecciones

¹⁴ Los ayuntamientos se constituyen, con carácter ordinario, en sesión pública que se celebra el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se presente recurso contencioso-electoral contra la proclamación de concejales electos, retrasándose la constitución hasta el cuadragésimo día posterior a las elecciones (art. 195 LOREG).

locales y no el número de concejales electos. Una vez asignados los puestos de diputados, la JEZ convoca por separado, dentro de los cinco días siguientes, a los concejales de partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones con representación en la diputación, para que elijan de entre las listas de candidatos, avaladas por el menos un tercio de los concejales, a quienes vayan a ser proclamados diputados (art. 206.1 LOREG). El carácter indirecto y de segundo grado de esta elección determina una lógica interna del procedimiento distinta a la que se produce en elecciones directas, con una proclamación de candidatos previa a la asignación de los puestos que es independiente del número de concejales obtenidos, sino que está en función de los votos obtenidos en la circunscripción —partido judicial— por cada formación política (STC 24/1989, FJ 4).

Los escaños de diputado provincial, en palabras del propio legislador orgánico (art. 205.3 LOREG), «corresponden» a las formaciones políticas que, por lo general, concurren a las elecciones con candidaturas bajo el *paraguas* de los partidos políticos. Sin embargo, esta expresión no debe interpretarse como que el legislador ha dado validez a un *mandato de partido* hacia los diputados provinciales que resulten electos, sino que los votos obtenidos por las candidaturas respaldadas por formaciones políticas —habitualmente, partidos políticos— son los que determinan la representatividad en términos de escaños en la corporación provincial, pero una vez proclamados la titularidad de los escaños son de los diputados provinciales, que, al menos teóricamente, son libres para la conformación de su voluntad como miembros del pleno de la diputación (Garrido López, 2022: 94). Ahora bien, la realidad apunta en dirección contraria, esto es, el control absoluto de los partidos políticos en las fases de elaboración de candidaturas y promoción de personas concretas para ser aupados a un escaño en la diputación provincial. Para ser diputado provincial, como hemos señalado, debes ser candidato y resultar elegido como concejal en algún ayuntamiento del partido judicial correspondiente, siendo el filtro de elaboración de las candidaturas la propia maquinaria partidista; por tanto, si el partido no quiere dar opción a que una persona se pueda postular en su momento para formar parte de la corporación provincial, no facilita su inclusión en candidatura alguna y, en ese caso, no cumple con el requisito habilitante para ser elegido diputado provincial. Además, no solo se requiere la condición de concejal electo, sino haberlo sido en una candidatura de la fuerza política a la que, por el cómputo de los votos, le corresponde al menos un escaño.

La elección de segundo grado implica que esta no se realiza por todos los concejales electos en los municipios de un determinado partido judicial, sino únicamente por aquellos que resultaron electos por concurrir en candidaturas de una determinada formación política en estos municipios, de tal forma que

se constituyen tantos colegios electorales como partidos a los que ha sido asignado un escaño de diputado provincial por el número de votos obtenido. Así, se establece una nueva relación representativa entre los correligionarios y el representante, anulando la relación básica entre representantes y la ciudadanía (López Garrido, 1999: 8), puesto que acuden no en representación de sus municipios, «sino en calidad de delegados de las formaciones o agrupaciones que los incluyeron en sus listas» (López Garrido, 2022: 95). El único requisito formal previsto en el art. 206.1 LOREG es el aval de al menos un tercio de los concejales electos a la lista de las personas propuestas para su proclamación como diputados, por lo que nada impide que se presenten varias listas, aunque solo se podrá avalar válidamente a una lista (Acuerdo JEC 250/1991, de 1 de julio); y de avalarse a más de una lista, puede ser requerido para que se pronuncie por el aval que mantiene (Acuerdo JEC núm. 825/1995, de 22 de junio). La fase de recogida de avales también está impregnada por la maquinaria partidista porque, de hecho, suele ocurrir que en la fase de conformación de las candidaturas municipales se solicita el aval *en blanco* a sus integrantes sin saber muy bien a quiénes van a otorgar su respaldo en el futuro, algo que determinará el órgano de dirección provincial del partido y trasladará a esas hojas firmadas antes de celebrarse las elecciones municipales. El control en esta fase del procedimiento de elección, por tanto, puede llegar a ser casi absoluto por unos partidos políticos que ven en las diputaciones una forma de control política del territorio, en conexión directa con los ayuntamientos y sus integrantes, las instituciones más cercanas a la población, que con su voto en última instancia determina el respaldo electoral en los próximos comicios.

La votación de las listas presentadas con los avales requeridos no está regulada de forma específica en la legislación electoral, debiendo acudir a la doctrina de la JEC para aclarar el procedimiento. Así, la convocatoria con la fecha y hora de la votación dirigida a los concejales de cada partido es realizada por la JEZ en los cinco días siguientes a la asignación de puestos de diputados provinciales, siendo esta votación secreta y para la elección de los titulares y tres suplentes (Acuerdo JEC núm. 441/1996, de 20 de febrero); aunque esta labor de convocatoria se suele realizar por el representante de la formación política ante la JEZ que, a su vez, se encargará de comunicarlo a los concejales electos o, en ocasiones, también se preocupan de trasladar esta información quienes integran la lista o listas presentadas para su proclamación como diputados provinciales. No cabe la votación por delegación o apoderamiento, sino que se requiere la presencia física y personal de los concejales del partido judicial (Acuerdo núm. 816/1995, de 10 de julio). Cabe la posibilidad de que concurran varias listas de candidatos siempre que todas ellas cuenten con el aval de un tercio de los concejales del partido judicial y concurrieran por la misma formación política, por lo que como

máximo, y siempre que avalen todos los concejales, pueden presentarse tres listas de candidatos (Acuerdo núm. 592/1995, de 24 de abril). No obstante, debido al control ejercido por las fuerzas políticas con la maquinaria que tienen a su alcance, normalmente se presentan candidaturas únicas y, en caso de concurrir varias, suele obtener mayor respaldo la que cuenta con el apoyo del partido político que se considera candidatura oficial u *oficialista*. Las listas deben ser cerradas, bloqueadas y completas con el número de candidatos titulares coincidente con el número de puestos a elegir más tres suplentes, ya que «la asignación de los puestos de diputados provinciales se realizará mediante la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 163 de la LOREG» (Acuerdo JEC núm. 167/1999, de 3 de mayo). En esas listas a diputados provinciales no pueden ser incluidos concejales electos que concurrieran en la candidatura de otra formación política, debiendo ser comunicada una inclusión de este tipo por la Junta Electoral y dar un plazo de tiempo para subsanar tal error, sin que la invalidación de toda la lista en la que se incluya un concejal electo por otra formación política sea una medida proporcionada (STC 24/1989, FJ 6).

Una vez realizada la votación, de acuerdo con el art. 206.2 LOREG, la JEZ proclama a los diputados electos y los suplentes, expide las credenciales y remite a la Junta Electoral Provincial y a la diputación las certificaciones como diputados electos en el partido judicial, para proceder a la posterior constitución de la corporación provincial. Los miembros de la diputación lo son en tanto mantengan su condición de concejales, y si pierden tal condición, cesará como diputado provincial y se procederá a su sustitución por uno de los suplentes, pero en el caso de que no existieran suplentes, éstos hubieran renunciado o perdido la condición de concejales, se activará nuevamente el procedimiento de elección del art. 206 LOREG (art. 208 LOREG y, entre otros, Acuerdo JEC núm. 8/2024, de 18 de enero), debiéndose encargar la JEZ de su activación o, si no estuviese constituida, le corresponderá a la Junta Electoral Central (Acuerdo JEC núm. 236/2009, de 15 de octubre).

Por último, en relación con el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos del art. 23 CE, debemos señalar que también protege a quienes son elegidos en elección indirecta de segundo grado, como sucede con el caso de los diputados provinciales. Y ello porque los cargos públicos amparados por el derecho fundamental «son aquellos configurados por una relación de representación política y que traen origen en el sufragio universal de los ciudadanos», de forma que debe considerarse igualmente cargo público representativo tanto quien procede de una elección directa como quien lo hace de una elección indirecta. Es más, podría considerarse que deben tutelarse con mayor intensidad los imperativos democráticos en el caso de los elegidos por elección indirecta ante «el mayor riesgo de ruptura de la relación representativa» por

encontrarse más alejada la elección respecto del sufragio activo de la ciudadanía (García Roca, 1999: 48-50).

IV. LA AUSENCIA DE PRESENCIA EQUILIBRADA OBLIGATORIA EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES ESPAÑOLAS

1. LAS OBJECIONES SOBRE LA OPORTUNIDAD Y LA EFECTIVIDAD DE LAS CUOTAS ELECTORALES

El establecimiento de medidas en favor de la igualdad, como, por ejemplo, las cuotas para garantizar la presencia de las mujeres en los órganos de representación, no ha sido una cuestión asumida unánimemente por la doctrina. Estas fórmulas coercitivas —a través de la obligatoriedad de cuotas electorales— han sido objeto de cuestionamiento por parte de la doctrina por diferentes razones, tanto de oportunidad como de legitimidad. Así, Rey Martínez (1999, 55 y ss.), aun reconociendo la situación de partida con un claro desequilibrio histórico en la representación política con menor presencia de mujeres, manifestaba posibles efectos contraproducentes por la introducción de medidas que supongan una obligación legal para su inclusión en las listas electorales. Este autor apuntaba al posible refuerzo de la ideología de la desigualdad y la reintroducción de problemas de paternalismo en la sociedad por una serie de efectos que podría provocar, tales como: a) aumentar el sentimiento de inferioridad en la confrontación con el grupo dominante; b) no siempre existe correspondencia de las cuotas con los deseos de sus posibles usuarias; c) división de la sociedad al provocar el sentimiento de resentimiento en el excluido, y d) provocar el estigma en las «mujeres de cuota» que contraviene el ideal de igualdad entre sexos.

La argumentación crítica fue formulada en abstracto, esto es, con anterioridad a la concreción por el legislador español de la presencia equilibrada introducida por la reforma de la LO 3/2007, tras cuya aprobación el profesor Rey Martínez reorientó en buena medida su planteamiento anterior para aceptar parcialmente la configuración realizada por la citada ley, aunque manteniendo dudas acerca de su encaje constitucional, sobre todo en relación con la limitación que la obligación supone a la potestad de los partidos políticos para autoorganizarse y a su libertad a la hora de definir la composición de los miembros integrantes de las candidaturas con las que competir electoralmente, existiendo alternativas a las cuotas electorales obligatorias como, por ejemplo, establecer incentivos en las subvenciones electorales para favorecer la presencia de mujeres en las candidaturas (Rey Martínez, 2007: 74; Álvarez Rodríguez, 2022). En realidad, la limitación a la libertad de los partidos que, de hecho, se

produce con las cuotas electorales, podría tener un menor efecto en un contexto de listas abiertas donde la libertad sería del elector, e incluso se podría plantear, con listas cerradas y bloqueadas, la posibilidad de convertir la composición de las candidaturas en una cuestión identitaria de las formaciones políticas, de modo que se podría permitir la presentación de listas con presencia equilibrada o solo compuestas por miembros de un sexo (Ruiz Miguel, 2007: 66), opción esta última que podría ser objeto de debate, pero que no puedo compartir, entre otras razones, porque desvirtúa la universalización del objetivo legítimo —en términos constitucionales— de la presencia equilibrada en la representación política, convirtiéndolo de forma permanente en una seña de identidad ideológica en la pugna partidista.

No obstante, Álvarez Rodríguez (2012: 167) ha sostenido que la fórmula del 60/40 para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres plantea problemas, hasta identificar tres *puntos de fricción* con el modelo de representación política reflejado en la Constitución española. En primer lugar, la desnaturalización de la representación con el surgimiento de *representación corporativa* que puedan llevar a cabo las mujeres en los Parlamentos, de modo que podrían estar tentadas a representar los intereses de su propio sexo y no los generales del conjunto del electorado. En segundo lugar, la imposición de un porcentaje mínimo para cada uno de los sexos impone un límite injustificado —a juicio del autor— al derecho de sufragio pasivo, aunque debe señalarse que, por la dinámica partidista en la conformación de las candidaturas electorales, podría decirse que los partidos pueden suponer un límite *oficioso* al ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Y en tercer lugar, y ya señalado anteriormente, un argumento compartido con otros autores, como Rey Martínez, que exponen la restricción que suponen estas medidas coercitivas para las libertades de asociación, libertad ideológica y de expresión de las formaciones políticas.

En otro sentido, con argumentos favorables hacia el establecimiento de medidas coercitivas para garantizar la presencia equilibrada, se han manifestado, entre otros, autores como Salazar Benítez (2019, 63, 64), que asegura categóricamente que tales medidas contribuyen al perfeccionamiento del sistema democrático para la construcción de una «mayor y mejor democracia», así como que los efectos perseguidos con su adopción son la demostración de un presupuesto básico para encontramos ante una sociedad democrática avanzada. En idéntico sentido, se posiciona Aldeguer Cerdá (2020: 346) al destacar los efectos positivos que sobre la representación política tiene la introducción de medidas para garantizar «el pleno ejercicio de los derechos de los que son titulares las mujeres en tanto que ciudadanas». Argumentos favorables que, frente a los que sostenían el difícil encaje constitucional de la obligación de presencia equilibrada en las candidaturas electorales, han salido reforzados tras el pronunciamiento

del Tribunal Constitucional en su STC 12/2008, que ha convalidado la constitucionalidad de las disposiciones en materia electoral de la LO 3/2007.

2. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y PRESENCIA EQUILIBRADA EN ESPAÑA

El derecho a la participación es un derecho propio del individuo ejercido en el seno de la comunidad política a la que pertenece y donde participa «en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas», como parte de «los derechos políticos del ciudadano en el Estado, diferentes de los derechos de libertad frente al Estado y de los derechos sociales y prestacionales» (Aguar de Luque, 1977: 124). Como señalaba Kelsen (1934: 33), destacando su relevancia, «la participación en la formación de la voluntad colectiva es el contenido de los llamados *derechos políticos*». En el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial, el derecho a participar políticamente fue incorporado en los textos constitucionales de los países europeos; y así, la Constitución española de 1978 reconoce el derecho de participación política como fundamental en el art. 23.1 CE.

El derecho de participación política no debe entenderse como derecho al margen del aparato estatal, sino más bien un derecho en el Estado, de forma que solo puede ser ejercido de acuerdo con las normas y los requisitos previstos en la ley (Biglino Campos, 2008: 282). Además, debe considerarse desde la perspectiva de la igualdad efectiva del art. 9.2 CE y en conexión con el art. 14 CE, teniendo en cuenta el valor político que encierra en sí mismo el propio concepto de igualdad. En este sentido, la igualdad abstracta y formal entre individuos debe transformarse «en una igualdad *compleja* que permita corregir las desigualdades de condición entre los sexos», promoviendo la igualdad real y efectiva no tanto a través de las medidas propias de la discriminación positiva que se han demostrado escasamente eficaces, sino por medio del establecimiento de cuotas en favor de las mujeres para garantizar el acceso en condiciones de verdadera igualdad a los cargos de representación, lo que resulta plenamente legítimo (Martínez Sempere, 2000: 141).

El verdadero hito que impulsó la paridad en el sistema representativo español fue, en efecto, la reforma legal en la legislación electoral a través de la Ley Orgánica 3/2007, conocida como ley de igualdad. Así, en la primera de las disposiciones adicionales de esta ley se estableció el porcentaje de presencia para cada uno de los sexos en las listas electorales, de tal forma que no puede haber más del 60 % ni menos del 40 %, respectivamente. Por medio de su disposición adicional segunda, se añadió a la LOREG un nuevo art. 44 *bis* que extendía la regla del 60-40 para las candidaturas al Congreso de los Diputados, municipales —salvo municipios de menos de 5000 habitantes—, miembros de consejos insulares y cabildos canarios, al Parlamento Europeo y las cámaras

legislativas de las comunidades autónomas, aunque en este caso dejando un margen a las legislaciones autonómicas para el establecimiento de medidas tendentes a favorecer la presencia de mujeres en parlamentos autonómicos.

Con estas medidas incorporadas en la legislación electoral se buscaba garantizar la presencia equilibrada entre sexos en las instituciones, favoreciendo la presencia del sexo femenino, infrarrepresentado en los cargos de responsabilidad política; de manera que la eliminación de esta discriminación que de hecho se producía en España, sea el elemento entre la voluntad del legislador y el operador jurídico para conseguir la igualdad real y efectiva en el ámbito representativo (Sevilla Merino *et al*, 2007: 67). En puridad, se trataba de un verdadero caso de diferencia en positivo hacia las mujeres, de forma que se favorece su incorporación a la participación política y, de forma concreta, a los órganos de representación; esto es, expresado de otra forma: «La motivación primordial que subyace a las políticas de la diferencia es asegurar la inclusión de grupos tradicionalmente excluidos y de voces marginadas» (Beiner, 1997: 12).

Sin embargo, en las disposiciones sobre la elección de los miembros de las diputaciones provinciales no se estableció ninguna medida para incorporar el principio de presencia equilibrada, ni tampoco en el art. 44 bis de la LOREG en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, no siendo aplicable la normativa sobre composición equilibrada de candidaturas (Acuerdo JEC núm. 358/2007, de 12 de junio). La ausencia de obligación legal para que las fuerzas políticas incorporen la presencia equilibrada en las candidaturas presentadas para la elección de miembros en las diputaciones ha hecho que, como veremos en el siguiente subapartado, las mujeres continúen infrarrepresentadas en las corporaciones provinciales. En palabras de las profesoras Sevilla Merino y Pérez Pérez (2013), «donde no hay obligación, no hay devoción», por lo que respaldan la conveniencia de establecer medidas obligatorias para que la representación sea equilibrada porque donde no existen no se produce tal equilibrio.

3. ¿EXISTE PRESENCIA EQUILIBRADA EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES?

La mejor forma de responder a la pregunta sobre si existe presencia equilibrada en las corporaciones provinciales de régimen común en la actualidad es, precisamente, atender a los datos de sus miembros. Para ello, es relativamente fácil acceder a la información en las respectivas páginas web de las diputaciones, donde podemos conocer quiénes forman parte de las corporaciones provinciales, su adscripción política e información básica personal, biográfica y de contacto. Así, hemos podido extraer los datos para esta investigación, centrándonos en el número y proporción de mujeres y hombres que, hoy en día, son miembros de las diputaciones. A continuación, reflejaremos en tres tablas los

datos de las mujeres presidentas de diputaciones por comunidades autónomas, el número y la proporción de mujeres y hombres en las diputaciones y, en último lugar, el número y la proporción de mujeres por formaciones políticas.

Tabla 1. *Presidentas de diputación por comunidades autónomas*

Comunidad autónoma	Presidentas de diputación
Andalucía	1
Aragón	0
Castilla y León	1
Castilla-La Mancha	1
Cataluña	2
Extremadura	0
Galicia	0
C. Valenciana	1
TOTAL	6

Fuente: elaboración propia.

Los datos reflejados en la tabla 1 demuestran el escaso número de mujeres que están al frente de una diputación provincial de régimen común en España actualmente. De las 38 diputaciones existentes, solo 6 de ellas están presididas por una mujer; es decir, apenas el 16% de las corporaciones provinciales. Por comunidades autónomas, en las que hay presidencia de diputación por una mujer: una en Andalucía (Cádiz), una en Castilla y León (Palencia), una en Castilla-La Mancha (Toledo), dos en Cataluña (Barcelona y Tarragona), y una en la Comunidad Valenciana (Castellón). Es evidente que no hay una representación adecuada al frente de las diputaciones españolas, donde las mujeres que ejercen como presidentas son una minoría; pero es necesario ahondar más en las cifras de sus miembros por si esta ínfima presencia se traslada también en la composición de las corporaciones provinciales.

En la tabla 2 observamos cómo continúa existiendo una mayor representación de hombres que de mujeres en las corporaciones provinciales, si bien la cifra porcentual de mujeres se aproxima al mínimo del 40% que el legislador orgánico incorporó en la normativa electoral en el año 2007, aunque eximiendo de esta obligación legal a las elecciones a diputados provinciales. No obstante, no es posible afirmar que exista una presencia equilibrada de mujeres y hombres en las diputaciones, aunque sí se aproxima a la regla del 60-40, porque la tendencia debe ser una representación paritaria, esto es,

mismo número de hombres que de mujeres o en cifras próximas a la paridad, situación de la que aún estamos muy lejos. De hecho, hay casos, como Segovia y Lugo en los que las mujeres representan solo el 20% de la corporación provincial.

Tabla 2. *Miembros de diputaciones provinciales: total, por sexo y en porcentaje*

Diputación	Miembros	Hombres	% hombres	Mujeres	% mujeres
Albacete	25	17	68%	8	32%
Alicante	31	17	55%	14	45%
Almería	27	14	52%	13	48%
Ávila	25	19	76%	6	24%
Badajoz	27	16	59%	11	41%
Barcelona	51	28	55%	23	45%
Burgos	25	16	64%	9	36%
Cáceres	25	15	60%	10	40%
Cádiz	31	21	68%	10	32%
Castellón	27	18	67%	9	33%
Ciudad Real	25	12	48%	13	52%
Córdoba	27	13	48%	14	52%
Coruña	31	18	58%	13	42%
Cuenca	25	14	56%	9	36%
Girona	27	19	70%	8	30%
Granada	27	16	59%	11	41%
Guadalajara	25	15	60%	10	40%
Huelva	27	14	52%	13	48%
Huesca	25	17	68%	8	32%
Jaén	27	16	59%	11	41%
León	25	18	72%	7	28%
Lleida	25	16	64%	9	36%
Lugo	25	20	80%	5	20%
Málaga	31	17	55%	14	45%
Ourense	25	17	68%	8	32%
Palencia	25	18	72%	7	28%
Pontevedra	27	15	56%	12	44%
Salamanca	25	19	76%	6	24%

Diputación	Miembros	Hombres	% hombres	Mujeres	% mujeres
Segovia	25	20	80%	5	20%
Sevilla	31	17	55%	14	45%
Soria	25	19	76%	6	24%
Tarragona	27	17	63%	10	37%
Teruel	25	12	48%	13	52%
Toledo	27	17	63%	10	37%
Valencia	31	19	61%	12	39%
Valladolid	27	20	74%	7	26%
Zamora	25	17	68%	8	32%
Zaragoza	27	18	67%	9	33%
Totales	1038	651	63%	385	37%

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3. *Miembros de diputaciones provinciales por partidos y sexo: núm. y porcentaje*

Partido	Total	Mujeres	% mujeres	Hombres	% hombres
PP	448	144	32%	304	68%
PSOE	403	179	44%	224	56%
VOX	32	7	22%	25	78%
Junts	40	14	35%	26	65%
ERC	38	17	45%	21	55%
BNG	16	9	56%	7	44%
IU-Podemos	14	8	57%	6	43%
Compromís	6	3	50%	3	50%
Otros	41	10	24%	31	76%

Fuente: elaboración propia.

Por último, en la tabla 3 se presenta un cruce de datos entre la representación por formaciones políticas y la presencia de mujeres y hombres. Como se puede observar, el 80% de la representación está concentrada en los dos principales partidos políticos, PP y PSOE, y entre ellos hay diferencias en cuanto a la representación por sexos, de tal forma que mientras en el caso del

PSOE se ajusta a la regla 60-40, incluso supera el mínimo de representación del 40 % de uno de los sexos, en este caso, de las mujeres, en el caso del PP la cifra de presencia femenina está todavía lejos del porcentaje mínimo del 40 % y, de hecho, por debajo de la media que observamos en la tabla 2. En el resto de las formaciones políticas, hay disparidad: mientras que en el caso de VOX, casi el 80 % de sus representantes en las diputaciones provinciales de régimen común son hombres, en otros como ERC, BNG, IU-Podemos o Compromís, están en una situación de representación paritaria, cercana a ella o incluso con más presencia de mujeres que de hombres. En el grupo «otros» se han agregado las formaciones políticas que obtienen representación en una provincia, generalmente con un representante, y donde también se observa un desequilibrio por sexos con una presencia mayoritariamente masculina.

V. UNA PROPUESTA DE REFORMA A MODO DE CONCLUSIONES

El sistema de elección de los miembros de las diputaciones provinciales de régimen común ha sido objeto de crítica desde diversas posiciones, destacando aquellas que han identificado una ruptura de la relación representativa entre representantes y representados, provocada por la modalidad de elección indirecta y el control casi absoluto de los partidos políticos del procedimiento. Pero este no ha sido un elemento central del presente trabajo, sino identificar la incidencia sobre la representatividad de las mujeres en las corporaciones provinciales como consecuencia de no existir obligación legal para incorporar el principio de presencia equilibrada en las candidaturas a miembros de las diputaciones. Por ello, las propuestas que a continuación se formulan persiguen la mejora de la legitimidad democrática de la elección de los diputados provinciales, pero, sobre todo, la presencia equilibrada en las corporaciones provinciales con medidas tendentes a la paridad entre sexos.

Lo deseable, bajo nuestro punto de vista, sería un cambio en el sistema de elección de los miembros de las diputaciones provinciales con elección directa y por todo el cuerpo electoral de la provincia mediante sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, como establece el art. 3.2 de la Carta Europea de Autonomía Local de 1985¹⁵. En este caso, las candidaturas para la elección de miembros de las diputaciones provinciales deberían ser cerradas,

¹⁵ En la ratificación de la Carta Europea de Autonomía Local, de 1985, España añadió una salvedad excluyendo la aplicación de estos principios en todo el territorio nacional, con la intención de salvaguardar el sistema actual de elección de los miembros de las diputaciones provinciales (Biglino Campos, 2017: 372).

bloqueadas y con presencia equilibrada en los mismos términos que se establece para elecciones generales, autonómicas o al Parlamento Europeo. La votación se produciría por el electorado el mismo día de las elecciones municipales en urna separada y, por tanto, los integrantes de las candidaturas presentadas no tienen por qué ser candidatos a concejales y se asignaría un reparto aplicando los criterios del art. 163 de la LOREG en función de los votos obtenidos por cada candidatura en la provincia, desechando la división territorial en partidos judiciales. Esta solución cambia de forma sustancial el modo de elección con respecto al vigente, aunque mantiene el peso de los partidos políticos y añade un problema adicional: el impacto sobre el electorado, algo sobre lo que *a priori* no tenemos respuesta mensurable.

Sin embargo, la propuesta que puede resultar más factible desde un punto de vista político, sin suponer un cambio sustancial en la modalidad de elección, sería incorporar una disposición en la legislación electoral que establezca la obligatoriedad de presentar listas cremallera para la elección de diputados provinciales, manteniendo el resto de los elementos que configuran el actual sistema de elección. De este modo, aunque en la mayor parte de los partidos judiciales suelen asignarse uno o dos puestos de diputados a cada formación política, se podría incrementar el equilibrio en la composición de estas candidaturas con la obligación de que sean cremallera, esto es, combinando de forma alternativa candidatos de cada sexo, no solo para los titulares, sino también suplentes. Esto reduciría parcialmente la discrecionalidad de los partidos políticos para la conformación de las candidaturas a miembros de las diputaciones provinciales, con una medida que obligue a reflejar en las corporaciones provinciales la realidad social y no se siga produciendo, como hasta ahora, una infrarrepresentación de las mujeres en este tipo de instituciones democráticas.

Bien es cierto que estas propuestas solo afectan a una parte de los problemas de los que se atribuyen a las diputaciones, pero no lo es menos la desconexión existente entre ciudadanía y representación política, muy en particular, en las instituciones provinciales. Por ello, y más allá de otro tipo de reformas aconsejables para mejorar la legitimidad democrática de la representación en los gobiernos autónomos de las provincias, resulta imprescindible incorporar medidas como las aquí propuestas en torno a la presencia equilibrada de los miembros de las diputaciones, que no serán definitivas para terminar con los problemas que arrastran, pero servirán para reducir la brecha existente en la actualidad como se ha intentado exponer de una forma analítica a lo largo del presente trabajo.

Bibliografía

Aguiar de Luque, L. (1977). *Democracia directa y Estado constitucional*. Madrid: Edersa.

- Aldeguer Cerdá, B. (2020). Democracia paritaria. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, 342-364. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5716>.
- Álvarez Rodríguez, I. (2012). *Democracia equilibrada «versus» democracia representativa*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Álvarez Rodríguez, I. (2022). Democracia paritaria y financiación de partidos políticos. *Revista General de Derecho Administrativo*, 59, 18.
- Aparicio Pérez, M. Á. (2017). Los últimos cuarenta años de reorganización territorial del Estado en España. *Ius Fugit*, 20, 15-46.
- Aragón Reyes, M. (1998). Problemas actuales de la organización territorial del Estado. *Revista de Estudios Políticos*, 102, 161-179.
- Aragón Reyes, M. (2006). La construcción del Estado autonómico. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 54/55, 75-95.
- Aragón Reyes, M. (2014). Problemas del Estado autonómico. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 31, 13-34. Disponible en: <https://doi.org/10.59991/rvam/2014/n.31/195>.
- Beiner, R. (1997). Liberalismo, nacionalismo, ciudadanía: tres modelos de comunidad política. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 10, 5-22.
- Biglino Campos, P. (2008). Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (comentario a la STC 12/2008). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 82, 277-299.
- Biglino Campos, P. (2017). La reforma de la elección de los miembros de las diputaciones provinciales: mejorar la legitimidad de origen respetando la legitimidad de ejercicio. En L. Parejo Alfonso (dir.). *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 361-382) Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Boix Reig, V. (1988). Significación de la provincia en la distribución territorial del poder por la Constitución española. *Revista de Administración Pública*, 115, 339-370.
- Cámara Villar, G. (2018). La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional. *Revista de Derecho Político*, 101, 395-430. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.101.2018.21966>.
- Clavero Arévalo, M. F. (1983). La provincia ante una encrucijada histórica en el ciento cincuenta aniversario de su creación (1833-1983). *Revista de Administración Pública*, 100-102, 2129-2157.
- Coscolluela Montaner, L. (2011). El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 45-67.
- De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T. (2014). *El modelo territorial español treinta y cinco años después*. Madrid: Fundación Alternativas. Disponible en: <https://tinyurl.com/2jk33cmu>.
- De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T. (2016). El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del título VIII. *Documentación Administrativa*, 3. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/da.v0i3.10370>.

- Esteve Pardo, J. (1991). Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31, 125-150.
- Estrada Sánchez, M. (2018). Ni ausentes ni inocentes: el papel de las diputaciones provinciales en la dinámica electoral durante el periodo isabelino (1835-1868). En E. Orduña Prada y A. Jordà Fernández (coords.). *Diputaciones provinciales. Historia, actualidad, futuro* (pp. 77-104). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Fernández Pérez, B. (1979). Las referencias a la demarcación judicial en la Ley de elecciones locales. *Revista de Estudios Políticos*, 10, 131-142.
- Foguet, C. (2012). Breve manual de supervivencia al sistema electoral provincial. *Politikon* [blog], 24-9-2012. Disponible en: <https://tinyurl.com/5ewpakrj>.
- Franco Jiménez, T. (2022). La controvertida interpretación y aplicación del art. 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. *REALA. Nueva Época*, 17, 139-154. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11058>.
- García de Enterría, E. (1991). La provincia en la Constitución. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.). *La provincia en el sistema constitucional* (pp. 5-17). Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (2018). *Problemas actuales del régimen local*. Sevilla: Universidad de Sevilla-Instituto García Oviedo.
- García Roca, J. (1999). *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi.
- García Rubio, F. (2014). La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización. En J. A. Santamaría Pastor (coord.). *La reforma de 2013 del régimen local español* (pp. 195-203). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Garrido López, C. (2022). El sistema electoral de segundo grado de las diputaciones provinciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124, 75-105.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1991). Legislación básica en materia de régimen local. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.). *La provincia en el sistema constitucional* (pp. 47-76). Madrid: Civitas.
- Gosende Cacharro, F. (2011). La nueva redacción del art. 205.1 de la Ley orgánica del régimen electoral general: una reforma inconstitucional. *Cuadernos de Derecho Local*, 26, 27-54.
- Guaita Martorell, A. (1981). Las provincias españolas a partir de la Constitución de 1978. *Revista de Administración Pública*, 94, 33-51.
- Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (2016). Meditación sobre la Constitución territorial. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 35, 13-22. Disponible en: <https://doi.org/10.59991/rvam/2016/n.35/117>.
- Jordà Fernández, A. (2018). Diputaciones provinciales y órganos intermedios locales: perspectiva histórica. En E. Orduña Prada, y A. Jordà Fernández (coords.). *Diputaciones provinciales. Historia, actualidad, futuro* (pp. 177-198). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Kelsen. H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.

- Linde Paniagua, E. (2018). Las diputaciones provinciales y su futuro incierto. *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 113-135.
- Martínez Sampere, E. (2000). La legitimidad de la democracia paritaria. *Revista de Estudios Políticos*, 107, 133-149.
- Medina Guerrero, M. (2014). La reforma del régimen local: una honda transformación de las relaciones intergubernamentales. *Cuadernos de Derecho Local*, 31, 147-161.
- Morán Orti, M. (1990). La división territorial en España: 1825-1833. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 247, 567-602.
- Orduña Prada, E. (2018). Diputaciones provinciales en el siglo XXI: ¿un gobierno local intermedio necesario? En E. Orduña Prada y A. Jordá Fernández (coords.). *Diputaciones provinciales. Historia, actualidad, futuro* (pp. 199-227). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Orduña Rebollo, E. (2003). La administración local en la Constitución de 1978. *Berceo*, 145, 69-104.
- Orduña Rebollo, E. (2012). Orígenes de las diputaciones provinciales: territorio y Administración. *Claves del Gobierno Local*, 14, 33-114.
- Parejo Alfonso, L. (1991). La provincia como entidad local determinada por la agrupación de municipios: fines básicos y competencias mínimas. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.). *La provincia en el sistema constitucional* (pp. 75-110). Madrid: Civitas.
- Prats i Catalá, J. (1979). La provincia ante la Constitución y las autonomías. *Documentación Administrativa*, 182, 411-458.
- Rey Martínez, F. (1999). Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución. *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 1, 52-59.
- Rey Martínez, F. (2007). La presentación equilibrada en los partidos políticos. *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 20, 69-74.
- Ruiz Miguel, A. (2007). En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres. *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 20, 60-68.
- Saiz Arnaiz, A. (2000). La consolidación del Estado autonómico: entre las necesarias reformas constitucionales y las propuestas soberanistas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, 375-386.
- Salazar Benítez, O. (2009). Constitución, Estatutos de Autonomía y Gobierno Local: claves para una lectura constitucionalmente óptima de la autonomía local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 309, 93-134. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/real.v0i309.9628>.
- Salazar Benítez, O. (2019). Democracia paritaria y Estado constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática. *IgualdadES*, 1, 43-81. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.02>.
- Salvador Crespo, M. (2007). *La autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local-Instituto de Administración Pública.

- Sánchez Morón, M. (2017). ¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 65, 46-51.
- Sanjuán Andrés, F. J. (2012). Las diputaciones provinciales. Una aproximación a los orígenes de la Diputación de Cádiz. *Historia Constitucional*, 13, 271-282.
- Sevilla Merino, J. et al. (2007). La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 67, 63-82.
- Solozábal Echevarría, J. J. (2001). El Estado federal como Estado compuesto. *Historia y Política: Ideas, Procesos y Movimientos Sociales*, 6, 121-136.
- Tajadura Tejada, J. (2019). El futuro de las provincias y las diputaciones provinciales ante una reforma de la Constitución territorial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 229-256. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24409>.
- Velasco Caballero, F. (2005). Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local. *Anuario del Gobierno Local 2005*, 121-151.
- Vera Torrecillas, R. J. (2022). El difícil encaje de las diputaciones provinciales en el modelo de organización territorial del Estado: una aproximación histórica (1812-1925). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 17, 155-173. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.10984>.

EL TECHO DE CRISTAL DE LAS MUJERES EN LA JUDICATURA: LA NECESARIA INCORPORACIÓN DE LA COMPOSICIÓN EQUILIBRADA EN LOS NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES DEL PODER JUDICIAL¹

The glass ceiling and women in the Spanish judicial career: The necessary incorporation of gender balance in discretionary appointments in Judicial Power

EMILIO FERRERO GARCÍA
Universidad de Salamanca
emilioferrero@usal.es

Cómo citar/Citation

Ferrero García, E. (2024).

El techo de cristal de las mujeres en la Judicatura: la necesaria incorporación de la composición equilibrada en los nombramientos discrecionales del poder judicial.

IgualdadES, 10, 187-217

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.07>

(Recepción: 30/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

Este artículo pretende llenar el vacío doctrinal en torno a la participación equilibrada de la mujer en el seno de la carrera judicial, a fin de estudiar la segregación horizontal funcional en los distintos órganos jurisdiccionales y el techo de cristal en

¹ Este artículo no habría sido posible sin las enseñanzas y constante apoyo de Marta del Pozo Pérez, a quien agradezco su valentía y compromiso permanente por la igualdad de género en el Poder Judicial.

las altas jerarquías del Poder Judicial, a partir de un prisma constitucionalista y desde la perspectiva de género. A lo largo de sus páginas se analizará la normativa y jurisprudencia respecto a los nombramientos discrecionales del CGPJ y la inclusión de medidas de acción positiva o de participación equilibrada de mujeres y hombres conforme a la LO 3/2007 y el alcance y estudio de las políticas de conciliación en la Judicatura. Finalmente, se plantearán propuestas de reforma para la garantía de la igualdad material en la promoción interna en el Poder Judicial y la introducción del principio de democracia paritaria como instrumento de relegitimación de la función judicial.

Palabras clave

Judicatura; igualdad de género; carrera judicial; mujer; paridad; participación equilibrada; poder judicial; nombramientos discrecionales; techo de cristal.

Abstract

This article seeks to fill the doctrinal void surrounding the balanced participation of women in the judiciary, in order to study the horizontal functional segregation in the various jurisdictions and the glass ceiling in the higher hierarchies of the judiciary, from a constitutionalist perspective and a gender perspective. Throughout its pages, it will analyse legislation and jurisprudence regarding the discretionary appointments of the CGPJ and the inclusion of affirmative action measures or balanced participation of women and men in accordance with Spanish Act No. 3/2007 and the scope and study of conciliation policies in the judiciary. Finally, reform proposals will be put forward to guarantee substantive equality in internal promotion within the judiciary and to introduce the principle of parity democracy as a means of re-legitimizing the judicial system.

Keywords

Judicature; gender equality; judicial career; women; parity; balanced participation; judiciary; discretionary appointments; glass ceiling.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO III. ACCESO A LA JUDICATURA. IV. SEGREGACIÓN VERTICAL Y TECHO DE CRISTAL. V. JURISPRUDENCIA ACERCA DE LOS NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES. VI. SEGREGACIÓN HORIZONTAL. VII. CONCILIACIÓN EN LA CARRERA JUDICIAL. VIII. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA. IX. PROPUESTAS FINALES Y PERSPECTIVA DE FUTURO. X. REFERENCIAS DOCUMENTALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de encontrarnos ante una cuestión de capital importancia y trascendencia constitucional para nuestro sistema político y jurídico, al hallarnos nada menos que ante un poder del Estado y el papel que en su seno desempeñe la mitad de la ciudadanía, es muy escasa la doctrina que ha abordado la carrera judicial con perspectiva de género a la hora de dilucidar el cumplimiento o no del derecho, principio y valor superior de la igualdad sustantiva y efectiva. Otros ámbitos de actuación, como la representación política o la participación en el sector económico-financiero sí han suscitado un mayor interés doctrinal y social, con grandes pasos hacia la consecución de una presencia equilibrada y ruptura del techo de cristal. Sin embargo, tras el telón y fuera de las miradas del público, el foco no alcanza uno de los casos más flagrantes —si no el que más— de discriminación y suelo pegajoso en el seno de la Administración y función pública: la carrera judicial.

Derribadas las puertas y escalados los muros de los palacios de justicia para la mujer, su imparable aumento exponencial en la Judicatura, así como en el conjunto de la Administración pública, no representa *per se* un cambio de paradigma hacia un Poder Judicial igualitario, digno de una sociedad democrática y abierta como la española. Así, en una profesión mayormente feminizada —y cada vez con mayor fuerza— su cúpula profesional y gubernativa sigue abrumadoramente en manos de hombres, con el consiguiente riesgo político y social en su esencial función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por ello, se erige como necesidad imperiosa el destierro del androcentrismo como principio de la creación, interpretación y aplicación del derecho (Imaz, 2018: 28), avanzando hacia un modelo de democracia paritaria, conforme a las directrices internacionales y comunitarias, así como con la doctrina de nuestro

Tribunal Constitucional². Ante un Poder Judicial tristemente desprestigiado en los últimos años, con su legitimidad constitucional cada vez más cuestionada y su credibilidad institucional fuertemente dañada, es preciso promover la búsqueda de elementos relegitimadores a fin de garantizar su papel garante de los derechos y libertades. En ese sentido, conviene tener presente en todo momento su inapelable origen popular, como de todo poder (arts. 1.2 y 117.1 CE), dimanante en última instancia del pueblo, lo que aborta cualquier intento de emancipación de la justicia de su dación democrática (Sánchez, 2008: 888).

Así las cosas, no basta la mera aplicación de la *potestas* inherente a la jurisdicción, sino una reforzada *auctoritas* democrática (Sevilla, 2004: 28). Dicho de otro modo, en el marco de una crisis institucional y de representación sin precedentes, los instrumentos clásicos de legitimación democrática de la Administración de Justicia se demuestran insuficientes para dar una adecuada y completa respuesta a la situación, por lo que se precisan de nuevas herramientas y complementos de relegitimación democrática, entre los que destaca la garantía del principio de participación equilibrada como vía de construcción de un Poder Judicial más justo e igualitario que se pareciera más a la ciudadanía y la sociedad de la que procede y a la que sirve.

Por todo ello es urgente analizar desde la perspectiva de género el actual desequilibrio en la carrera judicial, no solo en clave jerárquica sino funcional, a fin de comprobar si persiste una división sexual del trabajo en el seno de la Judicatura y cuáles son las causas —y soluciones, o más bien propuestas de reforma— para una problemática que no es sino la condición de posibilidad para el ejercicio y desarrollo pleno de nuestra democracia.

II. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

A lo largo de la historia las mujeres han tenido que afrontar el veto sistemático del ordenamiento y la moral dominante al ejercicio de las funciones jurisdiccionales inherentes a la Judicatura, en tanto que institución atravesada por cuestiones de género (*gendered institution*), al igual que otros cuerpos y entes sociales (Akers, 1992: 567). En nuestra tradición jurídica, tal prohibición se remonta a las *Siete Partidas*, impulsadas por el rey Alfonso X el Sabio durante el siglo XIII (Fernández y Lousada, 2021: 21-22), en su proyecto de creación de un ordenamiento imperial armonizado y universal³. Por consi-

² Véase la doctrina fijada por la STC 12/2008, de 29 de enero de 2008.

³ Así las cosas, la Ley III, recogida en el título VI de la Partida III, reguladora de la Administración de Justicia, expresamente excluye a la mujer del ejercicio de tal magis-

guiente, se limita el acceso a esta función pública a los «hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho»⁴, cerrando la puerta a la mujer durante siete siglos. Si bien las *Partidas* prorrogaron su vigencia hasta el siglo XIX, habríamos de esperar hasta los años veinte del siglo XX para una cierta flexibilización con respecto a la mujer en el ámbito de la Administración de Justicia: aunque más de forma testimonial que real, lo cierto es que sí permitió a las primeras mujeres, como María Ascensión Chiriviella Martín (1922), Victoria Kent y Clara Campoamor (1925) acceder a la Abogacía (Vázquez, 2009: 134-135).

Así, se abrió el debate y con él la puerta al ingreso de la mujer en régimen de igualdad en la Administración de Justicia, tesis reforzada con la aprobación del art. 25 de la Constitución republicana de 1931, permitiéndose el acceso tanto al Registro de la Propiedad y al Notariado en 1931 como a la Procuraduría en 1933. Sin embargo, con la entrada en el Gobierno de la CEDA se detuvo esa tendencia, vetándose el acceso de la mujer a la Judicatura, Fiscalía y Secretariado Judicial, a pesar de entrar en flagrante colisión con la CE1931, alegando la falta de educación, disponibilidad horaria o la maternidad «por razones fáciles de comprender»⁵. No obstante, sería en plena Guerra Civil cuando la República levantaría tal prohibición ante las necesidades bélicas, cumpliendo con su Constitución y abriendo paso a las primeras mujeres juezas, fiscales y magistradas de nuestra historia, a pesar de su abrumadora invisibilización y condena absoluta al ostracismo por no tratarse de funcionarias de carrera (Vázquez, 2009: 142-145)⁶.

tratura (*imperium*), alegando una falta de capacidad natural que, por su evidencia, adquiere una presunción *iuris et de iure*: «No es conveniente ni honesta cosa que la mujer tome oficio de varón, estando públicamente envuelta con los hombres para razonar por otro [...] pues cuando las mujeres pierden la vergüenza es fuerte cosa oírlas y contender con ellas».

⁴ Ley I, título IV, Partida III.

⁵ Orden fechada el 16 de noviembre de 1934 del ministro de Justicia, Rafael Aizpún, invocando el Estatuto Fiscal de 21 de junio de 1926, aprobado durante la dictadura primorriverista y la LOPJ de 1870. Orden desestimando instancia elevada a este Ministerio por doña Teresa Argemí Meliá, licenciado en Derecho. *Gaceta de Madrid*, núm. 324, de 20/11/1934. BOE-A-1934-10118.

⁶ María Luísa Algarra tiene el honor de haber sido la primera mujer jueza de la historia de España (en el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Grenollers, en 1936), y Julia Álvarez Resano, a la postre primera mujer gobernadora civil en España y también jueza de 1.ª Instancia e Instrucción (en Alberique), se convertiría en la primera mujer magistrada en un órgano colegiado (en el Tribunal Central de Espionaje y Alta Traición en 1938).

De esta manera, habría que esperar hasta los años sesenta, durante la dictadura franquista, para alterar ese *statu quo* y levantar esa vetusta prohibición inveterada, con la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer, que establecería la igualdad entre hombres y mujeres en «oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones públicas» (art. 3.1)⁷. No obstante, contempló expresamente como resquicio negado a la mujer el ejercicio de los cargos de magistrados, jueces y fiscales (art. 3.2 c.)⁸, con la única salvedad en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral (Espuny *et al.*, 2010: 111). Tras la reacción y represión franquista, de la mano de la apertura de la dictadura se aprobaría la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, que suprimiría la última prohibición e impedimento legal que impidiera el ingreso de la mujer en la Judicatura —y Fiscalía—⁹, si bien habría que esperar al año 1972 para contar con una mujer en el seno de la carrera judicial, tras aprobar las oposiciones a jueza comarcal (Gómez-Bahillo, 2016: 209)¹⁰.

III. ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL

Con carácter preliminar, desde una perspectiva constitucional no resulta baladí abordar el alcance conceptual mismo de carrera judicial, que no se circunscribe exclusivamente al acceso al cargo para el desempeño de las funciones judiciales, sino que ha de expresar también su promoción interna, designación, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, licencias y permisos

⁷ BOE núm. 175, de 24/07/196. BOE-A-1961-14132.

⁸ Sin mayor justificación que la fundación «en hechos o circunstancias naturales de tan fácil y obvia comprensión que resulta redundante e inútil su justificación en detalle», según reza su exposición de motivos. Será mucho más reveladora la correspondiente de la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, en la que sostiene que tal excepción respondía no a una falta de capacidad natural o responsabilidad, sino al deber de «protección de sus sentimientos ante determinadas actuaciones que el cumplimiento del deber hacía ineludibles», que, sin embargo, el legislador entendía «superados por la propia realidad», si bien matiza que «la mujer que se sienta llamada al ejercicio de la función judicial habrá de encontrar en ella ocasiones de satisfacer su vocación, que la compensarán de las aflicciones que pueda depararle».

