

# Del derecho y del revés. Dificultades en la aplicación de los derechos en España. Especial referencia a la discriminación por razón de sexo

Por ROSA MARÍA RICOY CASAS  
Universidade de Vigo

## RESUMEN

*Este artículo pretende mostrar que, a pesar de los mecanismos jurídicos establecidos para la protección de los derechos en España, especialmente en el caso de los derechos fundamentales, en muchas ocasiones, los concretos medios de tutela previstos no ofrecen al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, por lo que no cabría hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de tales derechos. Su exposición pretende convertirse en una propuesta de lege ferenda que erradique su mantenimiento. Una llamada de atención al legislador en cuanto a que existen muchos vacíos legales que deben ser colmados, y al poder judicial, por una interpretación en ocasiones muy distante del espíritu con el que nacieron muchas normas.*

**Palabras clave:** *aplicación del derecho, derechos fundamentales, igualdad, discriminación, lege ferenda.*

## ABSTRACT

*This article tries to show that, in spite of the legal mechanisms established for the protection of the rights in Spain (especially in case of the essential ones), in several occasions, the specific predicted tutela means does not offer to the incumbent the possibility of obtaining its satisfaction in front of*

*those obliged individuals, so it would not be possible talk rigorously about a real legal existente of those rights. The article tries to become a proposal of lege-ferenda that eradicates its maintenance. A wake-up call to legislators in that there are many loopholes to be filled, and the judiciary, an interpretation sometimes very distant from the spirit in which they were born many rules.*

Key words: *law application, essential Rights, equality, discrimination, lege ferenda.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.—III. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA. A) *¿Los seguros son una cuestión de sexo?* B) *¿Son constitucionales las cuotas electorales?* C) *¿Existe igualdad en la realización del doctorado?* D) *¿Está permitida la poligamia en España?* E) *La Ley Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ha nacido con la pretensión de convertirse, con todas sus limitaciones, en un breve estudio jurídico reflexivo en relación a la eficacia de los valores constitucionales entre los que se encuentra la igualdad, a través de una concepción de la Filosofía del Derecho como ciencia teórico-práctica en la que la investigación de dogmática jurídica no tendría sentido sin atención a la jurisprudencia y a la realidad social de la que en buena parte es causa y resultado este trabajo.

A pesar de los mecanismos jurídicos establecidos para la protección de los derechos en España, especialmente en el caso de los derechos fundamentales, en muchas ocasiones, los concretos medios de tutela previstos no ofrecen al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, por lo que no cabría hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de tales derechos. Su exposición pretende convertirse en una propuesta de *lege ferenda* que erradique su mantenimiento. Una llamada de atención al legislador y al poder judicial, en cuanto a que existen muchos vacíos legales que deben ser colmados, y una interpretación en ocasiones muy distante del espíritu con el que nacieron muchas normas.

A este problema se añade, en el caso de los derechos humanos, y como ha afirmado Prieto Sanchís, de que se han erigido hoy en un concepto tan difundido como difuso. Seguramente ello explica por

qué los derechos humanos se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia política<sup>1</sup>. Al ser tan amplio, conceptualmente hablando, su campo de extensión, tienden a perder especificidad, y aumenta como consecuencia su grado de indeterminación.

Del mismo modo, los Derechos Humanos constituyen una cierta realidad polivalente<sup>2</sup>, o, según Perez Luño, un «paradigma de equivocidad»<sup>3</sup>. En este sentido, y en relación con el ejercicio del poder político y su aviesa utilización, comparto con Blázquez-Ruiz en que asistimos a *una manifiesta y progresiva devaluación de la fuerza significativa de los derechos humanos, así como de su carácter vinculante*<sup>4</sup>. A lo señalado, puede añadirse algunas cuestiones relativas a la propia aplicación de la ley en la actualidad.