⁹ Ley 96/1966, de 28 de diciembre. BOE núm. 311, de 29/12/1966.

¹⁰ María Jóver Carrión (en el Juzgado de Distrito de Fraga), si bien existe cierta confusión al respecto y, a menudo, se tiende a considerar a Josefina Triguero como la primera jueza en España (en el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Navalmoral de la Mata, en 1978).

o estatuto profesional. Así, cumpliendo con la exigencia constitucional de un cuerpo único en la carrera judicial (art. 122.1 CE)¹¹, la LOPJ 6/1985, de 1 de julio¹², redujo la misma a las actuales tres categorías: magistrado del Tribunal Supremo, magistrado y juez (art. 299), optando el legislador por no estructurar una verdadera carrera judicial con varios grados (Moreno, 2018: 3922-3923).

De esta forma, el ingreso en la carrera judicial se lleva a cabo en condiciones de igualdad, como en el común de la función pública (art. 23.2 CE), de acuerdo con los criterios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) y conforme a la doctrina del TC en materia de cargos públicos funcionariales no representativos¹³, a través de procesos selectivos, habiéndose de garantizar la objetividad y transparencia, así como la igualdad en el acceso de toda la ciudadanía que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias (art. 301.1 y 2 LOPJ). Incluso se llega a prever el estudio del principio de igualdad y su aplicación judicial en la función de juzgar en las pruebas selectivas de ingreso (art. 310 LOPJ). De esta forma, el acceso a la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial, en lo que conocemos como turno libre (art. 301.3 LOPJ), de forma conjunta con la carrera fiscal.

En esta vía de ingreso nos hallamos ante un sistema que favorece la igualdad de oportunidades y el acceso de mujeres a la judicatura, primando exclusivamente los resultados obtenidos en el proceso selectivo, que arroja un porcentaje de hasta un 71,3 % de mujeres entre quienes aprobaron el examen en el año 2021 (CGPJ, 2022). De esta forma, este sistema contribuye decisivamente a la composición actual de la carrera judicial, formada, según los últimos datos recientemente publicados por el CGPJ en su informe anual, por un total de 56,2 % de mujeres en el año 2022 (CGPJ, 2023), lo que supone un crecimiento decidido que en los últimos cinco años se materializa en hasta tres puntos de alza (CGPJ, 2019).

Sin embargo, el turno libre no es la única vía de acceso a la carrera judicial, por lo que hemos de poner el foco sobre estas otras formas de ingreso

¹¹ Hasta la aprobación de la Constitución de 1978, la carrera judicial se articulaba con toda lógica en un buen número de categorías: además de las de magistrado de Tribunal Supremo y presidente de Sala del Tribunal Supremo, había seis categorías: jueces y magistrados de entrada, de ascenso y de término, lo que permitía de alguna manera una mínima progresión racional en el *cursus honoris* judicial. Será con la LO 5/1981 cuando la carrera judicial formó un cuerpo único, desarticulando la justicia municipal (incorporada a la carrera judicial), creando dos grados (ascenso e ingreso) en la categoría de juez (art. 1).

¹² BOE núm. 157, de 02/07/1985. BOE-A-1985-12666.

¹³ Véase la STC 24/1990, de 15 de febrero, cuyo alcance concreta y extiende a los órganos constitucionales y al propio Poder Judicial vía ATC 298/1996, de 16 de octubre.

a menudo inadvertidas, en que no existe un proceso selectivo basado en un examen (cuarto turno, juristas de reconocido prestigio como magistrados/as, quinto turno para el Tribunal Supremo, ex arts. 301.5, 343 y 345 LOPJ o el llamado turno autonómico). Así, en el año 2022 las mujeres supusieron un modesto 40,9 % (CGPJ, 2023), pero en el año 2021 fueron apenas un exiguo 14,3 % (CGPJ, 2022) y, si bien es cierto que en año 2020 nos encontramos un 54 % de mujeres (CGPJ, 2021), no lo es menos que en el año 2019 apenas se atisban los umbrales mínimos de participación equilibrada, con un insuficiente 35,3 %¹⁴. Por consiguiente, nos hallamos ante unas cifras muy inestables y mudables que, en todo caso, no corresponden ni se asemejan siquiera a las proporciones del turno libre en cuanto a género. Este desequilibrio es incluso señalado por el propio CGPJ en su II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, si bien se aborda únicamente a través del diagnóstico y el análisis, sin ninguna actuación concreta (Fernández y Lousada, 2021: 31-32).

IV. SEGREGACIÓN VERTICAL Y TECHO DE CRISTAL

A pesar de los desequilibrios apreciados en el acceso a la Judicatura y Magistratura por turnos distintos al libre, lo cierto es que no arroja suficiente luz al respecto de la situación de flagrante desigualdad en el seno de la Administración de Justicia, por lo que han de entrar en escena los cargos discrecionales, en los que España se encuentra a la cola de la Unión Europea, solo delante de República Checa y Malta (Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, 2022a)¹⁵. En ese sentido, las mujeres constituyen una amplia mayoría en los órganos judiciales unipersonales, no así en los órganos colegiados (Hernández Moura, 2018: 237), con la consiguiente brecha y segregación vertical que pasaremos a presentar.

Así las cosas, los altos cargos de la carrera judicial son designados por el CGPJ, en tanto que órgano administrativo de gobierno de la judicatura y competente en materia de ascensos (arts. 122.2 CE y 326 LOPJ). Nos referimos a las presidencias de las audiencias provinciales, tribunales superiores de justicia y Audiencia Nacional, presidencias de sala y magistrados/as del Tribunal Supremo¹⁶. No obstante, a pesar de la confusión a la que pueda llevar

¹⁴ *Informe sobre estructura de la carrera judicial* (2020). Sección de Estadística. CGPJ.

¹⁵ Cuadros de indicadores de la justicia en la Unión Europea de 2021, recogidos en el informe de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial: *Magistradas y nombramientos discrecionales de altos cargos judiciales. Incumplimiento de la normativa en materia de igualdad e imparcialidad judicial*.

¹⁶ Véanse los datos reflejados en los porcentajes de número de mujeres en los distintos órganos judiciales, que, por su prolija extensión, se incluyen en el gráfico 1 incluido

el nombre, no nos referimos a una libre designación basada en la confianza, sino que se funda en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y gubernativas correspondientes a los diferentes destinos, siempre por concurso público competitivo en convocatoria abierta.

De esta manera, con una carrera judicial mayormente compuesta por mujeres, se supone que habríamos de encontrar presumiblemente una mayoría de mujeres en estos puestos o, al menos, que nos moviésemos en unos estándares de paridad o proporción equilibrada, conforme a la Ley 3/2007, de 22 de marzo¹⁷. Sin embargo, estos ascensos, que no suponen sino la promoción profesional de quienes ejercen la función jurisdiccional, son mayoritariamente copados por hombres, tal y como hemos señalado previamente, especialmente en las más altas magistraturas y presidencias (Blay y González, 2022: 3).

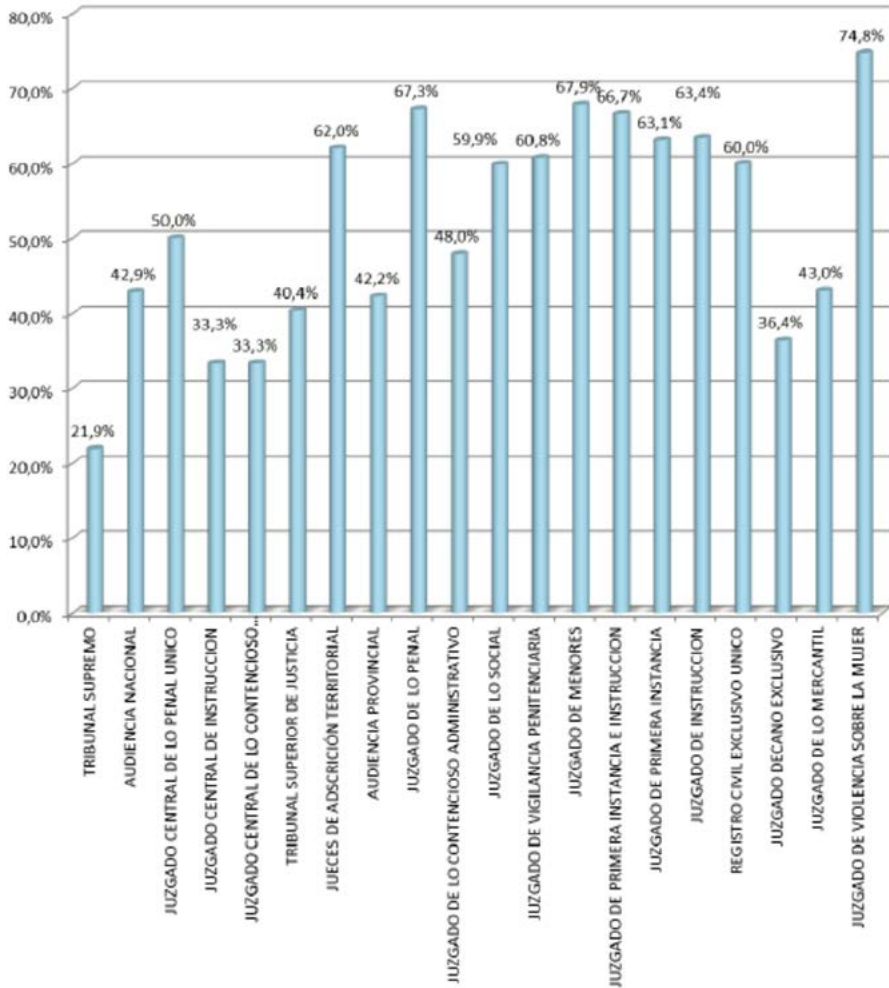
Tabla 1. *Distribución por edad y sexo en los órganos centrales*

Órganos centrales	Número		Edad Media		Antigüedad Media	
	Mujer	Varón	Mujer	Varón	Mujer	Varón
Tribunal Supremo	14	50	64,9	65,1	36,3	30,3
Audiencia Nacional	27	36	61,3	62,8	34,4	34
Registro Civil Central	1	1	64,7	61	39,9	32,9
Juzgado Central de Instrucción	2	4	66,3	66,5	35,9	39,5
Juzgado Central de lo Penal Único	0	1	0	68,2	0	38,8
Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo	4	8	54,9	65,2	24,7	30,6
Juzgado Central de Menores Único	0	1	0	59,7	0	32,9
Total	48	101	62,1	64,3	34,3	32,1

Fuente: *Informe sobre estructura de la carrera judicial* (2023). Madrid: CGPJ.

en el anexo del presente trabajo. No podemos, por su trascendencia histórica, no mencionar los nombres de aquellas mujeres pioneras en alcanzar dichas instancias: Margarita Robles Fernández, primera presidenta de una audiencia provincial (de Barcelona, en 1991); Milagros Calvo Ibarlucea, primera magistrada del TS (2002); María Eugènia Alegret i Burgués, primera presidenta de un TSJ (de Cataluña, en 2004); y María Luisa Segoviano Astaburuaga, primera presidenta de sala del TS (la Cuarta, nada menos que en Pleno, 2020).

¹⁷ BOE núm. 71, de 23/03/2007. BOE-A-2007-6115.

Gráfico 1. *Porcentaje de mujeres por tipo de órgano judicial*

Fuente: *Informe sobre estructura de la carrera judicial* (2023). Madrid: CGPJ.

La más extendida explicación que durante años se ha dado para justificar esta situación de flagrante inequidad no es otra que la existencia prejuiciosa de un menor porcentaje de mujeres en las franjas de edad en las que se accede como media a dichos nombramientos, dada su no tan lejana incorporación a la judicatura (CGPJ, 2023). Sin embargo, tal explicación no resulta operativa hoy en día a la luz de los datos facilitados por el CGPJ, que en el último informe anual predicho revela que, en los rangos de edad en los que se tiende

a participar en estos procedimientos selectivos, ya existe una mayoría de magistradas, entre el 66,4% y el 51,1 % de mujeres¹⁸, a pesar de los nombramientos mayoritariamente masculinos.

Igualmente, tal realidad se puede trasladar a la antigüedad, que tampoco decanta ya la balanza a favor de los hombres, como cabría esperar vista su sobrerrepresentación. Por el contrario, las mujeres tienen una antigüedad media equiparable a la de los hombres (18,7 frente a 22,6), por lo que en modo alguno reside ni en la edad ni en la antigüedad ni en el escaso tiempo —ya más de 45 años— desde la incorporación de la mujer a la carrera judicial para justificar su infrarrepresentación en la cúpula judicial y el consiguiente techo de cristal (CGPJ, 2020).

¿Dónde reside, pues, el origen de esta infrarrepresentación? Ni más ni menos que en el carácter discrecional de los puestos más destacados del Poder Judicial (art. 127.1 LOPJ). Así, la provisión de dichas plazas en los órganos judiciales se realiza por el pleno del CGPJ por mayoría de tres quintos y en base a criterios de mérito y capacidad, según reformó la LO 2/2004, de 28 de diciembre¹⁹. Este sistema ha sido en reiteradas ocasiones criticado severamente por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa, que limita la discrecionalidad absoluta y objetiva el procedimiento de acuerdo con criterios de transparencia, independencia e imparcialidad (GREGO, 2019). Sin embargo, aunque el Reglamento 1/2010, de 25 de febrero tasa los méritos valorables en los correspondientes concursos públicos, clasificándolos en preferentes (art. 5), comunes (art. 7) y específicos (art. 9), conforme a la LOPJ (art. 326.2), lo cierto es que la convocatoria dista mucho de recoger de forma pormenorizada unas mínimas normas de ponderación en la valoración global de las candidaturas.

Incluso el pleno del CGPJ decidió en su Acuerdo de 22 de junio de 2005 —antes de la aprobación de la LOI 3/2007— impulsar y desarrollar «medidas que favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad» en los procesos de nombramiento de cargos gubernativos de la carrera judicial y magistrados del TS «cuando concurren varios candidatos con similares méritos se procurará facilitar el nombramiento de mujeres para esos puestos» (Moliner *et al*, 2017: 131). Aunque tal previsión es plasmada en el citado Reglamento 1/2010 (art. 3.1), ha sido condenada a dormir el sueño de los justos al no contar con una traducción material que articule mecanismos específicos y concretos —más allá de la abstracción generalista— que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a estos puestos.

¹⁸ De entre 41 a 50 años y de 51 a 60 años, respectivamente.

¹⁹ BOE núm. 313, de 29/12/2004. BOE-A-2004-21761.

La consecuencia de esta situación es la ausencia de normas previas, públicas y transparentes a disposición de las personas candidatas para cada plaza y órgano, vacío colmado con una abstracción de normas genéricas recopiladas en el reglamento previo a cada convocatoria, pero que no es completado o *aterrizado* —cuando no reglado en la práctica— por criterios reales y efectivos, sino por el propio CGPJ, de forma hermética y opaca. Además, se incumple así el requisito de motivación (art. 326.2 LOPJ), puesto que, en la práctica, no se hace sino enumerar meramente los méritos del candidato seleccionado, prescindiendo de una auténtica argumentación de tal elección, plasmada en un proceso de confrontación dialéctica entre dos o más candidaturas (Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, 2022a).

V. JURISPRUDENCIA SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES EN LA CARRERA JUDICIAL

Con carácter preliminar, hemos de atender a las circunstancias que envuelven tal situación, puesto que nos referimos al control judicial que hace la magistratura sobre los nombramientos discrecionales de la carrera judicial que su máximo órgano de gobierno realiza —el cual es el competente no solo de los ascensos, sino también del régimen disciplinario, entre otros, y cuyo presidente lo es también del Tribunal Supremo—. No obstante, eso no ha impedido pronunciamientos judiciales, incluso anulaciones de designaciones por parte del TS, pudiéndose localizar varias sentencias a propósito de estos nombramientos (Díez-Picazo, 2020: 410) y que fijaron doctrina sobre la obligatoriedad de su motivación como exigencia formal.

Así las cosas, la STS de 27 de noviembre de 2007²⁰ dio un paso considerable al fijar doctrina cuando resuelve sobre la impugnación de varios nombramientos para ocupar plaza como magistrado del TS, ya que obliga a consignar las fuentes de conocimiento empleadas para indagar sobre los méritos en el conjunto de candidaturas, así como asegurar la observancia del principio constitucional de igualdad en el criterio de selección de fuentes en los méritos estrictamente jurisdiccionales y, finalmente, precisar las circunstancias concretas consideradas de forma individualizada que justifique la estimación de mayores méritos, capacidad e idoneidad en la persona seleccionada.

²⁰ Rec. 407/2006. Seguida de otras sentencias v.g.: STS de 7 de febrero de 2011 (Rec. 343/2009) o más recientemente STS de 11 de junio de 2020 (Rec. 423/2018).

En igual sentido, la STS 1033/2016 10 de mayo²¹ anuló el nombramiento del presidente del TSJ de Murcia²² por incumplir el requisito formal de motivación, dejando claro la insuficiencia de la mera exposición de méritos de quien es designado²³, requiriéndose un auténtico «contraste dialéctico» y abriéndose, incluso, a establecer un principio de preferencia de la mujer sobre el hombre en caso de equivalencia o identidad de méritos, en la línea de la jurisprudencia del TJUE (Sáez, 2019: 88-90). Sin embargo, esta doctrina, que abrió la puerta a un punto de inflexión en la materia que permitiese alterar el desequilibrio en su designación, fue desarticulada en la práctica ante las presiones del CGPJ²⁴ mediante la STS 1136/2017 de 27 de junio²⁵, que de nuevo, en el marco del caso de la Presidencia del TSJ de Murcia, se pronunció, esta vez bendiciendo el Acuerdo del CGPJ de 26 de mayo de 2016 por el que niega una vez más el nombramiento a la candidata con más méritos²⁶.

Así, nos encontramos ante un claro retroceso en su consideración de obligatoriedad, al comprender de nuevo las resoluciones dentro del vasto margen de la designación, desprovista así de garantías y contrapesos que garanticen la operatividad de la igualdad de oportunidades y agotándose en el mero control formal, a nuestro juicio contraria al deber de motivación en aquellas resoluciones que hayan de poner fin al procedimiento administrativo (art. 88.6 LPACAP, en relación con el art. 642.1 LOPJ).

Esta regresión jurisprudencial vino posteriormente acompañada del infame amparo —desamparo, en realidad, a la recurrente— del TC en su Auto 119/2018, de 13 de noviembre, que, a pesar de declarar la trascendencia constitucional (art. 50.1. b LOTC) —dada la falta de doctrina en la materia—, inadmitió el recurso²⁷ ante la «manifiesta inexistencia de vulneración del derecho a no ser discriminada» (FJ. 20. e), a pesar de la flagrante discordancia en la valoración de los méritos de la recurrente, que la STS de 10 de mayo de

²¹ Rec. 189/2015.

²² Acuerdo del Pleno del CGPJ de 26 de mayo de 2016.

²³ En ocasiones envuelto por un carácter laudatorio de ensalzamiento del seleccionado frente a un tratamiento incluso peyorativo de los méritos de la candidata rechazada, como señala en su voto particular el juez Jimena Quesada en su voto particular a la sentencia de 8 de junio de 2023 (asunto *Alonso Saura c. España*).

²⁴ Que llegó a calificar de injerencia inconstitucional el control y revisión de sus actos discrecionales por el TS.

²⁵ Rec. 4942/2016.

²⁶ Este caso en cuestión, que en estas páginas muy sucintamente presentaremos, reviste de un prolijo *iter* jurisprudencial que, a pesar de su relevancia y alcance, desbordaría la extensión y marco de este artículo, dada su complejidad y extensión.

²⁷ Recurso de amparo avocado núm. 3883-2017.

2016 estima muy superiores respecto de los de su contendiente varón²⁸, de los votos particulares de los quince magistrados del TS discordantes con la sentencia de 27 de junio de 2017 —frente a solo diecisiete—, de la disensión de cinco vocales del CGPJ, del informe desfavorable de su Comisión de Igualdad²⁹, así como la oposición de cinco magistrados del propio TC frente a seis, por no hablar de la necesidad de tan prolija extensión argumentativa para constatar dicha inverosimilitud —a pesar de carecer de doctrina para ello—, lo que mereció tres votos particulares discordantes solicitando su admisión³⁰.

Sin embargo, esta auténtica oportunidad perdida, que ha merecido la censura desde distintas entidades y observatorios en materia de género en la carrera judicial, en tanto que contraria a la primacía del principio de mérito y capacidad en la promoción profesional (Figueruelo e Iglesias, 2020: 362-363), no sería la última palabra de la jurisprudencia en la materia —tampoco sobre este caso en particular—, permitiéndonos conocer el pronunciamiento del TEDH en su reciente sentencia de 8 de junio de 2023 (asunto *Alonso Saura c. España*). Empero, el resultado material no se ha visto modificado y Estrasburgo, defraudando también las expectativas profesionales de la mujer en la carrera judicial (Terrádez, 2023: 2), ha considerado dicha actuación comprendida en el margen de apreciación nacional, a pesar del contundente voto particular y omitiendo absolutamente los votos particulares previamente emitidos y sus referencias a la discriminación por género (Álvarez, 2023:).

No obstante, tal resolución, que en el momento de escritura de este artículo aún no es firme, contó con un enriquecedor y contundente voto particular, presentado precisamente por el juez *ad hoc* español³¹. Este aprecia una negación del ejercicio de los derechos del Convenio (art. 1 Protocolo 12) sin mediar discriminación por razón de sexo (art. 14 CEDH), al tiempo que discrepa igualmente de la posición mayoritaria del TEDH —absolutamente

²⁸ De los nueve méritos valorables, la candidata mujer tenía méritos en siete de ellos, siendo uno de los restantes de carácter complementario según la convocatoria. Así, declara la inexistencia de vulneración de derecho a la ejecución de la sentencia de 10 de mayo de 2016 (art. 24.1 CE) y del derecho a no ser discriminada por su sexo (art. 14 CE).

²⁹ Cuyo informe de impacto de género advirtió de la evidencia de «intolerable discriminación por razón de sexo», mostrando la falta de eficacia y virtualidad de sus informes, caídos en saco roto en la toma de decisiones.

³⁰ De Encarnación Roca Trías, sobre la trascendencia constitucional, de María Luisa Balaguer y de Juan Antonio Xiol Ríos, al que se une Fernando Valdés Dal-Ré, entrando en el fondo y señalando contundentemente una vulneración material del deber de motivación y la vulneración del principio de mérito y capacidad por razón de género.

³¹ El citado Luis Jimena Quesada, a la postre catedrático de Derecho Constitucional.

carente del menor atisbo de perspectiva de género— sobre el derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH), al entender la mayoría colmada tal previsión con el disfrute por parte de la demandante de todas las garantías formales a lo largo de todo el proceso de impugnación judicial.

VI. SEGREGACIÓN HORIZONTAL

De otra parte, no solo apreciamos la existencia de una segregación vertical, que reserva los altos cargos de la magistratura a los hombres, sino también una importante segregación horizontal en la que los hombres se reservan para sí determinadas áreas y campos de trabajo dentro de la carrera judicial mientras relegan a la mujer a otros en que tienen un menor interés.

Tal segregación refleja una serie de prejuicios y sesgos de género que se nutren de la división sexual del trabajo, por la que se asocia a las mujeres —o más bien se las constriñe en su seno— a órdenes jurisdiccionales o juzgados tradicionalmente asociados a tareas desarrolladas por mujeres (cuidados, familia, etc.), como sería el caso de los juzgados de menores, con un creciente 67,9 % (casi cinco puntos más con respecto al año 2018), lo que desborda los efectos de la Ley 56/1961, en tanto que primera vía de acceso de la mujer a la carrera judicial (CGPJ, 2023). Mención especial merecen los juzgados de violencia sobre la mujer, con un abrumador 74,8 %, que refleja la necesidad imperiosa de pedagogía a fin de concienciar a la sociedad en general, y a la judicatura en particular, para que la violencia de género no sea cuestión únicamente de las mujeres, sino una lacra social que erradicar mediante el esfuerzo conjunto e inquebrantable de toda la sociedad.

Por el contrario, aquellos órdenes jurisdiccionales que se consideran socialmente como *varoniles* o asociadas históricamente al *imperium* patriarcal como el orden penal, en tanto que ejercicio más característico del *ius puniendi* estatal, siguen copados por hombres en sus órganos colegiados, como demuestra que fuese la última Sala del TS a la que una mujer pudo acceder, lo que no se produciría hasta el año 2014, más de cuarenta años después del ingreso de la mujer en la judicatura³². Ello encuentra igualmente su trascendencia no ya en el desequilibrio *per se* en términos de compartición del poder, sino en la perpetuación de sesgos y prejuicios de género, según señala CEDAW, si bien esto no depende del sexo de quien juzga, sino de la formación en perspectiva de género, asignatura aún pendiente en nuestro Poder Judicial (Del Pozo, 2019: 108-111).

³² La magistrada Ana Ferrer García.

De esta forma, no podemos tampoco caer en silogismo reduccionista por el cual la incorporación de la perspectiva de género como principio transversal a la labor de interpretación y aplicación del derecho, tal y como sostiene la doctrina de nuestro TC, habría de producirse automáticamente con el mero aumento en número —o incluso paridad— de mujeres en la carrera judicial y sus órganos de gobierno, pues eso solo se logrará mediante la concienciación, la especialización y, sobre todo, la formación rigurosa en perspectiva de género de la Judicatura y Magistratura, para lo que el CGPJ debe comprometerse seriamente de una vez por todas. Así pues, la búsqueda —y conquista, esperemos mucho más temprano que tarde— de la paridad funcional en el Poder Judicial no responderá sino al afán de desarrollo pleno y garantía sustantiva de nuestra ya no tan joven democracia, así como a la materialización del principio de igualdad intrínseco a una Justicia que merezca tal nombre.

Otro ejemplo serían los juzgados de lo Mercantil, asociados al comercio, el tráfico económico y el mundo empresarial, en los que los hombres representan un 57 % (CGPJ, 2023). De otra parte, esa segregación horizontal en la carrera judicial no solo se aprecia en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o funciones gubernativas, sino que también se traslada a otras facultades y servicios desarrollados por la judicatura, en los que se aprecia una brecha de género en similares términos. Así, funciones tradicionalmente asociadas a la mujer, como la Secretaría, se concretará en una abrumadora feminización de los registros civiles exclusivos, que ha llegado a sobrepasar el 73,7 %.

Por el contrario, en aquellos servicios administrativos y actividades extra-jurisdiccionales retribuidas del CGPJ, como inspección, personal, formación, mutualidad, etc. —algunas dotadas de una importancia estratégica en su organización interna—, las mujeres apenas representan un decreciente 27,3 % (CGPJ, 2020)³³. Dicha infrarrepresentación se produce, además, en actividades muy relevantes en la carrera judicial, como sería el Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, en el que participa en apenas un 32 % de sus actividades, así como en sus redes de cooperación internacional (REJUE, REDUE y bolsa de consultores), con un apurado 39,9 %, a pesar de las expresas previsiones normativas dirigidas a promover la participación equilibrada de mujeres y hombres (art. 10 del Reglamento de Auxilio Judicial Internacional). Igualmente, apreciamos similar inequidad en otros servicios esenciales, como el CENDOJ, con apenas un 31,8 % de mujeres analistas, así como entre el personal colaborador docente encargado de la formación, con un 42,5 % que

³³ Nueve puntos menos respecto a 2017.

se reduce drásticamente en su dirección, hasta un 31,3 %, con la correspondiente pérdida de retribución³⁴, lo que tiene mucho que ver con los déficits formativos en perspectiva de género.

VII. CONCILIACIÓN EN LA CARRERA JUDICIAL

Todos los informes de observatorios, asociaciones profesionales y doctrina en la materia, así como el propio CGPJ por medio de su Comisión de Igualdad, reconocen que la conciliación es una de las causas de la infrarrepresentación de la mujer en la cúpula de la Administración pública (Selma, 2018: 285-286). En el caso del Poder Judicial, tal causa adquiere un mayor impacto por cuanto implica en la práctica un total apartamiento de la vida profesional durante un periodo de entre uno y tres años, con el consiguiente cese total en el percibo de retribuciones (CGPJ, 2020). En ese sentido, las cifras son tan rotundas como demoledoras: si revisamos los datos del CGPJ, podemos concluir que de los miembros de la Judicatura y Magistratura en excedencia voluntaria por cuidado de hijo las mujeres representan el 94,4 %, cifra que en los últimos cinco años no ha bajado del 92,9 % y ha llegado a situarse, incluso, en el 100 % (CGPJ, 2023).

No obstante, los esfuerzos dedicados a corregir esta insostenible e inaceptable situación han sido muy humildes, plasmados más en diagnósticos, estudios, acciones de formación y sensibilización, declaraciones de principios y voluntades que en medidas concretas y reales desarrolladas en el marco de la normativa nacional y europea³⁵, destacando el eje IV del II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial³⁶, así como el Plan de conciliación Escuela Judicial, arrobado el pasado 2020 (CGPJ, 2020). De igual manera, son varios los informes redactados en el seno de la Comisión de Igualdad, que promueven

³⁴ *Ibid.*

³⁵ En el ámbito comunitario hemos de destacar la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, profundizado en directivas posteriores como la 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 (arts. 14.16 y 26) y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, así como en la legislación nacional en la Ley 39/1999 de 5 de noviembre (art. 3) y la Ley 3/2007 (art. 51b.), computando el tiempo de las excedencias, reducciones de jornada y permisos de maternidad y conciliación familiar en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo a los efectos de valoración de méritos (arts. 56 y 57).

³⁶ Aprobado por el Pleno el 30 de enero de 2020.

la aplicación de la medida 8 del eje IV del citado plan, dado el carácter preceptivo de su informe previo a la concesión o denegación de todas aquellas medidas de conciliación. cuya decisión viene atribuida por ley a la competencia del Pleno o la Comisión Permanente del CGPJ —permisos por nacimiento, riesgo de embarazo, lactancia, reducción de jornada, etc.— (Comisión de Igualdad del CGPJ, 2014).

Por ello se ha de garantizar una reducción de la carga de trabajo en la carrera judicial por razones de conciliación de la vida familiar y profesional³⁷, de manera que se evite el consiguiente daño y retraso para la carrera profesional, consecuencia del disfrute de una excedencia (1-3 años), conforme a la Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 (Comisión de Igualdad del CGPJ, 2021), en detrimento de otras figuras más extendidas, como la licencia no retribuida (art. 236.1 RCJ), en tanto implica el cese en el percibo de retribuciones y un apartamiento total de la actividad laboral, del mismo modo que las excedencias citadas.

Por consiguiente, sería más conveniente promover la figura de la reducción de jornada en caso de necesitarla, puesto que permite a la persona afectada mantenerse activa profesionalmente y percibir parcialmente su retribución, siendo estas consecuencias mucho menos gravosas que las alternativas ya planteadas. Sin embargo, la utilización de las reducciones de jornada —solicitadas, no obstante, abrumadoramente por mujeres: entre un 70 % y un 100 % en los últimos años de que se tienen registros— se reduce casi exclusivamente al supuesto de cuidado de hijos aquejados de graves enfermedades del artículo 233 h) RCJ.

Además, las personas beneficiarias apenas suponen un 0,11 % del total de la carrera judicial en los últimos años de que se tienen registros, según el *Informe de evaluación específica de los riesgos psicosociales de la carrera judicial* (CGPJ, 2020). Una de las causas es el citado RCJ, pues circunscribe en su literalidad la reducción de jornada en horas de audiencia, pero no contempla las especificidades del ejercicio de la función jurisdiccional, con cuanto implica.

Así, el diametral alejamiento por parte de las políticas de conciliación respecto al tradicional modelo del conocido como «juez sacerdotal», mantenido en el Reglamento 2/2011, de 28 de abril, se vio frenado por la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de Medidas de Eficiencia Presupuestaria en la Administración de Justicia, vaciando los primeros avances y derechos estatutarios en la materia —consecuencia de la aplicación de la DA 3.ª LOI— bajo el pretexto de la entonces vigente política de austeridad (Montalbán, 2018: 835-837).

³⁷ Conforme a la doctrina fijada por la STC 26/2011, de 14 de Marzo de 2011.

No obstante, hemos de tener muy presente que la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público³⁸, (arts. 48 y 49) prevé expresamente la figura de los permisos y licencias de los funcionarios públicos, destinadas a la conciliación familiar por paternidad y maternidad y el cuidado de hijos a cargo (art. 58 LOI), concretada en la carrera judicial en la DA 3.^a. LOI (arts. 373.6 y 356 LOPJ). Por ello, su aplicación ha de ser conforme a los informes de la Comisión de Igualdad del CGPJ y a fin de ajustar su Reglamento al Real Decreto Ley 6/2019 y dotar a la figura de la reducción de jornada de una reglamentación completa y adaptada a las particularidades y especificidades de la carrera judicial y la función jurisdiccional.

VIII. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA

Largo es ya el camino recorrido en la materia a nivel internacional desde la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 (arts. 3 y 7 b)³⁹, la Declaración de Atenas de 1992 o la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995, entre otras (Naciones Unidas, 1995). Así, poco a poco se fue abriendo paso en la agenda internacional la preocupación por el fomento de una participación plena y efectiva de la mujer en los espacios de poder y adopción de decisiones, así como el ejercicio de funciones públicas, plasmándose entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (5.5. c). Igualmente, hemos de hacer mención a los recientes trabajos de la Comisión para la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de 2021, que instan a los Gobiernos para la adopción de medidas de acciones positivas para la participación equilibrada también en el seno del poder judicial.

Del mismo modo, en el ámbito regional europeo cabe destacar entre los ya numerosos pronunciamientos institucionales desde la IV Conferencia Ministerial del Consejo de Europa sobre Igualdad entre Mujeres y Hombres de 1997 la Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros, por su definición de proporción equilibrada (Consejo de Europa, 2003: 14-15)⁴⁰. De otra parte, en el marco del derecho comunitario, con base en la Carta de Derechos Funda-

³⁸ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

³⁹ Instrumento de Ratificación de 5 de enero de 1984. BOE núm. 69, de 21/03/1984. BOE-A-1984-6749.

⁴⁰ Reafirmada posteriormente en otros documentos, v.g.: la Resolución 1825 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

mentales de Niza (arts. 21.1 y 23), no han sido menos las recomendaciones y resoluciones de los distintos órganos europeos en pro de medidas de acción positiva, si bien con una particular reticencia a abordar normativamente la materia dada la especial incidencia sobre el orden nacional de los Estados miembro, abusando de un excesivo lenguaje recomendativo que se ha trasladado también en numerosas ocasiones, como veremos, a la legislación española⁴¹.

No obstante, la participación equilibrada no se agota en la mera información e inspiración internacional, comunitaria y nacional del ordenamiento, sino que se erige como genuino subprincipio constitucional cuyo fundamento se hallaría en la democracia misma (Rodríguez y Rubio, 2007: 118). Tal premisa es particularmente relevante en el caso de la carrera judicial, no ya por las evidentes implicaciones profesionales y funcionariales, sino por encontrarnos ante un poder del Estado, lo que nos obliga a tener presente que tal controversia reside en última instancia en la compartición del poder entre hombres y mujeres (Sevilla, 2005: 236).

El concepto en sí se traduce normativamente en una exigencia de unos umbrales máximos y mínimos de cada sexo (60-40%), de manera que se garantice, sin la exigencia de cuotas, una participación menos desproporcionada y sí más tendente a la igualdad material y el concepto de paridad, como principio rector de la gobernanza multinivel. (García, 2008: 138-142). Dicho principio fue valientemente consagrado en la LOI (DA. 3), mediante la reforma de la LOREG (art. 44 bis) como requisito que cumplimentar por partidos políticos, coaliciones y agrupaciones de electores (Biglino, 2008: 282), avalado por la STC 12/2008 de 29 de enero. Sin embargo, el principio de proporción equilibrada, enmarcado concepto e inspiración de democracia paritaria, implica un cambio de paradigma en la lectura e interpretación de nuestros presupuestos constitucionales en la superación del contrato sexual y la creación de una genuina ciudadanía plena e igualitaria (Salazar, 2019: 46-48).

Si bien no se trata, en sentido estricto, la presencia equilibrada de una medida de acción positiva en favor del sexo infrarrepresentado, estas podrían tener su cabida para la promoción de una mayor participación equilibrada en el seno de la carrera judicial, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y la doctrina del TC⁴², máxime si recordamos que no nos circunscribimos exclusi-

⁴¹ Véase la Recomendación del Consejo de la UE de 2 de diciembre de 1996 en la esfera pública, la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2001, que lo convirtió en eje vertebrador o la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022 en la esfera privada societaria.

⁴² Véanse la STJUE de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hnasestadt Bremen* (conforme a situaciones de igualdad de aptitud, competencia

vamente a la promoción profesional en la función pública (art. 35.1 CE y art. 18 LEBEP), sino a la igualdad en el seno de un poder del Estado dimanante del pueblo.

En ese sentido, hemos de abordar el alcance de la LOI en lo concerniente al principio de presencia equilibrada en la Administración pública, conforme a la jurisprudencia de nuestros tribunales. El principio de igualdad (art. 1.1, 9.2 y 14 CE) informa el conjunto del ordenamiento jurídico, debiendo incorporarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el ámbito del empleo público —y privado—, especialmente en la promoción profesional, no como auténtico criterio de selección sino como interdicción de cualquier forma de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (Sempere, 2018: 433).

Sin embargo, en reiteradas ocasiones se ha alegado una exclusión tácita o implícita del legislador al Poder Judicial en la LOI, a fin de eludir su cumplimiento y aplicación en materia de nombramientos discrecionales (art. 16 y DA 1.^a), argumentando que no incluye en la previsión de «poderes públicos» al tratarse no de una Administración sino de un poder del Estado (Sevilla, 2007: 217, 219-220). Empero, el propio CGPJ en su dictamen sobre la LO 3/1997, que interpretaba dicha expresión como aplicable a todos los poderes públicos sin excepción (art. 9 CE), ergo también al Poder Judicial, y en consonancia con la doctrina del TC⁴³, debido al ejercicio del poder de *imperium* inherente a la *iurisdictio*, en tanto que derivado de la soberanía nacional, así como a su sujeción al imperio de la ley y al principio de legalidad (Garrido, 2001: 163).

No obstante, el CGPJ ha entendido el principio de presencia equilibrada como una «especial inspiración en el ejercicio de su política de nombramientos», dada la propia redacción del art. 16 LOI, como una suerte de recomendación a modo de desiderátum difuso (Tur, 2014: 681-682), en lugar de un auténtico mandato, con la consiguiente disfuncionalidad propia de la dimensión efectiva del lenguaje normativo en términos de técnica

y prestaciones profesionales); STJUE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, *Hellmut Marschall c. Nordrhein-Westfalen*; STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-158/97, *Georg Badeck y otros c. Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* (si bien no de forma automática en caso de igualdad de méritos, sino condicionado a la no oposición a un motivo de rango jurídico superior concretado en una apreciación objetiva de todos los candidatos). En España sería la STC 128/1987, de 16 de julio la que introduciría la discriminación inversa o positiva como vía hacia la igualdad conforme a determinados criterios, posteriormente concretado en la STC 117/2011, de 4 de julio.

⁴³ Véase la STC 35/1983, de 11 de mayo y, sobre su aplicabilidad al Poder Judicial, la STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1.º.

legislativa. Por el contrario, no fue redactada en esos términos la DA 3.^a LOI a la hora de consagrar como obligación la presencia equilibrada en el seno de la Comisión de Igualdad del CGPJ (art. 136 bis LOPJ), lo que prueba la necesidad de haberlo incorporado en forma de mandato, tanto para el Consejo (vía el entonces art. 118 LOPJ, hoy derogado) como para los distintos órganos jurisdiccionales nombrados discrecionalmente (Salazar, 2008: 880-881). Así, sería necesario esperar a la LO 4/2018, de 28 de diciembre⁴⁴, para la plasmación de este principio en la elección de los veinte vocales del CGPJ (art. 567.1 LOPJ), cuya aplicación, sin embargo, aún no se ha producido, dada la caducidad indefinida del VII Consejo, elegido en 2013 y aún pendiente de renovación⁴⁵.

Otros, empero, son los problemas en materia de aplicación del principio de presencia equilibrada en la carrera judicial, razón por la cual no se trata —exclusivamente— de un problema de interpretación y aplicación, sino de reglamentación, de manera que se hace necesaria una regulación legislativa específica que aborde los nombramientos discrecionales, incidiendo en situaciones particularmente problemáticas, como sería la conformación de las salas de gobierno y aquellos órganos formados por miembros natos o electos mediante listas abiertas (Sevilla y Ventura, 2014: 63), razón por la que sería conveniente el desarrollo de una legislación específica que tradujera

⁴⁴ BOE núm. 314, de 29/12/2018, BOE-A-2018-17987.

⁴⁵ Esta se producirá ya conforme al principio de presencia equilibrada. Aunque no forme parte del Poder Judicial, no huelga presentar sucintamente el grado de participación de la mujer en su seno, al que se incorporó en 1986, por medio de la jurista Cristina Alberdi Alonso, y en 1990, como miembros de la carrea judicial, representadas por María Teresa Fernández de la Vega Sanz y Margarita Mariscal de Gante y Mirón (a la que se les sumaría por sustitución Ana María Pérez Tórtola). El presente Consejo alcanzó, a pesar de no operar aún el principio de presencia equilibrada, la paridad, con diez mujeres vocales —actualmente 8 de 17 vocales, dada la situación de caducidad—, de las cuales un 40% proviene de la carrera judicial. No obstante, más paradójico resulta que los criterios paritarios que no aplica el CGPJ en sus nombramientos discrecionales sí parece aplicárselos internamente, encontrándonos, al menos, con un sorprendente resultado de 5 vocales mujeres de los 7 miembros de su Comisión Permanente, con las consiguientes dedicaciones exclusivas. En otro orden de cosas, sobre la participación de la mujer en el asociacionismo judicial, dada su relevancia en la propuesta de las personas candidatas al CGPJ, cabe destacar la hasta ahora masculinización de sus direcciones, aunque cabe incluir a María Jesús del Barco (Asociación Profesional de la Magistratura) y Ascensión Martín Sánchez (de Jueces y Juezas para la Democracia), si bien ambas son las primeras mujeres en acceder a tales puestos.

en realidad la obligación a los poderes públicos, ya operante pero inoperativa para el Poder Judicial.

IX. PROPUESTAS FINALES Y PERSPECTIVA DE FUTURO

En primer lugar, hemos de señalar que las medidas adoptadas por el propio CGPJ, bien directamente a través de su Comisión de Igualdad, bien a través de los compromisos y objetivos plasmados en su II Plan de Igualdad, son del todo insuficientes no solo por la falta de ambición que reflejan, sino por la deficiente voluntad a la hora de aplicarlos y ejecutarlos. No cabe, después de 45 años de arduo camino de la mujer en el seno de la carrera judicial bajo vigencia constitucional, que la propuesta estrella del CGPJ sea la aprobación de un crédito presupuestario para llevar a cabo un «estudio sociológico sobre las razones de la baja participación de las mujeres en los puestos de nombramiento discrecional de la magistratura» (Comisión de Igualdad del CGPJ, 2021), como si fuese la infrarrepresentación un problema de falta de voluntad de la mujer y no una exclusión sistemática fundada en la arbitrariedad detrás del opaco sistema de designación actual.

Ciertamente, existe un dato preocupante al que se agarra el CGPJ, y es el menor número de solicitudes para optar a esos nombramientos discrecionales por parte de las mujeres a lo largo de toda la serie temporal. En ese sentido, los datos desagregados por género en el número de solicitudes no constan en los informes anuales sobre la estructura de la carrera judicial, por lo que hemos de remitirnos al —relativamente reciente— II Plan de Igualdad, cuyo diagnóstico nos revela que las mujeres apenas llegan a los umbrales mínimos de presencia equilibrada, ni siquiera en las solicitudes admitidas para concursar en esos procesos selectivos, que suponen un 37,5% de las solicitudes (Comisión de Igualdad del CGPJ, 2021).

No obstante, y a pesar de esa diferencia de partida, todavía es menor el porcentaje de magistradas que consiguen ser nombradas, con apenas un 30,6%, lo que demuestra que la raíz del problema no reside en la mayor o menor participación de la mujer en dichas solicitudes, sino en la exclusión sistémica de esta en la mayoría de los procesos selectivos. Esta es la causa última y no la consecuencia de la baja participación, pues ante semejantes índices de fracaso y escasas posibilidades de obtener el ascenso, las mujeres optan por no participar en esos procesos selectivos, debido a la citada falta de objetividad, transparencia y baremación específica en su designación, con la consiguiente predisposición negativa a concurrir en los mismos ante la falta de confianza en el sistema y primacía real del principio de mérito y capacidad, por lo que las mujeres apenas alcanzan un 27,3% de las solicitudes según los

últimos datos publicados (CGPJ, 2020; Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, 2022a)⁴⁶.

Dicho esto, se debe situar a la Comisión de Igualdad en un papel más relevante en materia de nombramientos discrecionales, más allá del mero análisis propio del previo informe preceptivo correspondiente a cada nombramiento atribuido al Pleno del CGPJ, en cuanto pudiera afectar a los principios de igualdad y participación equilibrada. En ese sentido, no basta con reducir la problemática a cada caso concreto, sino que es necesario abordarlo de forma global, poniendo el foco en la reforma del sistema de nombramiento discrecional y su baremación.

Por ello, el informe de impacto de género (art. 326.2 LOPJ) no solo debe circunscribirse a cada propuesta individual, sino acompañar a la propia convocatoria, debiendo valorar la incidencia de situaciones de desigualdad como excedencias por cuidados o bajas, evaluando precisamente los efectos que pueda causar en mujeres y hombres de forma separada y obligando al CGPJ a una motivada justificación adicional específica en caso de apartamiento de las consideraciones recomendaciones y criterios comprendido en el informe (Montalbán, 2018: 368-369), para lo cual es preciso garantizar una suficiente dotación económica, material y personal a la Comisión de Igualdad.

De otra parte, debe reformarse ineluctablemente el Reglamento de la Carrera Judicial a fin de establecer un sistema de baremación objetiva, de conformidad con lo mandado por la propia LOPJ (art. 326), de manera que puedan existir unos criterios públicos conocidos por todas las personas candidatas y reduzcan al mínimo cualquier margen de arbitrariedad, primando el mérito y capacidad como principio vertebrador de todo el proceso selectivo, en detrimento de criterios subjetivos. La reforma implementada por la LO 4/2018 resulta del todo insuficiente, no solo por su falta de ambición, sino por su virtual aplicación práctica. Ciertamente, exige la obligación de inclusión en la convocatoria de los criterios y requisitos de selección (así como una audiencia pública y justificación escrita del nombramiento) y su diferenciación entre el carácter jurisdiccional y gubernativo (art. 326 LOPJ), pero no de manera general —no digamos ya reglamentariamente ex art. 560.2 LOPJ— según el órgano, sino de forma individual, por lo que la convocatoria corre el riesgo de convertirse en un «traje hecho a medida» para los méritos del candidato, con la consiguiente inseguridad jurídica (GRECO, 2019).

Igualmente, es preciso caminar hacia una objetivación del procedimiento, de manera que los criterios subjetivos no puedan primar sobre la

⁴⁶ El más bajo desde 2015 (con un máximo histórico de no más del 35,9%, en el curso 2016/2017).

antigüedad o la experiencia, así como definir aquellas cualidades y méritos objetivos susceptibles de valoración, en detrimento de la opacidad. En ese sentido, hemos de avanzar hacia una menor discrecionalidad del CGPJ en sus nombramientos, no como límite de sus incuestionables prerrogativas y funciones constitucionales⁴⁷, sino precisamente como garantía del cumplimiento de los principios constitucionales que le vinculan y obligan. La discrecionalidad solo es posible ante la existencia de límites; esa es la característica esencial del Estado de derecho y su subordinación al imperio de la ley frente al absolutismo. Por ello, en tanto que reglamentar es poner coto a la arbitrariedad, se demuestra necesario que el legislador orgánico establezca, con el respeto debido al marco competencial constitucionalmente establecido, aquellos límites a la discrecionalidad del CGPJ que el propio órgano se jactaba de no haber recibido⁴⁸.

En otro orden, debe garantizarse el principio de composición equilibrada en los tribunales y comisiones de selección del personal tal y como reconoce la LOI (art. 51) y conforme al Acuerdo núm. 50 de 12 de mayo de 2009 de la Comisión Permanente del CGPJ, a fin de poder asegurar la igualdad en el acceso, propuesta respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁹ (Sáez, 2019: 86-87). Del mismo modo, los procesos de selección, presididos en todo caso por los principios constitucionales de igualdad de oportunidades (arts. 14 y 9.2 CE) y mérito y capacidad (art. 103.3 CE), deben fundarse en un proceso de confrontación dialéctica real, tal y como ha reiterado la jurisprudencia y doctrina de nuestros altos tribunales, de manera que sus resoluciones se ajusten a derecho y se funden en méritos y elementos fácticos objetivos, contrastables necesariamente a través de la motivación, demostrando así la idoneidad de la persona candidata.

Solo así se eliminarán los sesgos ideológicos y de género, posibilitando un efectivo control jurisdiccional posterior y una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁵⁰ que prescinda de la impunidad inherente a la arbitrariedad, incompatible con la sujeción al imperio de la ley propio de un Estado de

⁴⁷ STC 238/2012, de 13 de diciembre de 2012.

⁴⁸ Tal y como abordamos en su Acuerdo del CGPJ de 26 de mayo de 2016.

⁴⁹ Reflejada en la STC 13/2009, de 19 de enero, que zanjó las dudas sobre la constitucionalidad la Ley 4/2005 (art. 20.4) que reformaba la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (art. 31.3), ejemplo de dicha regulación normativa sobre composición paritaria de los tribunales selectivos de acceso, provisión y promoción del empleo público; recientemente derogada y sustituida por la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco (art. 81.4). BOPV núm. 245, de 26/12/2022, BOE núm. 5, de 06/01/2023. BOE-A-2023-353.

⁵⁰ Conforme a la doctrina fijada por la STC 34/1995, de 6 de febrero, FJ 3.

Derecho. Así las cosas, en materia de promoción profesional (art. 51 b. LOI) en la carrera judicial, los poderes públicos y Administraciones competentes deben arbitrar criterios de actuación efectivos y realistas que huyan de la abstracción y la generalidad, pero que no se limiten exclusivamente a la mera aplicación mecánica de la ley, procurando la adaptación de la norma a la realidad social (Polo, 2018: 583-584), caminando hacia modelos más transparentes y equitativos, como la carrera horizontal, contemplada en el art.17 LEBEP (Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, 2022b).

Por ello, la participación equilibrada debe convertirse en un auténtico principio vertebrador que pase de la teoría a la práctica y remueva la brecha de género en la judicatura y la magistratura, tanto en los nombramientos de cargos discrecionales gubernativos y jurisdiccionales como en actividades docentes, relaciones internacionales, inspección u otros servicios retribuidos y valorados por el CGPJ, cumpliendo así con las exigencias y umbrales de la LOI, en tanto que obligatoria para todo órgano y ente público (Comisión de Igualdad del CGPJ, 2021). En esa línea, sería conveniente reforzar su vinculatoriedad en la Administración de Justicia, adaptándola a sus particularidades, mediante la oportunidad que brinda el proyecto de LO de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, aprobado por el Consejo de Ministros y actualmente en trámite parlamentario en el Congreso de los Diputados⁵¹, que recoge el testigo del anterior proyecto de LO de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión⁵², si bien ninguno de los dos textos aborda la Administración de Justicia (Ferrero, 2023: 192-196).

Sin embargo, debe sacarse partido a una muy prometedora innovación que recoge el actual proyecto es sin duda lo tocante al TC (art. 2)⁵³, pues si bien no forma parte del Poder Judicial, dos de sus magistrados son elegidos por el CGPJ, previéndose la aplicación del principio de presencia equili-

⁵¹ Proyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria y Presencia Equilibrada de Mujeres y Hombres (121/000001), *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 15/12/2023, CVE: BOCG-15-A-1-1. Disponible en: <https://tinyurl.com/mr2udbjw>.

⁵² Proyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de Mujeres y Hombres en Órganos de Decisión. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Ministerio del Interior, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y Ministerio de Justicia. REF. C.M.: 7/03/2023.

⁵³ Modificando el art. 16.1 LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 05/10/1979. BOE-A-1979-23709.

brada (art. 6)⁵⁴, lo que constituye un genuino precedente normativo de vinculatoriedad práctica del CGPJ a este principio, que debería ser ampliado expresamente a los nombramientos discrecionales en la carrera judicial.

Igualmente, resulta ineluctable la reforma del RCJ para adaptarlo correctamente al nuevo sistema de permisos, licencias y medidas de corresponsabilidad que configura el Real Decreto Ley 6/2019⁵⁵, en los términos señalados a lo largo del presente trabajo, reglando de forma eficaz y aplicable a la labor judicial la figura de la reducción de jornada, posibilitando que las horas de audiencia pública puedan acumularse por la persona beneficiaria en jornadas completas, de manera que pueda ausentarse del órgano durante las mismas, así como introducir medidas de flexibilización de los horarios de permanencia en sede judicial.

De otra parte, es imprescindible garantizar la no utilización directa o indirecta en una valoración objetivista del ejercicio del derecho a la conciliación familiar a través del rendimiento, como circunstancia negativa para la promoción profesional, considerando, por el contrario, el valor curricular del cuidado y atención a la familia y personas dependientes en la valoración de los méritos para el acceso a cargos de nombramiento discrecional, de conformidad con la posibilidad abierta por la LOI (art. 57), de manera que no solo se reduzcan los efectos negativos de las excedencias y demás permisos en la carrera profesional de las mujeres, sino que se reduzca también la apreciada —y escandalosa— brecha de género, al favorecer una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres. Del mismo modo, el CGPJ debe aplicar concienzudamente la doctrina del TS acerca del cobro íntegro de las retribuciones correspondientes a los períodos en que se disfrute de los permisos por nacimientos de hijos, lactancia y riesgo durante el embarazo, incluyendo las retribuciones de guardia y su consiguiente complemento económico.

Finalmente, cabe señalar la necesidad de una mayor periodicidad en la elaboración de los planes de igualdad, pues constituyen una herramienta primordial tanto en el diagnóstico preciso de la situación, con un mayor grado de detalle e información que los informes anuales sobre la estructura de la carrera judicial, como en las propuestas y medidas planteadas en sus distintos ejes. Algunas de las propuestas enunciadas en el presente trabajo parten de ese plan de igualdad, pero no se encuentran dotadas económicamente ni constituyen auténticos compromisos, cuando no carecen directamente de la concreción

⁵⁴ Modificando el art. 567.1 y 2 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁵ Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE núm. 57, de 07/03/2019. BOE-A-2019-3244.

debida. Sin embargo, a pesar de su deficiente grado de ejecución, ciertamente se producen avances que no pueden ser ignorados y su contenido es de gran utilidad para la configuración de políticas públicas que aborden la infrarrepresentación de la mujer, pero la gran separación en el tiempo entre cada plan dificulta cuantiosamente su adaptación a la realidad, no debiendo elaborarse cada sexenio, sino con carácter anual, de conformidad con la propia LOI, en tanto que organismo público (art. 63).

En conclusión, la situación de infrarrepresentación de las mujeres en la carrera judicial tiene una serie de causas objetivas y contrastables, tal y como hemos estudiado, que violan los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE) y primacía del mérito y capacidad (art. 103.3 CE), motivo por el cual es apremiante tomar medidas para corregir semejante situación. Este desequilibrio, producto de poliédricos factores sociales, a pesar de su inveterado arraigo, puede y debe ser corregido mediante el mayor ingeniero social a nuestra disposición: el Estado social y democrático de derecho.

Por todo ello, es necesario abordar de forma transversal la incorporación del principio de igualdad y composición equilibrada en la carrera judicial y en el conjunto de la Administración de Justicia, a fin de derribar el techo de cristal en una profesión mayoritariamente feminizada y que, con el tiempo, lo será aún más de forma exponencial, sin olvidar que cuantas medidas se propongan y planteen en el ámbito de la selección, motivación, acceso, promoción profesional, nombramientos discrecionales y conciliación, entre otras, siempre habrán de ir acompañadas por políticas eficaces y realistas de formación, sensibilización y concienciación social, para que los puentes que erijamos sean capaces de resistir el paso de toda una sociedad en su tránsito seguro y definitivo hacia la orilla de la igualdad real y efectiva.

Bibliografía

- Akers, J. (1992). From sex roles to gendered institutions. *Contemporary Sociology*, 21 (5), 565-569. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2075528>.
- Álvarez Rodríguez, I. (2023). ¿Es la discrecionalidad discriminatoria? Notas sobre el caso *Alonso Saura c. España*. *Diario La Ley*, 10333, 2.
- Biglino Campos, P. (2008). Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (comentario a la STC 12/2008). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 277-299.
- Blay E. y González Sánchez, I. (2022). El techo de cristal en la judicatura española: hipótesis explicativas a partir de las vivencias de las magistradas. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, 20 (2), 673. Disponible en <https://doi.org/10.46381/reic.v20i2.673>.
- Del Pozo Pérez, M. (2019). *Formación judicial en violencia de género análisis crítico*. Cizur Menor: Aranzadi.

- Díez Picazo, L. M. (2020). *Ordenamiento constitucional español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espuny i Tomás, M. J., Cañabate Pérez, J., García González, G. y Paz Torres, O. (2010). Subiendo al estrado: mujeres y administración de justicia (1961-1966). En R. Rodríguez López y M. J. Bravo Bosch (eds.). *Experiencias jurídicas e identidades femeninas* (pp. 101-116). Madrid: Dykinson.
- Fernández Galiño, M. D. y Lousada Arochena, F. (2021). Judicatura, abogacía e igualdad de género. *iQual: revista de género e igualdad*, 4, 18-34. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/iqual.414961>.
- Ferrero García, E. (2023). La participación de la mujer en la política a través del proyecto de Ley de paridad: antecedentes, análisis crítico y propuesta de futuro. En M. Del Pozo Pérez (dir.). *Análisis interdisciplinares sobre género e igualdad* (pp. 181-199). Cizur Menor: Aranzadi.
- Figueroa Burrieza, A. y Iglesias Báez, M. (2020). El Poder Judicial: el principio de paridad democrática. En A. Ventura Franch y M. Iglesias Báez (coords.). *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género* (pp. 349-368). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- García Soriano, M. V. (2008). El principio de presencia equilibrada en el art. 44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG. *Feminismos*, 12, 135-154.
- Garrido Falla, F. (2001). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.
- Gómez-Bahillo, C. (2016). Feminización de la judicatura española. *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, 70 (1), 199-226. Disponible en: <https://doi.org/10.29101/crcs.v23i70.3811>.
- Hernández Moura, B. (2018). Una lectura feminista desde la búsqueda de soluciones dialogadas en el proceso. En K. Etxebarria, I. Ordeñana y G. Otazua (dirs.). *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (pp. 235-249). Valencia: Tirant lo Blanch. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8244>.
- Imaz Zubiaur, L. (2018). Justicia con ojos de mujer y con gafas moradas. En K. Etxebarria, I. Ordeñana y G. Otazua (dirs.). *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (pp. 27-29). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moliner Tamborero, G., Sala Franco, T. y Ureste García C. R. (2017). *Régimen jurídico del personal de la Administración de Justicia. Jueces, magistrados, fiscales y letrados del gabinete técnico del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montalbán Huertas, I. (2018). La igualdad efectiva de mujeres y hombres en el poder judicial. En A. Ventura Franch, y S. García Campá (dirs.). *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007* (pp. 817-841). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Moreno Catena, V. (2018). Organización y planta judicial. En especial, el Tribunal Supremo. En B. Pendás García (dir.). *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (pp. 3919-3939). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Polo Sánchez, M. C. (2018). Promoción profesional. En C. Sánchez Trigueros (dir.). *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres* (pp. 583-613). Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- Rodríguez Ruiz, B. y Rubio Marín, R. (2007). De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 115-159.
- Sáez Lara, C. (2019). La igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 1, 79-110.
- Salazar Benítez, O. (2008). Igualdad de Género y Poder Judicial. En M. Revenga Sánchez (coord.). *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 835-877). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salazar Benítez, O. (2019). Democracia paritaria y Estado constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática. *IgualdadES*, 1, 43-81. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.02>.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2008). La legitimidad democrática de los jueces en España. Una relectura funcional. En M. Carrillo (coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura* (pp. 885- 902). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Selma Penalva, A. (2018). Discriminación por maternidad. En C. Sánchez Trigueros (dir.). *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres* (pp. 271-303). Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- Sempere Navarro, A. V. (2018). Paridad representativa. En C. Sánchez Trigueros (dir.). *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de Igualdad entre mujeres y hombres* (pp. 423-435). Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- Sevilla Merino, J. (2004). *Mujeres y ciudadanía, la democracia paritaria*. Valencia: Universitat de València, Institut Universitari d'Estudis de la Dona.
- Sevilla Merino, J. (2005). Paridad y Constitución. En T. Freixes Sanjuán y J. Sevilla Merino (coords.). *Género, Constitución y estatutos de autonomía* (pp. 205-236). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Sevilla Merino, J. (2007). Artículo 16 y disposición adicional primera. En J. I. García Ninet (dir.). *Comentarios a la ley de igualdad* (pp. 211-222 y 566-571). Bilbao: CISS.
- Sevilla Merino, J. y Ventura Franch, A. (2014). El derecho a la participación política de las mujeres. En A. Ventura Franch y L. Romaní Sancho (coord.). *El derecho a la participación política de las mujeres* (pp. 31-94). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Terrádez Salom, D. (2023). Comentario introductorio y traducción de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso *Alonso Saura c. España* de 8 de junio de 2023. Techo de cristal, desigualdad de género y politización en los nombramientos de altos puestos judiciales. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 13 (2). Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/8244.

- Tur Ausina, R. (2014). Los mitos de la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico* (pp. 671-683). Valencia: Corts Valencianes.
- Vázquez Osuna, F. (2009). Las primeras mujeres juezas y fiscales españolas (1931-1939): Las juristas pioneras. *Arenal*, 16 (1), 133-150.

Otras fuentes

- CGPJ (2018-2023). *Informe anual sobre estructura de la carrera judicial*. Madrid: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial.
- CGPJ (2020). *II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial*. Madrid: Anzos.
- Comisión de Igualdad del CGPJ (2021). *Memoria de actividades de la Comisión de Igualdad del CGPJ*. Madrid: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial.
- Comisión de Igualdad del CGPJ (2014). *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Madrid: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial.
- Consejo de Europa (2003). *Participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- GRECO (2019). *Segundo informe intermedio de cumplimiento de prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales*. RC4, 12. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- GRECO (2022). *Adenda al segundo informe intermedio de cumplimiento de prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales*. RC4, 16. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Ministerio del Interior, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y Ministerio de Justicia (2023). *Borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de Mujeres y Hombres en Órganos de Decisión*. REF. C. M.: 07/03/2023.
- Naciones Unidas (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, celebrada en Pekín. A/CONF.177/20/Rev.1. Nueva York: Naciones Unidas. Disponible en: <https://tinyurl.com/2kzz9kr3>.
- Plataforma Cívica por la Independencia Judicial (2022a). *Informe del Observatorio Nacional sobre Magistradas y Nombramientos Discrecionales de Altos Cargos Judiciales sobre el incumplimiento de la normativa en materia de igualdad e imparcialidad judicial*. Disponible en: <https://tinyurl.com/mrurkadm>.
- Plataforma Cívica por la Independencia Judicial (2022b). *Informe sobre la carrera horizontal de los jueces*. Disponible en: <https://tinyurl.com/2khu3p6j>.
- Proyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria y Presencia Equilibrada de Mujeres y Hombres (121/000001). *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 1-1 (Serie A), de 15/12/2023, pp. 1-22. CVE: BOCG-15-A-1-1. Disponible en: <https://tinyurl.com/2xtdfxm2>.

LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES CON ENFOQUE DE GÉNERO

The sexual and reproductive rights according to the
recent doctrine of the Constitutional Court of Spain:
Constitutional perspectives with gender approach

CAROLINA PÉREZ SALAMANCA¹
Universidad Carlos III de Madrid
liperezs@der-pu.uc3m.es

Cómo citar/Citation

Pérez Salamanca, C. (2024).
Los derechos sexuales y reproductivos
en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español:
perspectivas constitucionales con enfoque de género.
IgualdadES, 10, 219-251
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.08>

(Recepción: 29/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

Recientemente el Tribunal Constitucional español ha dictado varias sentencias relacionadas con la protección de los derechos sexuales y reproductivos (SSTC 66/2022, de 2 de junio; 11/2023, de 23 de febrero; 44/2023, de 9 de mayo, y 78/2023, de 3 de julio), señalando que es necesario un cambio doctrinal en la materia,

¹ Investigadora predoctoral en la Universidad Carlos III de Madrid. Magister en derecho público de la misma universidad, y especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Experiencia investigadora en asuntos de género, interseccionalidad, conflicto armado y justicia transicional.

debido a la evolución de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos de las mujeres. A pesar de esto, la opinión del Tribunal se enfrenta a múltiples limitaciones y, por lo tanto, es necesario el fortalecimiento de perspectivas que contribuyan a reforzar la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos en clave de igualdad.

Palabras clave

Embarazo; interrupción voluntaria del embarazo; derechos sexuales y reproductivos; perspectiva de género; aborto; maternidad; autonomía reproductiva; derechos de las mujeres; doctrina constitucional.

Abstract

The Spanish Constitutional Court has recently issued several judgments related to the protection of sexual and reproductive rights (Judgments 66/2022, of June 2; 11/2023 of February 23; 44/2023 of May 9; and 78/2023 of July 3) pointing out that a doctrinal change is needed in line with the evolution of judicial instruments for the protection of women's rights. Nevertheless, the Court's opinion faces multiple limitations and therefore it is necessary the strengthen of perspectives which reinforce the interpretation of sexual and reproductive rights in terms of equality.

Keywords

Pregnancy; interruption of the pregnancy; sexual and reproductive rights; gender perspective; abortion; motherhood; reproductive autonomy; women's rights; constitutional doctrine.

SUMARIO

I. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RECIENTE EN MATERIA DE AUTONOMÍA REPRODUCTIVA: 1. Interrupción voluntaria del embarazo. 2. Garantías que protegen el desarrollo del embarazo y el parto. II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ENMARCADA EN EL ARGUMENTO DEL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: 1. Obligaciones del Estado para la protección del *nasciturus*: del castigo penal al establecimiento de garantías que protejan el embarazo y la maternidad. 2. Las contradicciones de enmarcar un nuevo criterio doctrinal en la evolución normativa de los derechos sexuales y reproductivos. III. NUEVAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES: LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS: 1. La doctrina constitucional: entre la transformación y la cita de perspectivas constitucionales previas. 2. Una lectura fragmentada de los derechos sexuales y reproductivos: de una teoría fuerte a una aplicación práctica debatible. IV. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RECIENTE EN MATERIA DE AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Los derechos sexuales y reproductivos forman parte de una amplia gama de prerrogativas que incluyen la facultad para elegir casarse o no, el derecho a no sufrir mutilación genital o anticoncepción forzada, el derecho a decidir si se quiere tener hijos o no y en qué cantidad, entre otros. Estas prerrogativas han sido decantadas, principalmente, a partir del contenido de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, instrumento que prescribe que los Estados deben asegurar a hombres y mujeres condiciones de igualdad y los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos que desean tener y el intervalo entre los nacimientos (art. 16 de la mencionada Convención).

El contenido y límites de estos derechos son temas que han dividido el criterio de tribunales constitucionales alrededor del mundo, en particular cuando se discute el ejercicio de estos derechos en titularidad de las mujeres, como quiera que los estereotipos de género siguen presentes en el contenido de las normas y en el racionamiento judicial.

El Tribunal Constitucional español, no ajeno a este debate, se ha pronunciado recientemente en relación con el derecho de autonomía repro-

ductiva de las mujeres (tanto de aquellas que han elegido la maternidad como de las que deciden interrumpir el embarazo en los casos permitidos en la ley) y ha dictado importantes sentencias en la materia (SSTC 66/2022, de 2 de junio; 11/2023, de 23 de febrero; 44/2023, de 9 de mayo, y 78/2023, de 3 de julio). Estas sentencias se enmarcan en un momento en que el órgano constitucional enfatiza en la necesidad de ajustar sus decisiones a los avances que se han dado en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, con lo cual se evidencia un cambio de criterio respecto de otras decisiones, como la contenida en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre interrupción voluntaria del embarazo.

Entre la doctrina reciente, la sentencia que sin duda ha ocupado mayor protagonismo es la STC 44/2023, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular en contra de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pues allí se sientan concretamente las bases de un cambio de lectura de los derechos constitucionales con motivo de la evolución de los derechos de la mujer. Sin embargo, esta es una premisa que ya se había adelantado en otras decisiones, como la STC 66/2022, que da cuenta de un momento en el que se varía la perspectiva constitucional con la que se analizan los derechos de las mujeres.

Más allá de esto, el argumento que se refiere a la evolución de los derechos sexuales y reproductivos en titularidad de las mujeres es ampliamente discutido y controvertido. Por lo tanto, resulta de utilidad analizar la evolución nacional e internacional de estos derechos emergentes y estudiar si las recientes decisiones se ajustan a una variación evolutivo-normativa, o más bien a la modificación de perspectivas constitucionales más ajustadas a la materialización del principio de igualdad. Un estudio en este sentido es de utilidad de cara a futuras decisiones en la materia, pues se advierte que el Tribunal seguirá pronunciándose al respecto ante la presentación de acciones, como el recurso de inconstitucionalidad incoado en contra la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, sobre interrupción voluntaria del embarazo².

² La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, señala que son amplios los obstáculos que dificultan la interrupción voluntaria del embarazo, pues, por ejemplo, la mayoría de los procedimientos se realizan en centros extrahospitalarios de carácter privado, y son amplias las diferencias territoriales en el ejercicio del derecho. Asimismo, se establece que deben tomarse medidas, como la eliminación del plazo de reflexión para la toma de la decisión de la mujer y la obligatoriedad de recibir información acerca de los recursos y las ayudas disponibles para continuar con el embarazo, y se deben fortalecer la prestación en los

1. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La mencionada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, ratificada por España en 1983, establece que los Estados parte deben, entre otros, asegurar condiciones para que las personas decidan si quieren o no tener hijos (art. 16). Asimismo, el Programa de Acción del Cairo de 1994 señala que la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear y la libertad para decidir si hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia (art. 7.2), garantía que es catalogada como un derecho humano de la mujer en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (art. 96).

Frente a este tema, la Constitución española no contiene prescripciones específicas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la autodeterminación de la mujer para elegir o no la maternidad se encuentra amparada en la Constitución en el principio de dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y en el derecho a la integridad física y moral, tal como se señaló en la STC 44/2023, de 9 de mayo.

La STC 44/2023 resolvió el recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, presentado en contra de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, en el que se alegaba que el establecimiento de un sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo³ transgredía los derechos a la vida (art. 15 CE), la igualdad (art. 14 CE), las libertades ideológicas, de conciencia y de enseñanza (art. 16. 1 y 2.1. CE), etc., y el deber de proteger al *nasciturus* (art. 15 CE). En la sentencia se declaró

servicios hospitalarios de acuerdo con los criterios de gratuidad, accesibilidad y proximidad; todo con el propósito de garantizar en la práctica el acceso a esta prestación.

³ Según lo señalado en la STC 44/2023, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que el embarazo se puede interrumpir en los siguientes supuestos: a) interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer, dentro de las primeras catorce semanas de gestación, con el cumplimiento de los requisitos formales y verificando el consentimiento informado; b) interrupción voluntaria del embarazo por «indicación terapéutica», hasta la vigésimo segunda semana de gestación, siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención; c) interrupción voluntaria del embarazo por «indicación embriopática», hasta la semana veintidós de gestación, siempre que exista riesgo grave de anomalías en el feto y así conste en dictamen médico. Indefinidamente cuando detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en dictamen médico, o, cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un dictamen médico.

la carencia actual de objeto de algunas disposiciones demandadas⁴ y la constitucionalidad del sistema que permite interrumpir la gestación bajo ciertas condiciones y requisitos se ajusta la Constitución⁵.

En este caso correspondía al Tribunal Constitucional determinar si el legislador había sobrepasado los límites que fija la Constitución al dictar normativa en materia de interrupción del embarazo; límites que no solamente estaban determinados por las garantías que protegen al no nacido, sino por la existencia de derechos fundamentales de la mujer que se ven comprometidos con las implicaciones de un embarazo (como la integridad física y moral y el libre desarrollo de su personalidad). Este problema se plantea desde una doble perspectiva, esto es, si un modelo que permite la interrupción del embarazo es compatible con la Constitución, y si la despenalización del aborto durante las primeras semanas de gestación corresponde a una adecuada ponderación de los valores en conflicto.

En ese sentido, al preguntarse si dentro de las opciones políticas que puede asumir el legislador está la posibilidad de fijar un derecho de interrupción del embarazo dentro de unos plazos, se cuestionó si existen fundamentos que justifiquen el establecimiento de este derecho sexual y reproductivo a la autonomía reproductiva o a la maternidad deseada y si el modelo establecido por el legislador restringe de manera adecuada los derechos afectados y protege los intereses constitucionales involucrados.

En respuesta al problema jurídico planteado, el Tribunal señaló que el sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo se ajusta a la

⁴ Previo a emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, el Tribunal analizó si en este caso se presentaba la pérdida de objeto, toda vez que desde que se presentó el recurso de inconstitucionalidad el legislativo promulgó (i) la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que reforzó la protección de menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, y (ii) la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la ley demandada. Al respecto, se declara la pérdida de objeto únicamente en lo relacionado con la primera de las modificaciones normativas, en las que se produjo un cambio en el sentido normativo, cambio que reforzó la protección de las mujeres menores de edad y con capacidad judicialmente modificada. En cuanto a la reforma surtida en el año 2023, se expuso que el cambio legislativo no afectó el interés constitucional, debido a que se mantuvo el sistema de plazos que permite la interrupción voluntaria del embarazo y que fue catalogado de inconstitucional en la demanda.

⁵ La sentencia cuenta con tres votos particulares, uno de estos suscrito por los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño; otro voto (concurrente) suscrito por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, y finalmente un voto suscrito por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

Constitución, pues el derecho de la mujer a interrumpir su proceso de gestación se encuentra amparado en el principio de dignidad y en los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad en relación con la autodeterminación y la integridad física y moral. Asimismo, se estableció que el legislador respetó el principio de proporcionalidad en cada uno de los supuestos que permiten materializar este derecho, pues el ejercicio de los derechos de la mujer se restringió progresivamente conforme a una justificación legítima, como lo es la protección de la vida prenatal al amparo del art. 15 CE⁶.

De otra parte, con posterioridad a la publicación de la STC 44/2023 el Tribunal volvió a pronunciarse en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, pero esta vez en el marco de un recurso de amparo, en la STC 78/2023, de 3 de julio. En el caso, una mujer reclamaba que el Servicio Murciano de Salud había vulnerado sus derechos fundamentales a la integridad física y moral, la intimidad familiar y personal y el derecho a no sufrir discriminación al no suministrarle información adecuada sobre el estado de su embarazo y posteriormente no garantizar adecuadamente el acceso a la prestación médica de interrupción de la gestación.

De acuerdo con la demanda, la recurrente estaba en uno de los controles prenatales cuando a través de las conversaciones del personal médico se enteró de que el feto presentaba posibles anomalías. Luego, ante la falta de información concreta, acudió a una clínica privada donde le comunicaron que el feto presentaba una anomalía grave. Señala que acudió de nuevo al servicio público de salud donde le confirman el diagnóstico, información con la cual decide solicitar la interrupción del embarazo. Asimismo, relata que el Comité Asesor Clínico aprobó su solicitud y el procedimiento se practicó en la semana 26+5 de gestación en una clínica privada en Madrid, ya que en la comunidad autónoma de residencia de la gestante supuestamente los médicos habían ejercido el derecho de objeción de conciencia de manera conjunta.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional se encontraba ante un problema jurídico consistente en determinar si la autonomía reproductiva se había visto afectada por los servicios de salud, encargados de (i) brindarle las herramientas de consentimiento informado necesarias para que la gestante decidiera o no continuar con el embarazo, y (ii) asegurar una prestación de salud pública y en condiciones adecuadas para la interrupción del embarazo ante la decisión de la gestante.

Al resolver este caso, el Tribunal Constitucional reiteró que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente

⁶ Esta doctrina es desarrollada en las SSTC 53/1985, de 11 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio.

protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; descartó la concurrencia de tratos humillantes, vejatorios y prejuiciosos, durante la atención médica⁷, y declaró que, a pesar de que la información suministrada por el personal médico no fue insuficiente como para obstaculizar la interrupción del embarazo, se vulneró el derecho fundamental de la accionante a la integridad física y moral al derivarla a una clínica privada ubicada por fuera de su comunidad autónoma para la práctica del procedimiento, en contravía de los requisitos establecidos legalmente para asegurar el acceso a esta prestación (que establece que el procedimiento se debe realizar en la comunidad autónoma de residencia de la solicitante).

2. GARANTÍAS QUE PROTEGEN EL DESARROLLO DEL EMBARAZO Y EL PARTO

Previo al dictado de la STC 44/2023, sentencia en la que taxativamente se habla de derechos sexuales y reproductivos, el intérprete constitucional ya se había pronunciado en relación con el derecho a la autonomía reproductiva, particularmente en cuanto a la facultad de la mujer que decide ser madre para tomar las decisiones que afectan a su embarazo. Y es que, como señaló el Tribunal en la STC 66/2022, de 2 de junio (con amplia referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), el hecho del nacimiento y sus circunstancias están vinculadas al derecho a la intimidad de la gestante.

Al respecto, en las SSTC 66/2022, de 2 de junio y 11/2023, de 23 de febrero, se aborda el caso de una mujer de cuarenta y dos semanas de embarazo, quien había manifestado su voluntad de tener un parto domiciliario, con acompañamiento de una comadrona. Se relata que esta mujer acudió al hospital para una revisión prenatal y allí le sugieren la inducción al parto o una prolongación del monitorio, debido al avanzado estado del embarazo. Sin embargo, la gestante manifestó que esta recomendación iba a ser analizada en conjunto con los profesionales privados que la estaban asesorando antes de tomar una decisión.

Debido a que la embarazada no informó cuál sería su decisión, los médicos presentaron un informe ante un juzgado exponiendo la situación,

⁷ Frente a este punto, la sentencia explica que en sede de amparo no se debe revisar la valoración de los hechos efectuadas por los órganos judiciales cuando la parte demandante no ha alegado el error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad de las decisiones judiciales, según el criterio desarrollado en las SSTC 93/1992, de 11 de junio, y 56/2019, de 6 de mayo.

requerimiento que terminó con la expedición de orden judicial de ingreso no voluntario, ingreso que se materializó con acompañamiento de la policía en el domicilio de la gestante, cuando ésta iniciaba labores de parto acompañada de una comadrona. La gestante ingresó bajo vigilancia continuada y finalmente se indica la urgencia de practicar una cesárea, procedimiento que es aceptado y se lleva a cabo dos días después del ingreso.

Esta situación fue analizada en dos decisiones que resolvieron recursos de amparo distintos, uno presentado en relación con la actuación de los órganos judiciales que autorizaron el ingreso judicial de la gestante, y el segundo con la actividad del personal médico que atendió el procedimiento hasta que se produjo el parto.

En el primero de estos casos (STC 66/2022), el Tribunal analizó si la orden de limitación del derecho a la libertad de la gestante contaba con habilitación legal y si fue proporcional o si, por el contrario, vulneró los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Es decir, se estudió si era posible restringir la libertad de una gestante que había manifestado su voluntad de tener un parto domiciliario con fundamento en la protección del bienestar del feto.

En este caso, el intérprete constitucional declaró que no existía vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar. Dedujo que, a pesar de que no existía una habilitación legal expresa para restringir la libertad en estos casos, el derecho de la madre a decidir el lugar de alumbramiento (que hace parte del derecho a la intimidad personal y familiar) podía limitarse con el fin de proteger el bien constitucional de la vida del *nasciturus* y según las prescripciones de las normas civiles. Asimismo, afirmó que se encontraba justificado prescindir de la audiencia en la que debía oírse a la afectada, al demostrarse la urgencia de preservar la vida del *nasciturus* y que se cumplía con los requisitos de proporcionalidad en la afectación de la libertad.

De otra parte, el segundo de los casos (STC 11/2023) se presentó luego de que los demandantes interpusieran recurso de procedimiento especial de protección de derechos fundamentales ante un juzgado administrativo, en relación con la actuación de los servicios de salud que prestaron la atención desde el ingreso judicial y hasta el nacimiento, recurso que fue desestimado y confirmado por otras instancias judiciales. El problema que allí se resolvió era si el Servicio de Salud había vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), por haber privado a doña C.P. de sus derechos a la

autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario. La sentencia concluyó que en ese caso no se limitó la autonomía y consentimiento, pues no se desatendió el plan de parto de la gestante, que había contemplado la opción de cesárea en caso de ser necesaria y consintió este y los demás procedimientos realizados ante el peligro que corría el feto. Se resaltó que las medidas se tomaron en un contexto en que el derecho de la gestante a decidir el modo en que quería dar a luz debió ceder ante la necesidad de proteger el feto. Asimismo, se descartaron las alegaciones en relación con los tratos vejatorios ante la ausencia de pruebas al respecto.

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ENMARCADA EN EL ARGUMENTO DEL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

En la mencionada STC 44/2023, el Tribunal Constitucional indicó que era necesaria una interpretación evolutiva de las normas constitucionales, pues en el contexto actual debe abordarse el problema jurídico de este tipo de casos desde un enfoque que tenga como eje central la perspectiva de los derechos de la mujer, eje principal que también estructura la argumentación en las SSTC 66/2022, 11/2023 y 78/2023.

1. OBLIGACIONES DEL ESTADO PARA LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*: DEL CASTIGO PENAL AL ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS QUE PROTEJAN EL EMBARAZO Y LA MATERNIDAD

Acogiéndose a este criterio, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo (STC 44/2023), señalando que en la historia reciente ha evolucionado el reconocimiento de derechos de las mujeres, con lo cual se marca un cambio de contexto social y jurídico respecto de lo acontecido en el año 1985, cuando se dictó la STC 58/1985, de 11 de abril, también sobre interrupción del embarazo, pues en esa época no se habían desarrollado muchos instrumentos jurídicos que en la actualidad protegen a la mujer y le garantizan mayor autonomía reproductiva⁸.

⁸ Las referencias normativas que son utilizadas para explicar esta evolución normativa son, entre otros, el *Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo del Cairo* (CIPD) de 1994; la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995; la Observación General n.º 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales

Esta doctrina es novedosa si se tiene en cuenta que, a pesar de que en el nivel legislativo en España la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo en España ha oscilado entre diferentes modelos (desde la prohibición penal hasta el modelo de indicaciones y supuestos que garantizan el procedimiento), en el nivel judicial solo existía un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la materia, en donde además se desarrolló una doctrina totalmente enfocada al desarrollo de los preceptos constitucionales que protegen el bienestar del *nasciturus*.

La sentencia 44/2023 resalta que el Tribunal ha venido desarrollando una doctrina contundente en cuanto a la protección reforzada que merecen las personas gestantes, según la cual el embarazo, el parto y la maternidad condicionan el proyecto de vida de la mujer, de modo que la decisión acerca de continuar con el embarazo enlaza con la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Además, se establece que una regulación que obligue a la mujer gestante a culminar el embarazo al margen de su propia decisión equivale a la imposición de una maternidad forzada y a la instrumentalización de la persona, conducta no permitida por el art. 15 CE (FJ 3).

Esta perspectiva de vinculación del embarazo a los derechos de la mujer va en concordancia con lo señalado en la STC 78/2023, en donde se reiteró que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral, y asimismo constituye una ampliación de lo ya señalado en la STC 66/2022, que indicó que todo lo relacionado con el embarazo y el parto debe entenderse vinculado a la vida privada de la mujer y a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), resaltando que el derecho a la intimidad está vinculado a la dignidad de la persona, al involucrar los aspectos más básicos de la autodeterminación de la persona.

Este criterio varía mucho del señalado en la STC 53/1985, en donde el análisis de constitucionalidad no estaba focalizado en la afectación de los derechos de la mujer, sino en la obligación del legislador de proteger la vida del *nasciturus*. Al respecto, cabe recordar que en la sentencia del año 1985 se

y Culturales, y la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión. Asimismo, se traen a colación instrumentos legales internos como la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma al código penal y que despenalizó parcialmente el delito de aborto; la Ley Orgánica 2/2010, que según su preámbulo pretende establecer un marco normativo relativo al desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación al consenso de la comunidad internacional, y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley 2/2010.

analizó la constitucionalidad de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 bis del código penal (actualmente derogada), que en su momento despenalizó el aborto en ciertos supuestos⁹, creando una excepción a la norma penal que castigaba el aborto.

El problema jurídico que se planteó en la STC 53/1985, de 11 de abril, giraba en torno al alcance de protección constitucional del *nasciturus* en el marco del art. 15 constitucional, esto es, de la vida como proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y las obligaciones de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma. Allí se indica que la vida comienza con la gestación, en donde se genera un *tertium* existencialmente distinto a la madre, y que el *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución, ya que no se podría desproteger este valor en la etapa que es condición para la vida independiente del claustro materno.

La sentencia menciona que en el caso analizado se presentaba un grave conflicto que no podía contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*, ya que ninguno de estos tenía carácter absoluto, por lo que el intérprete constitucional se veía obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado¹⁰. Esta sentencia se enmarca en un contexto en que mayoritariamente se penalizaba el aborto y únicamente se admitía su práctica bajo ciertas circunstancias, en una época en que tribunales constitucionales, como el de España, siguieron el criterio establecido por el Tribunal Constitu-

⁹ En los supuestos en que el procedimiento fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; cuando el embarazo era consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación siempre que se practicara dentro de las doce primeras semanas de gestación, y cuando fuera probable que el feto nacería con graves taras físicas o psíquicas, siempre que este se practicara dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas.

¹⁰ Ponderación que finaliza con la declaratoria de constitucionalidad de las causales de despenalización del aborto: en el supuesto de que la vida o salud de la embarazada corra peligro, atendiendo a que pues no se puede penalizar a la mujer por defender su derecho a la vida y su propia salud; en el supuesto de violación, porque la mujer no está obligada a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible, y en el supuesto de graves taras físicas o psíquicas en el feto, considerando que la sanción penal excede lo que se le exige a la madre y a la familia y no hay prestaciones estatales y sociales suficientes que contribuyan a atenuar las consecuencias que soportarían los padres en estos casos (FJ 11).

cional Federal de Alemania en 1975¹¹, que analizó la constitucionalidad de las excepciones penales que permitían el aborto desde el punto de vista de confrontación entre el deber de protección del Estado frente al no nacido y los derechos de la mujer, y que no tuvo en cuenta las circunstancias que involucran el desarrollo de un embarazo y su vinculación con garantías fundamentales de la mujer (Rodríguez, 2016).

De acuerdo con lo anterior, las nuevas decisiones del Tribunal demuestran un evidente cambio de criterio doctrinal, que abre la puerta a nuevas perspectivas frente al derecho de autonomía reproductiva, cambio que se produce a partir del redireccionamiento del problema constitucional del enfrentamiento de intereses hacia la armonización de los derechos de la mujer y la protección del feto, en una visión que ya no entiende estos intereses como una dualidad independiente, sino en un sentido de dualidad relacional.

Este cambio guarda correspondencia con el criterio establecido en decisiones como la del Tribunal Constitucional Portugués de 2010, que se orientó hacia el reconocimiento de una ciudadanía activa de las mujeres, pues en la medida que los ordenamientos jurídicos comprendían la necesidad de brindar garantías para el embarazo y la maternidad, los tribunales comprendieron que hacía falta poner de relieve tanto las connotaciones de la maternidad en el contexto social y personal, así como las limitaciones del Estado para ofrecer alternativas y facilidades para la protección del embarazo y el ejercicio de la maternidad (í.d.)¹².

¹¹ En la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1975 se estudió la constitucionalidad de la enmienda al Código Penal que despenalizaba parcialmente el aborto. En esta decisión el discurso del Tribunal giró en torno a tres argumentos principales. El primero de ellos centrado en el reconocimiento de la vida del no nacido como un valor amparable en la Constitución y protegido naturalmente por la madre o en su ausencia por el Estado. La segunda relacionada con la manera en que se resuelve la confrontación entre el compromiso del Estado con la protección del no nacido y los derechos de la mujer, cediendo el primero de estos intereses ante ciertos casos. Finalmente, una tercera línea argumental que se centra en las preconcepciones de género sobre la mujer, pues se indica que el Estado debe obligar a las mujeres embarazadas a renunciar a un placer ilimitado para asumir los deberes naturales de la maternidad. Posteriormente, en una segunda decisión sobre aborto en 1992, el Tribunal Constitucional alemán reiteró lo concerniente al deber del Estado de proteger la vida desde la concepción, pero a su vez señaló que el derecho penal era el último recurso para proteger al no nacido, con lo cual era necesario establecer medidas preventivas de asesoramiento dirigido a informar a las mujeres sobre el contexto de apoyo al embarazo y la maternidad (Rubio, 2022).

¹² El Tribunal Constitucional portugués declaró la constitucionalidad de la Ley 16/2007, de 17 de abril, que despenalizaba el aborto durante las primeras semanas

En España esta nueva perspectiva socio-relacional se corresponde con las modificaciones normativas ocurridas con el dictado de normativa que permite la interrupción voluntaria del embarazo, pues recordemos que la Ley Orgánica 2/2010¹³, de 3 de marzo, derogó el art. 417 bis del Código Penal, estableciendo un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo; esta ley señaló que la sexualidad y la capacidad de procreación están vinculadas a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y desarrolló las condiciones en que se permite interrumpir el embarazo. Más aún, cabe mencionar que recientemente se promulgó la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de reforma a la Ley Orgánica 2/2010, ley que, entre otros, tiene el propósito de mejorar las condiciones de las mujeres para acceder a la prestación sanitaria¹⁴.

Ahora bien, cabe resaltar que la aplicación de una perspectiva como la señalada previamente no solo cambia el razonamiento de los tribunales de cara al análisis de la constitucionalidad de normas que prohíben o permiten la interrupción del embarazo, sino que también se traslada a discusiones como la referida en la STC 78/2023, en la que se abordan temas como el incumplimiento de requisitos legales que garantizan la interrupción del embarazo en su faceta prestacional, o a las debatidas en la STC 66/2022, en

de gestación. En esta decisión se indicó que en cuanto evoluciona el desarrollo del embarazo también lo hacen los deberes del Estado, de ahí que se considerara adecuado no penalizar el aborto durante las primeras semanas de gestación, ya que en ese momento la unidad entre el feto y la mujer es más fuerte, de manera que es la mujer la persona directamente implicada y quien asume las consecuencias de este proceso. Asimismo, se estableció que la carga de proteger la vida humana por nacer implica el diseño de un Estado de bienestar suficientemente protector del embarazo, el parto y la maternidad.

¹³ La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, regula la interrupción del embarazo desde una doble vertiente: la prevención de los embarazos no deseados y al establecimiento de un sistema que regule la práctica y la penalice únicamente cuando se realice por fuera de las condiciones de la Ley. De acuerdo con ella, esta estrategia busca la protección del feto y hace responsable al Estado de crear condiciones para el ejercicio de la maternidad. Esta norma prescribe que los poderes públicos no pueden interferir en la autodeterminación de la mujer, con independencia de las medidas que puede tomar el Estado para restringir el ejercicio de las libertades.

¹⁴ Esta norma destaca, entre otras cosas, que desde que se promulgó la Ley Orgánica 2/2010 las mujeres han enfrentado múltiples obstáculos para acceder al procedimiento y el país está lejos de garantizar el grueso de interrupciones voluntarias del embarazo en centros públicos, evidenciándose amplias diferencias territoriales en el ejercicio de este derecho.

las que se analizó la proporcionalidad de una medida de privación de la libertad de cara al enfrentamiento de derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad de la madre, y de intereses constitucionales, como la protección del feto.

En suma, resulta evidentemente que el cambio de doctrina va de la mano de la aparición de perspectivas constitucionales novedosas que se han ido desarrollando conforme cambia la comprensión del fenómeno de la maternidad. Más allá de esto, el Tribunal Constitucional justifica este cambio doctrinal en la necesidad de ajustar la doctrina a la evolución del tratamiento jurídico que se le ha dado a los derechos sexuales y reproductivos, argumento que parece lógico si se hace un seguimiento de las conquistas del movimiento feminista en cuanto a igualdad de género.

A pesar de esto, el término «evolución» en este argumento no debería ser entendido como lo denomina el Tribunal en términos de una «evolución de los instrumentos nacionales e internacionales» concernientes a los derechos sexuales y reproductivos, sino más bien como un cambio de perspectiva que se ajusta más al principio de igualdad y al reconocimiento del estatus jurídico de la mujer como sujeto de derechos.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la historia de los derechos sexuales y reproductivos permite entrever que los cambios normativos no siempre se inclinan hacia una mayor protección del derecho de las mujeres a una maternidad deseada y libre. Y es que incluso en España, desde que se presentó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010 hasta que se dictó la STC 44/2023 (periodo en el que transcurrieron casi trece años), se presentaron múltiples propuestas políticas que pretendían modificar la normativa allí establecida, desde planteamientos que exigían la modificación del modelo en uno y otro sentido, incluso la derogación de la ley, propuestas que están relacionadas con la aprobación de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que en su momento modificó el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo. Y esto, al mismo tiempo que en el Tribunal Constitucional se retrasaba la toma de una decisión por factores como la imposibilidad de llegar a un acuerdo (Reriviego, 2023).

2. LAS CONTRADICCIONES DE ENMARCAR UN NUEVO CRITERIO DOCTRINAL EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

La denominada teoría del derecho vivo es el fundamento al que se refiere el Tribunal para explicar la variación de la doctrina conforme a una evolución normativa en la protección de los derechos de las mujeres. Según esta teoría,

la Constitución debe ajustarse a las necesidades actuales de cada sociedad¹⁵. A pesar de esto, este es un criterio que no es compartido en la STC 44/2023 por varios de los magistrados del órgano constitucional, quienes ponen en duda el dictado de normas que la Constitución no establece taxativamente¹⁶.

Esta opinión tiene que ver con el hecho de que la Constitución no diga nada (vago o claro) sobre el aborto, de ahí que se ponga en duda que las normas resultantes de la interpretación del Tribunal puedan resultar contraproducentes e, incluso, peligrosas para el sistema democrático. Esta opinión disidente se apoya en disertaciones como la alcanzada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia dictada en el año 2022 el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, en la cual no solamente se descartó que la interrupción del embarazo encuentre un sustento jurídico en el texto de las catorce enmiendas, sino que se desvirtuó que este derecho encuentre un sustento jurídico en precedentes judiciales previos¹⁷ (Tello, 2023).