## II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Si bien es cierto que en sus orígenes el órgano de aplicación no debía de realizar más distinciones que las presentes en la norma que aplicaba, de modo que la interpretación y aplicación del Derecho resultaba *una tarea puramente mecánica consistente en la subsunción del caso concreto en la norma general*<sup>5</sup>, identificándose en la práctica con el principio de legalidad, en la actualidad esta concepción de la aplicación de la ley ha sido superada. Ya no se entiende como una mera operación lógico-deductiva, sino como una actividad compleja en la que el intérprete goza a menudo de un amplio margen de apreciación<sup>6</sup>. No obstante, esta nueva «perrogativa» no supone la eliminación de la anterior, sino que opera de manera extensiva, ayudando a la solución de supuestos como los señalados, en los que el precepto normativo no siempre se muestra con suficiente claridad; en unos casos porque el carácter general de la letra de la Ley deriva en multitud de sentidos de entre los cuales el órgano judicial tiene que elegir uno para

---

<sup>1</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 19.

<sup>2</sup> DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, p. 13.

<sup>3</sup> PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 25.

<sup>4</sup> BLÁZQUEZ-RUIZ, F.J., *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003, p. 14.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 61.

<sup>6</sup> Sobre las insuficiencias de la «teoría clásica» de la interpretación y aplicación del derecho, entre otros; OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; *íd.*, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

el supuesto de hecho que se le ha planteado; en otras ocasiones, porque la misma se muestra insuficiente para resolver el caso planteado, o incluso, puede ocurrir que no exista precepto normativo aplicable al caso concreto, de modo que el órgano judicial se convierte en intérprete inmediato de la Constitución<sup>7</sup>.

El propio Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia<sup>8</sup>, se ha mostrado contrario a que el aplicador realice su interpretación de la norma de tal manera que la misma simplemente coincida sin más con el criterio de obediencia y sometimiento a la legalidad y no como manifestación de la igualdad ante la ley, conquista del Estado liberal consagrada por el art. 14 CE. Si ello no fuera así, *el TC no habría podido dar amparo directo a ningún particular por violación administrativa o judicial de tal derecho, habiéndose debido limitar todo lo más, eventualmente, a revisar las leyes en las que se hubiera violado el principio de legalidad o el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*<sup>9</sup> que se recoge de manera especial en el art. 9.3 CE<sup>10</sup> y que está excluido del recurso de amparo. Ese margen de apreciación del juzgador, indisociable a su función, es imprescindible dada, entre otras, a la dinamicidad histórica del Derecho; *La historicidad es inseparable de la tarea jurídica de hacer justicia*<sup>11</sup>. No obstante, para ello *tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados*<sup>12</sup>.

Ahora bien, la dinámica constitucional y el Estado de Derecho no alcanzan su plenitud cuando los jueces desarrollan un protagonismo excesivo, sino cuando cada pieza del «motor constitucional», como lo llama Loewenstein, cumple su función; o, traducido al lenguaje más llano, «cada palo aguanta su vela»<sup>13</sup>. Por ello tampoco ha de confundirse la discrecionalidad aquí permitida con la arbitrariedad, entendiéndose por arbitraria, aquella resolución no fundada en razones jurídi-

<sup>7</sup> ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 70.

<sup>8</sup> Por todas, la STC 39/85.

<sup>9</sup> RUIZ MIGUEL, A., *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, en REYES MATE, M., *Pensar la igualdad y la Diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995, p. 112.

<sup>10</sup> Art. 9.3 CE: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

<sup>11</sup> STC 144/88, F.J. 1.º

<sup>12</sup> STC 49/1982, de 14 de julio. FJ.2.

<sup>13</sup> PEREIRA MENAUT, A. y TIRAPU MARTÍNEZ, D., *Observaciones sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de Derecho en VVAA: El principio de igualdad en Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1991, p. 972.

camente permitidas o que se apoye en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución.

Asimismo, aunque sucinta, debemos partir, para dicho análisis, de una comprensión de los derechos, con especial atención a los denominados derechos fundamentales. El término «derechos fundamentales», *droits fondamentaux*, tiene su génesis en el movimiento revolucionario que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. Quizás ello se explica a razón de que *se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*<sup>14</sup>. Su propia amplitud y la autenticidad de su recepción dependen de su interrelación con éste, de modo que *cuanto más intensa se revela la operatividad de este modelo de Estado, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales*<sup>15</sup>.