Sin perjuicio de las controversias que levante la aplicación de esta teoría evolutiva, resulta importante cuestionarse si verdaderamente se ha presentado una evolución más o menos progresiva y uniforme en materia de derechos sexuales y reproductivos, y cuáles son sus implicaciones.

Sobre este punto, debe mencionarse que los primeros instrumentos internacionales promulgados frente al tema estuvieran relacionados con el propósito de garantizar el más alto nivel de salud (incluida la salud repro-

¹⁵ En la referida STC 44/2023, el Tribunal reitera lo mencionado en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, al indicar que la constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna para asegurar su propia relevancia y legitimidad; de acuerdo con esta teoría el texto constitucional debe leerse a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual para no convertirse en letra muerta (FJ2).

¹⁶ Esta opinión puede evidenciarse más en detalle en los votos particulares suscritos por los magistrados Concepción Espejel Jorquera, Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño.

¹⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1973 (el 22 de enero) dictó el fallo *Roe v. Wade*, en el que se indicó que el aborto (sujeto en el primer trimestre a la voluntad de la madre y en adelante a otras condiciones como la salud de la gestante o la viabilidad del feto) se enmarcaba en el derecho constitucional a la privacidad. Con posterioridad, el 29 de junio de 1993, este organismo judicial dictó el fallo *Planned Parenthood of Southbeastern Pa v. Casey*, en el que confirmó el fallo *Roe*, pero señalando que la autodeterminación de las mujeres para interrumpir el embarazo se encuadraba en el derecho a la libertad. A pesar de esto, el criterio de la Corte cambió con el dictado del fallo *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization et al.*, en el que se anuló el precedente en la materia.

ductiva), en los términos señalados en el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (preámbulo).

El contenido de estos instrumentos estuvo determinado en primer momento por la preocupación de la comunidad internacional por regular asuntos de salud pública, como la planificación familiar, pero este criterio fue variando hasta la promulgación de dos importantes instrumentos de derecho internacional en la materia: el Programa de Acción del Cairo de 1994 y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995. Estos instrumentos avanzaron en temas como la ampliación del concepto de salud y de derechos reproductivos, la exaltación de los efectos negativos que tiene la práctica de abortos en condiciones no adecuadas y la denominación de la salud sexual y reproductiva como un derecho humano de la mujer; sin embargo, se trata de documentos no vinculantes para los Estados (Barbé y Badell, 2021).

Con posterioridad, los avances que se alcanzaron con estos instrumentos se vieron disminuidos en los períodos de seguimiento de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, donde se introdujeron cambios que nuevamente entrecruzan el ámbito de protección de los derechos con variables ajenas al ejercicio del derecho, como las económicas, y algunas inconsistencias metodológicas que han problematizado la conceptualización autónoma de estos derechos (Pérez Duarte y Noroña, 2002).

De acuerdo con todo lo anterior, existe un marco jurídico internacional que, derivado de la protección del derecho a la salud sexual y reproductiva, le ha dado un sustento jurídico al establecimiento de estos derechos emergentes. A pesar de esto, los límites de su protección han variado constantemente y este debate sigue vigente ante ciertas dificultades, como el carácter no vinculante de los instrumentos internacionales más relevantes y las reservas de los países que han suscrito estas normas. Adicionalmente, debería tenerse en cuenta que en los instrumentos internacionales de derechos humanos la concepción de lo «humano» en principio no incluía a las mujeres en el contenido de muchos textos (Álvarez, 2020).

Un panorama similar se presenta en el plano regional, pues si bien siguiendo lo señalado en instrumentos como la Observación General n.º 22 de 2016, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han dictado normas ampliamente progresistas, como la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, sobre salud y derechos sexuales y reproductivos en la Unión¹⁸, no existe un consenso regional en asuntos como la

¹⁸ De acuerdo con esta resolución, todas las personas tienen derecho a tomar decisiones sobre sus cuerpos sin discriminación, coacción, ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho.

interrupción voluntaria del embarazo, encontrándose que en países como Suecia se otorga amplias facultades a la mujer para ejercer este derecho, mientras que en otros como Polonia este se restringe ampliamente¹⁹.

En concordancia con esto, en el sistema europeo de derechos humanos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado frente a la relación entre el embarazo y los derechos de las mujeres, en el marco de interpretación de los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sobre derechos a la vida y el respeto de la vida familiar y personal), dando respuesta tanto al reclamo de protección de los derechos de las madres como a la protección del feto.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha pronunciado frente a los derechos sexuales y reproductivos en el marco del derecho a la vida privada y familiar, y frente a la interrupción del embarazo, ha señalado que no existe una potestad absoluta de los Estados de proteger los derechos de los no nacidos por estar de por medio los derechos de la mujer, pero que está dentro del margen de discrecionalidad de los Estados regular la interrupción del embarazo, salvo que el Estado haya decidido autorizar el aborto en ciertas circunstancias, caso en que le corresponde garantizar su acceso efectivo²⁰ (Crego, 2015).

¹⁹ The Swedish Code of Statutes (Act of 1974) estableció que las mujeres en Suecia pueden abortar sin restricciones hasta la semana 12 de gestación. Una vez transcurrido este tiempo, podían hacerlo entre la semana 12 y 18 tras de ser sometidas a una valoración reglamentada por la ley, y con posterioridad a este término se requería el permiso de la agencia de salud del Estado, prohibiéndose el aborto a partir de la semana en que el feto pudiera sobrevivir fuera del útero. En 1996 esta regulación se modificó en el sentido de eliminar las restricciones existentes entre la semana 12 y 18, de modo que el procedimiento puede realizarse libremente hasta la semana 18 de gestación. A su vez, en 2008 se presentó una nueva modificación que estableció que las mujeres que no son de nacionalidad sueca puedan tener derecho al aborto sin ningún permiso especial, asumiendo el costo del procedimiento (información disponible en la web rfsu.se). A diferencia de esta regulación, en Polonia el aborto solo está permitido cuando la gestación es resultado de un delito o cuando la vida o salud de la mujer está en riesgo, regulación que fue restringiéndose desde 1993, hasta la reciente decisión del Tribunal Constitucional de Polonia de 22 de octubre de 2020 (información disponible en: <https://tinyurl.com/2x6v7yzx>).

²⁰ En relación con este tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado decisiones como la STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Goodwin c. Reino Unido*; STEDH de 28 de mayo de 2022, asunto *Stafford c. Reino Unido*; STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto *A. B. y C. c. Irlanda*; STEDH de 26 de mayo de 2011, asunto *Tysiac c. Polonia*, entre otras.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia han hecho referencia principalmente a la protección del derecho a la vida privada, y si bien este es un derecho que ha sido interpretado desde su concepción de «libertad» (libre desarrollo de la personalidad), el Tribunal ha evitado el análisis de la facultad de autodeterminación sexual y reproductiva para centrarse en un aspecto más procedimental, que concierne a las garantías que permiten la interrupción del embarazo cuando este es legal, asunto que conecta con la importancia de proteger la salud sexual y reproductiva de la mujer y con las obligaciones del Estado para garantizar este propósito, respetando en todo caso la determinación de los Estados de regular o no esta práctica (González, 2021).

Por su parte, España ha ratificado instrumentos internacionales, como el Convenio de Estambul y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Asimismo, en el país se han dictado múltiples normas encaminadas a la protección de los derechos de las mujeres, aparte de las ya mencionadas leyes que regulan la interrupción voluntaria del embarazo²¹, y las múltiples normas constitucionales que propenden por el establecimiento de un derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (arts. 1.1., 9.2., 10.1., 14 CE, entre otros)²².

A pesar de esto, es importante mencionar que el reconocimiento de la mujer como sujeto autónomo de derechos ha variado en España en diferentes periodos históricos, más allá del cambio que supuso el establecimiento de los Estados modernos y la extensión del principio de igualdad a otros sujetos distintos al ciudadano hombre. Así, por ejemplo, las reivindicaciones alcanzadas durante la Segunda República, que establecieron modificaciones al Código Civil favorables a las mujeres en materias como el matrimonio y la familia (como las relacionadas con las causales de disolución del matrimonio y los deberes paterno-filiares para con los hijos), fueron modificadas posteriormente con medidas que limitaban la capacidad jurídica de las mujeres, prescripciones que se mantuvieron en el tiempo hasta que comenzó la transición política que terminaría con la promulgación de la Constitución de 1978 (Liñán García, 2016).

²¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²² En ese sentido, normas como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, contienen múltiples prescripciones que buscan castigar tipos de violencia de género y promocionar la igualdad.

Asimismo, y aun con sus características actuales, el ordenamiento español no está exento de críticas, como las relacionadas con la ineficacia de las medidas que buscan la protección de las mujeres a través de la ampliación del punitivismo. Así, se indica que en el afán por hacer visible el reproche de tipos de violencia contra la mujer, las instituciones han recaído en lógicas paternalista que en poco contribuyen a la reivindicación del estatus jurídico de la mujer y a la eliminación de la violencia ejercida en su contra (Maqueda, 2020).

De otro lado, las normas que protegen a la mujer se ven limitadas en el plano constitucional ante la inexistencia de previsiones específicas que protejan el derecho a la maternidad deseada. Esta circunstancia, que Astola (2017) cataloga como un sesgo del pacto constituyente (al referirse a la ausencia de perspectiva de género en constituciones que fueron promulgadas sin participación igualitaria de las mujeres), tiene incidencia inevitable en el criterio del Tribunal Constitucional en esta materia, pues se entendería que son muchas las opciones políticas que puede tomar el legislador al momento de regular el tema de la autonomía reproductiva y, en general, de los derechos sexuales y reproductivos.

Sin perjuicio de estas dificultades, no es posible desconocer el fundamento constitucional de un derecho a la autonomía reproductiva, ni consecuentemente las decisiones del Tribunal Constitucional en la materia; en particular, si se analizan las perspectivas con las que se puede evaluar el reconocimiento de estos derechos en el plano constitucional desde el punto de vista de la materialización del derecho a la igualdad.

III. NUEVAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES: LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS

Se dejó entrever que el argumento de la evolución normativa no es suficiente para fundamentar el cambio de lectura constitucional, pues este cambio va más en concordancia con la evolución de perspectivas constitucionales que con una transformación normativa que no es lineal y que podría seguir transformándose de acuerdo con las inclinaciones de diversas opciones políticas. En ese sentido, convendría realizar una lectura más amplia de los problemas constitucionales involucrados, teniendo en cuenta las demandas de las mujeres (antes inobservadas) en las que se reclama nada más que la autonomía para decidir frente a las interferencias sobre sus propios cuerpos.

Sobre este punto, es indiscutible que la ausencia de un precepto constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos no es óbice para desconocer la protección de estos derechos en situaciones como las planteadas y resueltas en las citadas sentencias. Más aún, es justamente la ausencia de un

precepto constitucional un punto que debe analizarse con particular atención y en el marco del contexto histórico en que nacen las constituciones modernas. Y es que, como menciona Esquembre (2014), las mujeres inicialmente no fueron reconocidas como sujetos políticos y sujetos de derechos, y posteriormente su inclusión en el constitucionalismo moderno se produce a partir de una extensión de las prerrogativas que ya habían sido reconocidas a los hombres y que fueron diseñadas por estos. Este fenómeno no solo podría explicar la exclusión de las mujeres de la esfera pública, sino también la sustracción de su autonomía (que pasó a depender de la voluntad del padre y esposo, encargados de gobernar el ámbito de la familia), cuestión que hasta hoy continúa entorpeciendo el ejercicio autónomo de su libertad sexual y reproductiva, ya que, por ejemplo, pareciera que el contenido del derecho a la mujer para decidir sobre su propio cuerpo se modifica una vez la mujer queda embarazada porque las cuestiones que afectan a su embarazo se convierten en asuntos en las que otros pueden interferir.

Más allá de esto, en las circunstancias actuales y al amparo de lo establecido en el art. 15 de la Constitución, es posible inferir que las personas tienen derecho a decidir frente las decisiones que tienen impacto en su vida sexual y reproductiva y su propio cuerpo atendiendo al principio de dignidad (Gómez, 2017), porque queda claro que el desarrollo de un embarazo tiene unas consecuencias múltiples sobre diversas garantías constitucionales relacionadas con asuntos como la autonomía. Este tema es ampliamente desarrollado en varios acápites de la STC 44/2023²³ y otras decisiones que hacen hincapié en la conexión de la autonomía en las elecciones personales que afectan el cuerpo y el proyecto de vida, tal como se ha venido exponiendo.

De igual manera, no cabría al amparo del art. 14 constitucional, según el cual los españoles son iguales ante la ley y no puede prevalecer discriminación

²³ En relación con el tema se destacan acápites de la sentencia como el que menciona: «[...] hemos declarado que el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado si se impusieran a la persona decisiones u opciones vitales de naturaleza particularmente íntima y personal tales como la prohibición de la convivencia *more uxorio* o, en sentido contrario, la imposición del vínculo matrimonial (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2), la imposición del matrimonio celebrado en determinada forma religiosa o la libre elección de cónyuge (STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 12), o la continuación o terminación de una relación afectiva o de convivencia (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 b). Asimismo, este tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida» (FJ 3).

alguna por razones como el sexo, una normativa que castigue la autonomía reproductiva de las mujeres sin fundamentación constitucional suficiente o con base en justificantes que tienen como premisa el comportamiento de una *buena madre* o una *buena mujer*. Y es que, sin perjuicio de que los derechos sexuales y reproductivos correspondan a hombres y mujeres, no cabe duda de que la maternidad y el control sobre la concepción han sido considerados históricamente como un deber de la mujer, panorama que ha dificultado el reconocimiento de la autonomía reproductiva y el castigo de formas de violencia como la anticoncepción forzada, la esterilización forzada o la violencia obstétrica.

Este panorama se enmarca en un sistema estructural que ha afectado a las mujeres y que ha sido reconocido de manera general por el Tribunal Constitucional en decisiones como la STC 44/2023, en la que se reconoce que la maternidad y el cuidado de los hijos se ha asociado a las mujeres con base en una histórica desigualdad entre los sexos, con todas las consecuencias que ello significa, por lo que es necesario tomar acciones que corrijan la situación y materialicen el principio de igualdad.

Contexto de desigualdad que ha sido reconocido por el intérprete constitucional para brindarle una protección constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo, pues el Tribunal indica que para lograr la igualdad efectiva y real de las mujeres no basta con proteger de manera reforzada la maternidad, sino que es necesario proteger los derechos de aquellas mujeres que deciden interrumpir su embarazo libremente dentro de los supuestos establecidos en la ley (STC 44/2023); pero que también ha sido parte esencial de la doctrina que se ha desarrollado en torno a la protección especial del embarazo²⁴, y es que, como se menciona en la STC 66/2022 (que responde al reclamo de las mujeres de contar con autonomía suficiente para decidir libremente y sin interferencia sobre su cuerpo durante la gestación), todo lo relacionado con el embarazo y el parto está vinculado al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), a la autodeterminación y a la integridad física y moral (art. 15 CE) de las mujeres.

En este punto es importante destacar que históricamente constituciones como la española no han dejado a un lado las preocupaciones sobre la maternidad y la familia, pues generalmente se ha hecho referencia al lugar especial

²⁴ El Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina constitucional amplia en relación con la protección del embarazo y la maternidad en sentencias como las 153/2021, de 13 de septiembre; 119/2021, de 31 de mayo; 79/2020, de 2 de julio; 108/2019, de 30 de septiembre; 2/2019, de 14 de enero; 17/2003, de 30 de enero; 3/2007, de 15 de enero; 2/2017, de 16 de enero, y 79/2020, de 2 de julio, entre otras.

que guardan la familia y el matrimonio en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, ha sido la ausencia de la perspectiva e intereses de las mujeres en el contenido de estas normas lo que ha impedido el desarrollo de temas como el fortalecimiento de los deberes compartidos de la crianza y la libertad negativa de las mujeres para no asumir la carga de la maternidad no deseada (Rubio, 2022). En ese orden, limitarse al argumento de ausencia de precepto constitucional específico no solamente desconocería este sesgo constituyente, sino que dejaría de lado una interpretación integral de las garantías involucradas en estos temas.

En ese sentido, una reflexión amplia y transversal sobre las garantías constitucionales aquí involucradas, a la luz del principio de igualdad, permitiría concluir que el derecho a la autonomía reproductiva se sustenta en previsiones jurídicas de obligatorio acatamiento, como los arts. 17.1, 10.1, 15.1 y 18 de la Constitución y en disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos que amparan la vida y la intimidad personal y familiar, entre otras; derechos que deben ser garantizados de manera igualitaria para hombres y mujeres, corrigiéndose aquellas previsiones que supongan trabas para su materialización.

Asimismo, si se tiene en cuenta lo anterior, no solamente bastaría aterrizar en una perspectiva socio-relacional (que tenga en cuenta todas las implicaciones del embarazo individual y socialmente) para abordar temas de derechos sexuales y reproductivos, sino que además debería darse paso a una nueva perspectiva que cuestione las connotaciones de género que siguen reproduciéndose frente a la maternidad, los deberes de las madres, el rol de la paternidad, etc., y que a partir de ese cuestionamiento formule conclusiones sobre el reconocimiento o falta de reconocimiento autónomo de los derechos de las mujeres (Rodríguez, 2016).

Bajo este último criterio, no basta con cuestionar el supuesto enfrentamiento entre los derechos de la mujer y la protección del feto como intereses enfrentados, ni con estudiar las circunstancias del embarazo dentro de un contexto social económico y legal, sino que deberían revisarse las connotaciones patriarcales que siguen afectando el discernimiento de los tribunales.

Este llamado no es fortuito, sino que se fundamenta en las profundas implicaciones que todavía tiene la estructura patriarcal en la materialización del derecho a una maternidad libre y deseada, y es que, como expone Chamallas (1999), la connotación implícita de la categoría de *madre* en el derecho ha sido construida al margen de las experiencias de las mujeres, estando atada a las características de madre casada, heterosexual, dedicada al hogar y a los hijos.

Esta construcción ha sido parámetro para juzgar a las mujeres, de manera que todo lo que se encuentre por fuera del canon es considerado anormal y tiende a ser castigado. De ahí que, si se estudian temas como el aborto bajo

premisas que dejan de lado el ambiente social y legal en el que se decide llegar a ser madre, y se continúa con el panorama de separación entre las categorías de aborto y maternidad, los debates jurídicos seguirán llegando a conclusiones como que la única manera de garantizar la vida del feto es a través de un embarazo obligado o que los derechos sexuales y reproductivos no trascienden más allá del derecho al aborto. En últimas, la reiteración de estos estereotipos en este ámbito dificulta la revisión del estatus de las mujeres en la sociedad y la materialización de su derecho a participar en la sociedad en condiciones igualitarias (í.d.).

En ese entendido, lo que exige esta nueva perspectiva es la aplicación del enfoque de género en la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos²⁵, enfoque diferencial que ya ha sido avalado por la parte mayoritaria del órgano constitucional al señalar que la integración de la perspectiva de género significa tener en cuenta las diferentes necesidades de hombre y mujer en dichas áreas de la realidad, con el objetivo último de garantizar una igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres (STC 44/2023).

Más allá de esto, conviene mencionar que esta perspectiva no solamente parece ser desconocida en el criterio de los votos disidentes que niegan esta connotación progresista de los derechos de las mujeres²⁶, sino que por momentos se difumina en decisiones que a pesar de defender la doctrina de autonomía reproductiva incurre en argumentos contradictorios cuando, por ejemplo, se exponen argumentos más conservadores dependiendo de a qué faceta de la autonomía se refiera, a partir de una lectura fragmentada de los derechos sexuales y reproductivos.

1. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: ENTRE LA TRANSFORMACIÓN Y LA CITA DE PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES PREVIAS

Los temas que se debaten en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional español conciernen a múltiples facetas de la autonomía reproductiva,

²⁵ De acuerdo con lo señalado en la STC 44/2023, la perspectiva de género es un enfoque metodológico que se ajusta al deber constitucional de materializar el principio de igualdad, con lo cual de manera precisa se concluye que el intérprete constitucional debe hacer uso de esta materia, pues es parte del cumplimiento de los mandatos que decreta la Constitución, en este caso del principio de igualdad, que ha sido ampliamente desarrollado en los instrumentos jurídicos internos e internacionales a los que se ha acogido España.

²⁶ Esta opinión se puede evidenciar con más precisión en el voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, formulado en la STC 78/2023.

tales como la limitación del derecho de las mujeres que deciden ser madres para elegir el modo de parto, es decir, la elección de las circunstancias en que se produce el embarazo, el parto y la lactancia (STC 66/2022); la limitación del derecho de las mujeres que deciden ser madres a la integridad física y moral durante la gestación y el parto (STC 11/2023); la limitación de múltiples derechos de las mujeres que no desean ser madres, por cuenta de las normas que condicionan la interrupción del embarazo bajo ciertas causales y términos (STC 44/2023); la incidencia de la falta de información suficiente en la materialización del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo (STC 78/2023), y la incidencia de una prestación inadecuada (justificada indebidamente en el derecho de objeción de conciencia) para el ejercicio del derecho al aborto (STC 78/2023).

El análisis de facetas tan diversas de la autonomía reproductiva no fue óbice para que el Tribunal marcara un precedente importante al interpretar de manera similar la fundamentación jurídica que sustenta la protección de los derechos de las mujeres en estos casos, refiriéndose de manera reiterada a cómo el derecho de autodeterminación, concretado en la elección de la maternidad, está enmarcado en múltiples garantías constitucionales. En estos casos, el Tribunal realizó una amplia referencia a la doctrina desarrollada en materia del derecho a la igualdad, la autodeterminación e inviolabilidad del cuerpo frente a las actuaciones médicas, el derecho a la intimidad y su vínculo con lo decantado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad deseada.

Ahora bien, no se puede decir que la doctrina constitucional tuviera la misma coherencia al realizar el juicio de constitucionalidad en la definición de los casos concretos, pues aunque todas las decisiones se refieran de manera general a vertientes de un mismo derecho sexual y reproductivo, el derecho a elegir si se tiene o no hijos y determinar el número de estos, las sentencias en ocasiones realizan un análisis no integral del marco de protección de este derecho y, por el contrario, desarrollan normas de enjuiciamiento variables que no siempre responden con tanta rigurosidad ante la limitación de los derechos.

Esta apreciación de ambigüedad en la argumentativa del Tribunal parte, en primer lugar, del hecho de que las decisiones sigan reproduciendo una presunción de contrariedad entre los derechos de la mujer y la protección del *nasciturus*. No entendida en términos de un enfrentamiento de intereses que traban el problema jurídico, sino en una lógica que desconoce la naturaleza socio-relacional del embarazo. Es decir, una lógica en la cual la mujer que no encaja en el estereotipo de la *buena mujer* toma decisiones sobre su embarazo de manera unilateral y en contra del interés del feto, sacando de contexto las circunstancias en las que se producen las decisiones de las mujeres o, simplemente,

deduciendo que el simple ejercicio de la autonomía es en sí un acto malintencionado e individualista.

Al respecto, resulta llamativo que en la STC 44/2023 se advierta una necesidad de actualizar la interpretación constitucional, pero al mismo tiempo se insista en la existencia de un enfrentamiento entre la protección de la vida prenatal (amparada en el marco del art. 15 CE) y los derechos de la mujer, trayendo a colación apartados de la STC 53/1985, según los cuales la vida humana es un proceso que comienza en la gestación y termina en la muerte, en el que «se genera un tertium distinto de la madre». Y, asimismo, que en sentencias como las 66/2022 y 11/2023 aún se usen expresiones como las de «interés contrapuesto al de sus padres», al referirse a las garantías del *nasciturus*.

Entonces, considerando que esta es una premisa argumentativa que está presente en la doctrina del Tribunal, también habría que evaluar en qué medida esto afecta a una verdadera transformación de las decisiones judiciales en resoluciones acordes con una perspectiva constitucional actual, que se ajuste al principio de igualdad y no discriminación.

2. UNA LECTURA FRAGMENTADA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: DE UNA TEORÍA FUERTE A UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DEBATIBLE

De acuerdo con todo lo anterior, al momento de interpretar las garantías relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos, el Tribunal Constitucional desarrolla una argumentación ambigua que se acoge a perspectivas que no tenían como eje central este marco de protección de los derechos de las mujeres y que estaban adscritas a unos determinados estereotipos de género sobre la capacidad jurídica de las mujeres y sobre el rol de la mujer en el cuidado de los hijos.

Este contraste no solamente tiene interferencia en la construcción argumentativa de la doctrina, sino también en la construcción de las reflexiones jurídicas que merece cada caso, pues se evidencia que en algunos acápites de las decisiones se analiza la posible trasgresión de garantías fundamentales al margen de circunstancias determinantes para el ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres. Circunstancias que deben considerarse indispensables teniendo en cuenta el marco de desigualdad y sus efectos sobre la capacidad de las mujeres para ser agentes de sus propios derechos.

En ese sentido, se evidencia que al momento de resolver los casos particulares en los que se alegaba la transgresión de los derechos, la construcción dogmática que desarrolla de manera amplia la vinculación entre el embarazo y las garantías constitucionales, contrasta con la ausencia de perspectiva de

género en la valoración del conjunto de circunstancias que inciden sobre el enjuiciamiento (esto con independencia de la decisión final a la que llegaran las sentencias en cada caso). Y es que, como señala Hunter (2010), no podría realizarse una lectura con enfoque de género de las decisiones judiciales si no se realiza un cuestionamiento de las limitaciones en el tratamiento de hechos, la evidencia cuestionable, las alegaciones recibidas y, en particular, la incidencia de los roles de género en la resolución de los problemas jurídicos.

Esta deficiencia se hace evidente en la citada doctrina, en situaciones como la resuelta en la STC 66/2022, en la que se evaluó el ejercicio de las garantías judiciales que protegen a los ciudadanos de la actuación de las autoridades judiciales, al margen del peso de las garantías constitucionales que fueron restringidas con el ingreso no voluntario de la gestante al hospital. En esta decisión se valoró la incidencia de la orden de limitación de la libertad prescindiendo casi totalmente de que la gestante se encontraba en labores de parto cuando fue sorprendida por las autoridades de policía (quienes prácticamente no tuvieron comunicación directa con ella), y de que con posterioridad al ingreso no voluntario esta permaneció aproximadamente dos días en el hospital sin intervención de autoridad judicial alguna.

Este era un hecho que, como bien lo mencionan algunos votos particulares, tenía una especial transcendencia al considerar que esta mujer fue privada de su derecho a tener una audiencia y ser escuchada. Se menciona en los votos disidentes que la valoración de este contexto debió afectar la rigurosidad con que el juez evaluaba la prescendencia del derecho de audiencia, ya que la gestante había estado más de 24 horas internada, tiempo durante el cual no fue escuchada por el juez, pero si visitada por funcionarios administrativos del hospital.

Estas son reflexiones que están atadas al ejercicio de un marco de garantías que recaen sobre el desarrollo del embarazo y el ejercicio de la autodeterminación y que ponen en entredicho cómo el desarrollo teórico se desconecta por momentos de la práctica judicial. De ahí que aciertan los votos particulares formulados en la STC 11/2023 al señalar que era imprescindible valorar todas las circunstancias de vulnerabilidad que habían rodeado el ingreso de la gestante y lo sucedido durante el tiempo en que estuvo internada al momento de evaluar situaciones como la manifestación del consentimiento informado y su incidencia en el derecho a la integridad física²⁷.

²⁷ De acuerdo con lo narrado en la STC 11/2023, las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo y del Tribunal Superior de Asturias tuvieron en cuenta en su valoración las alegaciones del hospital en las que se demuestra la necesidad de realizar pruebas diagnósticas, pero también algunas

Esta omisión no es exclusiva de la STC 66/2022, sino que también se evidencia en otras decisiones como la STC 78/2023. Esta última, cuya doctrina estableció que se vulnera el derecho a la integridad física y moral cuando se transgreden las previsiones legales que crean condiciones para que la mujer adopte de forma autónoma y sin coerción la decisión que considere más adecuada sobre la interrupción del embarazo, no tuvo en cuenta el contexto en el que se le brindaba información a la gestante sobre el estado del feto. Y es que, de acuerdo con las alegaciones, la información se da en un contexto en que la mujer (quien padece de una enfermedad congénita denominada agenesia del cuerpo calloso parcial) supuestamente recibe comentarios despectivos sobre su condición²⁸ y es informada de manera parcial sobre el estado del feto.

Este presupuesto conduce al Tribunal a una conclusión ambigua respecto de la incidencia de la información en la limitación del derecho de autonomía reproductiva, al rechazar acertadamente una presunción de ocultación de información para obstaculizar la interrupción del embarazo, pero concluir al mismo tiempo que la información fue «vaga», pues «el facultativo hubiera debido explicarle en qué consistía esa enfermedad y las posibilidades que había de que las sospechas se confirmaran», pero suficiente porque finalmente se dio dentro de término.

Tener en cuenta estas particularidades contribuye a la materialización del derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que la invisibilización histórica de las experiencias de las mujeres ha incidido en asuntos como la ausencia de castigo para las conductas de violencia reproductiva (Laverty, 2021). Premisa que se expresa en algunos de los votos particulares formulados en las SSTC 66/2022 y 11/2023, en los que se expone una apreciación distinta de los hechos y que incluso pone de manifiesto la alegación de la demanda sobre una

apreciaciones en las que se menciona que la posibilidad que se le ofreció a la mujer para que el tacto vaginal lo realizase cualquier obstetra daba cuenta del «trato deferente, y casi que exquisito al que fue sometida la paciente». Este tema está relacionado con una alegación de la parte demandante en la que se reprochaba la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en relación con la afirmación de que «no era admisible rechazar el tacto vaginal que era imprescindible y porque la paciente ya habría sido explorada un año antes por un obstetra o porque se le habría insertado un DIU que precisa de tacto vaginal para su colocación» (FJ 3).

²⁸ De acuerdo con lo narrado en la STC 78/2023, en una de las consultas a las que asiste la mujer el médico que la atiende detecta una anomalía que comenta con su compañero, y cuando la recurrente y su acompañante preguntan «si eso es malo» le responden: «¿Pero no la ves a ella?», refiriéndose a la entonces gestante (FJ 2).

eventual situación de violencia obstétrica²⁹; circunstancias que como se insiste no necesariamente modifican el sentido del fallo, pero si el juicio de ponderación y con ello la interpretación de las garantías constitucionales.

Se insiste en que la reflexión en torno a este tema tiene incidencia en el juicio de constitucionalidad que se realiza en cada caso. Así, en la STC 66/2022 el intérprete constitucional consideró que la decisión del juez de limitar la libertad personal de la gestante se encontraba justificada ante el peligro que corría el feto con la decisión de la mujer de tener un parto en casa. Sin embargo, este razonamiento no tuvo en cuenta que el contexto ya mencionado hacía necesario un examen riguroso de constitucionalidad de la medida judicial. Si bien no se trataba de una orden arbitraria o irracional³⁰, en todo caso era una orden que restringía considerablemente un derecho fundamental, sin contar con habilitación legal específica, sin haber escuchado en ningún momento a la afectada y con un justificante constante de peligro inminente para el bienestar del feto, que no se contrastó en ningún momento de cara al caso concreto.

De ahí que la conclusión a la que llega la mayoría de los integrantes del Tribunal no sea compartida por varios magistrados que presentaron voto particular, alegando principalmente la ausencia de habilitación legal expresa y el exceso en la limitación del derecho a la libertad por cuenta de la desproporcionalidad y falta de audiencia en que se escuchara a la afectada. Criterio este que cambia el planteamiento constitucional en cuanto a los límites y garantías de los derechos constitucionales, y es que si bien la resolución no carece de motivación ni es arbitraria o irrazonable, al omitir casi por completo la incidencia de la

²⁹ Este criterio se evidencia específicamente en los votos particulares formulados por los magistrados María Luisa Balaguer Callejón, Ramón Sáez Valcárcel, e Inmaculada Montalbán Huertas, a la STC 66/2022. Asimismo, en los votos particulares formulados por las magistradas María Luisa Balaguer Callejón e Inmaculada Montalbán Huertas, a la STC 11/2023.

³⁰ En relación con este asunto cabe recordar que, según el relato expuesto en la STC 66/2022, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo ordenó el ingreso no voluntario de la gestante al considerar aplicable al caso el art. 9 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, así como los arts. 29 y 158 del Código Civil. Posteriormente, previstas en el art. 158 del Código Civil, son susceptibles de ser postuladas, a instancia de parte, del Ministerio Fiscal o de oficio por el órgano judicial, en sede de cualquier procedimiento civil o penal, y que el juzgado de instrucción estaba facultado para adoptarlas cuando se demande de una actuación urgente y necesaria que evite un perjuicio grave e irremediable, como sucedía en el caso (FJ 2).

ausencia de audiencia y del ejercicio del derecho de defensa, se impide el desarrollo de un juicio de proporcionalidad informado (Matia, 2023).

Una reflexión crítica respecto de la construcción argumentativa de estas decisiones no incide necesariamente en la modificación del fallo, sino que tiene como propósito el de desarrollar una argumentación que no esté limitada por la incidencia de los estereotipos de género, verbigracia, que tenga en cuenta circunstancias que contrasten el estereotipo de la *madre irresponsable* que no se somete a las lógicas de un parto en el que se invisibiliza totalmente su voluntad y su sufrimiento, o de la mujer que decide abortar.

De ese modo, incluso en sentencias como la STC 78/2023, en la que se decreta la protección de los derechos fundamentales (por no haberse materializado de manera adecuada la prestación sanitaria), resulta interesante analizar la falta de una evaluación interseccional en el caso que parte de la falta de aplicación de la perspectiva de género. Allí, a pesar de que se concluyó que se transgredieron las normas que garantizan la prestación sanitaria por una supuesta objeción de conciencia generalizada, no se tuvo en cuenta el hecho de que la gestante había alegado ser una mujer con escasos recursos económicos y presentar una condición congénita. Características con tanto impacto en este tipo de situaciones, que, por ejemplo, son una de las preocupaciones más importantes de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, norma que abre la discusión en cuanto a la promoción de la igualdad de aquellas mujeres que enfrentan mayores obstáculos para acceder a la prestación.

En el mismo sentido, si esto se traslada al análisis de constitucionalidad de las normas, habría que reflexionar en torno a los limitantes de los derechos fundamentales, como son el ejercicio de la objeción de conciencia, la prestación de los servicios sanitarios que garantizan el acceso a los derechos, el establecimiento de restricciones adicionales a las que prescribe la ley de autonomía del paciente para la práctica de procedimientos relacionados con el embarazo y su interrupción, entre otros que seguirán siendo objeto de discusión y que, como se ha señalado a lo largo del texto, deben ser analizados a partir del reconocimiento de que las mujeres son titulares de derechos y deben estar en capacidad de ejercerlos en condiciones de igualdad.

En suma, se infiere que la doctrina constitucional ha avanzado enormemente en la reconstrucción de un derecho que no reproduzca los estereotipos de género y que reconozca que las mujeres deben gozar de sus derechos en condiciones de igualdad. Sin embargo, aún quedan muchos asuntos por valorar si se pretende alcanzar en algún momento una verdadera materialización de esa igualdad. Ante este escenario resulta necesario el desarrollo de nuevas perspectivas frente al ámbito y alcance de estos derechos, perspectivas coherentes con la protección de los derechos de las mujeres y con la elimi-

nación de los estereotipos de género que perpetúan la discriminación y la violencia en contra de la mujer.

Por ello, es imprescindible que en la interpretación de las normas constitucionales se cuestionen las connotaciones de género presentes en los preceptos constitucionales. Esta reclamación se relaciona con la necesidad de garantizar un Estado constitucional moderno, que en términos de Fioravanti (2016) se construya sobre preceptos inviolables, como el respeto por los derechos fundamentales de las personas y la promoción del principio de igualdad, como expresiones de un Estado democrático en el cual la Constitución es una norma de garantía y directiva que debe garantizar la pluralidad y representatividad de intereses.

Queda en evidencia que la discusión frente al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos está relacionada con el histórico debate que ha existido frente a la capacidad de las mujeres para ser titulares y para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. Se trata de un tema que se relaciona con la potestad de ser sujeto de derechos, facultad que originalmente ha estado condicionada a la variable del sexo y que, por lo tanto, no se garantiza cuando no existen condiciones para gozar de los derechos ni cuando se analizan las diferencias al momento de valorar el contenido de lo «imparcial» (Motta, 2008), asunto que deberá tener en cuenta el Tribunal Constitucional en futuros casos.

IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento autónomo de derechos sexuales y reproductivos se ha enfrentado a múltiples barreras, como la ausencia de constituciones que taxativamente protejan la autonomía reproductiva. Este panorama se evidencia en las recientes decisiones del Tribunal Constitucional español, en las que se desarrolla una doctrina sin precedentes en la materia, pero se incurre en imprecisiones argumentativas que van de la mano con los múltiples debates que aún se desprenden del reconocimiento de estos derechos.

La reciente respuesta del Tribunal Constitucional a los recursos en los que se han debatido diversas facetas del derecho a la autonomía reproductiva demuestra que existe un importante desarrollo de la doctrina constitucional al respecto. Sin embargo, la doctrina no es totalmente coherente con una perspectiva que garantice materializar la igualdad y eliminar los estereotipos de género.

La complejidad de la discusión jurídica relacionada el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos debería motivar la apertura de discusiones más amplias en torno al reconocimiento de la maternidad deseada, el fortalecimiento de una argumentación jurídica constitucional libre de sesgos

de género y, en general, la búsqueda de una lectura de un derecho constitucional y de las corrientes constitucionales coherentes con la materialización del principio de igualdad.

Referencias

- Álvarez Medina, S. (2020). Derechos humanos emergentes. Nuevas formas de garantías y protección. En S. Álvarez Medina y P. Bergallo (coords.). *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto* (pp. 333-360). Vitoria-Gasteiz: Didot.
- Astola Madariaga, J. (2017). Los pactos constituyentes contra natura o la subordinación sistémica de las mujeres. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 43-57. Disponible en: <https://tinyurl.com/58uhf4sk>.
- Barbé, E. y Badell, D. (2021). Salud y derechos sexuales y reproductivos: entre la salud pública y los derechos de la mujer. En E. Bardé (ed.). *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal* (pp. 43-175). Madrid: Tecnos.
- Chamallas, M. (1999). *Introduction to feminist legal theory*. Colorado: Aspen Publishing.
- Crego, M. (2015). Los derechos sexuales y reproductivos. En E. Carmona (ed.). *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. (pp. 147-207). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Esquembre Valdés, M. (2014). Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 23, 103-121.
- Fioravanti, M. (2016). *Los derechos fundamentales : apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Gómez Fernández, I. (2017). *Una constituyente feminista ¿cómo reformar la constitución con perspectiva de género?* Madrid: Marcial Pons.
- González Moreno, J. (2021). El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 37, 173-195. Disponible en: <https://doi.org/10.53054/afd.vi37.7739>.
- Hunter, R., McGlynn, C. y Rackley, E. (2010). *Feminist Judgments*. London: Bloomsbury Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.5040/9781472565228>.
- Laverty, C. y de Vos, D. (2021). Reproductive Violence as a Category of Analysis: Disentangling the Relationship between «the Sexual» and «the Reproductive» in Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, 15 (3), 616-635. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijab022>.
- Lián García, M. A. (2016). Evolución del status jurídico de la mujer en España: en materia de familia, matrimonio y relaciones paternofiliales. *Arenal*, 23 (2), 349-374. Disponible en: <https://tinyurl.com/3ewpf329>
- Maqueda Abreu, M. L. (2020). La deriva punitivista del feminismo institucional: retos pendientes. En M. Pérez Manzano (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tosido* (pp. 69-279). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- Matia Portilla, F. J. (2023). ¿Puede un órgano judicial acordar el ingreso hospitalario de una mujer embarazada sin oír a la afectada y al margen de sus competencias legales? (STC 66/2022, de 22 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 239-268. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.08>.
- Motta, C. y Sáez, M. (2008). *La mirada de los jueces*. New York: Center for Reproductive Rights. Disponible en: <https://tinyurl.com/mrxcpnhw>.
- Pérez Duarte, A. E. (2002). Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género: panorama internacional entre 1994 y 2001. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 105 (35), 1001-1027. Disponible en: <https://tinyurl.com/26zr3wns>.
- Reviriego Picón, F. (2023). Reflexiones sobre la STC 44/2023, de 9 de mayo y la injustificable demora del Tribunal Constitucional. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11.
- Rodríguez Ruíz, B. (2016). Gender in Constitutional Discourses on Abortion. *Social and Legal Studies*, 25 (6), 699-715. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0964663916668251>.
- Rubio Marin, R. (2022). *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781316819241>.
- Tello Mendoza, J. A. (2023). El caso Dobbs: de la Constitución viva a la democracia constitucional viva. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.116.2023.37155>.

Sentencias

- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio de 2022.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2023, de 23 de febrero de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023.

DEBATES
LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ
DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL A DEBATE

PRESENTACIÓN

LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL A DEBATE

LAURA NUÑO GÓMEZ
Universidad Rey Juan Carlos
laura.nuno@urjc.es

El debate sobre la validez del consentimiento sexual ha emergido como un asunto central no solo en la teoría política feminista, sino en el derecho, la ética y la sociología. Su conceptualización representa un aspecto esencial en la defensa de los derechos y libertades de las mujeres y niñas porque es precisamente su ausencia o invalidez lo que permite calificar un acto o conducta como violencia de género y, por tanto, como una vulneración de los derechos humanos. De su validez dependen cuestiones clave en la agenda política feminista, como la abolición o regulación de la prostitución o la tipificación penal de la violación, el abuso y el acoso sexual. Sin embargo, la urgente necesidad de disponer de una correcta definición y juridificación se enfrenta a la propia complejidad que acompaña a su propia conceptualización. Geneviève Fraisse ya alertaba en su conocida obra *Del consentimiento*, publicada en 2007, que para gozar de validez debe ser un acuerdo realmente libre e informado, un genuino acto de autonomía de la voluntad, no pudiéndose considerar como tal la cesión o resignación ante una situación por la inexistencia de un plan alternativo viable. Pero la consideración de dichos aspectos es tan subjetiva como interpretable. Por ello, pese a su enorme trascendencia teórica y práctica, todavía estamos lejos de un consenso sobre los requisitos éticos exigibles para otorgar validez al consentimiento sexual en contextos de violencia sexual y prostitucional.

Respecto a la primera, conviene recordar que en este país el voto discrepante de la sentencia condenatoria en el denominado juicio de «La Manada» del magistrado Ricardo González, tras el visionado de las contundentes imágenes del video que se aportó como medio probatorio, interpretó que concurría el consentimiento de la víctima, considerando que la violación era, literalmente, «un jolgorio» porque la víctima no demostró oposición expresa. A su vez, la desavenencia sobre la trascendencia del consentimiento en el delito de violación se ha plasmado recientemente en la propia aprobación de la Directiva sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica y, en concreto,

en el art. cinco relativo a su tipificación penal. Disposición que no exige uso de la fuerza o intimidación, sino ausencia de consentimiento claro, consciente, voluntario y continuo para la tipificación del delito.

Un enfoque que pretendía recoger las demandas del feminismo de la Cuarta Ola y la campaña del #Metoo, que lograron repolitizar la noción de consentimiento sexual desde el «no es no» de etapas anteriores, que requería oposición expresa, al «solo sí es sí», que exige aquiescencia y libre voluntad explícita de ambas partes en todo el proceso. Sin embargo, todo apunta a que no será así. Polonia, Hungría, Malta, República Checa, Estonia, Bulgaria y Eslovaquia mostraron su oposición en el Consejo celebrado el 13 de diciembre de 2023 y, más recientemente, de forma inesperada, se han sumado a dicha posición Francia o Alemania. Paradójicamente, que el tipo delictivo de la violación no requiera violencia o intimidación, sino ausencia de consentimiento se basa en el Convenio de Estambul, ratificado no solo por la Unión Europea, sino por estos dos últimos países. El espurio argumento que se esgrime es que, pese a contar con el informe favorable de los servicios jurídicos del Parlamento y de la Comisión, no existe atribución competencial en materia de violación porque no se contempla en el listado de eurodelitos recogidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Pero, si bien es cierto que la violación no se incluye de manera expresa, no lo es menos que los arts. 82 y 83 del TFUE establecen que cuando la aproximación de la normativa penal de los Estados miembros resulte imprescindible se podrán aprobar normas mínimas en la definición de las infracciones penales y sus sanciones, contemplando una cláusula abierta para que el Consejo, previa aprobación del Parlamento, amplie y actualice dichos ámbitos delictivos. Por tanto, no habría impedimento competencial alguno para que la aprobación de la citada directiva se acompañara de una reforma del art. 83.1 del TFUE que incluyera la violación en el listado de eurodelitos¹. Pero, claro está, hablamos de otorgar logros a la voz de las mujeres, que de la validez de su consentimiento dependa la tipificación de la acción, una innovación normativa y cultural que todavía genera resistencias².

¹ De hecho, los eurodelitos contemplados en el TFUE fueron ampliados en noviembre de 2022 tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Así, la Decisión (UE) 2022/2332 del Consejo, de 28 de noviembre de 2022, adoptó en su art. primero que «la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión se considerará un ámbito delictivo en el sentido del art. 83, apartado 1, párrafo segundo, del FUE», entrando en vigor el 30 de noviembre de ese mismo año (*Diario Oficial de la Unión Europea*, de 29 de noviembre de 2022).

² En la fecha del envío de esta presentación el texto la Directiva se encontraba pendiente de aprobación. En el texto final que finalmente fue aprobado, el 14 de mayo de 2024, efectivamente, el artículo cinco y la tipificación penal de la violación por ausencia de consentimiento, contemplado en la propuesta inicial, fue eliminado.

No ocurre otra dinámica respecto al consentimiento de las mujeres en el sistema prostitucional. El Tratado de Lake Success, la Convención de Belém do Pará, el Protocolo de Palermo o la propia la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos lo consideran inválido si media amenaza, uso de la fuerza, coacción, abuso de poder o situación de vulnerabilidad. En concreto, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949) o Tratado de Lake Success, adoptado tres décadas antes que la CEDAW, identifica en su preámbulo la trata de mujeres como el «mal que acompaña» a la prostitución, señalando que ambas «son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad». En consecuencia, conmina a las partes a «castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona». A su vez, el art. 2 de la directiva sobre trata de seres humanos lo considera inválido si no existe «otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso» o si existe «entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento». Sin embargo, los requisitos en el juicio sobre su validez todavía son difusos por la subjetividad y el amplio margen interpretativo que tienen los operadores policiales y/o judiciales en la determinación de la existencia de alternativas reales o aceptables, del abuso de poder, la coacción o en la propia consideración de la situación de vulnerabilidad, que no son ajenos a una misoginia que sigue naturalizando y minimizando la violencia sexual contra las mujeres.

Otorgar validez al consentimiento, sin evaluar si es producto de una decisión genuina, informada y voluntaria para participar en una actividad o relación y sin ponderar si la libertad de elección es realmente tal, convierte a las víctimas en parte y, en tanto tal, responsables, de forma individual, de las implicaciones y consecuencias del acuerdo. Por ello, es necesario politizar el consentimiento, determinar los requisitos exigibles a las partes para otorgar validez al acuerdo. Pero también es preciso incorporar un análisis crítico-reflexivo de la opresión que examine el propio contenido del acuerdo y las consecuencias colectivas como sociedad. Afrontar dilemas ética y políticamente urgentes y esenciales, como: ¿todo es susceptible de intercambio o se deben poner límites al objeto del tráfico comercial?; ¿quién tiene libertad real en el libre mercado?; ¿es asumible cualquier acuerdo en sociedades pretendidamente democráticas?; ¿debe haber derechos o bienes indisponibles? Y, en última instancia, ¿la feminización de la pobreza, la contrageografías de la globalización, la jerarquía sexual o la sexualidad patriarcal tienen implicaciones en el grado de libertad de las mujeres? Y, de ser así, ¿afectaría al grado de autonomía de su voluntad?