El Título I de la Constitución se titula «De los derechos y deberes fundamentales» (arts. 10-54) y concretamente, siendo de capital importancia su Capítulo Segundo titulado «Derechos y Libertades» (arts. 14-38). Un Título de enorme importancia por cuanto en él se regulan los derechos y libertades y se establecen los principios en que se asienta la Constitución y que han recibido, junto con el Título Preliminar, la denominación de «parte dogmática». Este capítulo se compone de dos secciones tituladas «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Pese a que el artículo 14 sirve de pórtico a la sección primera, no aparece incluido en la misma, pero ello no ha de resultar relevante para objetar su carácter de derecho fundamental autónomo. De prevalecer esta interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, *se negaría tal condición a un importante grupo de derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 19

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 26. Ha de señalarse que los términos «derechos humanos» y «derechos fundamentales» son utilizados en numerosas ocasiones y de forma errónea, como sinónimos. Se podría reservar el término «derechos fundamentales» para designar aquellos derechos que han sido positivados por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que gozan de garantías reforzadas para su cumplimiento. Como «derechos humanos» se pueden entender los derechos naturales positivados en las declaraciones, convenciones, que constituyen exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona y que todavía no han sido reconocidas por el ordenamiento jurídico, pero que en su mayoría deberían serlo, y por ello, devendrían una especie de categoría previa de los derechos fundamentales. Estas definiciones, coincidente con las de Pérez Luño, no las comparte el profesor Peces Barba, a quien le parece que de este modo reserva el término «derechos humanos» para la moralidad y «derechos fundamentales» para la juridicidad. Dos dimensiones que sin embargo él integra en la propia noción de derechos fundamentales, según el cual *expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica*: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, p. 37.

<sup>16</sup> *Vid.*, PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, pp. 150 y 151.

También se adscribe su carácter al de derecho fundamental, por la garantía reforzada que ostenta en virtud del artículo 53.2 CE para su reconocimiento ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al ser compartida dicha tutela con los demás derechos contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo segundo «De los derechos fundamentales y las libertades públicas»<sup>17</sup>.

Siguiendo a Pérez Luño, los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se oriente hacia el respeto y promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual, Estado liberal de Derecho, o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario del componente social y colectivo de la vida humana, Estado social de Derecho<sup>18</sup>.

En todo caso, sea cual fuere la modalidad de Estado, el catálogo de derechos y libertades que la Constitución incorpora es la expresión de la reserva de Poder que se hace la sociedad a sí misma y en la que no puede entrar el legislador ordinario. Están por encima de la democracia, fuera del pluralismo y del debate político porque son exigencia de la dignidad de cada ser humano. De esta manera, la propia Constitución puede regularlos, concretarlos o desarrollarlos, pero en ningún caso desconocerlos, limitarlos o vaciarlos. De ahí también, la especial protección de la que se les dota a los derechos fundamentales.

Las garantías generales parecen estar recogidas en el propio artículo 1.1 CE que configura al Estado español como un Estado Social y democrático de Derecho. Son los principios que definen el Estado y sin los cuales difícilmente los derechos pueden conseguir una cierta efectividad jurídica por las garantías que implican su reconocimien-

---

<sup>17</sup> Algún autor ha interpretado, entre otras, de la dicción de este artículo 53.2 CE, la caracterización de la igualdad como derecho público subjetivo como reafirma la LOTC en su artículo 41 al definir el objeto y procedencia del recurso de amparo; BAÑO LEÓN, J. M.ª, «La igualdad como derecho público subjetivo». *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987. Distante a esta afirmación se ha mostrado Pérez Luño, para quien las categorías de derecho fundamental y derecho subjetivo no son coincidentes. Así, entiende que un derecho subjetivo ha de ser entendido como *auto-limitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interés privado*, que se diferencia de derecho fundamental al que *exige una política activa de los poderes públicos y que más que una autolimitación del poder soberano del Estado, suponen garantías subjetivas mediante limitaciones que la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella*: PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, ob. cit., p. 154. Para más profundización sobre esta cuestión *vid.* el Capítulo IV titulado «Los derechos fundamentales como derechos subjetivos» de la obra: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 173-245 y 415-418.

<sup>18</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 20. Para más abundamiento sobre este tema, también *vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit.

to<sup>19</sup>. También, para la defensa de los derechos fundamentales, la Constitución ha dispuesto que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 138 CE), y para asegurar que así sea, ha reservado como competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (149.1.1.º)<sup>20</sup>.

A la «garantía de las libertades y derechos fundamentales» se dedica el Capítulo III del Título I de la Constitución Española. Se compone de dos artículos, y en los mismos se establecen entre otras menciones, la vinculación de estos derechos a todos los Poderes públicos, el que sólo puedan ser regulados y desarrollados por ley que en ciertos supuestos debe ser orgánica, y que, en todo caso, ha de respetarse su contenido esencial. También se otorga la posibilidad de acudir a la Institución del Defensor del Pueblo en virtud del artículo 54 CE.

El artículo 53 CE parece establecer una jerarquía para la tutela de estos derechos, como se desprende en cada uno de sus tres epígrafes. Así, según su apartado primero, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial<sup>21</sup>, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a). Con la invocación de este artículo, se insta la posibilidad de que el Tribunal Constitucional sea competente para

---

<sup>19</sup> Con la configuración como Estado de Derecho, se garantiza la separación de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que se sujetan al mismo y con el reconocimiento y la salvaguardia a través de mecanismos jurídicos de los derechos y libertades de los ciudadanos. También supone la obligación del Estado a intervenir para intentar conseguir una efectiva igualdad entre todos los ciudadanos reconociendo una serie de derechos sociales a diferencia del Estado liberal del siglo XIX en el cual los poderes se limitaban a garantizar el respeto a la libertad individual y de mercado, y finalmente como Estado democrático, tienen la obligación de permitir la existencia de pluralismo político y la participación de los ciudadanos en la gestión del poder político porque el poder emana del pueblo, la soberanía nacional reside en el pueblo del que emanan todos los poderes del Estado.

<sup>20</sup> No obstante ha de señalarse como lo ha hecho la STC 37/1987, de 26 de marzo, que: *El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1.º CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.* En la misma línea y entre otras, la STC 150/1990, de 4 de octubre.

<sup>21</sup> Sobre el concepto de contenido esencial, el F. 8 de la STC 11/1981, de 8 de abril.

conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que violen tales derechos<sup>22</sup>.

El artículo 53.2 CE refuerza esta tutela estableciendo la posibilidad de acudir ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad<sup>23</sup> y, en su caso, a través del recurso de amparo<sup>24</sup> ante el Tribunal Constitucional, cuando un acto de cualquier Poder público los viole o desconozca, en sus manifestaciones concretas, y amplía esta última posibilidad al artículo 30 en donde se reconoce el derecho a la objeción de conciencia<sup>25</sup>.

La Constitución emplea la expresión de «derecho fundamental» junto a la de «libertades públicas» para acotar, en parte, el ámbito de una muy específica reserva de ley del artículo 81.1 CE. Se trata de la reserva de ley orgánica<sup>26</sup> que se hace obligatoria para el desarrollo de los mismos y cuya aprobación, modificación o derogación exige además, mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Presentan una cierta inalterabilidad en el sentido de que se ha impuesto un procedimiento de reforma especialmente «rígido» para cualquier reforma parcial que los afecte. Tal garantía consiste en que para ello, precisan de su aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y conllevan, entre otros requisitos, a la disolución inmediata de las Cortes, según dispone el artículo 168.1 CE. De este modo, ostentan también una protección reforzada en este aspecto, a diferencia de los restantes que se hallan tutelados, respecto a su modificación, por el menos estricto régimen general para la reforma constitucional que prevé el artículo 167 CE.

En ningún caso podrán suspenderse muchos de estos derechos como el derecho a la igualdad, ni siquiera en los casos señalados en el artículo 55 CE, que sí afecta a otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad del artículo 17 CE, o el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. También la promoción de las condiciones de efectividad para la libertad y la igualdad

---

<sup>22</sup> *Vid.*, sobre el recurso de inconstitucionalidad los arts. 161 y 162 CE y arts. 31 y ss. LOTC.