Estas y otras cuestiones serán las que se aborden en la presente sección de «Debates». Con tal finalidad se recogen tres artículos que ofrecen miradas alternativas en la consideración, los requisitos, límites y consecuencias del consentimiento sexual. En el primero, «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», María Luisa Balaguer (magistrada del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga) aborda la validez y el alcance del consentimiento desde una perspectiva iusfeminista y constitucionalista. Analiza la autonomía de la voluntad en el derecho penal, su consideración en el derecho comparado y su conexión con la dignidad y el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres. Examina la contribución de la teoría política feminista al abolicionismo y a la libertad sexual de las mujeres, así como las consecuencias, en términos de derechos y libertades, de la validez de la mercantilización o comercialización del cuerpo femenino, particularmente en el caso de la prostitución y la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

La segunda aportación, «El consentimiento y sus sombras patriarcales», corre a cargo de Rosa Cobo, titular de Sociología de la Universidad de La Coruña y presidenta de la RAIEPP (Red Académica Internacional de Estudios sobre Prostitución y Pornografía). Cobo analiza el recorrido histórico de la conceptualización y politización del consentimiento, que emerge en la década de los años ochenta en el ámbito estadounidense, y que, en la actualidad, representa un polarizado debate en el contexto social español. Como señala, el alcance mundial de la campaña #MeToo tuvo un papel indiscutible en la globalización de la denominada Cuarta Ola feminista, propiciando que la denuncia sobre el carácter estructural de la violencia sexual ocupara un lugar central en la agenda pública. Sin embargo, como identifica Cobo, todavía subyacen «sombras patriarcales» y una clara misoginia en la propia conceptualización y consideración del consentimiento sexual.

Por último, la tercera y última aportación es de María Luisa Maqueda Abreu (catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada). En su artículo, «Feminismo y derecho: las *caras oscuras* del consentimiento sexual de las mujeres», defiende una posición contraria a las tesis abolicionistas, otorgando plena validez al consentimiento de las que denomina «trabajadoras sexuales». Maqueda evidencia que el debate suscitado en torno al consentimiento de las mujeres en prostitución ha revelado dos perspectivas en disputa: por un lado, la concepción de un consentimiento sexual basado en la capacidad de autodeterminación de todas las mujeres y, por otro lado, una visión que Maqueda interpreta como fragmentada y jerárquica que segmenta entre mujeres con capacidad de decisión y mujeres subalternas a las que se les niega tal capacidad. Una visión dicotómica que, según Maqueda, provoca una victimización secundaria de estas últimas.

Tres caras o enfoques que ofrecen una mirada caleidoscópica, interdisciplinar y plural sobre la polémica de la validez del consentimiento sexual y que evalúan sus consecuencias individuales o colectivas en términos de derechos y libertades y justicia social en sociedades pretendidamente democráticas.

LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL Y SU RELACIÓN CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

The validity of sexual consent and its relation to the dignity of the individual

MARIA LUISA BALAGUER
Universidad de Málaga
mlbalaguer@hotmail.com

Cómo citar/Citation

Balaguer, M. L. (2024).

La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona.

IgualdadES, 10, 261-288

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.09>

(Recepción: 11/11/2023; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación 28/06/2024)

Resumen

El texto destaca la importancia del consentimiento de las mujeres en relación con la dignidad y al libre ejercicio de sus derechos y su proyección en diversos ámbitos en los que está implicado el cuerpo de las mujeres, como es el caso de la prostitución. La prostitución en el ordenamiento jurídico constitucional español adolece de una regulación del abolicionismo que tenga en cuenta la posibilidad de reinserción de las mujeres que han sufrido y siguen sufriendo la comercialización de sus cuerpos. Es desde la trata el lugar en que se sitúa este problema por su vinculación con ese tráfico comercial. La necesidad de ilegalizar toda explotación de los cuerpos de las mujeres surge de la dignidad como principio constitucional reconocido en el artículo 10 de la Constitución española.

Palabras clave

Dignidad; comercialización de los cuerpos; prostitución; trata; libertad sexual; posmodernidad.

Abstract

The text highlights the importance of women's consent in relation to the dignity and free exercise of their fundamental rights and its projection in various areas where women's bodies are involved, such as prostitution. Prostitution in the Spanish constitutional legal system lacks a regulation of abolitionism that takes into account the possibility of reintegration of women who have suffered and continue to suffer the commercialization of their bodies. It is from trafficking that this problem is situated due to its link with this commercial traffic. The need to outlaw all exploitation of women's bodies arises from dignity as a constitutional principle recognized in article 10 of the Spanish Constitution.

Keywords

Dignity; commercialization of bodies; prostitution; trafficking; sexual freedom; postmodernity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIGNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. III. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES: 1. El cuerpo de las mujeres y su protección constitucional. 2. La prostitución y los derechos fundamentales de las mujeres: 2.1. *Las posiciones abolicionistas*. 2.2. *Las posiciones regulacionistas*. IV. EL CONSENTIMIENTO COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PENAL. V. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO EN EL CONSENTIMIENTO SEXUAL. VI. UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL. VII. LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA FEMINISTA A LA ABOLICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El feminismo como movimiento social reivindicativo de la igualdad entre mujeres y hombres ha tenido en su evolución una relación muy importante con el derecho. Si el feminismo surge a raíz de una Ilustración que ignora a las mujeres y no las deja formar parte de los avances, serán las sufragistas quienes primero creen un movimiento colectivo de vocación mundial desde su origen, para conseguir el derecho a la participación política y a la ciudadanía activa. Y en la medida en que los derechos se imponen durante todo ese siglo como presupuesto del reconocimiento de la condición de sujeto, es finalmente la lucha por la extensión de esos derechos la que mueve al feminismo en su propio proceso de identificación.

Corresponde ya al modelo de Estado social y democrático de derecho implantado durante la segunda mitad del siglo xx en Europa, y fruto de un pacto entre el capital y el trabajo como formas de reproducción social, la extensión progresiva del reconocimiento a todos los grupos sociales que lo conforman, y por la propia fuerza impulsora del movimiento, a las mujeres que, bajo el concepto universal de las normas, quedan indirectamente amparadas por el derecho. No en todo momento ni en la misma extensión, pero la universalidad de los derechos una vez reconocidos tiene un efecto expansivo que viene a ser incontrolable por el derecho mismo.

Debe tenerse en cuenta que, igual que otros grupos oprimidos aunque las mujeres nunca podrán constituir un grupo social porque son la otra parte

de la humanidad, en el movimiento feminista la consecución de los derechos adquiere una forma de lucha igual que la de los demás sujetos que adquieren su legitimación en la fórmula del Estado social.

De ahí la importancia que para la igualdad ha tenido el constitucionalismo social y el desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en los textos jurídicos fundamentales del pasado siglo. Desde el derecho, el feminismo sostiene una agenda reivindicativa en la búsqueda de la igualdad que exige nuevas formas legislativas. Las normas jurídicas que responden al modelo habitual del silogismo jurídico no solo no cumplen su función aplicativa cuando cambian los sujetos, sino que se muestran disfuncionales al haber sido concebidas sin la perspectiva feminista que exige la consideración de una desigualdad de origen, y que de no proyectarse con cierta perspectiva sobre esa desigualdad solo consiguen acentuarla. De ahí los mecanismos de la desigualdad compensatoria, exigida en la aplicación del derecho para favorecer desigualdades de hecho, en materia de prestaciones sociales, contratación laboral y otras.

Pero no solo es la fase meramente aplicativa la que tiene que igualar el derecho entre mujeres y hombres para cumplir constitucionalmente el mandato de igualdad, sino que los mecanismos interpretativos del derecho deberán acomodarse a esa exigencia si no quieren producir un resultado desigualitario. Y esto exige una tarea interpretativa añadida del ordenamiento en su conjunto para el cumplimiento de la igualdad. A eso obedece la exigencia de la *perspectiva feminista* en la aplicación de las normas jurídicas que desde las leyes específicas se exige, como en el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Con el título de «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», esta norma considera la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres «como un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Es en este contexto donde deberíamos situar el consentimiento sexual de las mujeres como objeto de regulación del código penal de nuestro ordenamiento jurídico, para entender la evolución de un derecho sancionador visto desde la *perspectiva feminista*.

II. LA DIGNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El concepto de dignidad que se contiene en el art. 10.1. CE considera que la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad

son el fundamento del orden político y la paz social. No está reconocido como un derecho, pero figura en el frontispicio del título primero de la CE, que da entrada a la regulación de los derechos fundamentales especialmente protegidos, desde los arts. 14 al 28 CE.

La naturaleza jurídica de la dignidad ha sido tratada como un elemento diferenciador de la persona¹, que solo es posible en ella porque solo ahí se da la capacidad de elección, de autonomía y de diálogo².

Esta idea se desprende de la redacción del texto constitucional, y la propia naturaleza del concepto de dignidad³. Otra cosa es que el entendimiento de la dignidad sea susceptible de universalización en toda cultura y grupo⁴. Y en este sentido, lo que la realidad social muestra es, por una parte, la universalidad del concepto, referido a una posibilidad de realización del ser humano y, por la otra, la relativización de los contenidos propios de esa dignidad en relación con la cultura propia de cada sociedad. Más aún, dentro de una cultura jurídica más o menos común, la dignidad no muestra un contenido inmutable y definido para una época o grupo, sino la relativización de los contenidos propios de cada grupo, aun dentro de un ordenamiento jurídico común. Las referencias a la aplicación a cada caso concreto dan cuenta de cómo, a la hora de interpretar los preceptos jurídicos, ha de tenerse en cuenta el contenido propio de la dignidad en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento⁵.

Los textos internacionales reconocen la dignidad en parecidos términos. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica el título primero al reconocimiento de la dignidad. El art. 1 considera la dignidad humana como un derecho inviolable, que debe ser respetado y protegido, y los arts. 2, 3, 4 y 5 regulan el derecho a la vida, prohíben la pena de muerte y reconocen los derechos a la integridad física y psíquica.

¹ Peces Barba (2002: 65 y ss.).

² Íd. Considera la dignidad específica del ser humano en la medida en que solamente en él se da la autonomía, puesto que los animales no tienen capacidad de elección y solo en los humanos se da condición moral. Y una tercera, la capacidad de dialogar.

³ Häberle (2008: 209) se plantea si es posible este concepto universal de la dignidad a partir de dos consideraciones: cómo se construye la identidad humana en una sociedad, y si este proceso es universal o, por el contrario, responde a pautas diferenciadas en función de esos elementos culturales.

⁴ Así, en el caso de la formulación alemana del concepto de dignidad establecido en el art. 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn, la plasmación del concepto de dignidad constituye una clara reivindicación del constituyente frente a las atrocidades cometidas por el fascismo (Stark, 2008: 248).

⁵ Molero Martín-Salas (2014).

Consciente ya la Carta de la importancia del estado de la ciencia en la biología, el art. 3.2 exige el respeto al consentimiento libre e informado en la medicina y la biología, la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tengan como finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro y la prohibición de la clonación reproductora de los seres humanos. El art. 4 prohíbe la tortura y las penas y los tratos inhumanos o degradantes, y el art. 5 la esclavitud, servidumbre, los trabajos forzados u obligatorios y la trata de seres humanos⁶.

Desde la consideración de que existe una voluntad del Estado que estaría por encima de la voluntad individual, y que puede enervarse por un interés superior al propio sujeto, que es protegido aun en su contra, pueden razonarse prohibiciones en las que un sentido mayoritario de una sociedad entienda como justas esas decisiones. El reconocimiento de la dignidad en las Constituciones europeas tiene una dimensión muy similar en todos los Estados⁷. Y ello aun cuando en algunos casos este reconocimiento sea indirecto⁸.

En nuestro ordenamiento constitucional la conexión entre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad parece considerarse una relación de medio

⁶ Igualmente, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España el 23 de julio de 1999, dice en su art. 21 que «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». El art. 23 garantiza que la contravención de estos derechos o principios reconocidos en el Convenio tendrá una protección jurisdiccional por parte de los estados miembros de la Unión Europea para impedir o hacer cesar cualquier contravención ilícita de los derechos reconocidos en él.

⁷ Münch (1982: 9-33). El autor hace un estudio comparativo del art. 1 LFB y el 10.1 CE. Para Münch es importante que el constituyente español no haya introducido una palabra como la de *intangibilidad* del derecho alemán para calificar la dignidad, por la dificultad de acotar su significado. Para él, en conjunto el art. 1º.1 CE es más completo y jurídicamente más inteligible que el 1.2 LFB por su mayor precisión lingüística (*Ibid.*, p. 30).

⁸ Así, en la Constitución irlandesa de 1937, aunque no figure expresamente en el articulado, pero sí en el preámbulo, «que se garantice la dignidad y la libertad del individuo». En Finlandia, el art. 1 de su Constitución dice que el ordenamiento jurídico garantiza la inviolabilidad de la dignidad humana y de las libertades y los derechos individuales, y promueve la justicia en la sociedad. En Hungría, en el art. 54 de su Constitución, y en Lituania, en el art. 21. En Italia se considera un concepto interpretativo. Su regulación en el art. 47.2 de la Constitución Italiana, en el art. 3.1, en referencia a la igualdad, y en el 32.2 como exigencia de respeto y el 117.1 por remisión a acuerdos internacionales.

a fin⁹, de modo que sería precisamente mediante el reconocimiento de la dignidad por parte de los poderes públicos como se podría garantizar ese libre desarrollo de la personalidad, según puede desprenderse de la lectura del precepto¹⁰. Al no encontrarse entre los derechos fundamentales reconocidos a continuación, ha de ser considerado como principio o valor¹¹, y por tanto tiene una función interpretativa respecto de las demás normas jurídicas.

La jurisprudencia constitucional ha entendido la dignidad como un principio interpretativo de las normas jurídicas que puede ser limitativo de algunos derechos fundamentales y en relación con algunos recursos de inconstitucionalidad presentados frente a las leyes que han regulado aspectos importantes de la bioética, ha considerado que la dignidad de las personas no permitiría algunas formas de utilización de material genético.

En el análisis de la constitucionalidad de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, que dio lugar a la STC 212/1996, fijó una posición en la que se conectaba el art. 10.1 CE y la exigencia de que esta materia sea regulada por ley orgánica, dada la evidente conexión con el art. 15 CE. El TC resolvió que sobre la dignidad constitucional invocada había que tener en cuenta que el contenido de la ley preveía la posibilidad de donación de embriones o fetos muertos, y aunque por parte de los recurrentes se consideraba que esa donación afectaba a la dignidad, el TC razonó que justamente el hecho de que ese material no equivalía a un ser vivo no permitía hablar de patrimonialización incompatible con la dignidad. Es la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, junto con la imposibilidad de que se trate de embriones vivos, lo que hace esta regulación legal compatible con el art. 10.1 CE.

En segundo lugar, la STC 116/1999, de 17 de junio, que conoce el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece que, al no tratarse la dignidad de un derecho constitucional, su regulación no es exigible mediante

⁹ Molero (2014: 44).

¹⁰ Para I. Gutiérrez son cinco las enumeraciones concretas que presupone el libre desarrollo de la personalidad: la seguridad en la vida social e individual, que libera de la angustia de la preservación de la propia existencia que el individuo no puede garantizarse por sí mismo; la igualdad jurídica; la ponderación de un espacio de vida privada sin injerencias; la limitación por parte del estado en el poder, y la atención a la contingencia temporal del hombre, entendida como una satisfacción de las mínimas (Gutiérrez, 2005: 43).

¹¹ Stark (2008: 242). La dignidad como concepto filosófico muestra las influencias que el cristianismo ha mantenido en la civilización occidental. Antes, y en el mismo sentido, Stark (2005).

el rango de ley orgánica. Avanza un poco más, sin embargo, a los efectos de lo que aquí nos interesa, en la relación entre la dignidad y la reproducción humana asistida. Los recurrentes consideraban que la crioconservación era contraria a la dignidad humana en cuanto que impedía «el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción», y el Tribunal vuelve este argumento del revés, desestimando también esta relación¹². Ahora bien, la exclusión de la patrimonialización que los recurrentes consideran contraria a la dignidad, deviene de la necesidad de evitar *cualquier causa lucrativa o remuneradora* expresamente prohibida por la ley, que en su art. 5.1 garantiza que estos no pueden ser considerados como bienes comercializables (FJ 11). La sentencia contiene un voto particular en relación con el preciso concepto de dignidad, además de entender que la ley debería haber tenido la consideración de orgánica.

La discrepancia de este voto surge en primer lugar por el concepto de dignidad constitucional. A juicio del discrepante, la dignidad «se encuentra en la base, en el sentido de cimiento o apoyo principal, del orden político y de la paz social que la Constitución formaliza». Esta se «vertebra con derechos inviolables, que, como tales, son inherentes a ella». De este argumento deduce el discrepante la exigencia de ley orgánica: «Cuando la dignidad de la persona se configura por expresa declaración constitucional, con derechos inviolables inherentes a ella, no resulta aceptable, que la Ley Orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales, y no para desarrollar lo que materialmente es el tronco del árbol». Al no hacerlo así, y limitarse la mayoría a considerar que el art. 81.1 CE limitaba la exigencia de la ley orgánica a los derechos fundamentales entre los que no figura la dignidad, se mantuvo en un análisis puramente formal, sin entrar a considerar una visión de conjunto de las normas constitucionales.

La conclusión que se extrae de estas resoluciones judiciales es muy importante a los efectos de relacionar la dignidad con un *corpus* de derechos constitucionalmente protegidos por la vía de una exigencia de dignidad con la que se relacionan, y por ello el voto particular hace especial fuerza en la argumentación de la mayoría sobre la interdicción de la comercialización de este tipo de órganos, que, sin llegar a ser vivos, tienen una protección que impide su tráfico comercial.

Esa jurisprudencia, como después veremos, ha abierto una puerta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para declarar la ilicitud de los vientres de alquiler y la legalización de la prostitución, en la medida en que ha permitido establecer

¹² Un análisis exhaustivo de la STC 116/1999, en particular en lo que se refiere a su exigencia de LO que el TC consideró innecesaria por entender que el *nasciturus* no era sujeto del derecho a la vida, en Gómez Sánchez (2008).

el límite de la dignidad humana como fundamento de la paz social, para considerar que ambas actividades son contrarias al contenido del art. 10 CE¹³.

III. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES

1. EL CUERPO DE LAS MUJERES Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Es importante para el feminismo tener en cuenta que uno de los factores más retardatarios de la liberación de las mujeres tiene que ver con la instrumentalización y cosificación de sus cuerpos. Desde la maternidad, la belleza objetual de la publicidad, la materialización de los cuidados familiares y parentales, la gestación subrogada y la prostitución, la mujer soporta la desigualdad sexual

¹³ En el voto concurrente a la STC 44/2023, de 9 de marzo, que desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, se trae esta teoría de la dignidad cuando se dice que «el reconocimiento de las mujeres como sujetos responsables, capaces de decidir de forma racional sobre los efectos de su sexualidad y su capacidad reproductiva, supone: (i) Que la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre. La dignidad de la mujer, como la del hombre, presupone su capacidad de determinación individual sobre la propia vida y permite al individuo sobreponerse a la facultad del Estado para ejercer control sobre concretas opciones vitales o, en este caso, para proyectar ese control sobre el cuerpo de las mujeres. El libre desarrollo de la personalidad que también contempla el art. 10.1 CE integra asimismo la facultad de tomar decisiones de autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo (recientemente se ha recordado en la STC 34/2023, de 18 de abril), del mismo modo que "protege la configuración autónoma del propio plan de vida" (STC 60/2010, de 7 de octubre) excluyendo "trabas o interferencias públicas —acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces 'paternalistas'— que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere 'libre': libre, ante todo, de la intervención del Estado" (STC 19/2023, de 22 de marzo). (ii) Que el principio de igualdad (arts. 1 y 14 CE) se proyecta al reconocimiento de la facultad de las mujeres de decidir sobre los procesos biológicos que tienen lugar en su propio cuerpo, en particular sobre aquellos que pueden afectarles única y exclusivamente a ellas. No reconocer esta facultad podría considerarse como un supuesto de discriminación por indiferenciación, porque supondría obligar solo a las mujeres, porque solo ellas pueden gestar, a devenir madres independientemente de su voluntad o no de desarrollar un proyecto vital en torno a la maternidad. Esta obligación, marcada por el derecho penal, jamás será impuesta a quienes no poseen los atributos biológicos necesarios para desarrollar la gestación».

sobre su cuerpo y es ahí donde se dirime la discriminación, en el factor biológico que extiende sus efectos desde la biología al conjunto social.

De ahí la importancia que ha de darse a la desigualdad de género cuando se adopten las perspectivas que el derecho exige para interpretar el derecho desde esos condicionantes porque a la desigualdad biológica se acogen una serie de discriminaciones sociales carentes de justificación y que se extienden a ámbitos muy alejados de la naturaleza.

Desde la justicia constitucional se ha analizado esta circunstancia en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, sobre todo desde algunos votos concurrentes. Así, en la STC 66/2022, de 2 de junio, por la que se desestima el amparo a una mujer que se vio obligada a tener un parto en el establecimiento hospitalario con ingreso forzoso¹⁴.

¹⁴ El objeto de la demanda de amparo lo constituye el derecho de una mujer al alumbramiento en su domicilio particular y su ingreso obligado en un hospital público, por una resolución judicial, y la legitimación para promover el presente recurso de amparo, se ha reconocido únicamente a doña C.P., negándosele a su pareja y a su hija. Y en el voto particular se analiza el derecho a la libertad, a la intimidad y a la autonomía personal que implica todo el proceso de la maternidad y que suponen no solo la libre decisión de ser madre, sino también la facultad de tomar todas las decisiones sobre su propio cuerpo durante la gestación, comprendida la referida a las opciones clínicas disponibles, una vez haya recibido la información adecuada, incluyendo las atinentes al parto, en cuanto momento en el que culmina la decisión de ser madre, adoptada por propia voluntad. En suma, que en todo cuanto concierne a esta situación, la mujer es absolutamente libre y autónoma a la hora de tomar las decisiones que le afecten, sin que se le puedan imponer voluntades ajenas a esa capacidad de autodeterminación, y los poderes públicos tienen la obligación de proporcionar a la mujer información adecuada en cada etapa del parto y requerir su consentimiento libre, previo e informado en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto, excepto en situaciones en las cuales la vida de la madre y/o del bebé esté en riesgo, respetando la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva. En cualquier caso, y a pesar de lo que la realidad de la atención médica al proceso del parto nos muestra, la idea resultante de la doctrina establecida en la sentencia, se traduce en que la mujer gestante es la única con capacidad decisoria sobre su propio cuerpo, tanto desde el momento en que adopte libre y voluntariamente su decisión de ser madre, como a lo largo de todo el proceso de la gestación y la culminación con el momento del alumbramiento, y que todas las determinaciones que tome en esos momentos tan esenciales de su vida deben ser respetadas, sin imposición de voluntades ajenas. Como lógica consecuencia, la mujer es también la única legitimada para reclamar el respeto a los derechos fundamentales que se encuentran en presencia por lo que la legitimación activa en este proceso le alcanza solamente a ella.

Igualmente, en la STC 44/2023 el voto concurrente dirá cómo

la sexualidad de las mujeres y su aspiración a una sexualidad libre está vinculada a su capacidad para controlar por sí mismas los efectos del ejercicio de esa sexualidad, es innegable. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, reconocidos desde la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer de Beijing (1995), son derechos humanos, y su conexión con la salud, y desde ella con el derecho a la vida y a la integridad física y moral no pueden ser cuestionados sin negar tres décadas de avances en el reconocimiento de la posición de las mujeres como sujetos políticos y como sujetos titulares plenos de derechos y libertades de la despenalización total del aborto consentido.

Respecto de la maternidad subrogada, la STS de 31 de marzo de 2022, dictada en un recurso de casación en materia de filiación, el Tribunal hace un razonamiento importante sobre el cuerpo de las mujeres y su control. La representación de la menor, nacida en México, solicitaba la casación de unas resoluciones de instancia que habían denegado el reconocimiento de la filiación a la niña fruto de un contrato de gestación. Con la oposición del ministerio fiscal, que solicita la desestimación, el TS razona que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, que prohíbe la venta de niños, así como el art. 35 de la Convención de los Derechos del Niño, sin perjuicio de que el interés superior de menor se satisfaga conforme a su mejor opción legal, que es el reconocimiento de filiación.

2. LA PROSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES

La constitucionalización de los derechos de las mujeres se viene estudiando desde hace varias décadas. Se han elaborado propuestas importantes en relación con el cuerpo de las mujeres, no solamente relacionadas con la sexualidad, sino también con el avance de la igualdad en todo el ordenamiento jurídico. Derechos específicos de las mujeres determinados por su propia biología, como los que están en relación con la maternidad voluntaria, que comprenderían tanto el derecho a ser madre como a interrumpir el embarazo, la interdicción de la comercialización de su cuerpo, la instrumentalización comercial de la publicidad, una imagen libre de estereotipos y una investigación en materia de salud desligada de la del hombre.

Y dentro de estas formulaciones, la abolición de la prostitución forma parte importante de la agenda del feminismo.

Un inicial planteamiento de la prostitución parte de la consideración compleja de múltiples posiciones ideológicas que abarcan desde la cuestión moral a la social, la política y la económica. En todas ellas hay planteamientos controvertidos que dividen al feminismo en función de que punto de vista que se aborde y de la importancia que se atribuya a alguno de estos factores.

Pero en un Estado social y democrático de derecho la visión más ordenada sería la de partir del ordenamiento jurídico y eso debe entenderse desde la Constitución y de las posibilidades del reconocimiento de los derechos constitucionales de las mujeres en relación con su libertad sexual y otros principios y derechos reconocidos en ella.

De las posibilidades de estudiar la prostitución en la realidad de la sociedad actual, la más importante para el derecho constitucional es la regulación, pero también desde el feminismo jurídico debe mantenerse una posición propia porque es desde el derecho desde donde se pueden hacer posibles los cambios sociales. Es cierto que las normas jurídicas pueden resultar obsoletas desde el derecho positivo si no existe voluntad política para realizarlas, e incluso a veces la política crea condiciones contrarias al derecho y pueden acabar no corrigiéndose, pero desde luego sin las normas la sociedad no puede avanzar y de eso las mujeres tenemos una clara conciencia. Podría decirse incluso que la prostitución ha sido un problema posdatado en nuestro Estado sin justificación aparente porque desde la transición ha venido integrando la agenda feminista y socialista, pero no ha terminado de formularse una posición unívoca respecto de su regulación. Puede decirse, sin embargo, que las feministas de la izquierda tradicional han conseguido un acuerdo mínimo en lo que se refiere a su abolición, y quizás también a su ilegalización.

2.1. Las posiciones abolicionistas

En el feminismo se ha tendido más a una posición abolicionista, aunque tampoco es unánime en el constitucionalismo. Con carácter minoritario se defiende desde algunos estudios la necesidad de regular la actividad e incluso la denominación de *trabajadoras sexuales* para las personas que ejercen la prostitución¹⁵.

De las diferentes posibilidades de regulación, la prohibición es solo una de ellas. Determinados ayuntamientos la han reglamentado para sancionar la conducta de las prostitutas por supuesta conducta contraria a la salud pública, lo que evidencia hasta qué punto se puede disparatar con la regulación de la prostitución. El reglamentismo, más que legalizar lo que pretende es higie-

¹⁵ Posada (2019: 34 y ss.).

nizar las condiciones en las que una inevitable prostitución va a seguir en la sociedad, y de ahí que considere esta actividad contraria a la salud pública y se sancione. La otra posibilidad sería la de legalizar el trabajo, considerado así por las mafias que exigen que la prostitución puede ser un trabajo sexual, que no debe ser invisibilizado y que deben tener condiciones laborales equiparables a cualquier actividad.

El derecho como forma de regulación de la conducta humana se diferencia de los demás modelos de comportamiento social por su potencialidad sancionadora, que puede llegar a la privación de libertad. Conviene señalar, no obstante, que no toda sanción proviene del derecho, ni tampoco toda norma jurídica tiene naturaleza coercitiva, sino que esta debe entenderse como una de sus más elementales características frente a la ética, la moral u otras formas de diferenciación.

El derecho tiene además una importante función propedéutica; quizás incluso la mayor parte de las normas que conforman un ordenamiento jurídico tengan como finalidad la orientación de las formas y modos de organización de la vida social, y solo una pequeña parte del derecho es sancionador, aun cuando se mantenga en él esa potencialidad. La capacidad socializadora de las conductas sociales debe ser tenida en cuenta por el legislador cuando regula un sector del ordenamiento en el que la aplicación de la norma constituye la *ultima ratio*, debiendo ser utilizados antes todos los cauces posibles que prevé el derecho para evitar la sanción. El paradigma de este derecho es el penal, considerado como el que ejerce su función social cuando han fallado todos los mecanismos anteriores y no es posible ni la prevención ni otros medios de solución que no sean la sanción.

Las consideraciones que hemos hecho sobre la evolución del reconocimiento de los derechos de las mujeres y su extensión en un modelo jurídico de estructura patriarcal deben traerse ahora aquí para valorar las exigencias de un derecho penal sancionador que defienda los derechos de las mujeres a su cuerpo frente al intento de dominio y control del patriarcado, que basa su modelo de sociedad en la utilización de los cuerpos para la explotación de los intereses del mercado.

La irrupción de nuevos derechos no deja intangibles los anteriormente reconocidos porque salvo excepciones de derechos individuales particularísimos, como una creencia religiosa que no tenga repercusiones externas o la libertad de conciencia o de pensamiento o creación en algunos supuestos, la mayoría de los derechos que se reconocen inciden sobre otros que resultarán restringidos o directamente imposibles de ejercitar. Otras veces, como en el consentimiento, la exigencia de contar con la voluntad de otra persona para llevar a cabo una acción no solo recorta, sino que condiciona ese acto a la voluntad externa que solo si lo permite puede realizarse.

En la teoría general del contrato, el art. 1254 del Código Civil establece que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar una cosa o prestar algún servicio». Faltaría analizar aquí si una relación sexual consentida adquiere la forma de contrato, pero dado que puede ser subsumida en esta definición, cabe que el legislador a la hora de regular en un código penal la naturaleza de esta relación encuentre adecuada la forma contractual como la más exacta para establecer la voluntariedad explícita acudiendo a una ley, el Código Civil, que en su art. 4.3 establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en la materias regidas por otras leyes». Este precepto aboca directamente a la consideración de contrato la formulación del consentimiento explícito de una relación sexual, y así se ha considerado también en algunas sentencias por los jueces y tribunales.

Pero la exigencia de un consentimiento explícito en una situación de estas características plantea problemas dogmáticos de alcance porque la prestación objeto de este supuesto contrato se resiste a ser objeto de regulación jurídica. Sobre todo en los supuestos de negación de lo que puede llamarse *consentimiento voluntariamente expresado* concurren elementos de muy diferente orden jurídico. Por referirnos al más importante, veamos cómo puede articularse una prueba tanto por parte de la persona que supuestamente comete el delito como de la que niega haber prestado el consentimiento. Las normas que regulan el consentimiento desde el punto de vista de la relación sexual consentida han aparecido muy recientemente en nuestro ordenamiento y, como puede verse, presentan en la práctica problemas importantes en el orden probatorio.

La centralidad del consentimiento en aquellas situaciones que jurídicamente se plantean relacionadas con la libertad sexual adquiere sentido constitucional en el ámbito de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE regula como principio constitucional. La protección de sujetos de derecho débiles, ya sea por la edad, la posición social u otras consideraciones sociales, debe ser amparada en algunos casos con irrelevancia del consentimiento. Por ejemplo, el consentimiento resulta intrascendente por debajo de determinadas edades por razón madurez, y también lo es en situaciones de trata de seres humanos cuya posición no permite una expresión libre de la voluntad.

La legislación que apunta a ese consentimiento se regula inicialmente en la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que unifica los delitos anteriores del Código Penal de abuso y agresión sexual en uno solo tipo de agresión sexual, definido «como cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento cuando haya manifestado libremente». Y define el consentimiento como aquella situación

en la que «se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Junto a esta regulación de carácter general, la legislación penal prevé otras formas de regular el consentimiento que tienen que ver con la capacidad de prestarlo, como puede ser la edad. Se prevé una forma de relativizar el efecto jurídico del consentimiento como consecuencia de que el menor de edad no estaría en condiciones de prestarlo si no llega a un determinado grado de madurez. En ese sentido, el Ministerio Fiscal aprobó la Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, que pone de manifiesto el estado de la cuestión para la interpretación de dicho precepto y señala las circunstancias que concurren en torno a los problemas de la edad y el consentimiento de menores tras la reforma del CP de 2015.

La incorporación del art. 183 quater del CP por la LO 1/2015 de 30 de marzo, determina que «el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate, como se ha indicado, de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

La indeterminación jurídica del precepto se presta a múltiples interpretaciones y de ahí que la fiscalía considere necesaria la clarificación de qué tipo de situaciones se pueden presentar. La presunción *iuris tantum* de la norma es la falta de capacidad para prestar consentimiento, y la previsión es una excepción a esa norma, por la que no será suficiente acreditar la madurez del autor, sino también la proximidad de grado de edad del adulto, pues no solo será una proximidad de la edad, sino además de la madurez.

La circular de la fiscalía concreta hasta donde puede las circunstancias en las que se debe aplicar la exención y detalla que no será de aplicación cuando haya engaño, violencia o intimidación, así como abuso de cualquier tipo.

2.2. Las posiciones regulacionistas

Las posiciones contrarias al abolicionismo parten de la concepción de algunos presupuestos también clásicos sobre la mayoría de edad de las mujeres y la huida del victimismo¹⁶. En principio, se considera que el feminismo hoy

¹⁶ Maqueda Abreu (2009). Su planteamiento tiene que ver con un concepto del derecho penal mínimamente sancionador y que no ha de considerar la minoría de edad de las mujeres para tomar sus decisiones. En la introducción la autora se queja de que no se

ha pasado del discurso moral al discurso de la dominación patriarcal, pero sin cambio sustancial en la dogmática jurídica que justificaría el abolicionismo, ya que este se mueve en el tópico de que es una práctica intrínsecamente degradante, incompatible con la dignidad y con el respeto de los derechos fundamentales de las personas, sin tener en cuenta la voluntariedad. Hay en el fondo una vinculación entre el sexo y el amor que no tiene una clara justificación, a menos que se recurra a justificaciones morales que deben ser ajenas al derecho, aún más al derecho penal¹⁷.

Se considera que la idea que subyace en el abolicionismo de que existe una explotación o abuso de poder, parte de considerar a las mujeres menores de edad y a su falta de libertad para decidir acerca de sus vidas. La consecuencia de esta posición es que no permite distinguir entre prostitución libre y forzada. Otro tópico es que no puede desligarse de la trata y de la explotación sexual.

En su momento, el legislador también se deja llevar de un optimismo poco justificado, de manera que en la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal eliminó el proxenetismo no coercitivo y la tercería locativa, dando lugar a una cierta liberalización de la prostitución que debería corregirse en la reforma del Código mediante la Ley 15/2003, que modifica el art. 188, castigando el lucro en la prostitución con el beneplácito de las abolicionistas¹⁸.

Sin embargo, la idea de que en el abolicionismo se ignoran las situaciones en las que la prostitución es sexo libremente pactado¹⁹ tiene una parte

pueda regular la prostitución voluntaria. Para el derecho penal todo lo que no esté prohibido debe estar permitido. No hacerlo supone un retraso histórico.

¹⁷ *ibid.*, pp. 16-27.

¹⁸ Art. 188 (redactado de acuerdo con la modificación establecida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre) 1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. 2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. 3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores. 4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

¹⁹ *Ibid.*, p. 47 y ss.

importante de razón en la medida en que permite pensar en la libertad sexual de las mujeres. Pero también expresa una idea de escasa solidaridad con las mujeres en su conjunto, y de ahí la noción importante que señala la jurisprudencia acerca de la necesidad de que la dignidad no se refiera a las personas en su individualidad, sino también a aquellos grupos estables que comparten un modelo de comportamiento.

Frente a ese planteamiento, el abolicionismo no reconoce la voluntariedad en la prostitución, sin llegar nunca a admitir que pueda producirse una posibilidad de ejercicio libre de la prostitución.²⁰

IV. EL CONSENTIMIENTO COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PENAL

La cuestión está, una vez más, en el consentimiento y su exigencia de que haya sido expresado libre y voluntariamente. Y una refutación al argumento central del regulacionismo está precisamente en la trascendencia que podamos otorgar al consentimiento una vez que hayamos identificado la prostitución como trata en total coincidencia. Porque la primera exigencia en el consentimiento es la información: el consentimiento con trascendencia en sus efectos jurídicos ha de ser necesariamente informado, y el consentimiento viciado es, precisamente, causa de resolución de los contratos en materia civil.

Con ocasión de la STC 44/2023 ya citada, el voto concurrente abunda en la idea de que el consentimiento de la mujer embarazada es fundamental para conceptualizar el aborto como derecho y para despenalizar la intervención de cualquier tercero en el proceso, tal y como se refleja en la Ley Orgánica 2/2010 y en el propio Código Penal, siempre que sea configurado de manera libre y voluntaria²¹.

²⁰ M. Maqueda alega también que la jurisprudencia a veces da pie a pensar en una apertura a la legalización. Una sentencia del TSJA de 4 de diciembre de 2003 y otra de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003 han establecido que en cuanto que no exista una actividad prohibida, debe estar permitida. Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 20 de noviembre de 2001 la ha considerado una actividad económica no asalariada. Según esta sentencia, sería posible una regulación asalariada que podría ser más beneficiosa para la prostituta, que podría cotizar a la seguridad social. Solo exigiría que los poderes del empresario fueran muy restringidos, sin poder decidir en cuanto al rendimiento insuficiente, obligación de permanencia y negativa a ciertos servicios.

²¹ «La información previa al consentimiento se configura, en la ley y en la sentencia, como un elemento determinante de la formación libre del consentimiento y entiendo

V. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO EN EL CONSENTIMIENTO SEXUAL

En algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se ha venido regulando de manera más o menos parecida el consentimiento en materia de relaciones sexuales. En Europa ha sido sobre todo a partir del Convenio de Estambul, que en el año 2011 formuló un acuerdo sobre medidas legislativas que habrían de adoptar los Estados parte respecto de la violencia sexual ejercida sobre las mujeres. El art. 36 de este Convenio recomendaba a las partes en su párrafo 1 la adopción de medidas legislativas para la tipificación como delito: de las conductas relativas a la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; de los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona, y del hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero. En su párrafo 2 requería que el consentimiento debiera prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona en el contexto de las condiciones circundantes. Y en su párrafo 3 exhorta a las partes a adoptar medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

Como consecuencia de este Convenio, se ha venido regulando el consentimiento en diferentes países, regulación de la que se puede extraer alguna consecuencia para nuestro ordenamiento interno.

Son diez los países europeos que ya regulan el delito de violación por la falta de consentimiento en la relación sexual: Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Alemania, Chipre, Islandia, Bélgica, Portugal, Grecia y Suecia. De hecho, uno de los modelos europeos que pueden inspirar a España es el sueco. En 2018, el país nórdico aprobó una legislación en la que el delito de violación ya no se define por la existencia de violencia o amenazas, sino que se centra en la ausencia de consentimiento. Si este no existe, es violación. Además, el país

que esta formulación es inadecuada. Los recurrentes se refieren a la ineficacia de la información a que se refiere el art. 17.2 de la Ley Orgánica para configurar el consentimiento, y la sentencia sostiene que el objetivo de los arts. 14 y 17 de la Ley Orgánica no es condicionar el consentimiento, sino «proporcionar a la mujer la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantear».

nórdico introduce el concepto de «violación negligente», un tipo penal por el que el autor podrá ser condenado a hasta cuatro años de prisión porque debería haber sido consciente de que la otra persona no estaba en condiciones de consentir una relación sexual (por ejemplo, en el caso de una menor que pueda parecer mayor). A la hora de evaluar el consentimiento, los jueces tendrán en cuenta si se expresó con palabras, hechos o de otro modo que haya dado origen a una relación recíproca. La ley específica, además, tres situaciones que podrían ser consideradas como agravantes en caso de delito: si hubo violencia o amenazas; si el acusado abusa de la dependencia de la víctima hacia él, o si la víctima se encontraba en una situación de vulnerabilidad (inconsciente, dormida, bajo el efecto de alcohol o drogas, con miedo, enferma, herida o con algún trastorno mental).

1. REINO UNIDO

El Reino Unido tiene una regulación del consentimiento sexual desde el 1967, en la que se permitió la homosexualidad en el ámbito privado. La Sexual Offences Act 1967 fue progresivamente ampliando su permisividad hasta despenalizar completamente la homosexualidad en sucesivas reformas, llegando a la ley actualmente en vigor, que es la Sexual Offences Act 2003, que hizo una revisión de todas las anteriores, derogó los delitos sexuales y despenalizó la condena de tipo moral, liberando los derechos sexuales.

Esta ley define el consentimiento sexual como la aceptación de las relaciones sexuales por elección propia, con la libertad y capacidad de tomar esa decisión. Y por primera vez en un ordenamiento jurídico se califica una conducta de violación en función de si ha habido o no consentimiento o se ha ejercido violencia o intimidación.

La norma penaliza de diferente forma la violación y la agresión sexual. Si no ha existido una clara libertad de otorgar el consentimiento por efecto del alcohol o las drogas, o se han recibido amenazas o coacciones, se considera no otorgado el libre consentimiento y la relación sexual se califica de violación, aunque no se produzca con violencia. Y se define el consentimiento sexual como la aceptación de una relación sexual libremente consentida y conscientemente adoptada.

La edad legal de consentimiento sexual en todo el Reino Unido es de dieciséis años, tanto en hombres como mujeres que quieran mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo o del sexo opuesto. Según la ley, toda persona tiene derecho a decir no al sexo, a retirar o negar su consentimiento en cualquier ocasión y bajo cualquier circunstancia, independientemente de si ha dado su consentimiento para tener relaciones sexuales con esa persona en el pasado. Es decir, el consentimiento debe ser

continuo. Por último, la penetración de cualquier persona menor de trece años siempre se considera violación.

2. SUECIA

Suecia reguló esta materia en 2018 con una ley muy taxativa respecto de la voluntariedad de las relaciones sexuales. Exige una posición activa en la relación por la que la persona que pretende llevar a cabo la conducta sexual tenga pleno conocimiento de la edad y circunstancias de voluntariedad de la otra, y sea consciente de que actúa libremente, es mayor de edad y no sufre alteración en su voluntad.

3. ESTADOS UNIDOS

También se ha desarrollado una legislación importante en materia de consentimiento sexual, de manera muy parecida al ámbito legislativo europeo, basada en un consentimiento expreso. Y de manera muy similar también en los diferentes estados. A modo de ejemplo podemos ver los de algunos de ellos. Para el estado de Alabama, el sexo sin consentimiento implica que una persona «con o sin resistencia, es coaccionada por el uso de la fuerza o por la amenaza expresa o implícita de muerte, daño físico inminente». El Estado de California define el consentimiento como «cooperación o actitud conforme al ejercicio del libre albedrío y con conocimiento de la naturaleza del acto».

VI. UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL

La sociedad patriarcal ha generado una relación de dominio, que se ha traducido en una desigualdad de derechos, en la supeditación histórica de las mujeres y su tratamiento discriminatorio, cuyo desequilibrio ha generado en la sociedad una violencia simbólica que traduce posiciones de inferioridad de género, con consecuencias de violencia sexual frente a las que se debe reaccionar desde la exigencia de un cambio del modelo de relación entre mujeres y hombres que abarque la totalidad social, desde la relación de pareja a los roles de comportamiento público y privado.

Situaciones como la globalización del #MeToo generaron desde hace varios años un cambio de actitud en los comportamientos de muchas mujeres, que hicieron crítica del victimismo para fijar la mirada en el principal problema en torno a la desigualdad de género y sobre el que se vuelcan sus efectos: el

cuerpo de las mujeres y sus consecuencias²². Más allá de las situaciones de inferioridad laboral o social, el dominio sobre el cuerpo de las mujeres trae consigo lacras sociales repugnantes, como la prostitución, la instrumentalización de los vientres en las maternidades subrogadas y la extrema violencia de género que acaba con sus vidas después de torturas físicas y psicológicas, y con situaciones extremas sobre sus hijos e hijas.²³

La posibilidad de un nuevo contrato social-sexual se apunta como una forma nueva de relación entre mujeres y hombres, donde se establecería un consenso *a priori* de manera individualizada, como pauta a seguir mediante un pacto en el que se señalarían las condiciones de esa relación. Aquí hay soluciones imaginativas de algunos autores, que apuntan a la necesidad de proporcionar ciertas medidas de seguridad en la relación de género, sobre todo en lo que se refiere a las prácticas sexuales, en evitación de riesgos o inseguridades²⁴, que habría de basarse en el pacto previo acerca de las condiciones de relación para impedir reclamaciones posteriores. Esta cultura del consentimiento vendría exigida por la diferente posición que hombres y mujeres ocupan en el terreno de la conquista y en el papel más activo del hombre, supuestamente determinado por la naturaleza. Pero esta diferencia, como acertadamente pone de manifiesto Arias, no tiene un correlato científico en el que sostenerse, sino más bien al contrario: la posición que aparece como más agresiva o dominante en el hombre sobre la mujer vendría determinada por un proceso de aculturamiento.²⁵

La necesidad de salvar las diferencias entre la *agresión intolerable* y la *insinuación razonable* exigiría la creación de un marco legal y social apropiado²⁶.

Estando de acuerdo con la idea general, es necesario plantearse esta reflexión desde el feminismo, en la manera en que ese proceso nuevo de aculturación haya de tener lugar dentro de un contexto social de igualdad. La posibilidad de ese nuevo contrato sexual, que entiendo implícito en la red de

²² El libro coordinado por Blanca Rodríguez, *Autonomía, género y derecho. Debate en torno al cuerpo de las mujeres* (2019), da cuenta de esta mirada sobre el cuerpo de las mujeres en relación con la necesidad de construir un modelo de mujer que responda a los intereses patriarcales.

²³ Sobre la maternidad subrogada y su inconstitucionalidad, Balaguer (2017).

²⁴ Lo que habría explorado como posibilidad Arias (2019: 76 y ss.).

²⁵ Basándose en las teorías de Steven Pinker y E. Spelke acerca de las diferencias de género y su influencia en el mundo de la ciencia, Arias llega a la conclusión de que no es posible mantener una diferencia biológica entre mujeres y hombres según sus comportamientos, de manera que quedan desautorizadas las diferencias innatas, ajenas a una interacción cultural (2019: 84 y ss.).

²⁶ *Ibid.*: 97.

desenvolvimiento de la actividad social, no sería otra cosa que la progresiva disolución del patriarcado como imposición y la derivación de un modelo de progresiva igualdad, en el que las relaciones entre las mujeres y los hombres en el plano sexual se integraran en el modelo general. Es decir, que el contrato del consentimiento fuera la consecuencia de la igualdad y no la condición. Para ello es previo el desarrollo de la igualdad en los derechos laborales, en la consideración social y en el resto de las desigualdades estructurales que se mantienen, algunas todavía intangibles, como el reparto de las cargas familiares o la universalización de los liderazgos femeninos.