<sup>23</sup> Este procedimiento se contempló inicialmente en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Esta ley hoy derogada, en su día no coincidía exactamente con el mencionado en el art. 53.2 CE. Por eso la disposición transitoria 2.ª 2 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC, lo amplió y lo extendió a todos los derechos y libertades a las que se refiere el artículo 53.2 CE.

<sup>24</sup> Sobre su regulación *vid.*, arts. 161.1 b) y 162.1 b) CE y los arts. de la LOTC.

<sup>25</sup> Sobre la protección jurisdiccional del principio de igualdad puede destacarse la temprana publicación; GONZÁLEZ SALINAS, P., «La protección jurisdiccional del principio de igualdad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, 1983, en donde analiza entre otros, el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo.

<sup>26</sup> En las materias objeto de ley orgánica no caben las delegaciones legislativas del artículo 82 CE, el Decreto-ley del artículo 86 CE, la iniciativa legislativa popular del artículo 87 CE, ni la competencia legislativa plena de las Comisiones del Congreso del artículo 75.3 CE, siendo preciso la aprobación por el Pleno en votación final sobre el conjunto del proyecto.

de los individuos y de los grupos y la remoción de sus obstáculos se construye como una obligación positiva general de los poderes públicos en el artículo 9.2 CE, y se puede considerar como una obligación de garantía que les corresponde a éstos.

Pero pese a lo señalado, en general en relación a cualquier derecho, y máxime en el caso de los derechos fundamentales, en este artículo pretende poner de manifiesto que su constitucional y unánime reconocimiento, así como reforzada tutela, no implican su efectivo cumplimiento. En otras palabras, como ha afirmado Prieto Sanchís, *cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos*<sup>27</sup>. Según Bobbio, más allá del ámbito de la fundamentación y argumentación, el problema de fondo relativo a los derechos humanos, en lo que yo hago extensible a cualquier otro derecho establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político<sup>28</sup>.

Por ello, lo aquí manifestado es una propuesta de *lege ferenda* al legislador, para superar la brecha entre la existencia de derechos y su ejercicio, pues no basta sólo con la fijación de normas y procedimientos jurídicos apropiados, sino que se requiere de una ciudadanía informada con conocimiento y conciencia de sus derechos, apoyada por una institucionalidad que responda frente a la transgresión de los mismos, y que exija su cumplimiento. Lo que no deviene más que en una obligación jurídica ya establecida en el art. 9.2 de la Constitución española.

### III. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA. A) ¿LOS SEGUROS SON UNA CUESTIÓN DE SEXO? B) ¿SON CONSTITUCIONALES LAS CUOTAS ELECTORALES? C) ¿EXISTE IGUALDAD EN LA REALIZACIÓN DEL DOCTORADO? D) ¿ESTÁ PERMITIDA LA POLIGAMIA EN ESPAÑA? E) LA LEY REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO

#### a) Los seguros, ¿son una cuestión de sexo?

Entre los supuestos que podemos destacar en relación a la vulneración de los derechos en España, puede traerse a colación la trasposi-

---

<sup>27</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el art. 53 de la Constitución Española*, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983, p. 370.

<sup>28</sup> BOBBIO, N., *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

ción de una Directiva Europea en relación a los seguros, comenzando por comprender las cuestiones suscitadas a colación de la misma. Así, debe señalarse que, en base al sexo del individuo, no es posible ni una limitación en la suscripción ni el la cobertura del seguro contratado (una cláusula del tipo: «quedan excluidos los riesgos propios de ser mujer» como pudiera ser el fallecimiento durante el parto), pues sería discriminatoria por vulneración, entre otros, del derecho fundamental del art. 14 CE que establece el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo<sup>29</sup>. Tampoco los «riesgos propios de ser hombre», aunque pueden excluirse ciertos riesgos propios de profesiones tales como las de toreros, bomberos, mineros, miembros de las Fuerzas Armadas, etc., que de facto son todavía ocupados mayoritariamente por hombres. Esta exclusión respondería más a una clasificación atendiendo a estilos de vida o a la elección de profesiones con un índice elevado de riesgos, que al propio sexo de las personas, en este caso el masculino, y por ello no sería discriminatorio<sup>30</sup>. Y en general, imaginemos que las estadísticas muestran que los miembros de un determinado grupo étnico viven como media más que los de otro, o en concreto, que las personas de raza negra tengan una mayor esperanza de vida que los de raza blanca. Tener en cuenta tales diferencias al determinar la correlación entre las cotizaciones y los derechos derivados del régimen de pensiones sería totalmente inaceptable, igual que lo es el sexo.

---

<sup>29</sup> El artículo 14 CE dada su ubicación en el Texto Constitucional, se configura como el auténtico pórtico o frontispicio del Capítulo II del Título I, en donde se recogen los derechos más vigorosamente protegidos de entre los constitucionalmente reconocidos, y además *sirve de base y condiciona el alcance de numerosos preceptos constitucionales*: RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., Prólogo a la obra: OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p.13; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 18 y 19. Es un valor, un principio y un derecho fundamental: (para hablar sobre la triple dimensión de los valores constitucionales: PÉREZ LUÑO, A. E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, p.141, *íd.*; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 288-289.; PECES-BARBA, G.: *Los valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 151-152; STC 63/83, de 20 de julio, F.J. 2.º y STC 8/83, F.J. 3.º; SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Burgos, 1997. Ha de señalarse la temprana caracterización del principio de igualdad y no discriminación en su dimensión de género, como un derecho fundamental por el TJCE en la sentencia Defrenne III de 15 de junio de 1978 (Gabrielle Defrenne contra la Sociedad Anónima Belga de Navegación Aérea, SABENA. Asunto 149/77): «La eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un auténtico Derecho fundamental Garantizado por el Derecho Comunitario». Y además de las especiales garantías de las que goza este derecho para su tutela, existe un control especialmente estricto en relación a la utilización del sexo, entre otros, como criterio de justificación de diferenciación, junto con la prolija legislación y jurisprudencia Comunitaria y española sobre estas cuestiones.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ CRENDE, A., *Seguros de vida y discriminación Sexual*, en InDret, núm. 254, 2004, p. 12.

Pero, basándose en el sexo, las aseguradoras suelen hacer diferenciación, cargando unas primas más elevadas a las mujeres, por ejemplo, en los contratos de seguro de vida por supervivencia y de salud y menores en el de los automóviles<sup>31</sup>. En el caso de los hombres, dichas primas son más elevadas en los contratos de seguro de vida por muerte prematura por la menor esperanza de vida y de accidentes de circulación o de trabajo, por su mayor probabilidad de sufrirlos<sup>32</sup>.

La Directiva de la Comisión Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, «por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso de bienes y servicios y su suministro»<sup>33</sup> puso de manifiesto la existencia de estudios que demuestran que el sexo no es el principal factor determinante de la esperanza de vida. Es decir, que la mayor esperanza de vida de las mujeres respecto a los hombres no es debida de forma directa por su propia biología. Se ha mostrado que son más pertinentes otros criterios tales como el consumo de tabaco, alcohol, hábitos alimenticios, estar o no casado, factores socioeconómicos, tener o no empleo, la región de residencia, el acudir de forma preventiva y más frecuentemente al médico, el número de suicidios, etc., en los que los hombres manifiestan, estadísticamente, comportamientos menos saludables. Incluso una pluralidad de factores de riesgo en cada uno de esos supuestos (por ejemplo en lo relativo a la siniestralidad de vehículos: la categoría del vehículo, su potencia, la zona de circulación, su uso, la antigüedad del permiso de conducir, la edad del conductor habitual, la marca, el modelo y versión del vehículo, etc. De este modo, proceder a cálculos actuariales diferenciados con base al sexo tiene que considerarse discriminación, pues este no es el principal factor determinante de la esperanza de