No cabría pensar de manera aislada en un contrato que tuviera como finalidad última facilitar una cuota de seguridad a los hombres en sus prácticas sexuales, que podría estar en el fondo de algunas de estas propuestas. Ante la alarma de una condena del deseo, una nueva estructuración de las condiciones de su ejercicio que no exija responsabilidades en los posibles daños ocasionados, sino que se trataría de crear las condiciones en las que las mujeres se encontrarán en la igualdad de iniciativa. Toda vez que hemos negado toda evidencia científica a la diferencia biológica entre mujeres y hombres, también en los excedentes sexuales, trabajemos también por la igualdad de posiciones en la iniciativa, gestión del procedimiento y resultados finales, soslayando los prejuicios acerca de quién toma la iniciativa.

De esta forma, la igualación sexual de las conductas se inserta en el proceso que el feminismo mantiene como movimiento social, político y personal, en los derechos a la igualdad entre mujeres y hombres. La libertad sexual de las mujeres, sin esperar conquistas, insinuaciones e iniciativas, no puede ser discutida si no hubiera una teoría biologista que la avalara. Y dado que el proceso de aculturación debe desvestirse de esos prejuicios ancestrales de las diferencias, es preciso dar por entendido que las mujeres no deberían sentirse concernidas por esa placentera pasividad a que las condena la iniciativa de los conquistadores y deben empezar su propia reconquista.

La construcción de una sociedad igualitaria en términos de género solo es posible desde la igualdad del modelo del Estado social de derecho, con el que se comparte la igualdad social, la igualdad étnica o la de la condición de las personas, en términos de creencias o capacidades. Cabe, por tanto, una extensión de ese modelo general de la igualdad que ha desarrollado la dogmática constitucional desde las constituciones que Europa adopta después de la II Guerra Mundial. Y no es necesario, por lo tanto en este sentido, particularizar desde una posición de género dogmáticas específicas con las que tratar a las mujeres.

Ahora bien, dado que la construcción utópica de la igualdad de género ha de contar con la anulación de los privilegios y la progresiva sustitución del patriarcado, se impone una construcción paralela del sujeto en el hombre, que

exige un esfuerzo adaptativo importante. Si las llamadas desigualdades de trato por la religión, la etnia, las capacidades personales o las condiciones desiguales no exigen más que la posición negativa de la interdicción de la discriminación, en el caso de la igualdad de género no basta con reconocer al otro como igual, sino que además es necesario construirse como igual.

No será posible la igualdad de género si los hombres no cambian de manera radical la manera de ser respecto de las mujeres. Ni la violencia de género ni la prostitución ni el modelo de relaciones sociales respetan esa igualdad, por lo que un cambio de paradigma en la relación no es posible manteniendo los mismos comportamientos. Algunos hombres han aceptado ese principio de justicia distributiva en sus roles de relación en los ámbitos privados y públicos, y otros, incluso, intentan desde el derecho trabajarlos, pero esto es todavía puramente simbólico.²⁷ Para iniciar ese proceso, si llegara a ser posible un consenso generalizado sobre la igualdad de género, habría que cambiar el derecho no solo desde reformas parciales, sino desde la propia concepción del derecho continental europeo, enraizado en el derecho romano, y desde las bases patriarcales más ancestrales. Pensemos solamente en el Código Civil español y la filosofía profundamente patriarcal que lo inspira, o en el concepto que desde el Código Penal se contiene del cuerpo de las mujeres y de su incapacidad para disponer de su propio cuerpo desde las concepciones objetales de la publicidad o del mercado.

Sin embargo, la igualdad de género solo puede venir desde el derecho, porque es ahí donde se evidencia la posibilidad de condicionar las conductas y la coercibilidad opera con plena efectividad. Los usos y costumbres sociales probablemente en un plazo ya corto de tiempo vayan cambiando y dando lugar a la demanda de cambios jurídicos, pero, desde luego, sin un ordenamiento jurídico pertinente a esa construcción igualitaria de los sujetos con independencia del género a que pertenezcan, será muy difícil que las mujeres lleguen a ser las verdaderas dueñas de su destino.

Cuando surge en el año 2006 la Plataforma Estatal por los Derechos de las Trabajadoras del Sexo, se considera que la posibilidad de ejercer libremente la prostitución está conectada al derecho laboral y se producen algunas resoluciones judiciales en el sentido de esquinar el verdadero problema de la trata y resolver *ad casum* el asunto presentado en la demanda, sin entrar en la verdadera realidad de la prostitución. De ellas, la más importante, por ser una

²⁷ Una propuesta novedosa en este sentido la constituye el proyecto de O. Salazar (Salazar, 2019), que de manera pedagógica denuncia los elementos más estructurales del patriarcado y sus formas de destrucción.

sentencia del TS, es la STS 584/2019, de 1 de junio, sobre el recurso presentado contra la legalización del sindicato OTRAS.

La sentencia resuelve y estima el recurso presentado por el sindicato contra la sentencia que ilegalizó sus estatutos por ser contrario a derecho su objeto social. Esa sentencia consideró ilegal una normativa de trabajadores sexuales al ser la prostitución una actividad contraria a la dignidad de las mujeres. Estima el recurso y declara ajustados a derecho unos estatutos que regulen la actividad de *trabajos sexuales*. Esta afirmación, que se hace en el séptimo fundamento jurídico de la sentencia, se completa con otras dos muy importantes. La primera, que dentro de una relación laboral lícita, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico actual, ha de estimarse que el ámbito funcional de los estatutos OTRAS es ajustado a derecho. La segunda, que las personas que desarrollan trabajos sexuales a los que se refiere el procedimiento gozan del derecho fundamental a la libertad sindical, si bien, dentro del ámbito funcional de los estatutos no tiene cabida la prostitución contraria a derecho, hecho aceptado por la recurrente, que reconoce que no existe relación laboral válida en estos casos, por lo que no puede ampararse en un contrato de trabajo.

La trascendencia de esta sentencia radica en el hecho de que el Tribunal Supremo ilegalice por primera vez de manera expresa y definitiva la prostitución con la frase «prostitución contraria a derecho [...] por lo que no puede ampararse en un contrato de trabajo». La exigencia de «laboralidad» que se excluye de la prostitución, indicia que los estatutos se refieren al resto de las actividades relacionadas con el sexo, bailarines eróticos, actores porno y otras actividades susceptibles de un contrato laboral.

En la medida en la que los FFJJ de las sentencias vinculan igual que el fallo, en la prostitución, como encabeza el FJ 5, «no hay relación laboral, y no resulta posible con arreglo a nuestro derecho vigente, la celebración de un contrato cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener relaciones sexuales con las personas que este determine a cambio de una remuneración, de modo que ese contrato sería nulo» (art. 1275 del Código Civil).

Desde el derecho constitucional habría sido preferible una óptica fundamentada en los derechos fundamentales y principios y valores del ordenamiento que, además de mayor expansión del contenido de los derechos, habría entrado en las razones últimas de la ilegalidad, dado que esa ilegalidad lo es porque no es constitucionalmente admisible la prestación laboral en un contrato cuyo objeto sea el acto sexual. Una mayor profundización nos llevaría a analizar las razones de la imposibilidad de la prestación ya desde la Constitución, lo que nos conectaría con los valores del Estado social.

VII. LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA FEMINISTA A LA ABOLICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

Es desde la teoría feminista, fundamentalmente académica, como se ha contribuido a la elaboración de una apuesta netamente abolicionista de la prostitución que hunde raíces en la crítica a la objetualización e instrumentalización del cuerpo de las mujeres. En un modo de producción capitalista, interesado en la explotación económica, se permite la prostitución, la pornografía, las violaciones y gestaciones subrogadas y todo tipo de ataques tienen que ver en su conjunto con una misoginia social que trae causa en el patriarcado y su inevitabilidad histórica. Desde una interpretación del modelo económico, el feminismo reacciona a los ataques que se producen en los cuerpos de las mujeres como resultado de una utilización combinada de elementos de consumo sobre el cuerpo de las mujeres²⁸. La publicidad, la estética, las representaciones simbólicas, contribuyen a la creación de una industria que se soporta en el sexo y sus derivaciones y que constituyen una totalidad social en la que la subordinación de las mujeres alcanza a cualquier edad y condición social.²⁹

El neoliberalismo económico constituye una importante fuente de legitimación para el neoliberalismo sexual. Igualmente, la tolerancia social se justifica por el interés del sistema patriarcal en mantener ese dominio de los hombres. El posmodernismo, la banalización del sexo, frivoliza otras formas de feminismo. La difusión del sujeto como el eje vertebrador de la filosofía y del derecho tiene como consecuencia la banalización que convierte a la ciudadanía en consumidora. El discurso regulacionista de legalización de la prostitución es propio de la tendencia actual posmodernista de liberalizar los cuerpos, los sentimientos y que entiende que todo sexo es bueno. Es el poder del hombre sobre la mujer cosificada y puesta a su disposición, lo que revierte enseguida al poder del patriarcado y en un refuerzo retardatario de la igualdad y la destrucción de los roles igualitarios.³⁰

²⁸ Este análisis luce con claridad en la obra de Cobo (2017).

²⁹ Sobre la relación combinada de todos estos factores, Cobo pone de manifiesto que la pornografía funciona como la antesala de la prostitución, creando las condiciones sociales para la explotación de las mujeres en una u otra situación. (Cobo, 2019). Con más exhaustividad, en Cobo (2020).

³⁰ Rodríguez Magda estudia las características del pensamiento posmoderno en relación con los puntos de fuga que crean en las mujeres y sus cuerpos. Desde el «giro lingüístico» que centra el mundo en el lenguaje, «el mundo perdió su densidad referencial [...] el pensamiento posmoderno se aplicó a la deconstrucción de todas esas entidades

Se está produciendo una resignificación de la prostitución como un elemento de ocio, incardinado en grandes superficies de consumo colateral, con promociones y ofertas publicitadas como ocasiones y que tiene como finalidad la normalización de un tipo de consumo de sexo sin los vergonzantes ocultamientos de las antiguas casas de citas.³¹

La deslocalización propia de la globalización permite un tránsito constante y poco controlado de la trata, importante en los países del tercer mundo por el montante económico que supone su PIB. Pero justamente por eso, para el feminismo es necesario resituar la prostitución en una agenda de abolición que choque con la permisividad y legitimación de neoliberalismo actual. Los beneficiarios de este sistema prostitucional son los proxenetas, pero también los Estados, los medios de comunicación, la publicidad y una notable industria que se genera en torno a ella, como las aplicaciones informáticas relacionadas con el *sexting*, la pornografía o la venta de sexo por internet en situaciones sin control que justamente por eso proporcionan un importante beneficio económico.³²

De escenarios discretos y más o menos ocultos, se ha pasado a una resignificación de la legitimación de las actividades de prostitución como una profesión que debería ser legalizada y promovida como una industria del sexo, consumida en libertad y regulada como cualquier otra actividad.³³ Cuando parece que la prostitución puede engarzarse con la abolición de otras formas de sujeción, inopinadamente el liberalismo irrumpe en el mercado de los cuerpos y reaparece con más fuerza.

La prostitución se internacionaliza igualmente frente al localismo de una sociedad de mediados del pasado siglo, reducida y arrinconada a burdeles lúgubres y tolerados, y se vincula a los delitos de tráfico de trata y de blanqueo de dinero fruto del tráfico de estupefacientes.³⁴ La globalización e internacionalización contribuyen a empeorar la situación de mujeres, que

ilusorias: el sujeto, el yo, el cuerpo, los valores, los sexos, las naciones, las democracias representativas». (Rodríguez Magda, 2019: 767 y ss.).

³¹ De ahí la consideración retórica que adquiere la pregunta de Rodríguez Magda sobre la actualidad del patriarcado. En «¿Es todavía aplicable hoy la noción de patriarcado?» analiza la relación entre los sistemas del poder y el cuerpo de las mujeres en sus actuales resignificaciones, todas ellas provistas de sesgos androcéntricos, en los que «la sexualidad femenina se (convierte) en un terrero de exploración y recuperación» cuya deriva conocemos hoy desde las nuevas formulaciones butlerianas (Rodríguez Magda, 2015: 604 y ss.).

³² Nuño y De Miguel (2017: X).

³³ De Miguel (2015).

³⁴ Posada (2015). Sobre todo el cap. V. Y también Posada (2012: 126 y ss.).

son desarraigadas de sus lugares de origen, chantajeadas sobre sus familias y maltratadas por las mafias.³⁵

VIII. CONCLUSIONES

Primera. La prostitución en una construcción del sistema patriarcal que se une a otras de las manifestaciones de poder sobre el cuerpo de las mujeres y, junto a los vientres de alquiler, es la más invasiva porque no utiliza su imagen como en la publicidad ni supone una discriminación como en el trabajo, sino una injerencia directa en sus cuerpos, utilizándolos y abusando de ellos, denigrándolos y humillándolos para reforzar las posiciones de dominio de la virilidad y reproducir un sistema político.

Segunda. La posición que el feminismo mantiene sobre la prostitución no es uniforme, pero si mayoritariamente abolicionista, relacionada con la trata y con la necesidad de erradicar toda forma de sexismo. En general el feminismo es mayoritariamente abolicionista y se mantiene en esa postura de regulación como una actividad prohibida, lo que puede llamarse *regulacionismo abolicionista*, que se distingue con claridad de otras posiciones, como el *reglamentismo*, que pretende mejorar las condiciones de las mujeres a corto plazo, y de las posiciones de otros partidos políticos de centro y derecha que la consideran una actividad libremente elegida y objeto de regulación mercantil como los vientres de alquiler.

Tercera. El modelo propuesto aquí es abolicionista, que podría conectar con la regulación de la trata y que tendría como finalidad la de facilitar la reinserción social de las mujeres objeto de tráfico y prostitución. Se trataría de penalizar las condiciones de prohibición de los prostituyentes, sanciones, penalización en su caso, y desmantelamiento de empresas e instituciones que ahora se esconden bajo otras formas de actividad.

Bibliografía

- Arias Maldonado, M. (2019). *(Fe)Male Gaze. El contrato sexual en el siglo XXI*. Barcelona: Cuadernos Anagrama.
- Balaguer Callejón, M. L. (2017). *Hij@s del mercado*. Madrid: Tecnos.
- Cobo, R. (2017). *La prostitución en el corazón del capitalismo*. Madrid: Catarata.
- Cobo, R. (2019). Introducción. Pornografía y prostitución en el orden patriarcal: perspectivas abolicionistas. *Oñati. Socio-legal Series*, 9 (1), 1-5. Disponible en: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1000>.

³⁵ Sobre la trata y otros aspectos relacionados con la prostitución se puede consultar a Nuño (2017).

- Cobo, R. (2020). *Pornografía. El placer del poder*. Madrid: Ediciones B.
- De Miguel, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra.
- Gómez Sánchez, Y. (2008). *Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética*. Madrid: Sanz Torres.
- Gutiérrez, I. (2005). *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Häberle, P. (1996). *Retos actuales del Estado constitucional*. Oñate: IVAP.
- Häberle, P. (2008). La dignidad como fundamento de la comunidad estatal. En F. Fernández Segado (coord.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional* (pp. 175-237). Madrid: Dykinson.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Comares.
- Molero Martín-Salas, P. (2014). *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nuño, L. y De Miguel, A. (2017). *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*. Granada: Comares.
- Nuño, L. (2017). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas. *Revista de Derecho Político*, 98, 159-187. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18654>.
- Peces Barba, G. (2002). *La dignidad de la persona desde la dignidad del derecho*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Posada, L. (2012). Argumentos y contra-argumentos para un debate. Sobre la trata y prostitución. *Ex Aequo*, 26, 121-134.
- Posada, L. (2015). *Filosofía, crítica y (re)flexiones feministas*. Madrid: Fundamentos.
- Posada, L. (2019). Reflexiones críticas sobre la prostitución desde el modelo abolicionista. *Oñati Socio-legal Series*, 9.
- Rodríguez Magda, R. M. (2015). *Sin género de dudas (dossier del siglo XXI). Logros y desafíos del feminismo hoy*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Rodríguez Magda, R. M. (2017). *De playas y espectros. Ensayo sobre el pensamiento contemporáneo*. Valencia: Pre-textos.
- Rodríguez Magda, R. M. (2019). *La mujer molesta: feminismos postgénero y transidentidad sexual*. Madrid: Ménades.
- Rodríguez, B. (2019). *Autonomía, género y derecho*. Debate en torno al cuerpo de las mujeres. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salazar, O. (2019). *#Wetoo*. Barcelona: Planeta.
- Stark, C. (2005) Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 489-497.
- Stark, C. (2008). La dignidad del hombre como garantía constitucional. En F. Fernández (coord.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional* (pp. 239-302) Madrid: Dykinson.

FEMINISMO Y DERECHO: LAS CARAS OSCURAS DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LAS MUJERES¹

Feminism and law: The *hidden faces* of women's sexual consent

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU
Universidad de Granada
mluisam@ugr.es

Cómo citar/Citation

Maqueda Abreu, M. L. (2024).
Feminismo y derecho: las caras oscuras
del consentimiento sexual de las mujeres.
IgualdadES, 10, 289-317
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.10>

(Recepción: 18/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

Es la primera vez que se gesta en el Estado español un debate de fondo acerca del consentimiento sexual de las mujeres. El contexto ha sido el de la legalidad penal y sus protagonistas preferentes las/os juristas y la academia feminista, con sus potentes voces dispares. Las polémicas existentes en su seno dejan ver dos caras bien distintas: la de un consentimiento sexual construido en torno a la capacidad de autodeterminación de todas las mujeres sin interferencias intolerables en su intimidad y sin alertas ni miedos al peligro de expresar su voluntad libre, y la de un consentimiento fragmentado y jerárquico que divide a las mujeres entre clases privilegiadas con opción a decidir sobre su sexualidad y clases subalternas que, gracias a una mirada victimista interesada, ven

¹ Este trabajo se realiza en el contexto del proyecto PID2021-122498NB-100 «La condena de los excluidos: fronteras institucionales de los derechos humanos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

negado el valor de su consentimiento haciéndolo inválido e irrelevante en nombre de la igualdad de género. Este es el análisis crítico que se desarrolla a lo largo de este artículo.

Palabras clave

Consentimiento sexual de las mujeres; *caras ocultas*; victimización secundaria; violencia sexual; cultura de la violación; caso de La Manada de Pamplona; ley de «solo sí es sí»; trabajadoras del sexo; jerarquía sexual; igualdad de género.

Abstract

It is the first time that a substantive debate about women's sexual consent has taken place in the Spanish state. The context has been that of criminal legality and its preferred protagonists: jurists and feminist academia, with their powerful disparate voices. The controversies within it reveal two very different faces: that of a sexual consent built around the capacity for self-determination of all women without intolerable interference in their privacy and without alerts or fears of the danger of expressing their free will; and that of a fragmented and hierarchical consent that divides women between privileged classes with the option to decide about their sexuality and subaltern classes that, thanks to an interested victimist perspective, see the value of their consent denied, making it invalid and irrelevant in the name of gender equality. This is the critical analysis that is developed throughout this article.

Keywords

Women's sexual consent; «hidden faces»; secondary victimization; sexual violence; rape culture; case of the Pamplona Herd; Law of «only yes means yes»; sex workers; sexual hierarchy; gender equality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS DISTINTAS POSICIONES DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO. III. LAS VOCES MÚLTIPLES DEL FEMINISMO: DISTINTAS LECTURAS: 1. La lectura imparcial. 2. Lecturas normativas. IV. REFLEXIONES FINALES: LAS CARAS OSCURAS DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LAS MUJERES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante décadas, las reflexiones feministas acerca de la libertad sexual de las mujeres han marcado un largo proceso de concienciación y de movilización por su reconocimiento jurídico. Entre la larga lista de los agravios que ha acumulado el derecho para con las mujeres figura su carácter sexista, primero sexuado, después aparentemente neutral pero, siempre, portador privilegiado de valores masculinos (Smart, 1994: 173 y ss.; Larrauri, 1994: 101, 105; Asúa, 1998: 58; Pitch, 2003: 256 y ss.). Sus normas penales más anacrónicas, las que señalaron como objeto de tutela la honestidad de las mujeres, ignoraron, por congruencia, la conciencia y la autonomía femeninas en un orden sexual establecido por el hombre y para el exclusivo beneficio suyo y de la institución familiar: ni el honor ni la dignidad ni la libertad de las mujeres figuraron en ningún momento como objetos suyos de protección. Pero esa vocación moralista y patriarcal, tan evidente en los largos siglos de la historia legal y la práctica de los delitos sexuales (Acale, 2006: 21 y ss.), ha persistido durante demasiado tiempo bajo la apariencia de normas supuestamente universales, objetivas y neutras, que proclamaban la protección de valores de la libertad sexual, también de las mujeres, pero sin tener en cuenta su experiencia ni sus preocupaciones más fundamentales.

El derecho penal sexual, en su afán de respetar la igualdad de los sexos y hacer desaparecer de sus preceptos el nombre de las mujeres, olvidó que eran sus víctimas preferentes y que los cambios jurídicos no iban a ser eficaces si no operaban al ritmo en que se transforman las concepciones sociales y la mente de los legisladores y de los juristas. Porque no son solo las normas sexuales las que acusan la masculinidad del derecho, también se contagian, a veces más aún, los procesos que siguen su interpretación doctrinal y su aplicación judicial.

Se imponen tiempos de reflexión. «El sexo es siempre político» y aún más en momentos críticos, de ansiedad y tensión social, donde los debates sobre

los valores sexuales ganan especial relevancia (Rubin, 1989: 114) y dejan paso a la regulación de contenidos y límites implicados en la revisión de la legalidad penal.

Recientemente, el caso de La Manada de Pamplona, como otros sucesos fuertemente impactantes a los que aquí se hará referencia, ha sido un escenario privilegiado de intensas polémicas ideológicas en el seno de fuerzas tan potentes como las del derecho y el feminismo. El fruto ha sido la llamada ley del «solo sí es sí», que ofrece un pretexto oportuno para comprobar el valor del consentimiento de las mujeres bajo la tutela declarada de su libertad sexual, sin despreciar el peso negativo de influencia que exhiben sus *caras más oscuras*.

Merece la pena recordar los hechos probados del caso, la perturbadora praxis judicial y sus múltiples lecturas teóricas, a veces enfrentadas, acerca del consentimiento sexual de las mujeres: primero se abordará el panorama jurídico, y después el de las voces desiguales del feminismo.

II. LAS DISTINTAS POSICIONES DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Es bien conocido el proceso que siguieron las sentencias de La Manada en las primeras instancias judiciales. Los hechos aspiraban a ser tratados como delitos de violación continuados por la presencia de una intimidación ambiental especialmente degradante, tal y como fueron calificados por una sentencia de casación del Tribunal Supremo (Sentencia 344/2019, de 4 de julio...), pero demasiados estereotipos de género condujeron a una praxis judicial cuando menos perturbadora²: un «escenario de opresión» y una «atmósfera coactiva»³ que fueron minimizados, unos silencios nada ambiguos⁴ pero malinterpretados para justificar un consentimiento no ausente, sino viciado, un «reproche soterrado» por su actitud «intuitiva y no racional» que no quisieron ver el estado de *shock* en que se encontraba la víctima⁵ o una lluvia de pruebas periciales psicológicas empeñadas en dar por acreditados

² Ver con detalle las descripciones contenidas en la Sentencia 38/2018, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de Pamplona, y la Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

³ Una descripción expresa añadida por la STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.

⁴ «Expresó gritos que reflejan dolor [...] estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados» (SAP 38/2018).

⁵ «La denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción [...] que sintió un intenso agobio y desasosiego que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de

rasgos de personalidad y un estado mental irrelevantes y morbosos detalles de su vida íntima que no arrojaban ninguna luz al enjuiciamiento del caso, pero garantizaban una perversa victimización secundaria de la mujer... (Maqueda, 2020: 276).

«No es abuso, es violación» era la denuncia popular de lo que se interpretó como el signo provocador de una justicia patriarcal —«¡Basta ya!»— que era administrada de forma parcial e indeseable para con la víctima y ajena a los riesgos del enjuiciamiento de las mujeres. Fue el inicio de la toma de conciencia feminista de que «algo había que cambiar» (Miralles, 2020: 85). El masivo apoyo popular en las calles de todo el país había cosechado la legitimidad necesaria para proponer la reforma penal de los principales delitos sexuales: la prueba de la violencia sexual debía rebajar sus exigencias para hacer inteligible la traducción al lenguaje penal en un terreno tan complejo como el de la sexualidad en las relaciones entre los sexos. La clave se hizo residir en la ausencia de consentimiento.

Un nuevo modelo de incriminación daría al traste con la existencia de esas dos figuras centrales de ataque a la libertad sexual: la agresión sexual y el abuso sexual, que encontraban sus signos identificativos, respectivamente, en la presencia o la ausencia de violencia e intimidación. Con cualquiera de esos medios comisivos *el agresor* imponía su voluntad a una víctima indefensa y la pena debía verse especialmente agravada. Sin ellos, *el abusador* competía con una víctima «cómplice» porque mostraba una oposición y una voluntad débiles ante sus presiones; por ello, la pena se rebajaría sustancialmente: el consentimiento de la víctima aparecía aquí solo viciado, no anulado, como sucedía en la agresión.

La reforma de esa ley del «solo sí es sí»⁶ modificó el escenario penal. Desde entonces, la violencia sexual ya no se hace depender de la actitud de la víctima a las propuestas del autor, violentas o no violentas, porque la mirada no se dirige a ella y a sus condicionamientos internos, sino a los actos que, a la vista de las circunstancias, muestran la afirmación o la negación de su consentimiento⁷. Con el cambio de significado de la violencia sexual, su esencia se

sometimiento y pasividad determinándoles a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte el tiempo los ojos cerrados» (SAP 38/2018).

⁶ Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, en vigor el 07/10/2022.

⁷ El nuevo delito de agresión sexual castiga con penas de uno a cuatro años —susceptibles de atenuación de hasta una multa— al «que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento». «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la

agota ahora en el ataque a la autonomía de la decisión de la víctima, sin más acompañamientos (Acale y Faraldo, 2018: 25 y ss.).

Convertido en el centro del sistema del derecho penal sexual, el valor del consentimiento de la víctima se somete a prueba sin mediciones intermedias, como pretendían las viejas figuras de agresión y abuso sexual. De acuerdo con ellas, hoy desaparecidas, había cuatro niveles de contradicción de la libertad sexual. Se enumeraban así: «Uno, consistente en la ausencia del consentimiento de la víctima por imposición de la voluntad del agresor [...], (*agresión sexual*); otro, que describía el aprovechamiento de un consentimiento inválido [...]; un tercero, donde se servía de un consentimiento viciado [...], y el último, por fin, que cubría los casos de falta de manifestación de ese consentimiento [...] (*abuso sexual*)⁸.

En definitiva, un esquema legal que graduaba el consentimiento de la víctima hasta la exasperación para poder diferenciar los comportamientos más graves —las agresiones— de los menos graves —los abusos—; eso sí, al precio de incurrir en el inquietante examen de las actitudes de la víctima y de su posición frente al agresor. Los niveles más peligrosos —y menos objetivos (no serían ni la minoría de edad ni pérdida de sentido o abuso de trastorno mental...)— se situaban en la diferenciación de los casos de *ausencia del consentimiento*, donde no existía participación de la víctima porque el agresor había vencido su voluntad contraria (Diez Ripollés, 2019: 9) y otros de *consentimiento viciado* por el prevalimiento del abusador, porque la víctima había evidenciado la debilidad de ceder a sus presiones y no oponerse a sus designios.

La fragilidad de los criterios que sustentaban la diferencia de esos dos delitos residía en la artificialidad del concepto de intimidación frente al de prevalimiento y las connotaciones no eran inocuas ni el poder simbólico tampoco (Asúa, 2009: 114; Acale, 2021: 478; Caruso, 2023: 95). En el abuso sexual de prevalimiento persistía un reproche inherente a la víctima por no haberse resistido al poder y/o ascendencia del actor y en esa corresponsabilidad culpabilizadora se encontraba la razón de ser de la menor pena de ese delito. Los estereotipos de sentido común funcionaban (Asúa, 2009: 105) y

persona» (art. 178 CP). Cuando hay «acceso carnal vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos» se castiga como violación con penas de cuatro a doce años (art. 179 CP).

⁸ Por orden: la *agresión sexual* por la violencia o la intimidación; el *abuso sexual* por consentimiento inválido (menores de dieciséis años o con abuso de un trastorno mental); por consentimiento viciado (prevalimiento o engaño); sin manifestación del consentimiento (personas sin sentido o que no han aceptado inequívocamente el acto sexual) (Diez Ripollés, 2019: 9, 10).

no solo en el imaginario colectivo de la sociedad, también en el de la doctrina penal.

Tras el caso de la manada se han avivado argumentos que dejan ver los significados recónditos de esa separación entre víctimas «agredidas» y víctimas «abusadas». No es lo mismo «la persona que accede a mantener una relación sexual con su superior, a quien detesta tanto como teme contrariarlo por el poder que tiene, no «consiente profundamente», pero no ha sido agredida, ni puede pretender que el derecho penal la considere así, y equiparar, sin más, la ausencia de consentimiento a la agresión violenta es más que un error: es una equivocación que desquicia la función jurídica del consentimiento», dicen Gonzalo Quintero y Guillermo Portilla (2022) cuando acometen artificiales grados de consentimiento: de lo «profundo» a lo «menos profundo» o meramente «superficial». Más expresivas aún son las comparaciones de Alicia Gil y José Núñez (2022) hablando de evidencias empíricas: «Algunas víctimas de abuso sexual, al percibir lo sucedido como algo hasta cierto punto evitable, dada la ausencia de medios violentos o intimidatorios, son más proclives a sentirse culpables, a padecer depresiones y a recibir menos empatía de su entorno. Por su parte, las personas que sufren agresión sexual suelen concebir el atentado como algo impuesto y, por ende, inevitable y reciben más apoyo y comprensión de su medio social y familiar. Por esos motivos, los que sufren agresión sexual son menos propensos a padecer depresión y, sin embargo, tienden a sufrir miedo y ansiedad en mayor medida [...]». Unos hallazgos que «no [...] lleva a pensar que debe justificarse la modificación legal».

Y no menos en la jurisprudencia, donde las tensiones y las inercias son evidentes (Asúa, 2009:105; Cuerda, 2018:104 ss.; De Vicente, 2018: 210 y ss.). Los mismos hechos del caso de La Manada han mostrado detalladamente el desigual argumentario de los tribunales implicados. En este escenario, el Tribunal Supremo salvó la calificación jurídica de una violación con intimidación frente a la del abuso sexual de prevalimiento defendida por las instancias inferiores. Estas últimas lo habían fundado básicamente en un juicio acerca de la víctima y de su consentimiento viciado, sin demostraciones de oposición frontal porque adoptó «una actitud de sometimiento y pasividad [...]» (fue «el no» lo que llevó a las sentencias de La Manada al abuso sexual, esto es, «que no verbalizó la falta de consentimiento», dicen Gil y Núñez, 2022). A cambio, el Alto Tribunal atribuyó «ese sometimiento —que no consentimiento— a la intimidación», que fue la que hizo que la víctima adoptara esa actitud (FJ 5.º, 7, pág. 84). Como en otras ocasiones, el peso del componente intimidatorio se haría residir en la acción de los agresores y su contexto: las circunstancias de lugar, tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual (FJ 4.º). Otros pronunciamientos que cita la doctrina científica lo expresan con toda claridad: «Lo verdaderamente importante es la actitud violadora del

sujeto activo frente a lo cual nada significa la conducta de la víctima, de mayor o menor fuerza opositora» (Álvarez García, 2023: 25). O bien, «la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención fundamentalmente a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una intimidación clara y suficiente (para con la víctima) lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquel, no la de esta» (De Vicente, 2018: 186).

Esa construcción deseable del Tribunal Supremo tenía que haberse consolidado en la praxis judicial de nuestro país para alejarnos del temor ancestral a la revictimización de las mujeres sexualmente agredidas (Acale, 2021: 483). Ahora se incorporan nuevas garantías, gracias al olvido de arbitrarias mediciones de grados —cuantitativos y/o cualitativos— de consentimiento («de la mayor o menor fuerza opositora» o de «un consentimiento más o menos profundo»...), que se ven sustituidas por un esfuerzo interpretativo acerca de la existencia y la forma en que la voluntad de la víctima se manifiesta externamente. La clave queda, entonces, «situada en la realidad de nuestro lenguaje y de nuestras actividades sociales», más allá de esa noción problemática que concibe el consentimiento como «un arcano de la mente», como «un acto de asentimiento interior», que no interesan. En esos términos, la fórmula que se propone desde el feminismo no es consensual, sino comunicativa, «no se basa en el consentimiento, sino en el hecho de que haya existido una comunicación positiva entre los intervinientes en la relación sexual» (Ramos, 2023: 235 y ss., 240).

Pero la preocupación por la prueba del consentimiento ha hecho estragos en buena parte de la academia penal, abiertamente disconforme con la cláusula contenida en la ley del «solo sí es sí» a la que le ha dado el nombre (Álvarez García, 2022; García Arán, 2023). Su insistencia crítica carece, sin embargo, de una base teórica correcta. La definición, tomada del Convenio de Estambul⁹, se expresa así: «Solo se entenderá que hay consen-

⁹ Así conocido a secas. Su referencia completa es la de Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 10 de abril de 2014. En el texto de su articulado (art. 36) no solo incorpora un concepto de consentimiento inspirador («debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre albedrío de la persona, considerado en el contexto de las circunstancias circundantes»), sino mucho más. Bajo la rúbrica «violencia sexual, incluida la violación», el Convenio ignora, en todo momento, las exigencias de violencia y de intimidación y define el núcleo de la prohibición en base a los actos de carácter sexual (de penetración o no) no consentidos. Ese mandato de significar la violación como sexo sin consentimiento se reitera sin ambigüedades en el informe presentado en 2020 por el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica

timiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Sus estudiosos han partido muchas veces de las diferencias entre el viejo modelo del «no es no» frente al de «solo sí es sí» para señalar las ventajas del segundo (Álvarez Medina, 2022: 35 y ss.). El «no es no» estuvo vigente durante el proceso de La Manada y el fallo de la víctima residió precisamente en «no verbalizar su falta de consentimiento», como ya se ha afirmado, porque era el modelo clásico donde aparecía concebido como una negativa expresa. Bajo él, los varones se ven representados como proponentes unilaterales o iniciadores de la relación sexual en busca de anuencia y las mujeres quedan reducidas a elementos pasivos de la relación que aprueban o rechazan. El testimonio y la calidad de ellas —credibilidad, verosimilitud y consistencia— son las que requieren continuas demostraciones de resistencia o negación inequívoca o se pierde en ambigüedades que malinterpretan sus silencios sin comprender la complejidad de las respuestas psicológicas de la víctima (el estupor, el bloqueo físico o emocional...¹⁰). De ahí su victimización secundaria por las eternas repeticiones del relato con la vista puesta en la declaración de la víctima e incursiones permanentes en su estado mental y su vida privada (Álvarez Medina, 2022: 36, 42 y ss.).

A cambio, el «sí es sí» es un modelo bilateral y no requiere una manifestación expresa de la víctima porque es comunicativo, no consensual, de modo que el sí o el no pueden extraerse de las circunstancias circundantes: el contexto en que se producen los «actos» de que habla la ley: miradas, gestos, tonos de voz o cualesquiera señales inteligibles según el lenguaje que hemos aprendido en nuestra vida social. Se trata de criterios externos y reconocibles que están al alcance de la interpretación del actuante y de los observadores externos, según un estatus de razonabilidad (Álvarez Medina, 2022: 43 y ss.). Su significado es clave. Como explica José Antonio Ramos (2023:242 y ss.), no hay problemas cuando la voluntad queda expresada claramente, pero cuando surgen dudas porque hay equívocos de comunicación, de lenguaje, influencias de los roles

(GREVIO), donde se valora muy positivamente el cumplimiento por parte de España de las directrices contenidas en el texto internacional (apartado correspondiente al n.º 222 del informe).

¹⁰ En sus páginas, GREVIO (2020: apdo. 220, nota pie de página n.º 110) afirmaba, refiriéndose al bloqueo, que «estudios muestran que un número considerable de víctimas no se resisten al agresor de ninguna manera: la inmovilidad tónica se describe como un estado temporal involuntario de inhibición motora en respuesta a situaciones que traen consigo un miedo intenso. Esos estudios señalan que, entre el 37 % y el 52 % de las víctimas de agresión sexual manifestaron una inmovilidad significativa».

de género y otros prejuicios¹¹, nos encontramos con «zonas de penumbra» que plantean una cuestión epistemológica, de comprensión y queda todavía un portillo abierto: el error sobre el consentimiento sometido a esa prueba de razonabilidad. El criterio de ponderación del que hablan sus expertos es el del hombre y la mujer «razonables» que podrían llegar a la misma conclusión del autor, asegurándole así un potencial espacio de impunidad (Ramos, 2023: 251; Díaz y Trapero, 2021: 568). La jurisprudencia ha recorrido ya esa oportuna vía conciliadora (Ramos, 2023: 247 y ss.) sin abrigar los temores expresados por la academia penal. Tal y como señala la STS 23/2023, de 20 de enero,

la fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento [...]. De modo que siempre se partió —y ahora también— de una inferencia: el tribunal sentenciador extrae, en atención a las circunstancias del caso, la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que expresen de manera clara la voluntad de la persona. En consecuencia, el tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios si concurre en el caso enjuiciado consentimiento o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo. En efecto, la definición del artículo 178 del Código Penal se ajusta a este canon.

Lo que veta el precepto es considerar como prueba del consentimiento algo que no sea un acto que, en el contexto de los hechos, exprese claramente la voluntad de la persona (y, en particular, considerar el silencio o la falta de oposición como elemento probatorio del consentimiento)¹².

Los problemas interpretativos del modelo del consentimiento parecían resueltos, sin más obstáculos. Pero los había. Las voces disidentes no encontraron freno en el lenguaje jurídico, sino en una lectura parcial e interesada de fantasmagóricos componentes de género. En el primer sentido, basta afirmar que hay un delito contra la libertad sexual cuando no hay consentimiento, cuando «el autor invade ilegítimamente el espacio de autonomía que tienen

¹¹ Como afirmara Pitch (2003: 210), las relaciones entre los sexos no se caracterizan por el paradigma de la racionalidad, sino que están impregnadas de emociones, sentimientos contradictorios, deseo, complejidad, ambivalencias y conflicto, una ambigüedad comunicativa que no es transparente.

¹² Sentencia citada por la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre criterios de actuación tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. En esa línea prometedora, Lloria (2023).

todas las personas para decidir sobre su propia sexualidad» porque «la esencia del atentado a la libertad sexual solo depende de la falta de consentimiento», como argumenta Patricia Laurenzo (2022); también Cancio (2023). O, expresado en términos de violencia sexual, su significado «se espiritualiza [...], situando en el centro la falta de consentimiento autónomo, el disenso de la ofendida» (Asúa, 2009: 112)

En la «perspectiva de género» es donde se buscan razones para cuestionar el objeto de tutela que defiende la nueva ley. «No protege la libertad sexual, sino otro interés diferente», dicen los detractores de la reforma. Así se expresaban Gonzalo Quintero y Guillermo Portilla (2022) en pleno proceso legislativo: «Las intenciones de sus impulsores [...] han pretendido que se interprete ese bien jurídico según una “perspectiva de género”, lo cual, planteado de esa manera, equivale a defender que el objeto de tutela no es ya la libertad sexual, o no lo es principalmente, sino *otro interés diferente*, cual es la postración histórica de la mujer, al margen de lo que acontezca en el caso concreto enjuiciado». Más radical y más explícito se muestra José Luis Díez Ripollés (2019: 5, 29) cuando critica que «el acerbo feminista» ha forzado el entendimiento de la libertad sexual en clave identitaria, donde deja de tener referencias individuales y se pasa a entender en clave colectiva...

Ese derecho penal desplaza su enfoque desde la protección de los intereses individuales o colectivos más importantes de todos y cada uno de los ciudadanos hacia la protección de los intereses propios de determinados colectivos sociales. Ya no se trata de la autorrealización personal, sino de un enfrentamiento entre dos grupos antagónicos, hombres y mujeres, estructuralmente enfrentados debido a la sociedad patriarcal vigente [...]. Es el turno, al parecer, de que el derecho penal asuma de forma protagonista una nueva empresa social y acomode a toda costa sus contenidos a ella, la lucha contra la desigualdad en las relaciones entre los sexos.

No hay mejor interlocutor que el feminismo para responder a esos malentendidos fabricados en torno a esa manipulada perspectiva de género.

III. LAS VOCES MÚLTIPLES DEL FEMINISMO: DISTINTAS LECTURAS

El consentimiento sexual de las mujeres permite lecturas enfrentadas entre feminismos. Con la vista puesta en la reforma legal a debate, una es más neutral, más imparcial y está pensando en una construcción compatible con el lenguaje penal; otra lectura, más normativa, opera con visiones binarias de género a la búsqueda de criterios de valor (¿coercitivos?) acerca del consentimiento sexual de las mujeres.

1. LA LECTURA IMPARCIAL

Es verdad que feminismo y derecho penal operan con lógicas muy distintas, que existe una conciencia feminista bastante generalizada acerca de la incapacidad del sistema penal para ofrecer una respuesta satisfactoria a los atentados de género (Larrauri, 1994:98). En particular, porque se pierde su significado político y la complejidad del contexto en que estos buscan ser planteados y resueltos. Se entiende que esa percepción de un daño colectivo resulta incompatible con el reduccionismo penal que tiende a individualizar el conflicto, traduciéndolo en términos de violencia interpersonal (Maqueda, 2007: 30, 31), olvidando una situación estructural de contexto y significado para reducirse a un problema de responsabilidad personal. Las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización de la persona infractora, como la conducta concreta de un agresor contra una víctima. De esta manera, el conflicto social se reduce a un problema de violencia interpersonal, al margen del contexto y el significado de las agresiones contra las mujeres (Bodelón, 1998: 196; también, Asúa, 1998: 55 Laurenzo, 2015: 797, 798 y ss.).

Pero junto a esa íntima conciencia de desconfianza en el derecho penal y en sus soluciones para resolver adecuadamente los conflictos relacionados con la violencia contra las mujeres, hay también una convicción feminista de que la mejor manera de validar las soluciones penales es simplificando la percepción del daño, traduciéndolo en uno individual, al margen de historia, significados y complejidades sociales.

Y es esta perspectiva feminista más pragmática la que se ha impuesto en la lectura penal de la reforma sobre violencia sexual. Había que repensar —y combatir— la actitud de los diferentes operadores jurídicos y los estereotipos y prejuicios que estaban incorporados en sus tareas de creación, interpretación y aplicación de las viejas normas. Y también desde decir a quienes no han comprendido el verdadero significado de la perspectiva de género que ha informado la nueva ley, tachándolo de mera «ideología», como suele suceder con los discursos inmovilistas que deslegitiman los cambios jurídicos superadores de las desigualdades históricas entre los sexos (en esos términos, Laurenzo, 2023: 558).

Merece la pena describir el proceso que muestra las claves que nos han traído hasta aquí. El punto de partida coincide con un momento decisivo de tensión social vivido en la sociedad italiana de los años setenta a noventa del siglo pasado. Tamar Pitch (2003: 182, 183) nos cuenta cómo el pensamiento feminista creó en su país «un horizonte de sentido». En su relato se refiere a un clima de movilización muy intensa y una toma de conciencia colectiva acerca de la necesidad de reforma de la ley sobre violencia sexual. Lejos de la

mediación de los partidos políticos la proposición feminista fue de iniciativa popular, centrándose en el significado de lo que les preocupaba.

No se estaba debatiendo sobre la sexualidad, sino sobre la violencia, entendida de una manera más simple y más inteligible, como «agresión a la autonomía de decisión de la víctima». Así lo explica la socióloga: es una visión racionalista y simplificada de las relaciones entre partes asexuadas que responde a la lógica del derecho penal, «una visión que empuja la violencia sexual hacia el régimen de violencia sin más, que es la que se puede más fácilmente traducir al lenguaje penal, depurándole de cualquier *especialidad* que pudiera debilitar el estatus de la víctima y hacer ambiguo el de los culpables» (Pitch, 2003: 213).

Así desaparece la naturaleza sexuada de la acción y de la complejidad: se hace igualitaria, neutra y se rebaja el límite de lo que se considera violento, ofensivo e inaceptable —lo no consentido—, dotando de mayor reconocimiento al valor de la credibilidad de la acusación. No más experiencias penosas para la víctima sin el estereotipo dominante que transforma a la víctima en cómplice, en culpable. Se trata de averiguar lo que efectivamente ha pasado y en qué medida y cómo el acusado fue consciente de la falta de consentimiento normalizando el delito y depurando su carácter especial. No serán necesarias preguntas sobre la dinámica de la violación, salvo que sean necesarias para la reconstrucción de los hechos; así se combate la cifra negra de denuncias y aumenta la iniciativa de resolver el conflicto con el ejercicio de su libertad sexual (*ibid.*: 191, 192, 199).

Vale, pues, la definición de lo que debe entenderse como violencia sexual, sigue afirmando Tamar Pitch: «La violencia empieza donde no hay consentimiento, no hacen falta amenazas, intimidaciones, malos tratos específicos para que se produzca menosprecio de la libertad sexual [...]. La coerción [...] es la que define un acto como violento y hay coerción en el momento en que falta el consentimiento de la otra parte»¹³. La existencia de la fuerza y la intimidación no deben tener, pues, carácter constitutivo porque no son idóneas para tutelar la libertad de autodeterminación sexual, son requisitos que son ajenos

¹³ Una idea simplificadora, también influyente en la legislación norteamericana, que fue sustentada en su día por Susan Brownmiller cuando hablaba de la necesidad de combatir políticamente la violencia sexual entendida como «un asalto sexual consistente en una invasión de la integridad corporal y una violación de la libertad y la autodeterminación de las mujeres». Sobre ellas recaen «el peso de la prueba y a ellas los castigos paternalistas del patriarcado reservan el más duro de los castigos a las que violan su propiedad [...] y el mensaje que transmitían era que tenían que cumplir las reglas para no ser responsables de su propia violación [...]» (1981: 367, 370, 382; también Cadenas, 2022).

a la lesión del bien jurídico (como en la agresión y en el allanamiento de morada, donde basta el disenso). Al traducirse al lenguaje penal acaban «contaminando» las construcciones de la sexualidad y de las relaciones entre los sexos, de un lado, peligrosas y que representan intrínsecamente un «mal»; y, de otro lado, marcadas por el dominio y la sumisión y, por tanto, por la agresividad y la victimización (*ibid.*: 209, 213, 214, 215).

La batalla es simbólica: hay que huir de las imágenes de la sexualidad como un peligro en sí misma, como afirma Tamar Pitch (*ibid.*: 187, 207). Clara Serra toma el testigo cuando apunta a esa cultura feminista que expresa la necesidad de combatir «la idea de que el gran obstáculo para la libertad sexual de las mujeres es la sexualidad depredadora de los hombres [...]». Olvidan que ese no es ningún relato que no haya explotado ya el propio patriarcado, que lleva siglos advirtiendo a todas las caperucitas del peligro que suponen los lobos. Lo realmente peligroso para nuestro orden social es asociar el sexo al peligro y fomentar nuestro miedo [...]» (Serra, 2021).

Todo este discurso es trasladable hoy a las ideas compartidas por buena parte del pensamiento feminista español. Quienes formularon sus propuestas —y las apoyamos— partieron de un sector de la academia penal que, desde una perspectiva de género, buscaban un cambio de significado en la argumentación jurídica que impregnara las normas penales sobre la violencia sexual. Ese nuevo significado es el que expresa la letra de la ley sobre violencia sexual como ausencia de consentimiento con un solo objetivo, el de crear a las víctimas las expectativas de que su capacidad de autodeterminación, de dignidad y de seguridad están protegidas sin interferencias intolerables en su intimidad, evitando su victimización secundaria (Acale y Faraldo, 2018: 27 y ss.; Maqueda, 2020: 277).