---

<sup>31</sup> En el caso de los contratos de vida por supervivencia, por su supuesta mayor esperanza de vida y menor siniestralidad laboral y en la conducción que los varones, pues es muy probable que la aseguradora tenga que hacer frente a un retorno durante un período más largo. En los de salud, por los riesgos específicos del sexo femenino como el embarazo, que hacen incrementar la prima para las mujeres. Además, a diferencia de los seguros de vida en los que los dos factores de riesgo considerados principalmente son la edad y el sexo del asegurado, en el caso de los seguros de «no vida», por ejemplo los de responsabilidad civil obligatoria de automóviles, se tienen en cuenta una pluralidad de factores de riesgo que probablemente manifiesten una mayor relación con la siniestralidad, tales como la categoría del vehículo, su potencia, la zona de circulación, su uso, la antigüedad del permiso de conducir, la edad del conductor habitual, la marca, el modelo y versión del vehículo, etc.: BOJ DEL VAL, E.; CLARAMUNT BIELSA, M.<sup>a</sup> M.; FORTIANA GREGORI, J., *Una alternativa en la selección de los factores de riesgo a utilizar en el cálculo de primas*, en Anales del Instituto de Actuarios Españoles, Tercera época 6, 11-35, 2000, pp. 4 y 5.

<sup>32</sup> El sexo como factor actuarial destaca por su facilidad de ser verificado y además sin coste alguno. Llama la atención que en la propia Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo se afirme que las aseguradoras están utilizando el sexo como factor actuarial (como factor determinante al evaluar el riesgo) por ser «de fácil utilización», principalmente con la finalidad de conseguir un abaratamiento de los costes, y no por su valor real como indicación de la esperanza de vida.

<sup>33</sup> DOCE de 21/12/2004. Diario Oficial núm. L 373 de 21/12/2004, pp. 0037 - 0043.

vida, y debe subrogarse dicho criterio a otros como el estilo de vida, que tiene repercusiones más significativas en ella. La conclusión es que las compañías de seguros toman el sexo como factor determinante al evaluar el riesgo porque es de fácil utilización, y no por su valor real como indicación de la esperanza de vida.

La polémica suscitada y objeto de estos comentarios se centra entre quienes defienden la utilización de factores actuariales basados en el sexo al considerarlos un instrumento para mejorar la eficiencia del mercado de seguros y para evitar los gastos que supondrá su efectiva adaptación, *versus* aquellos que se muestran contrarios al entender que esta práctica vulnera el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo priorizando este derecho fundamental sobre el derecho a la libertad contractual, pues tanto hombres como mujeres tendrán que pagar más dinero en sus seguros simplemente a razón de su sexo y no por las condiciones de riesgo potencial en el que se encuentren de forma individualizada<sup>34</sup>.

El legislador español tenía que transponer esta Directiva antes del 21 de diciembre de 2007, aunque existía una prórroga de dos años a dicho plazo y un dilatado período transitorio justificado en la costosa y compleja adaptación alegada por las compañías aseguradoras<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Esta es una discusión ya planteada a finales de los 70 y principios de los 80 en los Estados Unidos a raíz del asunto conocido como «Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart» [Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart (1978) 435 U.S. 702, Supreme Court of UEA], y más recientemente y considerado como el precedente jurisprudencial en esta materia, el asunto Coloroll, C-200/91 (Coloroll Pension Trustees Ltd. contra JAMES RICHARD RUSSELL y otros. Asunto C-200/91, 28 de septiembre de 1994), resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en 1994.

<sup>35</sup> Debe recordarse la reciente sentencia [STJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011; Asunto C 236/09]: La asociación de consumidores belga Test-Achats ASBL y dos particulares interpusieron ante el Tribunal Constitucional belga un recurso dirigido a la anulación de la Ley belga que transpone la Directiva. En el marco de dicho recurso, el órgano jurisdiccional belga ha solicitado al Tribunal de Justicia que evalúe si la excepción prevista por la Directiva es válida con arreglo a la normativa de rango superior, concretamente desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado por el Derecho de la Unión. En su sentencia, el Tribunal de Justicia destaca el legislador de la Unión estableció en la Directiva que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo como factor para el cálculo de éstas debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, dado que el recurso a factores actuariales basados en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros, cuando se adoptó la Directiva, el legislador de la Unión estaba legitimado para hacer efectiva gradualmente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, con períodos de transición apropiados. En este sentido, recuerda que la Directiva preveía una excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo, establecida por la propia Directiva, otorgando a los Estados miembros la facultad de decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas para los asegurados en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007, atendiendo a un informe de la Comisión. Ahora bien, dado que la