O, expresándolo en otros términos, ahuyentando lo que se conoce como «cultura de la violación», una expresión que fue analizada por primera vez en el seno del feminismo estadounidense de los años setenta, queriendo visibilizar todo un conjunto de mitos, estereotipos y creencias dictadas por el patriarcado y arraigadas en toda la sociedad, en la opinión pública, en los *mass media*, en los operadores jurídicos, en las estructuras políticas... «Un sistema que tolera, acepta y reproduce la violencia sexista» a través de «narrativas» que alimentan todo un imaginario colectivo cómplice, como señala Raquel Miralles (2020: 83 y ss.).

De aquellas fechas nos llega el relato de Susan Brownmiller, que habló por primera vez de la cultura de la violación en términos de «sexismo cultural», de «una ideología violatoria nutrida de valores culturales» (1981: 373), denunciados por grupos de activistas feministas que «se atrevieron a hablar de lo inexpresable hablando de su opresión», organizando grupos de apoyo mutuo y de «toma de conciencia» para compartir las violencias que habían recibido y

actuar colectivamente para combatir las. «El que las mujeres debían organizarse para luchar contra la violación —nos cuenta la autora— fue una invención del movimiento feminista», que auspició programas de alcance comunitario, de solidaridad fraternal, panfletos, boletines y consignas, como «basta de violaciones», «guerra contra la violación», «aplasten el sexismo», «desarmen a los violadores»... (1981: 381, 382).

Nuestro ejemplo de La Manada fue, asimismo, muy significativo de la operatividad de esa cultura cómplice de la que hablamos: muchos medios de comunicación, aliados con la defensa de los agresores, que culpabilizaron a la víctima dudando de su testimonio («Hermana, yo sí te creo» era el lema de las movilizaciones públicas), o los magistrados de Navarra, que nunca hablaron de violación, conformándose con un consentimiento no ausente, solo viciado («No es abuso, es violación» gritaba el público en las calles)... (Miralles, 2020: 85)

Pero «el caso de La Manada no es el modelo de La Manada», en palabras de Clara Serra (2021). «El contexto amenazador de aquel portal oscuro no es el mundo en el que vivimos y pensar desde ese escenario el conjunto de la sexualidad limita y restringe las posibilidades de ampliar nuestra libertad al instaurar un escenario de peligro que acaba trayendo consigo la negación de nuestra voluntad». Y la filósofa repite el lema que preside la reforma de las violencias sexuales: «No podemos actuar contra las agresiones sexuales tomando La Manada como modelo» porque gana ese imaginario impuesto de inseguridades y temores y se convierte en una apuesta securitaria por el arbitraje estatal sobre la sexualidad.

Coincido plenamente con esa lectura feminista que denuncia los peligros de cuestionar el valor del consentimiento de las mujeres y de maximizar la sombra de la amenaza de una sexualidad masculina violenta y depredatoria. Otras lecturas de género sobre violencia sexual promueven, a cambio, estados de alarma y alerta permanentes que se acaban traduciendo en crecientes imposiciones normativas a las mujeres y a sus comportamientos sexuales. Veamos estas últimas.

2. LAS LECTURAS NORMATIVAS

En los primeros años ochenta del siglo pasado, Ellen Carol Dubois y Linda Gordon afirmaban que durante demasiado tiempo el movimiento feminista había «tenido un papel importante en la organización e, incluso, en la creación del sentimiento de peligro sexual de las mujeres» en torno a «dos temas que han englobado y simbolizado los miedos de las mujeres: la prostitución y la violación» (1989: 54).

Aunque las autoras rastreaban los recorridos de la ortodoxia feminista, especialmente a lo largo del siglo XIX, son muchas las similitudes que se

mantienen hoy en día entre las filas del feminismo más normativo. Porque la libertad sexual de las mujeres ha estado en pugna, primero, con la moralidad sexual tradicional, y después con la moralidad que se desarrolla en las últimas décadas, bajo el pensamiento antineoliberal sexual. El lenguaje parece cambiar —y también los agentes del conocimiento—, pero el significado es el mismo: el afán del proteccionismo de las mujeres a costa de mermar el valor de su consentimiento (Vance, 1989:10 y ss.).

El principio fundamental es que «la sexualidad tiene género» (De Miguel, 2015: 123) y encierra una visión binaria de los sexos cuyo retrato es el de una rapacidad y violencia masculinas y una victimización eterna de las mujeres. Ellas son el testimonio de los «males de la permisividad». Cualquier mandato incumplido busca imponer un sentimiento de culpabilidad y un menosprecio de sí misma por su exposición al riesgo (Echols, 1989: 98, 104): el «más vale segura que arrepentida» se convierte en una precaución esencial, resume Carole Vance (1989:14)

Las manifestaciones de las primeras campañas antiviolación en manos de los movimientos de pureza social ofrecieron esa visión del mundo limitada y limitante. Su conservadurismo se traducían en la imposición de códigos sexuales muy estrictos para las mujeres con vistas a librarse de su condición de víctimas de la lujuria y la agresividad masculinas. La idea de la asexualidad de las mujeres desarrollada bajo las feministas del siglo XIX (Vance, 1989: 11) se renovarían bajo el mandato cultural del feminismo de ese nombre, que proponía marcar los movimientos y comportamientos de las mujeres a través de sus miedos a la inmoralidad y al peligro sexual. La libertad sexual pasaba a ser una fuerza reaccionaria contaminante que adormecía la lucha política contra la opresión de los hombres (Dubois y Gordon, 1989: 75; Echols, 1989: 105 y ss.).

Pero el moderno feminismo radical se parece mucho a esa cruzada moral. Hay suficientes lecturas que se proponen «cómo producir y representar cuerpos femeninos no victimizables», huyendo del lenguaje de su vulnerabilidad. Para Cristina Molina (2009: 138 y ss.), la forma «realista» de prevenir la violencia sexual no reside en el lado de los agresores («cómo educarlos o penalizarlos o como sensibilizar a la sociedad para que los rechace o al aparato jurídico-legal para que los castigue»), sino en el de «la posible víctima» evitando un lenguaje corporal de gestos eróticos que hablan de disponibilidad sexual, «hay que saber lo que se está diciendo», curtirse en la capacidad de «prever los problemas y sobrevivir a desdichas sexuales». Las ideas de peligro sexual y de miedo cervical a la violación sigue latente e inspira la necesidad de «resignificar» voluntarismos irresponsables para poner freno a las amenazas de un ataque sexual masculino (2009: 140). Hablaba de ello, hace años, Carole Vance cuando se refería críticamente a esa «mitología cultural» que rodea a la violencia sexual de los hombres y a su deseo sexual intrínseco, incontrolable y

fácilmente excitable que ponen cortapisas dañinas a las manifestaciones libres y espontáneas del deseo y la sexualidad femeninas (1989:13).

Esa voz de alarma frente a los comportamientos irresponsables de las mujeres por «el exceso de naturalismo» y el «entendimiento *naif* de las relaciones sexuales» se acompaña de un reproche por sus «consecuencias perversas para el propio feminismo» (Molina, 2009: 138, 140). Son ideas muy desarrolladas en el tratado sumamente pedagógico de Ana de Miguel. En el centro se sitúa la pretensión de mantener al feminismo estable y libre de contaminaciones y, en particular, del pensamiento de la voluntariedad y el consentimiento de las mujeres. «Hoy, especialmente cuando hay sexo por medio, se trata de imponer la idea de que toda acción es feminista con tal de que sea fruto de la decisión individual de una mujer». Se trata de una nueva normativa sexual que está a falta de legitimación: «Yo lo he elegido, no hay problemas» es el lema del posfeminismo y el enfoque *queer* que se identifican con una concepción neoliberal de la sexualidad (2015: 145, 147). Sexo, poder y mercado son las claves críticas: «Bajo la coartada de la tolerancia y la libre creación, lo que se hace es dejar la estructura de poder intocable y a los jóvenes indefensos frente a la normativa y la coacción del mercado» (2016:146).

Pero si se profundiza en las lecciones de la autora sobre «el mito de la libre elección», ellas no se agotan en la denuncia de esa inspiración neoliberal de las decisiones de las mujeres frente al sexo, sino que ganan prioridad argumentos —fuertemente ideologizados— que se sitúan, casi sin excepciones, en el contexto de las sexualidades disidentes y del feminismo más libertario. Lo que nos muestra es, básicamente, una guerra abierta entre dos posiciones teóricas y políticas enfrentadas dentro del feminismo acerca de la situación de las mujeres voluntariamente implicadas en el trabajo del sexo, esto es, en la pornografía, pero, sobre todo, en la prostitución. Si bien, se hace evidente que más allá de sus convicciones acerca del valor de su consentimiento, a esos feminismos les separa una cuestión de principios.

Frente a quienes defienden el lenguaje de los derechos para afirmar la legitimación social y legal de toda conducta sexual voluntaria, dentro o fuera del mercado¹⁴, el pensamiento *radical* de Ana de Miguel es selectivo y negacionista: «Esas mujeres» —y sus actos sexuales— no tiene cabida en una sociedad igualitaria y antipatriarcal. Les falta el reconocimiento de su libertad: «La democracia pone límites a los contratos “voluntarios” por la desigualdad y los

¹⁴ Una normalización de la prostitución que Ana de Miguel a veces atribuye personalizadamente a Gayle Rubin y otras a posmodernos, poscoloniales y posfeministas o, más generalizadamente, a antiabolicionistas y gays teóricos y de la autodeterminación prosexo (2016:136, 160, 165).

más desfavorecidos» o, en otras palabras, «es irracional e injusto argumentar seriamente al consentimiento (de las mujeres prostituidas) en un plano globalizado y atravesado por las desigualdades económicas, étnicas y, muy especialmente, de género» (2016: 151, 161)

El reflejo de esa fuerte polarización ideológica entre feminismos se ha hecho evidente en otra de las líneas más polémicas abiertas en el reciente debate español acerca de la ley del «solo sí es sí» y el modelo del consentimiento. En ese contexto, necesitan hacerse ver contenidos esclarecedores que sean significativos y se alejen de la simplicidad de bandos enfrentados en torno a la prostitución. Corrigiendo el término descalificador e inexacto de feminismos *pro-prostitución*¹⁵, a favor del más adecuado de feminismos *pro-derechos*, podemos hablar, al otro lado, de feminismos *abolicionistas* bajo una diferenciación entre *abolicionismo moderado* y *abolicionismo punitivo*, más fieles para describir la diversidad de posiciones políticas y legales acerca del consentimiento sexual de las trabajadoras del sexo dentro del escenario español.

Llamadas por su nombre, el feminismo pro-derechos define, sin ambages, sus líneas de pensamiento filosóficas acerca del consentimiento sexual femenino. Su signo identificativo se deja ver en un manifiesto elaborado en la fase prelegislativa de la ley del «solo sí es sí» que exhibía una vocación abolicionista criminalizadora por su «mirada victimizadora»:

Con «esta mirada victimizadora de las mujeres y [...] un excesivo proteccionismo estatal, se niega la capacidad de decisión de las trabajadoras sexuales al establecer como delito el proxenetismo no coactivo. Queremos manifestar nuestro rechazo a un texto legal que considera a las mujeres no aptas para otorgar consentimiento, dando por hecho que encontrarse en una situación de vulnerabilidad te convierte en alguien que no sabe lo que quiere. De nuevo creemos que la tarea de las instituciones ha de ser garantizar derechos para fortalecer, empoderar y ampliar la capacidad de negociación, pero nunca poner en duda la mayoría de edad de las mujeres. No creemos que las mujeres tengan siempre razón —como no lo creemos de los hombres—, pero, como feministas, combatimos el tradicional descrédito que el patriarcado ha hecho de la voz de las mujeres. En este sentido nos parece indefendible, y menos en nombre de lemas como «Yo sí te creo», la introducción en nuestro código penal de delitos sexuales que quedan establecidos volviendo inválido e irrelevante el consentimiento de las mujeres. Manifestamos nuestra profunda preocupación por la posibilidad de que, en nombre del consentimiento de las mujeres, se apruebe

¹⁵ Es el término acuñado por Ana de Miguel (2016: 161) que no es de recibo para quienes somos antiabolicionistas sin declararnos a favor de la prostitución y la industria del sexo. Como afirma Gayle Rubin, nadie defiende que sea una «utopía feminista», sin que deba eliminarse el sexo comercial (1989: 173).

un texto legal que supone la anulación del valor del consentimiento de las mujeres (Manifiesto, 2023).

Para una lectura fidedigna del pensamiento abolicionista acerca del consentimiento de las mujeres implicadas en el mercado sexual hay que remontarse a la historia de su victimización. Un afán victimizador que se ha concentrado, durante décadas, en la ausencia de libertad en la elección sexual de la prostitución. Se lee, a menudo, en sus dogmas: mujeres que muestran una debilidad psíquica, de inmadurez o fragilidad ante engaños y presiones, que han sufrido daños en la infancia, abusos constantes, una socialización defectuosa... (críticamente, Juliano, 2004: 64). Así las definía en 2007 el *Informe de la ponencia para el estudio de la situación actual de la prostitución en España*: Son «víctimas del sistema, víctimas de sus proxenetas y víctimas de sus clientes [...] víctimas de abusos sexuales en la infancia [...] graves secuelas psicológicas (como el estrés postraumático), violencia, abuso, etc.» (Maqueda, 2009: 27).

Pero ese estatus de vulnerabilidad se ha ido debilitando con el tiempo. Ha crecido la falta de convicción de las abolicionistas de que las prostitutas no son libres. Y la estrategia estadística, una supuesta mayoría aplastante (un ilusorio 95 %: críticamente, Maqueda, 2009: 28), no aporta ninguna evidencia empírica porque la prostitución transcurre en un contexto de diversidad, alegaldad y clandestinidad incontrolables (Sánchez, 2022: 184 y ss.). Había que reformular las razones que justifican su abolición. El marco crítico al neoliberalismo les ha ofrecido una utilidad adicional: «El neoliberalismo busca que pensemos la prostitución desde el punto de vista individual, borrando todo rastro de lo social que podría cuestionarla [...]», se trata de «desplazar el énfasis en la voluntariedad o no de la prostitución al efecto que esta tiene en la igualdad de género». Así lo explica Beatriz Gimeno:

Durante décadas, el sector abolicionista se ha empeñado en discutir esta cuestión del consentimiento y en hacer pilotar sobre ella todo el debate: ninguna mujer puede consentir en ser prostituta. Al defender el argumento de la radical falta de consentimiento, las abolicionistas nos vemos en un callejón sin salida. No podemos seguir pensando la prostitución como una cuestión de libertad individual... Es absurdo basar el debate en que es imposible que existan mujeres que prefieran la prostitución... Porque las hay, pocas o muchas. Las razones hay que buscarlas en otro lado. El patriarcado necesita que los varones consuman desigualdad en el cuerpo de las mujeres, que es cuando, qué causalidad, se reivindica libertad para prostituirse... La prostitución de hoy adiestra, enseña, disciplina el cuerpo masculino en la desigualdad extrema, en la mercantilización desnuda de las relaciones humanas y erotiza esa relación. ¿Nos tiene esto que dar igual a las feministas? ¿Nos da igual que mientras que luchamos por la igualdad, la sociedad refuerce por otro lado

un espacio para que los hombres «descansen» del feminismo o de la igualdad? ¿Puede una sociedad considerarse igualitaria mientras mantiene un ámbito, un espacio, de desigualdad radical? (Gimeno, 2014).

Ana de Miguel insiste en esa relación de desigualdad que transcurre en la prostitución entre «mujeres vulnerables» y hombres con «el derecho a acceder a sus cuerpos» (2016: 162), pero en su construcción persiste la idea de negar el valor del consentimiento de las prostitutas. Lo que cambia es el carácter prescriptivo de su falta de libertad porque esta vez no reside en su subjetividad desviada, sino en una imposición determinista: las mujeres prostituidas «no son sujetos, son los objetos, las mercancías expuestas para que el comprador, el cliente, elija, pague y se corra» (*ibid.*: 164), «cuerpos desnudos, en fila, sin nombre, a disposición de quien tenga dinero para pagarlos» (*ibid.*: 162) «mujeres como cuerpos y trozos de cuerpos de lo que es normal disponer» (*ibid.*: 168). Desde el abolicionismo, esa idea objetualizadora se repite hace años poniendo en jaque su dignidad: «Por definición, las mujeres que ejercen la prostitución no son autónomas. Por definición, son cuerpo objeto para el placer de otros. Su cuerpo subjetivo, su persona, está cosificada y no hay un “yo” en el centro. En esta situación no hay posibilidad de construir una persona que se autodefine, que se autolimita, que se protege y se desarrolla a sí misma» (Lagarde, 2000: 55).

No hay una violencia simbólica más invasiva y más insidiosa sobre las trabajadoras del sexo que la administrada por el feminismo abolicionista más radical y que funciona como una genuina *sanción de género*: me refiero a esa devaluación que les viene impuesta —como seres alienados y de una identidad deteriorada o aún como simples cuerpos sin alma asimilables a mercancías susceptibles de venta o arriendo— por ser incapaces de satisfacer las expectativas creadas para ese otro sujeto construido y estereotipado que es la Mujer (en mayúscula) (Smart, 1994: 179 y ss.). Una ceremonia de *heterodesignación* que se comporta como una estrategia de dominación y de negación con lugares comunes a los que frecuenta el patriarcado. Pensando en ella, Femenías la califica lúcidamente de «violencia simbólica» cuando enumera sus características identitarias: «Descalificando, negando, segregando, invisibilizando, marginando, fragmentando o utilizando arbitrariamente el poder sobre otros/as» (2007: 70, 74).

El abandono del debate acerca del consentimiento de las trabajadoras del sexo es, pues, pura apariencia. Persiste con virulencia la misma lección del patriarcado: «Por un lado están las mujeres madres, esposas e hijas, compañeras de trabajo, mujeres a las que se reconoce el derecho a limitar el acceso al cuerpo, a su autonomía sexual y, por otro, las prostitutas, las mujeres que por definición no pueden impedir el acceso y son las célebres “mujeres públicas”» (De Miguel,

2016: 172). Una estratificación sexual interna que ofrece una imagen deshumanizada de las prostitutas, que las coloca en su lugar, «llevadas a un concepto límite, un insulto o una maldición», describe De Miguel (*ibid.*: 216), sin el reconocimiento de su capacidad de autodeterminación ni el de sus experiencias y sentimientos. Paula Sánchez trae a colación las lecciones de la filosofía kantiana aplicadas a la prostituta: «Se nos dice que la prostituta deja de ser un fin en sí mismo para convertirse en un medio para el placer de otro. Reducida a ser una cosa, pierde su estatus como sujeto moral capaz de autodeterminarse; esto es, pierde su libertad o autonomía, ergo, su dignidad» (2023: 166)

Es una de las *caras oscuras* más evidentes del consentimiento sexual de las mujeres. Ese negacionismo radical constituye la esencia más dura del abolicionismo hegemónico, el más dogmático, atrapado en grandes principios, sin visos de realidad (Mestre *et al*, 2019). A salvo quedan corrientes más moderadas donde se gestionan las vías del acuerdo y de la alegalidad (Gimeno, 2012). Concebida la prostitución como un problema de género, la tensión transcurre entre soluciones fuera o dentro de la legalidad penal. Hay, pues, «grises», como afirma Paula Sánchez: la prostitución puede «estar mal» como institución patriarcal y, sin embargo, considerar que lo menos dañino es dar derechos y alternativas (2022: 37). La más contraproducente nos lleva a la ideología punitivista.

Hay hambre de criminalización. En su primera versión de la ley de «solo sí es sí», cuando estaba en fase de proyecto (26/07/2021), ya se había contemplado el intento de criminalizar el proxenetismo lucrativo consentido y sin explotación, y la tercería locativa. Un renovado estigma moral vestido ahora con una visión radical de género que toma la forma de un nuevo orden moral sexual que se proyecta e impone sobre las mujeres, precisamente por ser mujeres. Un plan perfecto para apuntalar la vulnerabilidad institucional de las trabajadoras sexuales ante la explotación, la clandestinidad y otras formas de violencia (Pomares y Maqueda, 2022), eso sí, en nombre de la igualdad de género.

Pero le faltaron dos apoyos imprescindibles: el primero, los votos favorables necesarios para hacer prosperar el texto de una ley penal como la proyectada, que se acompañaba de una adenda abolicionista con vocación criminalizadora de la prostitución; el segundo, una buena razón para encontrar intereses materiales de protección alternativos a la libertad sexual porque esta es ya un atributo de las *víctimas* señaladas.

Empecemos por el principio. Esa ley, con el nombre oficial de «garantía integral de la libertad sexual», salió publicada poco más de un año después, sin encontrar los votos precisos de las fuerzas más progresistas del Parlamento. Fruto de la presión política del feminismo más punitivista, la integridad de la propuesta criminalizadora quedaría a salvo gracias al acuerdo de socialistas y populares para un nuevo texto abolicionista de tintes más punitivos. Hasta ahora había

sobrevivido —pero ha caducado (Cugat, 2023)— una nueva proposición de ley de 27/05/2022 para prohibir el proxenetismo en todas sus formas, que castigaba con penas de prisión de uno a cuatro años y multa a quienes promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución aún consentida de otra persona, de cualquier forma (art. 187.2: «Proxenetismo lucrativo no coercitivo») o a quienes lo hagan destinando de forma habitual algún inmueble, local o establecimiento destinado al ejercicio de la prostitución consentida (art. 187 bis: «Tercería locativa») y también con penas de multa a los que convengan la práctica de actos sexuales a cambio de dinero (art. 187 ter: «Clientes»).

Basta hacer un ejercicio de memoria de otras complicidades antinaturales. Recientemente nos habla de ellas Clara Serra al referirse al feminismo cultural «antipornografía» de los años ochenta en EE. UU.:

Bajo las premisas de un enorme sistema de abuso de poder generalizado, el feminismo generalizó también, y de modo igualmente sistemático, la incapacidad que las mujeres tenemos de dar nuestro consentimiento. Y este feminismo [...] puso en entredicho la capacidad de decir «no» que tenían las mujeres en el terreno de la pornografía o de cualquier forma de trabajo sexual [...]. Así, el abolicionismo americano infantilizó a las mujeres y restauró en nombre del feminismo un puritanismo sexual que encontró felices alianzas con el moralismo conservador de la derecha americana de Reagan.

El sentido crítico de las fuerzas parlamentarias disidentes estuvo muy presente en los debates a la enmienda sobre la totalidad que se presentó a la proposición de ley socialista. Su voz unánime fue de denuncia de una regulación aporofóbica, generadora de miseria, de abandono, de falta de recursos de supervivencia y de condiciones y garantías sociales dignas a partir de las cuales fundar y defenderse frente al abuso, la precariedad, el aislamiento y las agresiones que les esperan. Algunos ejemplos significativos se verbalizaron: «Un modelo que solo contribuye a perseguir a las mujeres» (CUP); «les van a machacar» (Esquerra Republicana); «una ley escasamente democrática» por el alejamiento de las trabajadoras del sexo del debate (PNV), etc. El resultado fue estremecedor: 34 votos en contra de la proposición de ley frente a los apoyos de la derecha y socialistas, que sumaron en total 293 votos a favor (y 17 abstenciones) (29/09/2022).

Con la ayuda de la legalidad penal se levantan muros en torno a las comunidades sexuales marginales. Es obra de una ceremonia de desposesión del estatus de sujetos completos. Su subjetividad estigmatizada y silenciada, condenada a carecer de entidad moral y de libertad, les convierte en víctimas fáciles que carecen de poder para defenderse sin aportar daño alguno que justifique su criminalización (Rubin, 1989: 165, 166).

Con esos ingredientes, es difícil traducir una actividad inofensiva en un marco de prohibición penal que repercuta sobre su entorno. Así, llegamos al segundo de los puntos débiles del abolicionismo punitivista. Frente al *sexo bueno* de las clases sexuales privilegiadas, la trasgresión de las trabajadoras sexuales consiste en ser mujer y optar por el *sexo malo*, que proporciona placer por dinero, preferentemente a los hombres, y con ello amenaza las estructuras de la igualdad de las sociedades occidentales, formalmente igualitarias. Pero si su libertad o su dignidad no se ven en peligro por un contexto involuntario, o el de abusos o explotación, faltan víctimas y victimarios que puedan justificar una respuesta penal. Como ya se ha dicho aquí, la percepción de un daño colectivo resulta incompatible con el reduccionismo penal que tiende a individualizar el conflicto traduciéndolo en términos de violencia interpersonal. Tiene razón Paula Sánchez cuando afirma que es cuestionable que el derecho penal pueda transformar la realidad social y combatir desigualdades como las de género: no «es una instancia capaz de resolver problemas estructurales y transformar las relaciones entre los sexos por sí misma» (2022: 158, 159).

Sus funciones simbólicas y pedagógicas chocan, pues, con su falta de legitimidad material. El derecho inventa víctimas para crear delitos sin bienes jurídicos de sustento. No es competencia de la legalidad penal. Pero los ejemplos cunden. El estigma que persigue a los clientes ha sido mérito del neoabolicionismo nórdico, que en su esfuerzo por criminalizarlos ha procurado espacios cada vez más amplios de vulnerabilidad y de indefensión para las trabajadoras del sexo, que ven obstaculizados sus intentos de luchar por sus derechos y que pierden autonomía y agencia en la necesidad de ocultarse para pasar desapercibidas. El caso sueco es muy representativo de la victimización a que me refero. Se dice que por efecto de las últimas reformas ha crecido la invisibilidad, la clandestinidad y la discriminación porque las trabajadoras del sexo han perdido poder en los encuentros sociales de todo tipo y se ven amenazadas, a menudo, por la retirada de la custodia de sus hijos y los permanentes cacheos policiales. Su situación de aislamiento se ha visto asimismo incrementada porque han tenido que salir de las calles, las trabajadoras sociales tienen dificultad para acceder a ellas y los clientes ya no les ayudan denunciando los casos de coacción o abuso que detectan por temor a autoinculparse (Eriksson, 2008: 187, 188; Villacampa, 2012: 123 y ss.). Los propios informes oficiales suecos no han sido capaces de desmentir esos argumentos y admiten el probable incremento de la prostitución oculta y de la publicidad de los servicios sexuales por internet¹⁶, así como los crecientes obstáculos surgidos

¹⁶ Por si acaso, la prohibición de esa publicidad de la prostitución con efectos administrativos se ha adelantado en el Estado español para garantizar el aislamiento de las

para la persecución de los comportamientos de explotación de la prostitución. No obstante, señala Jacobson, los políticos se sienten muy orgullosos porque han logrado lanzar su mensaje de que la prostitución es violencia contra las mujeres:

Esta trabajadora del sexo sueca cuenta que en una ocasión tuvo la oportunidad de preguntarles: «¿No les preocupa que desaparezcan cientos de mujeres de las calles? ¿Saben dónde se encuentran ahora?». Su respuesta fue clara: «Lo más importante es que llegue el mensaje». Similar fue la que dio nuestra ministra sueca de Calidad, Mona Shalin, a la pregunta de si «Es consciente de que esta ley hiere a los más débiles?». «Lo sé —contesta—, pero vale la pena enviar el mensaje» (Jacobson, 207: 111, 112).

La propia jurisprudencia internacional está estudiando la legalidad de la criminalización de los clientes de la prostitución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido recientemente que las personas que se prostituyen en Francia pueden considerarse víctimas de la legislación del país que penaliza a los clientes de sus servicios a consecuencia del daño personal que ellas sufren por el empeoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida (31/08/2023: demanda n.º 63664/19 en proceso de resolución)

Pero la arrogancia del feminismo punitivista no tiene límites. Su normativismo a la hora de transformar valores colectivos, como la igualdad, en modelos jerárquicos, rígidos y excluyentes conduce a marginar e ignorar la experiencia de muchas mujeres, las más vulnerables (Vance, 1989: 39 y ss., 42). Como si esa jerarquización no fuera sino una estructura más de desigualdad en que se organizan las diferencias entre las mujeres, y «para conquistar la igualdad —como dice Paula Sánchez— hay que empezar por conquistar la igualdad política entre las mujeres mismas». O, en palabras de Carole Vance:

Parte de las reticencias de muchas feministas [...] se derivan del «miedo a las diferencias entre las mujeres». Si las mujeres se organizan alrededor de su opresión por medio y a través de la diferencia con los hombres, ¿no deberían mantener un frente unido que destacara su característica unificadora y compartida, el hecho de ser mujeres?... Una vez que se reconocen las diferencias, ¿qué puede impedir que se vuelvan amargas y divisorias, y que rompan la base de la acción política conjunta? En una sociedad que estructura y mantiene los antagonismos entre grupos, ¿qué modelo tenemos para reconocer las diferencias y trabajar juntas? (Vance, 1989: 39).

trabajadoras del sexo sin contar con ninguna base jurídica. Como afirma Cugat (2023), a falta de ilicitud, el derecho se ve sustituido por un imperativo moral o, si se prefiere, por intereses puramente políticos. También Villacampa (2012, 131).

IV. REFLEXIONES FINALES: LAS CARAS OSCURAS DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LAS MUJERES

Antes de que la nueva ley del «solo sí es sí» institucionalizara el modelo del consentimiento como centro clave de la violencia sexual, la libertad femenina estaba sometida a prueba y su consentimiento se encontraba fragmentado, gracias a arbitrarias mediciones de grados cuantitativos y/o cualitativos que estaban a merced *de la mayor o menor fuerza opositora* o de *un consentimiento más o menos profundo* de las mujeres.

Era el signo identificativo de las diferencias entre la agresión y el abuso sexual, que descansaban en el inquietante examen de las actitudes de la víctima frente al agresor y fuente principal de la revictimización femenina. Hacerlos desaparecer se convirtió en una asignatura pendiente para las feministas, a sabiendas de su «falta de sintonía» con el derecho y con su lectura complaciente con estereotipos, mitos patriarcales y, en general, modelos no contrastados con la experiencia original de las mujeres (Alvarez Medina 2023: 351).

Pudiera pensarse que ahora el consentimiento está a salvo, pero las jerarquías subsisten. Muchas experiencias contadas siguen poniendo en evidencia las *caras oscuras* del consentimiento sexual (Serra, 2023). Hablando de la *cultura de la violación*, Raquel Miralles nos narra la denuncia colectiva de las temporeras de Huelva que se produjo dos meses después de las primeras sentencias sobre el famoso caso de La Manada. Eran mujeres que trabajaban en la campaña de recogida de la fresa en condiciones especialmente precarias, que fueron acosadas, abusadas y chantajeadas por sus encargados. Hablamos de decenas de mujeres marroquíes, de entre treinta y cincuenta años, que sufrieron agresiones sexuales trabajando temporalmente en un país que no era el suyo. Las violaciones sucedían de forma sistemática desde hacía, al menos, una década. Los abusos no se produjeron de noche, por parte de desconocidos, y las agredidas no eran estudiantes jóvenes. ¿Cómo denunciar cuando eres extranjera, no entiendes el idioma y puedes perder tu trabajo? ¿Cómo denunciar —y conseguir que te crean— en un país en el que trabajas de forma temporal? Pese a todo, algunas de ellas se organizaron para denunciarlo a la justicia y a los medios de comunicación, pero todas las causas fueron archivadas.

Como feministas debemos preguntarnos, dice la autora, ¿por qué en un caso salimos masivamente a la calle y en el otro no? ¿Por qué establecimos un vínculo de hermandad con la mujer que denunció a La Manada y no lo hicimos, en cambio, con las temporeras de Huelva? ¿Fue acaso responsabilidad de los medios por no haber dado suficiente cobertura al segundo caso? ¿Hasta qué punto dependen nuestras reivindicaciones de la agenda mediática? Muchos factores posibilitaron que las convocatorias por el caso de La Manada

fueran masivas, pero la respuesta feminista al caso de las temporeras de Huelva fue triste e insuficiente. Si queremos analizar y combatir de qué modo opera la cultura de la violación en nuestras vidas, es necesario preguntarnos en qué medida, como feministas, participamos en esta estructura sexista que distingue a mujeres de primera y mujeres de segunda (Miralles, 2020: 86,87).

La posición libertaria de Raquel Miralles es una llamada a la sororidad sin discriminaciones de clase. Da igual que las *caras oscuras* de su consentimiento se vean representadas por migrantes trabajadoras del campo o por mujeres estigmatizadas por su trabajo sexual. La jerarquía funciona en ambos casos con la única diferencia de que en la prostitución su discriminación clasista es, además, vocacionalmente legal porque trasgrede un código nutrido de normas arbitrarias sobre el sexo correcto o incorrecto que demoniza la disidencia en la sexualidad. Como con razón dice Carole Vance, toda política feminista sobre el sexo debiera dejar de establecer certezas, «zonas de seguridad» alimentadas por la ignorancia y el oscurantismo, sin volverse dogmática, seca, controladora e ineficaz (1989: 42, 48).

Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. Madrid: Reus.
- Acale Sánchez, M. y Faraldo Cabana, P. (2018). Presentación. En P. Faraldo y M. Acale (dir.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 11-29). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Acale Sánchez, M. (2021). Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma. *IgualdadES*, 5, 467-485. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>.
- Álvarez García, F. J. (2022). La libertad sexual en peligro. *Diario La Ley*, 1-36.
- Álvarez García, F. J. (2023). Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25 (3), 1-28. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.13>.
- Álvarez Medina, S. (2022) El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios. *Jueces para la Democracia*, 105, 35-52.
- Álvarez Medina, S. (2023). La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 47, 349-380
- Asúa, Batarrita, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. En A. Rincón (coord.). *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (pp.46-101). Vitoria-Gasteiz: Instituto Vasco de la Mujer.
- Asúa, Batarrita, A. (2009). El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales. En P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. M. Rubio (coords.). *Género, violencia y derecho* (pp. 101-136). Ciudad Autónoma Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Bodelón González, E. (1998). Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres. En A. Rincón (coord.). *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (pp. 183-202). Vitoria-Gasteiz: Instituto Vasco de la Mujer.
- Brownmiller, S. (1981). *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Barcelona: Planeta.
- Cancio Meliá, M. (2023). Ley de solo sí es sí: un debate irreal. *Revista de Prensa*, 12-02-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/48wzaebr>.
- Cárdenas, J. F. (2022). Qué es la cultura de la violación, un concepto descrito por la ONU como «omnipresente». *Newtral*, 01-12-2022. Disponible en <https://tinyurl.com/yc2y5c84>.
- Caruso Fontán, V. (2023). *Requiem* por los abusos sexuales. En P. García, M. V. Caruso y M. Rodríguez (coords.). *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»* (pp. 95-113). A Coruña: Colex.
- Cuerda Arnau, M. L. (2018). Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado. En S. Rodríguez, M. Á. Fuentes, P. Faraldo y M. Acale (coords.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 103-132). Valencia: Tirant lo Blanch,
- Cugat Mauri, M. (2023). El cierre de las webs de prostitución y los consumidores. *Almacen de Derecho* [blog], 06-11-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/3h-fhmpvt>.
- De Miguel, A. (2016). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra.
- De Vicente Martínez, R. (2018). El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción. En S. Rodríguez, M. Á. Fuentes, P. Faraldo y M. Acale (coords.). *Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 171-215). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz y García Conlledo, M. y Trapero Barreales, M. A. (2021). ¿Razones para la reforma de los delitos sexuales? En D. M. Santana Vega, S. Fernández Bautista, S. Cardenal Montraveta, D. Carpio Briz y C. Castellví Montserrat (dirs.). *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez* (pp. 545-570). Barcelona: Atelier.
- Díez Ripollés, J. L. (2019). Alegato contra un derecho penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21 (10), 1-29.
- Dubois, E. C. y Gordon, L. (1989). La búsqueda del éxtasis en el campo de batalla: peligro y placer en el pensamiento sexual feminista. En C. S. Vance (comp.). *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina* (pp. 51-78). Madrid: Talasa.
- Echols, A. (1989). El ello domado: la política sexual feminista entre 1968-83. En C. S. Vance (comp.). *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina* (pp. 79-112). Madrid: Talasa.
- Erikson, J. H. (2008). Lo que falla en el modelo sueco. En E. Ación y J. L. Solana (eds.) *Los retos de la prostitución. Estigmatización, derechos y respeto*, (pp. 185-190). Granada: Comares.

- García Arán, M. (2023). Consentimiento y libertad. *El País*, 1-02-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/25drx8wn>.
- Gil Gil, A. y Núñez Fernández, F. (2022). A propósito de «La Manada»: análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales.
- Jimeno, B. (2012). *El debate sobre la prostitución*. Disponible en: <https://tinyurl.com/56echjtr>.
- Jimeno, B. (2014). *La prostitución tiene que ver con la igualdad, no con el sexo*. Disponible en: <https://beatrizjimeno.es/2014/03/07/la-prostitucion-tiene-que-ver-con-la-igualdad-no-con-el-sexo/>.
- GREVIO (2020). *Primer Informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul) ESPAÑA*. Disponible en: <https://tinyurl.com/mr2dwjmf>.
- Jacobson, P. (2007). Suecia. El malo de la película. En C. Briz y C. Garaizábal (coords.). *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas* (pp. 113-116). Madrid: Talasa.
- Juliano, D. (2004). *Excluidas y marginales*. Madrid: Cátedra.
- Lagarde, M. (2000). *Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
- Larrauri, E. (1994). Control formal...Y el derecho penal de las mujeres. En E. Larrauri (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología* (pp. 93-108). Madrid: Siglo XXI de España.
- Laurenzo Copello, P. (2015). ¿Hacen falta figuras de género para proteger mejor a las mujeres? *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 783-830.
- Laurenzo Copello, P. (2022). La contrarreforma de los delitos sexuales. Tanto camino para nada. *El País*, 7-3-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/yc3mtv66>.
- Laurenzo Copello, P. (2023). Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un equilibrio siempre inestable. En D. Silva (comp.). *Liber Amicorum. Profesora Mariana Malet Vázquez* (pp. 555-576). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Lloria García, P. (2023). El gatopardismo y la propuesta de reformar los delitos contra la libertad sexual. *El País*, 10-2-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/457z7tdj>.
- Manifiesto en defensa de la centralidad del consentimiento sexual en el Código Penal* (2023). Disponible en: <https://tinyurl.com/bdd3cbae>.
- Maqueda Abreu, M. L. (2007). ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico. *InDret*, 1-43.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Comares.
- Maqueda Abreu, M. L. (2020). La deriva punitivista del feminismo institucional. En M. Pérez Manzano (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta*

- Tocildo* (pp. 269-279). Madrid: Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones.
- Mestre, R. (2008). Trabajo sexual e igualdad. En I. Holgado Fernández (coord.). *Prostituciones. Diálogos sobre sexo de pago* (pp. 55-62). Barcelona: Icaria.
- Mestre i Mestre, R., Martín Díaz, E., Fernández Bessa, C y Brandáriz García, J. A. (2019). *Abolicionismo y prostitución: la gobernanza del simulacro*. Disponible en: <https://tinyurl.com/y7b3fzs8>.
- Miralles, R. (2020). Cultura de la violación: una cuestión política. *Libre Pensamiento*, 102, 83-88.
- Molina Petit, C. (2009). Sobre los excesos del constructivismo o cuando convertimos el pene en falo. En P. Laurenzo, M. L. Maqueda Abreu, A. M. Rubio Castro (coords.). *Género, violencia y derecho* (pp. 137-142). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- Pomares Cintas, E. y Maqueda Abreu, M. L. (2022). *Mujeres: entre la igualdad y un nuevo orden moral*. Disponible en: <https://tinyurl.com/ym2unxnm>.
- Quintero Olivares, G. y Portilla Contreras, G. (2022). *La reforma de los delitos contra la libertad sexual*. Disponible en: <https://tinyurl.com/pxtyt2bv>.
- Ramos Vázquez, J. A. (2023). Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí». *Teorder*, 34, 230-255.
- Rubin, G. (1989). Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad. En C. S. Vance (comp.) *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina* (pp. 113-190). Madrid: Talasa.
- Sánchez Perera, P. (2022). *Crítica de la razón puta: cartografías del estigma de la prostitución*. Madrid: La Oveja Roja.
- Serra, C. (2021). *Negar el consentimiento. A propósito de la ley de libertades sexuales*. Disponible en: <https://tinyurl.com/4cemkct8>.
- Serra, C. (2023). *El problema del consentimiento*. Disponible en: <https://tinyurl.com/jmpyajau>.
- Smart, C. (1994). La mujer del discurso jurídico. En E. Larrauri (comp.) *Mujeres, Derecho penal y criminología* (pp. 167-177). Madrid: Siglo XXI de España.
- Vance, C. S. (1989). El placer y el peligro: hacia una política de sexualidad. En C. S. Vance (comp.) *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina* (pp.9-50). Madrid: Talasa.
- Villacampa Estiarte, C. (2012). Políticas de la criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 81-142.

EL CONSENTIMIENTO Y SUS SOMBRAS PATRIARCALES

Consent and its patriarchal shadows

ROSA COBO BEDÍA
Universidade da Coruña
rosa.cobo@udc.es

Cómo citar/Citation

Cobo Bedía, R. (2024).
El consentimiento y sus sombras patriarcales.
IgualdadES, 10, 319-335
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.11>

(Recepción: 05/02/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

Resumen

El debate sobre el consentimiento sexual de las mujeres es reciente en la sociedad española. Si bien desde los años ochenta en EE. UU. se ha reflexionado sobre esta cuestión, el #MeToo, movimiento fundamental en la explosión global de la *cuarta ola* feminista, ha situado en el centro de la opinión pública la cuestión de la violencia sexual. En este artículo se analizarán las sombras patriarcales que envuelven el consentimiento sexual.

Palabras clave

Consentimiento sexual; violencia sexual; jerarquía patriarcal; contrato.

Abstract

The debate about women's sexual consent is recent in Spanish society. Although this issue has been reflected on in the US since the 1980s, #MeToo, a fundamental movement in the global explosion of the fourth feminist wave, has placed the issue of sexual violence at the center of public opinion. This article will analyze the patriarchal shadows that surround sexual consent.

Keywords

Women's sexual consent; sexual violence; patriarchal hierarchy; contract.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN II. ORIGEN DE LA CATEGORÍA DE CONSENTIMIENTO. III. CONSENTIMIENTO Y VIOLENCIA SEXUAL. IV. ALGUNOS PROBLEMAS DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL. V. EL LUGAR DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN EL PROYECTO POLÍTICO FEMINISTA. VI. LOS CLAROS DEL CONSENTIMIENTO.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La discusión acerca del consentimiento es relativamente reciente en la sociedad española. En EE. UU., sin embargo, desde finales de los años ochenta el feminismo ha reflexionado críticamente sobre esta cuestión. La explosión del #MeToo alrededor de la denuncia de la violencia sexual en el cine ha facilitado el acercamiento de este debate a nuestro contexto; y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ha sido la que definitivamente ha situado el consentimiento en el centro de la agenda política española. Esta ley ha impuesto la retórica del consentimiento en la opinión pública y ha terminado de colocar este concepto en el debate feminista. Así, el consentimiento aparece vinculado a las agresiones sexuales.

Durante la segunda década del siglo XXI ha estallado lo que el feminismo ha conceptualizado como la *cuarta ola* feminista: un movimiento de masas de carácter global. La vindicación política que hará explotar estas movilizaciones será la denuncia contra la violencia sexual. Ese grito colectivo se ha escuchado en todos los continentes. Millones de mujeres reconocen la violencia sexual en sus biografías. Otras no lo han sentido en sus cuerpos, pero la temen. La rabia de este grito ha movilizad conciencias, pero también ha provocado reacciones adversas. Muchos varones se han interrogado con malestar acerca de si las demandas a sus compañeras para tener sexo, a veces con enfado o presiones y sin deseo por parte de ellas, es una forma de violencia, tal y como denuncia el feminismo. A medida que se ha puesto en pie una lógica analítica y política de búsqueda de todas las formas de violencia en diferentes situaciones y espacios, grupos masculinos han rechazado nombrar esta realidad por su nombre. La han enmascarado con palabras como seducción o flirteo y allí donde las feministas perciben violencia, estos grupos apelan al consentimiento. Por todo esto y por más razones, las discusiones en torno a la violencia sexual en el siglo XXI ya están indisolublemente unidas a la idea de consentimiento.

II. ORIGEN DE LA CATEGORÍA DE CONSENTIMIENTO

Esta categoría se gesta en la modernidad con el fin de distinguir las relaciones sociales que son legítimas de las que no lo son. Surge para irracionaizar y arrumbar el sistema político y social medieval y para dotar de legitimidad las nuevas instituciones y las nuevas jerarquías sociales que ha impuesto la modernidad occidental. Así, para el mundo moderno la libertad se encarna en el contrato y este en el consentimiento. El *corpus* teórico que acuña la Ilustración incluye abstracciones como mérito, consentimiento, libertad, igualdad, universalidad, derechos o democracia, entre otros. En el interior de este cuerpo teórico la noción de consentimiento ha tenido una dimensión fundamentalmente política, pues su utilidad ha sido la de sancionar la validez de los contratos en la vida política y económica. El consentimiento dota de legitimidad a los contratos. El contrato es lo que confiere legitimidad a las instituciones políticas, a las relaciones sociales y a la democracia. El acto de consentir certifica que el individuo es el sujeto de la nueva sociedad emanada del contrato social. En otros términos, la palabra *consentimiento* encontró un lugar en el desarrollo del vocabulario democrático (Fraise, 2012: 32).

Este concepto se acuñará en el marco de la teoría contractualista. La ficción política que es el contrato social es inseparable de la noción de consentimiento. Las jerarquías sociales y los entramados institucionales solo llevan la marca de la legitimidad si los ciudadanos los aceptan formalmente a través de contratos libremente firmados.

El consentimiento es descriptivo y normativo. Como categoría no habla solo de la realidad de los individuos que otorgan su consentimiento a un contrato o a una relación social. También tiene una dimensión normativa, pues propone que la legitimidad de las relaciones sociales debe articularse alrededor del contrato. Esta idea está en el fundamento de la democracia moderna. Si el sujeto no consiente formalmente, la sombra de la deslegitimación se cierne sobre el conjunto de relaciones sociales, políticas y económicas sobre las que se asientan los sistemas democráticos. Por tanto, el consentimiento está concebido como una de las piedras angulares de la democracia.

Sin embargo, si como principio ético y político es indiscutible —como instancia de regulación, pues ensancha y fortalece la subjetividad y es el fundamento de las nociones de *ciudadanía* y de *individuo*—, como mecanismo de legitimidad política ha sido colonizado por intereses dominantes. El sistema patriarcal y el capitalismo han encontrado en el consentimiento el modo de silenciar la existencia de jerarquías de poder con la coartada de la libertad del individuo. El argumento que se difunde desde instancias dominantes y que se ha logrado colocar en el imaginario colectivo es que la libre voluntad del

individuo legitima cualquier acción social, realidad o contrato. En el mismo sentido, Carole Pateman señala que el consentimiento no es una ficción política emancipadora, como tampoco lo es la de individuo. Como explica en este sentido Geneviève Fraisse, «la modernidad abre el debate sobre “la servidumbre voluntaria”» (Fraisse, 2018: 101). Pateman lo analiza como una categoría funcional a los sistemas capitalista y patriarcal cuyo objetivo es hacer plausible el entramado institucional sobre el que se articulan estas dominaciones. Del análisis de esta politóloga no solo no se puede deducir que el consentimiento sea útil a la emancipación de las mujeres, sino que es un mecanismo político esencial en la legitimación del patriarcado.

La categoría de consentimiento, tal y como sostiene Pateman, ha contribuido a ocultar las relaciones de poder sobre las que se constituyen los sistemas de dominio. Por eso, la teoría feminista comenzará a reflexionar sobre este asunto en el contexto intelectual y político de la *tercera ola* feminista. El feminismo radical y su secuela, el feminismo cultural, pronto analizarán el consentimiento como una estratagema patriarcal para legitimar el dominio masculino en el terreno de la sexualidad con el argumento de la libertad (Mackinnon, 1995: 221-273). El consentimiento no resuelve la desigualdad de recursos y poder entre hombres y mujeres ni disuelve la jerarquía patriarcal. Hoy, el debate sobre el consentimiento encarna una preocupación y una lucha política feminista. Y solo la teoría crítico-feminista está colocando este tema como objeto de estudio y como denuncia política. El feminismo ha politizado la categoría de consentimiento, ha desvelado las dificultades que tiene ese mecanismo político para las mujeres y lo ha puesto sobre la mesa con el objetivo de reflexionar sobre la violencia sexual. La conceptualización y politización de esta categoría ha mostrado la violencia sexual que soportan cotidianamente las mujeres, así como la debilidad de su estatus de ciudadanas; muestra también la socialización diferenciada entre hombres y mujeres y contribuye a poner al descubierto la estratificación patriarcal que coloca a las mujeres en posiciones permanentes de subordinación.

Sin embargo, el contrato sexual que se *firma* entre un varón y una mujer es un contrato de naturaleza distinta a la de un contrato legal. No hay que confundir el consentimiento contractual con el consentimiento sexual:

El contrato vincula el consentimiento a la idea de que se ha expresado una voluntad de acuerdo que exige un cumplimiento o un curso de acción no susceptible de ser evitado o reformulado [...]. A pesar de que existen semejanzas entre una y otra manifestación de la voluntad, el objeto de la relación sexual consentida no puede, por sus propias características, depender de una única manifestación de la voluntad, ya que esta puede variar a lo largo del desarrollo de las relaciones presexuales o sexuales en cuestión. La propia configuración de la relación, como algo dinámico,

sujeto a cambio, comunicación y confirmación, hace que la voluntad deba actualizarse a lo largo de la relación según se avance hacia un encuentro sexual íntimo» (Álvarez Medina, 2023: 360).

Por tanto, hay que distinguir analíticamente la diferencia entre consentimiento contractual y consentimiento sexual para comprender las discusiones entre libertad, coacción y servidumbre.

III. CONSENTIMIENTO Y VIOLENCIA SEXUAL

El debate que se ha desarrollado en estos últimos tiempos en torno al consentimiento sexual está centrado en distinguir lo que es violencia sexual de lo que no lo es. Por eso, en algunos países se está introduciendo el consentimiento en la justicia penal. Sin embargo, y como pretendo analizar en este artículo, mi propósito es reflexionar sobre las sombras patriarcales del consentimiento sexual. El punto de partida no puede ser una renuncia y descalificación absolutas de este mecanismo de legitimación política, a pesar de que su propio origen androcéntrico determine en buena medida su aplicación práctica. ¿Se puede argumentar con coherencia que el consentimiento es un instrumento adecuado para los varones y que las mujeres deben ser excluidas o excluirse de ese derecho debido a los sesgos patriarcales de este mecanismo político? La propuesta que se defenderá en este texto es que el consentimiento es inherente a la democracia y dota de contenido al principio ético y político de libertad. Este mecanismo político no puede legitimar cualquier contrato, pero tampoco pueden prescindir las mujeres del acto político y sexual de consentir como vía de legitimación de los pactos y relaciones que entablan.

Ahora bien, que el consentimiento político sea una práctica fundamental para el sistema democrático, no excluye que los sectores dominantes de la sociedad se reapropien de esa práctica política para legitimar sus intereses. El poder masculino ha privado a lo largo de la historia de ese derecho a las mujeres. Solo cuando a partir del siglo XVIII el feminismo se articula en un actor político e interviene en la vida pública, en algunas partes del mundo se conquista la posibilidad de que las mujeres puedan firmar contratos. La secuencia más o menos ha sido esta: primero no son seres plenamente políticos y, por tanto, no pueden firmar contratos. Su voluntad y libertad es sustituida por la del marido, padre, hermano o hijo. En segundo lugar, tras una lucha interminable las mujeres de algunas partes del mundo pueden convertirse en titulares de algunos contratos. En algunas sociedades incluso tienen el derecho a ser titulares de prácticamente todos los contratos. Cuando esto sucede se convierten en sujetos políticos. Sujetos políticos plenos en el terreno de lo

formal e infrasujetos en el terreno de lo material. Y, en tercer lugar, las mujeres han conquistado el estatus de titulares de los contratos políticos y económicos, pero no pueden serlo en el ámbito de la sexualidad. Como argumentaba el feminismo radical en los años setenta, la clave del poder patriarcal se encuentra en el control masculino de la sexualidad y de la reproducción de las mujeres. Tal y como explicaban las feministas radicales, la sexualidad es el elemento fundacional del poder masculino.

El consentimiento sexual tiene un espacio precario e inestable entre dos realidades materiales que lo aprisionan: de un lado, la violencia sexual; de otro, la libertad sexual. En otros términos, las mujeres son objeto de la violencia sexual, mientras que la libertad sexual se ha desarrollado socialmente en la dirección de garantizar la disponibilidad de las mujeres para uso sexual masculino (Cobo, 2015: 7-19). La cultura del consentimiento sirve tanto para interpelar la violencia como para legitimar la libertad sexual patriarcal. Por eso conviene extendernos sobre este debate. El consentimiento transita entre dos imaginarios políticos: el de la libertad sexual masculina y el de la emancipación de las mujeres. Cuando se usa en el marco del imaginario de la libertad sexual se sobredimensionan dos realidades, el deseo y la voluntad (de los varones). El deseo para poner en duda la absoluta y radical validez del consentimiento por la dificultad que entraña consentir en el interior de pulsiones imprevisibles, opacas, desconocidas para el propio individuo. Y la voluntad para afirmar el consentimiento. La prostitución, la pornografía, las relaciones sadomasoquistas o el sexo de adultos con menores necesita de la voluntad del consentimiento para justificar su legitimidad. Ahí no hay opacidad, solo un sujeto racional que calcula y elige libremente.

Cuando el consentimiento aparece en el imaginario de la emancipación lo hace indisociablemente unido a las relaciones de poder patriarcal. ¿Qué grado de validez tiene consentir cuando las condiciones materiales y simbólicas empujan a las mujeres al sí? Quien ha sido socializado para decir que sí, quien ha recibido una educación para la desigualdad o quien ha crecido en la indefensión y en la creencia de que los hombres tienen algo de lo que la mujer carece, ¿de dónde saca razones y fuerza para decir que no, para no consentir? Lo que nos interesa en este trabajo para comprender este debate es el vínculo complejo y ambivalente entre consentimiento y poder masculino.

Prescindir del consentimiento, en tanto condición de posibilidad de la autonomía individual, es sancionar la minoría de edad de las mujeres, pero entender el consentimiento como un hecho ahistórico, ajeno a las relaciones de poder, imparcial y trascendental, como si fuese el único eje de la libertad, y como si estuviese por encima de las complejas y enmascaradas estratificaciones patriarcales, es una ilusión que carece de base material. La legitimidad del consentimiento exige condiciones para su validez. Fuerzas sociales difíciles de

identificar para miradas no críticas trabajan en la dirección de vaciar de contenido la noción de autonomía. Una de las mayores conquistas del sistema capitalista y del sistema patriarcal —además de otros sistemas de poder, como el racial y el cultural— ha sido enfrentar el consentimiento a las estructuras de dominio con el argumento de que no hay nada que sea superior ética y políticamente a la libertad individual, es decir, al consentimiento. Por eso, es preciso preguntarse si las voces de sujetos que se identifican con las estructuras hegemónicas tienen mayor validez ética que aquellas que critican esas estructuras dominantes y opresivas. Las voces de aquellos sujetos que no interpelan los sistemas de poder que les oprimen o subordinan son presas de lo que Bourdieu denomina la violencia simbólica (Bourdieu y Passeron, 2014). Los sistemas de poder sobreviven porque se naturalizan, porque los individuos los normalizan e inconscientemente los hacen parte de un orden natural de las cosas que suponen que es imposible de alterar. Los sistemas de poder existen y se reproducen históricamente a pesar de las voces críticas o de adhesión de quienes están inscritos en esas estructuras de poder, a no ser que esas voces críticas se organicen en un actor político colectivo que oriente su actividad política hacia la transformación social. Las voces críticas erosionan la estructura de plausibilidad del sistema, mientras que las voces que se adhieren al sistema facilitan su perdurabilidad.

El consentimiento, como mecanismo de legitimación política de los sectores hegemónicos de la sociedad, es traducido en términos de libertad individual. Sin embargo, los pensamientos críticos, como el feminismo, el antirracismo, la crítica al colonialismo o aquellas teorías hijas del marxismo ponen el foco en la estratificación social y en las jerarquías de poder. Es imposible disociar el consentimiento de la libertad del individuo, pero también es condición de posibilidad para una teoría crítica, como es el feminismo, no desligar el consentimiento de las dominaciones. Conceptualizar el consentimiento solo como libertad individual tiene efectos de despolitización y descarga de contenido la propia idea de autonomía en un sentido ilustrado.

Por tanto, el consentimiento es un mecanismo sociopolítico lleno de implicaciones para las mujeres. Y por eso también es un tema de reflexión para el pensamiento feminista contemporáneo desde hace décadas. Autoras como Catherine Mackinnon, Carole Pateman o Geneviève Fraisse, entre otras, han escrito sobre este asunto desde diferentes disciplinas y con distintos matices. Tal y como señala Geneviève Fraisse: «Una palabra corresponde a un problema y eso hace concepto» (Fraisse, 2018). El consentimiento es una categoría central de la teoría política moderna a efectos de legitimar las relaciones sociales, políticas y económicas que consagran la desigualdad. Sin embargo, el consentimiento sexual tiene una lógica interna diferente, a pesar de que ambos forman parte de un mismo universo de sentido.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL

La sexualidad se desarrolla, según los términos del debate sobre el consentimiento, cuando los varones no respetan la voluntad sexual de las mujeres. Cuando no dan valor a su palabra ni a sus gestos. Cuando su deseo no es tenido en cuenta. La cultura del consentimiento afirma que solo cuando las mujeres dicen sí, la sexualidad es legítima. Sin embargo, al feminismo le interesan las condiciones materiales sobre las que se asienta el consentimiento. Antes de consentir hay un largo camino de violencia oculta, implícita, no fácil de nombrar como violencia ni como violencia sexual. Ese es el terreno de la persuasión y de las estrategias de presión masculinas de quienes acumulan históricamente una posición de poder. Antes de consentir nos encontramos con la desigualdad entre hombres y mujeres profundamente inscrita en la vida social.

La interpelación del consentimiento sexual solo es posible si comparamos el supuesto de que vivimos en sociedades patriarcales en las que los varones tienen posiciones dominantes consolidadas tanto en las estructuras simbólicas como en las estructuras materiales. En cada una de las instituciones y realidades sociales está profundamente anclada la jerarquía patriarcal. Todas las instituciones envían a la sociedad mandatos de inferioridad de las mujeres. Aunque, al mismo tiempo, hay instituciones y realidades sociales que envían también mensajes de igualdad. La igualdad y la desigualdad a veces operan al mismo tiempo, sin que una neutralice a la otra.

Los procesos de socialización son la condición de posibilidad para que una sociedad no se fragmente ni entre en descomposición. Y eso solo sucede si los individuos aceptan las reglas por las que se regula esa comunidad. Para ello no es suficiente la coacción. Ese es el último mecanismo al que acude el poder en las sociedades democráticas. Para que una sociedad perdure en el tiempo, para que una comunidad no se quiebre se necesita que los individuos que la forman ni siquiera se pregunten por la pertinencia de las reglas que la regulan. Es necesario que las acepten como si formasen parte de un orden natural. En la naturalización de las reglas juegan un papel esencial los procesos socializadores.

La socialización es la condición de la reproducción de cualquier sistema social, de cualquier dominación. En una sociedad patriarcal la socialización de género tiene como finalidad que hombres y mujeres acepten la propuesta hegemónica de feminidad y masculinidad normativas que, a su vez, se convierten en elementos centrales del imaginario simbólico de la sociedad. La normatividad femenina está articulada alrededor del sí, del no poder, de la pasividad, de la aceptación del poder masculino. Está configurada a medida de los intereses de los varones, que son quienes tienen una posición de

hegemonía en las sociedades patriarcales. ¿No es desde la propia estructura social y la totalidad del entramado institucional, asentados ambos sobre la división sexual del trabajo, desde donde se envían mandatos de inferioridad a las mujeres? Los procesos de socialización desembocan en lo que Bourdieu denomina la violencia simbólica. Esa violencia no deja de ser tal cuando los sujetos que la padecen no tienen conciencia de su existencia. Explica Durkheim en su magnífico libro *Las reglas del método sociológico* (1982: 56-68) que los hechos sociales son coactivos para el individuo, pero solo sienten esa coacción cuando tratan de escapar de ellos, cuando los pones en cuestión y no los aceptas. Por tanto, la normatividad femenina solo es sentida como una estructura de poder cuando se produce una desidentificación con las normas que la constituyen. Cuando eso no ocurre las normas que regulan la normatividad femenina ni siquiera son entendidas y vividas como normas. Forman parte de la metapolítica, del *sentido común* colectivo. Niñas y niños son socializados de manera distinta. Los niños son socializados para el poder y las niñas para el no poder (Del Valle, 1992/93: 5-16). Desde la familia hasta la escuela, desde los juegos hasta la literatura infantil, entre otros fenómenos sociales, nos encontramos con mandatos de desigualdad. ¿Con una subjetividad marcada por la desigualdad tiene el mismo significado y la misma contundencia el consentimiento sexual para hombres y mujeres?

Katherine Angel explica que las mujeres son educadas para tener en consideración de una forma desmedida los sentimientos y el bienestar de los hombres, pero también para que se hagan cargo de su ira y su violencia:

Además, se le enseña que, si «emite señales» debe prever las reacciones; que, si dice «no» después de que parezca que ha mostrado interés, ella será la única culpable de las repercusiones. El ego masculino herido es proclive al ataque, y teniendo en cuenta que gran parte de la comunicación social es indirecta —especialmente cuando el miedo entra en juego—, la mujer puede decir que no con precaución, cautela, indirectamente, como para permitir que el hombre guarde las apariencias y evitando contrariarlo (Angel, 2021: 23).

Un poco más adelante explica que «es difícil decir que no» (í.d.) y que «cuando se considera que una mujer ha accedido a algo, ya no puede negarse a nada» (*ibid.*: 25).

La violencia simbólica se produce cuando los individuos están inscritos desde que nacen en tramadas y sólidas relaciones de poder. Naturalizar esa posición mermada de sujeto pone de manifiesto la violencia simbólica. Por tanto, el consentimiento pierde legitimidad si la autonomía de las mujeres es silenciosamente recortada, si su subjetividad es erosionada. Si aceptamos el supuesto de que los varones tienen una posición de hegemonía y de poder

sobre las mujeres —sin que esto presuponga negar la diversidad social, cultural, económica, racial y sexual en el interior del genérico masculino—, entonces hay que interpelar el consentimiento sexual. Esta es su gran debilidad. ¿Hasta qué extremo es libre el consentimiento sexual para las mujeres en una estructura social articulada para reproducir y al mismo tiempo ocultar la jerarquía patriarcal?

La asignación del consentimiento sexual a las mujeres como un derecho ya pone de manifiesto que carecen de él. Esta categoría está asentada en la noción de subordinación, contiene el subtexto de la desventaja social de las mujeres. ¿Quiénes consienten? Consienten las mujeres, a ellas se empuja, exige o pide el sí. La propia ficción del consentimiento nos devuelve la imagen de las mujeres como seres subordinados y como receptoras de violencia. Por tanto, el hecho de que el consentimiento sea de una sola dirección nos ofrece un retrato claro y preciso de la estructura social patriarcal. De esta forma, el consentimiento sexual expresa la posición de infrasujetos de las mujeres. Les carga de responsabilidad a ellas y descarga a los varones. Sobre ellas, con su afirmación o negación, descansa no solo el debate o la reducción de la violencia sexual, sino también la negociación de los deseos en el intercambio sexual: «En los últimos años han aflorado dos requisitos para el sexo satisfactorio: consentimiento y autoconocimiento. En el terreno sexual, donde el concepto de consentimiento es el rey supremo, las mujeres deben tomar la palabra... Y deben tomar la palabra con respecto a lo que quieren. También deben, por tanto, saber qué es lo que quieren» (*ibid.*: 19).

¿Sería concebible un tipo de debate que colocase la violencia sexual y el consentimiento en el espacio masculino y toda la discusión se desplegara sobre las agresiones de los hombres y lo que debe hacerse para desactivarlas? Es preciso que se produzca un desplazamiento conceptual y político desde la mujer agredida al varón agresor. El feminismo ha mostrado el carácter estructural sobre el que se asientan esas agresiones. Y, sin embargo, el debate exige a las mujeres conocimiento y voluntad para detenerlas. La sociedad patriarcal nos convierte en objetos y la ideología dominante nos demanda que nos convirtamos en sujetos fuertes y poderosos solo para detener la violencia. La legitimidad del debate sobre el consentimiento sexual se fundamenta en un subtexto en el que la jerarquía entre hombres y mujeres está invertida. En otros términos, las mujeres tienen una posición marcada de desventaja social y los varones acumulan posiciones de poder y privilegios. Y, sin embargo, se demanda a las mujeres que transformen las lógicas de los intercambios sexuales y que detengan la violencia sexual. ¿No es incoherente que se exija posiciones de sujeto a quien está inscrita en los espacios materiales y simbólicos más devaluados de la vida social? Esa es otra de las sombras que persigue e interpela el debate sobre el consentimiento.

V. EL LUGAR DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN EL PROYECTO POLÍTICO FEMINISTA

¿Es el consentimiento un mecanismo político útil para las mujeres? ¿Qué relación existe entre el consentimiento y el proyecto emancipatorio que es el feminismo? ¿Es un lugar de autonomía? ¿Hay que incluir en este debate el *no* consentir, «dado que decir “sí” es también poder decir “no”?» (Fraisse, 2012: 23) ¿O tenemos que introducir un nuevo término, el *deseo*? Consentir en demasiadas ocasiones es ceder porque está muy arraigado en los mandatos socializadores que reciben las mujeres desde que nacen (Leguil, 2021: 39-40). La socialización y la naturalización de las estructuras de desigualdad y violencia hacen que el consentimiento y la cesión se confundan. Explica Fraisse que lo subversivo es plantar cara y decir que no (Fraisse, 2012: 139).

Como se argumentaba anteriormente, el consentimiento está envuelto en sombras patriarcales. Una de esas sombras es la resignificación de la idea de libertad individual en nuestro imaginario político en las últimas décadas. La irrupción de la globalización de las políticas económicas neoliberales ha debilitado el principio ético y político de igualdad y sobre esa debilidad ha crecido la libertad individual. Y esta idea está sólidamente arraigada en el consentimiento. Por tanto, el feminismo se encuentra con una idea, la libertad individual, articulada institucionalmente y resignificada para debilitar el *nosotras* sobre el que se asienta el feminismo.

El consentimiento es mostrado como la perfecta y utópica encarnación del ejercicio de la libertad. Como señalaba anteriormente, una relación social o una institución alcanzan su legitimidad si renuncian a la fuerza y pactan libremente los términos de esa relación. Lo que tiene que calibrar el feminismo es cuánto de fuerza encontramos en el consentimiento porque si bien este mecanismo político es desarrollado junto a otros para poner fin a la fuerza, cuando es tomado por el capitalismo y por el sistema patriarcal se puede convertir, y de hecho se convierte en numerosas ocasiones, en un acto contrario a la libertad. En un acto de fuerza *de facto*. Se convierte en una nueva servidumbre difícil de identificar porque la ideología dominante la presenta como un acto de libertad.

El nuevo capitalismo ha encontrado en la idea de libertad individual y en la de consentimiento sus fuentes primordiales de legitimación. Ese poderoso principio ético y político —la libertad—, que se desarrolló en el siglo XVIII en el corazón de la Ilustración, junto al principio de igualdad, se ha transformado en un dispositivo legitimador para los intereses de los sectores dominantes de nuestras sociedades. La idea de libertad, vinculada a la de autonomía y entendida como un derecho fundamental de los individuos —varones—, pero también como la condición de posibilidad de la democracia, ha entrado

en una profunda crisis como principio rector y ha sido sustituido por la idea de libertad individual. El mercado y el sistema patriarcal han colonizado ese principio y lo han puesto al servicio de estos sistemas de poder.

El concepto de libertad individual nos empuja a poner el foco en los individuos al tiempo que borra las estructuras de poder que los envuelven. En otros términos, el crecimiento de la idea de libertad individual tiene como efecto el ocultamiento del imaginario de la igualdad. La categoría de libertad individual, en el marco de los sistemas de poder, no se desarrolla como autonomía ni tampoco es entendida como efecto de la ampliación de la igualdad. Su característica es que está despojada de cualquier dimensión ético-normativa. Es una idea que solo adquiere sentido en el mercado. El individualismo posesivo, tal y como lo analizaba Macpherson (2005), se ha desarrollado hasta extremos inéditos en el siglo XXI. El mercado de consumo da forma a esta idea de libertad individual que ha crecido en el marco del nuevo capitalismo. Y al mismo tiempo, la idea de libertad individual funciona como el dispositivo fundamental de legitimación de ese mercado de consumo. Potencia los deseos y vacía de contenido los derechos. Por eso, precisamente, la libertad individual se ha convertido en la fuente primordial de legitimación del capitalismo neoliberal. Sobre esta idea se crean nuevas necesidades y se rearticula el mercado. Así, la libertad se convierte en un proceso aparentemente infinito de posibilidades y de elecciones. Y en esas potenciales elecciones se encarna la libertad. Y el contrato aparece como el paradigma del libre acuerdo entre individuos. La propia Carole Pateman ya advertía de esta maniobra teórica y política, pero desde que lo argumentó en *El contrato sexual* en 1988 hasta ahora la cultura del consumo y el avance de la mercantilización de los cuerpos femeninos se ha convertido en una de las principales amenazas para las mujeres. La legitimidad de nuestro sistema social se fundamenta en el contrato legal y sexual como forma de regulación de las relaciones entre los sexos. Los entramados institucionales y nuestra vida cotidiana han incorporado los contratos como mecanismo de legitimación política. «El contrato es el medio específicamente moderno de crear relaciones de subordinación, pero como la subordinación civil se origina en el contrato, se la presenta como libertad» (Pateman, 1995: 165). La dimensión que está adquiriendo la idea de libertad individual y la legitimidad en la que se está instalando la idea de consentimiento están haciendo de la libertad sexual una idea-fuerza que se ha colocado en el centro del imaginario simbólico de las sociedades occidentales.

Sin embargo, el triunfo absoluto de la idea de libertad individual, tan promovida y tan necesaria para el crecimiento del mercado, no ha sido solo asumida por el pensamiento conservador y neoliberal. La resignificación del principio de libertad, tan funcional al capitalismo, ha sido reivindicada por sectores intelectuales y políticos progresistas con la convicción de que la

radicalización de la libertad individual podría quizá transformarse en libertarismo. Han puesto en pie esta operación y la han aplicado a la prostitución, pornografía, vientres de alquiler e hipersexualización de los cuerpos de las mujeres: «Lo que hizo de la libertad un fenómeno problemático y ambiguo desde el punto de vista normativo fue su reivindicación simultánea como bandera ideológica de movimientos políticos y sociales, de una ética hedonista de la autenticidad y de la explotación intensiva del cuerpo sexual por vía de las industrias visuales» (Illouz, 2020: 308). Esta transición de la libertad individual liberal al libertarismo la han realizado estos sectores vía resignificación del consentimiento.

VI. LOS CLAROS DEL CONSENTIMIENTO

Nuestra hipótesis desarrollada en las páginas anteriores es que, si el consentimiento está ligado a voluntades individuales, concebidas ahistóricamente, es decir, no vinculadas a estructuras de poder y ajenas a las jerarquías que en buena medida determinan sus vidas, entonces el consentimiento no puede ser considerado desde una perspectiva ético-normativa una categoría útil para el feminismo y para las mujeres. El consentimiento sexual pierde toda plausibilidad ética si hay coerción, como en el caso de la prostitución y los vientres de alquiler (Nuño, 2020), y se debilita como instancia de legitimación si la violencia simbólica está tan tramada y tan naturalizada que oculta la dominación masculina. Las desigualdades de poder, la normalización simbólica de la subordinación, la explotación enmascarada, las adicciones, el desconocimiento, la necesidad de sobrevivir o el miedo vician el consentimiento. La legitimidad del consentimiento sexual no requiere solo de la libertad del individuo, que a veces, no es fácil de evaluar, necesita también de políticas y estructuras de igualdad. El concepto de consentimiento es políticamente útil para el feminismo si desciframos sus límites, si comprendemos la ideología patriarcal que tiene como objetivo que las mujeres legitimen con su voluntad los procesos de mercantilización de sus cuerpos.

La hipótesis es que el consentimiento es tan incuestionable como puede serlo la democracia. No puede ser desechada esa categoría por muy sesgada que esté a favor de los intereses masculinos —que, indudablemente, lo está— porque invalidarla sería aceptar la muerte de las mujeres como sujeto político. Sería colocarlas en una permanente minoría de edad. Supondría aceptar su condición política de infrasujetos. Ahora bien, ¿cómo resignificar un concepto de consentimiento ahistórico, descontextualizado, trascendental y ajeno a las relaciones de poder que contribuya a transformar el estatus de las mujeres de infrasujetos a sujetos?

En otros términos: ¿cuándo puede ser el consentimiento sexual legítimo? El consentimiento sexual nunca es completamente libre mientras las estructuras patriarcales sean la columna vertebral del sistema social. La legitimidad del consentimiento sexual para cada mujer depende del tipo de sociedad y de la ubicación social en la que ellas están situadas, pero también del desarrollo y constitución de la subjetividad de cada una. La igualdad es un elemento clave para evaluar la legitimidad del consentimiento.

Sin embargo, la tarea del feminismo no solo es analizar las sombras patriarcales de este mecanismo político, sino también señalar las grietas que está abriendo el feminismo en el debate del consentimiento. En otros términos, la discusión en torno al consentimiento sexual muestra la fuerza del feminismo al colocar esta categoría en el debate público, pues no solo está haciendo posible que identifique estructuras de poder que tienen la apariencia de ser neutras y de estar por encima de los entramados institucionales patriarcales, sino que también está argumentando sobre las formas de desactivarlas. El debate sobre el consentimiento está contribuyendo a rearmar teórica y políticamente al feminismo, pero también a identificar las trampas que enturbian el consentimiento sexual.

Si el consentimiento es una categoría patriarcal que sanciona y, en cierto modo, justifica la subordinación de las mujeres, lo es porque contribuye a fundamentar «la irrelevancia de la palabra testimonial femenina instituida fundacionalmente por el patriarcado y que la inhabilita para fundar genealogía» (Amorós, 2014: 33). Cualquier posición política, cualquier ley de igualdad que tenga como objetivo dotar de legitimidad el consentimiento sexual debe legitimar la palabra de las mujeres, «acogerla en el ámbito del logos» (*ibid.*: 33). La discusión política sobre el consentimiento sexual pone de manifiesto tanto la lucha por la legitimidad de la palabra de las mujeres como la ausencia material de la legitimidad de su palabra. La revisión feminista de este concepto es resultado de una larga lucha política, pues lo hace sobre prejuicios sólidamente instalados en el imaginario colectivo: «cuando una mujer dice no, quizá está diciendo sí» (y al revés). Las mujeres carecemos de credibilidad porque nuestra palabra y nuestros deseos nunca son claros y precisos para la ideología patriarcal. Este prejuicio masculino alimenta la idea de que las mujeres no saben lo que desean. Si no saben lo que desean, no será fácil definir que es una agresión sexual. Y si su palabra no tiene credibilidad, aunque afirmen que se ha producido una agresión sexual, la sociedad o el sistema de justicia no tiene por qué creerla. Que el consentimiento se haya colocado en el espacio público puede contribuir a dotar de relevancia y de credibilidad la palabra de las mujeres. El propio debate, en sí mismo, politiza la falta de credibilidad de la palabra de las mujeres. Y lo ha colocado críticamente en la agenda política feminista y en la del poder político.

La misma discusión que está teniendo lugar sobre el consentimiento sexual es un proceso de politización como respuesta al uso que los sectores dominantes de la sociedad están haciendo de esta categoría. Hoy, la discusión sobre el consentimiento sexual es un espacio de disputa entre aquellos sectores que proponen la utilización de este mecanismo político para legitimar sus espacios de poder y aquellos otros, fundamentalmente los sectores feministas, que argumentan que este concepto debe ser politizado y resignificado para dotar de credibilidad la palabra de las mujeres. Como ha argumentado lúcida-mente Celia Amorós, en feminismo conceptualizar es politizar (Amorós, 2005). Pues bien, esta es la tarea que ha emprendido el feminismo con la categoría de consentimiento sexual.

En la misma dirección, es preciso reflexionar sobre la relación entre consentimiento y autonomía. ¿Decir *sí* o *no* fortalece la autonomía femenina? ¿Cómo afecta la categoría de consentimiento a la autonomía de las mujeres? ¿Ensancha su subjetividad o la debilita? La politización del consentimiento, la idea de que el sexo debe ser placentero y gratificante para ambas partes, el clima ideológico que se ha creado respecto a negar o afirmar que su sexualidad es un derecho que tienen las mujeres, la idea de que se puede negociar e inter-venir activamente en el intercambio sexual, todas estas características contribuyen también a fortalecer la subjetividad y la autonomía de las mujeres.

Bibliografía

- Álvarez Medina, S. (2023). La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 47. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.13>.
- Amorós, C. (2005). *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para la lucha de las mujeres*. Madrid: Cátedra.
- Amorós, C. (2014). *Salomón no era sabio*. Madrid: Fundamentos.
- Angel, K. (2021). *El buen sexo mañana. Mujer y deseo en la era del consentimiento*. Barcelona: Alpha Decay.
- Bourdieu, P. y Passeron, J. C. (2014). *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. México: Fontamara.
- Cobo Bedía, R. (2015). El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de sexualidad. *Investigaciones Feministas*, 6. Disponible en: https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51376.
- Del Valle, T. (1992/93). Mujer y nuevas socializaciones. Su relación con el poder y el cambio. *Kobie. Antropología Cultural*, 6, 5-16.
- Durkheim, É. (1982). *Las reglas del método sociológico y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Fraisse, G. (2012). *Del consentimiento*. México: UNAM, Colegio de México.

- Fraisse, G. (2018). Entrevista de Analía Iglesias. *El País*, 5-9-2018. Disponible en: <https://tinyurl.com/36h8drma>.
- Illouz, E. (2020). *El fin del amor. Una sociología de las relaciones negativas*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Leguil, C. (2021). *Céder n'est pas consentir. Une approche clinique et politique du consentement*. Paris: PUF. Disponible en: <https://doi.org/10.3917/chaso.levy.2022.01.0046>.
- Macpherson, C. B. (2005). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta Editorial.
- Mackinnon, C. A. (1995). *Hacia una teoría feminista del estado*. Madrid: Cátedra.
- Marzano, M. (2009). *Consiento, luego existo*. Barcelona: Proteus.
- Nuño, L. (2020). *Maternidades SA. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Madrid: Anthropos.

COLABORAN

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Catedrática de Derecho Penal de la Universitat de Lleida, donde coordina el grupo de investigación Sociedad Sostenible y Derecho y el programa de doctorado en Derecho. Es investigadora principal del proyecto PID2022-136879NB-I00 HONGEN («Los crímenes de honor como violencia de género») y del grupo español del proyecto 101094147-EASY-CERV-2033-DAPHNE («It is never easy to talk about this: increasing dialogue, awareness, and victim-centred support for victims of forced marriage»). Coordina el grupo de trabajo en Victimología de la Sociedad Española de Investigación Criminológica. Su investigación se centra en el análisis de los derechos de las víctimas, la violencia de género y la trata de seres humanos.

MARC SALAT PAISAL

Profesor agregado Serra Húnter de Derecho Penal en la Universitat de Lleida. Coordinador del Máster en Sistema de Justicia Penal. Actualmente coIP del proyecto de investigación «Los crímenes de honor como violencia de género: delineamiento de un estatuto jurídico-asistencial protector en España» (HONGEN). Su investigación se ha centrado en el análisis de determinados procesos de victimización y desvictimización, especialmente en relación con determinadas formas de violencia de género, así como en cuestiones relacionadas en sanciones penales frente a la delincuencia sexual y las alternativas al proceso penal.

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL

Profesora titular de Universidad de Derecho Mercantil de la Universitat Jaume I, donde imparte desde la creación de los grados de Ingeniería Informática y Diseño de Videojuegos las asignaturas de Derecho de las TIC y Aspectos legales de los videojuegos. Es coordinadora del Máster Universitario en Igualdad y Género en el Ámbito Público y Privado, de la Universitat Jaume I y de la Universitat Miguel Hernández, y vicepresidenta de la Fundación Isonomía. Ha participado, entre otros proyectos de investigación, en el financiado por la UE, «ETHNA System-Ethics Governance System for RRI in

Higher Education, Funding and Research Centres», de 2020 a 2022; y en el concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, «Ética aplicada y confiabilidad para una inteligencia artificial», de 2019 a 2021. Desarrolla sus investigaciones desde el ámbito jurídico en derecho de la economía social; derecho de las TIC, especialmente en materia de propiedad intelectual; derecho e igualdad de mujeres y hombres, y nueva ruralidad.

ASUNCIÓN VENTURA FRANCH

Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Jaume I de Castelló. Consellera Emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Forma parte de la Red Feminista de Derecho Constitucional. Patrona honorífica de la Fundación Isonomía de la Universidad Jaume I. Ha participado en el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, «Ética aplicada y confiabilidad para una inteligencia artificial», de 2019 a 2021, siendo uno de los resultados del proyecto la publicación del libro *Inteligencia artificial, concepto y retos* (2024). Coordinadora del *Manual de derecho constitucional español con perspectiva de género*. Las líneas de investigación que desarrolla son: la igualdad en la teoría constitucional, derechos fundamentales y poder político desde una perspectiva feminista.

AINHOA NOVO-ARBONA

Profesora doctora contratada. Responsable del programa de doctorado de Estudios Feminista y de Género de la UPV/EHU. Imparte docencia sobre Participación y Representación Política con Perspectiva de Género en dos másteres oficiales. Investigadora principal del proyecto «Mujeres pioneras en política». Autora de numerosas investigaciones, entre sus últimas publicaciones se encuentran: *Sistemas de partidos, cuotas y representación descriptiva en contextos multinivel* (2022); «El impacto de las relaciones intergubernamentales en la gestión de la COVID sobre el liderazgo de las mujeres» (2023), o «Del agravio a la emulación. Análisis del efecto tractor en el traspaso de competencias en el estado de las autonomías» (2023).

UNAI AHEDO

Doctor en Ciencia Política, máster en Participación y Desarrollo Comunitario y graduado con excelencia en Ciencia Política y Gestión Pública por la Universidad del País Vasco UPV/EHU. Actualmente es profesor en el Departamento de

mento de Sociología y Trabajo Social de la UPV/EHU. Sus líneas de investigación se centran en las temáticas de los populismos, los partidos políticos, los sistemas de partidos y las democracias. Entre sus publicaciones más destacados cabe citar: «Podemos y el populismo»; «Revisando el concepto de partido político: reconstruyendo, conectando, reclasificando», y «Populismo, un concepto y una palabra controvertida».

JOAQUIN SARRIÓN ESTEVE

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), donde dirige la Catedra Jean Monnet de Gobernanza y Regulación en la Era Digital (GoReDig) y la Cátedra ISAAC. Derechos individuales, Investigación Científica y Cooperación, establecida por convenio entre la UNED y el Instituto de Física Aplicada (IFAC) del Centro Nazionale delle Ricerche (CNR/IFAC). Miembro del grupo de investigación consolidado Derechos Fundamentales Multinivel, de la UNED, y del grupo de investigación Regulation Research Group, de la Universitat de València. Su línea de investigación principal está orientada a los desafíos de los derechos y libertades que plantea en el proceso de integración europea así como el desarrollo de las tecnologías emergentes.

CRISTINA BENLLOCH DOMÈNECH

Profesora permanente laboral en Sociología en la Universitat de València, donde coordina el Grupo Interdisciplinar de Estudios Rurales (GIERUV) y *Rurali: Revista Interdisciplinar en Estudios Rurales*. Es licenciada en Sociología y máster universitario en Género y Políticas de Igualdad por la misma universidad, en la que se doctoró en Ciencias Sociales. Además, ha ampliado sus estudios con diferentes estancias de investigación en Oxford, Lisboa y Perugia. También cursó el Máster Universitario en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC-UIMP). Actualmente orienta su investigación a los temas vinculados al cambio y desarrollo social desde la triple perspectiva de las nuevas tecnologías, la sociología rural y la sociología jurídica.

KARIN CASTRO CRUZATT

Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid y profesora de Derecho Constitucional en dicha universidad (sede Segovia). Forma parte del

grupo de investigación reconocido Derecho de Familia y Derechos Humanos y del proyecto de investigación «La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno». Desarrolla sus líneas de investigación en temas vinculados a los derechos fundamentales y, principalmente, al derecho antidiscriminatorio. Entre sus trabajos y publicaciones destaca su tesis doctoral, *Bases teóricas del derecho a no ser discriminado en los Estados Unidos de América* (2021), la monografía *La abolición de la esclavitud. Estudio sobre el alcance de la Decimotercera Enmienda a la Constitución estadounidense* (2024) y el artículo «El matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América» (2016), entre otras.

JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO

Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Doctor con mención internacional por la misma universidad, Premio Extraordinario de Doctorado. Máster oficial en Democracia y Buen Gobierno, licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas. Ha sido personal investigador en formación del Departamento de Derecho Público General de la Universidad de Salamanca. Miembro del grupo de investigación reconocido Derechos y libertades en la sociedad actual de la Universidad de Salamanca. Ha realizado estancias de investigación en la Universidade de Coimbra (Portugal) y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Desarrolla sus líneas de investigación en temas relacionados con el derecho electoral, las campañas electorales, la representación política y el principio de igualdad.

EMILIO FERRERO GARCÍA

Investigador predoctoral en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Miembro de la Red GENET de Estudios de Género y de la Red Internacional de Estudios Interdisciplinarios de Género y Diversidad Sexual. Coordinador Académico del Máster en Identidad Sexual y Diversidad LGTBI+ en la Universidad de Salamanca y miembro de su Centro de Investigación en Género. Graduado en Derecho y Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la misma Universidad con premio extraordinario. Autor de la monografía *El derecho de sufragio femenino en el constitucionalismo español* (2024), entre otros capítulos y publicaciones.

LIZETH CAROLINA PÉREZ SALAMANCA

Graduada en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Colombia (2018), con título de especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia (2021), y título de Máster en Estudios Avanzados de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid (2022). Investigadora predoctoral en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (PIF/CAM), integrante del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia y colaboradora en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. Desarrolla sus líneas de investigación desde las intersecciones entre género, interseccionalidad y derecho, principalmente en el contexto de la justicia transicional, así como en ámbito de protección judicial de los derechos sexuales y reproductivos.

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. Magistrada del Tribunal Constitucional de España. Especializada en los temas de interpretación del derecho, jurisdiccional constitucional, estudios feministas y teoría general del derecho, ha escrito en los últimos años libros atinentes a esa temática: *Hijos del mercado. La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico* (2017); *Contranarrativa de la Transición política en España* (2021); *Feminismo siglo XXI. Del #MeToo al movimiento queer* (2021); *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico* (2022), y *Derecho, sexo y filosofía* (2022).

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Es especialista en derecho penal y género. Entre sus múltiples publicaciones de esta línea de investigación destacan los libros: *Prostitución, feminismos y derecho penal* (2009); *Razones y sinrazones para una criminología feminista* (2014); *Estudios de política criminal (a propósito de los colectivos que soportan el peso de una violencia estructural)* (2018). También los siguientes artículos: «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social» (2006); «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?: algunas propuestas desde un discurso feminista crítico» (2007); «El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres» (2014); «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015» (2016); «Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres

humanos» (2018), y «Por qué los hombres matan a las mujeres y ...después se suicidan?» (2022).

ROSA COBO BEDÍA

Es profesora titular de Sociología de la Universidad da Coruña. Es presidenta de la Red Académica Internacional de Estudios en Prostitución y Pornografía (RAIEPP). Es directora de *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, de la Universidad da Coruña. Ha publicado, entre otros libros, *La prostitución en el corazón del capitalismo* (2017) y *Pornografía. El placer del poder* (2020). En 2020 le fue otorgado el Premio al Reconocimiento al Pensamiento Feminista por el Ministerio de Igualdad.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

La revista *IgualdadES* publica trabajos de investigación originales y artículos de revisión y comunicación científica sobre los diversos ámbitos de la igualdad y la no discriminación, así como sobre políticas públicas y sociales en estas materias.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección evaluaciones@cepc.es. Han de ser inéditos en cualquier lengua. Será responsabilidad de su autor/a informar sobre la situación de los derechos de autor, así como la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos.

De cada trabajo se mandarán dos versiones, una en la que figuren todos los datos personales tal como se especifica más abajo y otra anonimizada, evitando cualquier referencia que pueda permitir la identificación de su autoría. En concreto, las referencias bibliográficas a obras del quien firme el artículo deben omitirse en esta fase de presentación del manuscrito. De acordarse su publicación, estas referencias se añadirán en su versión final.

El envío de manuscritos presupone, por parte de autoras y autores, el conocimiento y aceptación de estas instrucciones. Asimismo, mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte de la revista *IgualdadES*, se comprometen a no presentarlo para su evaluación a otras revistas.

En línea con el esfuerzo que en los últimos años viene realizando el CEPC para poner la investigación y sus resultados en acceso abierto para todo el mundo, la publicación no tendrá ningún coste para los autores que no recibirán emolumentos por dicha publicación.

Idioma de los originales

La revista *IgualdadES* publica trabajos en español y en inglés. En ambos casos, su calidad lingüística debe ser óptima, equivalente a que el texto haya sido escrito o revisado por una persona nativa de dicha lengua.

Formato

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10 000 a 12 000 palabras), incluyendo notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre de autor/a o autores/as, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es la persona destinataria de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios y artículos de revisión y comunicación científica llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los trabajos irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su contenido ha de limitarse a tratar lo reflejado en el trabajo, sin incluir extremo alguno que no figure en este.

Descriptores

Se incluirá un máximo de diez descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Sumario

Se incluirá un sumario que recoja los epígrafes en los que se divida el original. La iluminación tipográfica de encabezamientos (sin sangrados, justificación completa) distinguirá dos tipos de apartados:

I. (Numeración romana) TÍTULO DEL APARTADO DE PRIMER NIVEL (en mayúscula y en el mismo tamaño de letra que el trabajo).

1. (Numeración arábica) TÍTULO DEL APARTADO DE SEGUNDO NIVEL (en mayúscula y en tamaño 11 puntos).

El sumario se limitará a estos dos tipos de apartados, conforme al siguiente ejemplo:

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UN CATÁLOGO DE DIFICULTADES. III. LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA. IV. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA: 1. El derecho fundamental a la vida como garantía. 2. La problemática vis expansiva del deber estatal de protección. V. DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A DISPONER DE LA VIDA PROPIA. VI. REFLEXIONES FINALES. Bibliografía. .

Proceso de publicación

La revista *IgualdadES* acusará recibo de todos los originales. El consejo de redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base —salvo singulares excepciones debidamente justificadas— de dos informes de evaluación, emitidos por especialistas sin vinculación con la organización editorial de la revista, aplicándose el método «doble ciego». La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con

respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación se adoptará en el plazo de seis meses, comunicándose en todo caso a quien haya remitido el original. Una vez aceptado el artículo, se podrá requerir a su responsable la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de cuarenta y ocho horas. Las modificaciones que puedan introducirse se limitarán a la subsanación de errores, sin que resulten posibles alteraciones sustanciales del escrito.

Normas de citación

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Rodríguez Bereijo, 2012: 72)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:

(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año.

(Mercader Uguina, 2003a)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada.

Como afirma Sesma Sánchez (2005)...

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y si incluyen referencias bibliográficas, se hará de forma abreviada según se acaba de indicar en estas normas, ya que las referencias completas se incluirán al final del artículo.

Bibliografía

Se incluirá al final del trabajo. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto, sin posibilidad de incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Artículos de revistas científicas

García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61, 5-18.

— *Dos o más autores*

Arroyo Gil, A. y Giménez Sánchez, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 149-188.

— *Revistas electrónicas*

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

— *Revistas electrónicas con DOI*

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Monografías

— *Un autor*

García Ruiz, J. L. (1994). *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*. Madrid: Consejo Económico y Social.

— *Libro en línea*

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). *Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo*. Disponible en: <http://almacenederecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-derecho-europeo/>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Informes

— *Autor institucional*

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

— *Autor personal*

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Quienes publiquen en esta revista conservarán sus derechos de autor, pero garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional, que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor/a y su primera publicación en esta revista, pero no hacer uso comercial de la misma ni tampoco obras derivadas.

Los/as autores/as también permitirán a *IgualdadES* la comunicación pública de sus trabajos para su difusión y explotación a través de intranets, internet y cualesquiera portales y dispositivos inalámbricos que decida el Centro, mediante la puesta a disposición para consulta online de su contenido y su extracto, para su impresión en papel y/o para su descarga y archivo, todo ello en los términos y condiciones que consten en la web donde se halle alojada la obra.

Los/as autores/as podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada (p. ej.: depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico) siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.

También se permite y se recomienda a autores/as la publicación de la versión preprint (versión original antes de la evaluación) de sus trabajos en sus páginas electrónicas personales e institucionales, en redes sociales científicas, en repositorios, etc. antes de la publicación de la versión definitiva (postprint) del trabajo. El preprint debe incorporar la mención al número de *IgualdadES* donde va a ser publicado.

La autoría declarada en el manuscrito debe limitarse a quienes hayan hecho una contribución significativa al concepto, diseño, ejecución o interpretación de la investigación o estudio. Cada persona que haya hecho una contribución significativa al trabajo debe figurar como coautor/a. Si hay otras personas que han participado de manera significativa en el proyecto de investigación, deben ser reconocidas o enumeradas como colaboradores. El autor o la autora correspondiente debe revisar y confirmar que los coautores están incluidos en el trabajo, y que todos los coautores han visto, aprobado y aceptado la versión final del trabajo.

Política de acceso abierto

La revista IgualdadES facilita el acceso sin restricciones a todo su contenido inmediatamente después de su publicación. La publicación no tiene ningún coste para los autores.

Promoción y difusión del artículo

Quienes publiquen en esta revista se comprometen a participar en la máxima difusión de su manuscrito antes y después de que sea publicado a través de su participación activa en redes sociales (Facebook, Twitter, LinkedIn), listas de contactos, redes sociales científicas (ResearchGate, Academia.edu, Kudos), web personales e institucionales, Google Scholar, ORCID, ResearchID, ScopusID, Dimensions, PlumX, etc).

Buenas prácticas en materia de financiación

Todas las personas que firmen un trabajo deben revelar en su manuscrito cualquier conflicto de intereses financiero o de otro tipo que pueda entenderse influye en los resultados o la interpretación de su trabajo. También se deben reconocer adecuadamente todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto de investigación

Plagio y fraude científico

A efectos de lo estipulado en la Ley de Propiedad Intelectual respecto a las acciones y procedimientos que puedan emprenderse contra quien infrinja los derechos de propiedad intelectual, la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad de los autores, quienes en consecuencia asumirán los eventuales litigios por derechos de autor y fraude científico. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