España así lo ha hecho, pero a pesar de ser una obligación establecida en la Ley Orgánica de igualdad del año 2007, se ha desarrollado una normativa, el Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre<sup>36</sup>, que más que servir de cumplimiento a esta obligación en la señalada Directiva y Ley Orgánica, no ha hecho más que establecer excepciones al cumplimiento de la ley, así, el art. 69 establece que «*no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro cuando estén justificadas por un propósito legítimo* (sin especificar o difícil de imaginar) y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios»; el artículo 71 establece la salvedad de que reglamentariamente se puedan fijar los supuestos en los que sea admisible determinar dichas diferencias; y el artículo 34 (referido a las tablas de mortalidad, de supervivencia, de invalidez y de morbilidad), un apartado (el apartado c) en donde se señala que «el final del período de observación considerado para la elaboración de las tablas no podrá ser anterior en más de veinte años a la fecha de cálculo de la provisión», lo cual posibilita la utilización de las que pueden encontrarse desfasadas precisamente por ser de hace veinte años. Y ello, pese a que como ha afirmado el TJUE en reiteradas ocasiones, la igualdad de trato entre hombres y mujeres es un derecho fundamental que prima sobre el derecho a la libertad contractual.

## b) **¿Son constitucionales las cuotas electorales?**

Otro supuesto que debe mencionarse en el presente artículo, es la polémica previsión en España de cuotas electorales para cada sexo por

---

Directiva no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el trato desigual sin límite temporal. Dadas las circunstancias, el Tribunal de Justicia considera que existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista por la Directiva. Así pues, un precepto que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres y ha de considerarse inválido tras la expiración de un período transitorio adecuado. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara inválida con efectos a 21 de diciembre de 2012 la excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo en el sector de los seguros.

<sup>36</sup> Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de factores actuariales. Debe recordarse que en el año 2010, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de febrero de 2010 –Comisión Europea/ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte–, dictó una sentencia señalando el incumplimiento por parte del mencionado Estado a la adopción, dentro del plazo señalado, de las disposiciones contenidas en la Directiva.

la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>37</sup>, provocando un fuerte debate en torno a su constitucionalidad. En España se impone ahora que la lista por la que una persona se presente como candidato esté integrada tanto por hombres como por mujeres en una determinada proporción mínima, que en el caso de España es del 40%. Una condición que no provoca una violación material del derecho de sufragio pasivo como ha manifestado el propio Tribunal Constitucional en una reciente sentencia de 2008<sup>38</sup>, sino que es un requisito relativo a la forma de presentar las listas de candidaturas, de igual modo que se exige que éstas incluyan suplentes para los candidatos o que se presenten dentro del plazo y mediante los procedimientos establecidos.

Asimismo, no se puede apelar a una supuesta violación del derecho de sufragio activo, puesto que en España se adopta un sistema de listas cerradas (hay que votar a candidatos de un mismo partido) y bloqueadas (los escaños se distribuyen según el orden prefijado de los candidatos establecido por los partidos). Tal sistema también limita la libertad del elector, pues éste no puede votar a candidatos específicos, ya que el voto a favor de la candidatura de un determinado partido implica la adhesión conjunta a los candidatos propuestos y en el orden prefijado<sup>39</sup>. Por esa razón, puede intuirse que algunos autores se oponen a las cuotas electorales porque, previamente y en general, son críticos al sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas<sup>40</sup>. Además,

---

<sup>37</sup> La disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 añadió el artículo 44 bis a la Ley Orgánica 5/1985, Ley de Régimen Electoral General, que establece que las candidaturas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%. Tal norma es aplicable a las candidaturas que se presenten para las elecciones municipales, de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios, de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados y del Parlamento Europeo. En el caso del Senado, se establece que cuando las candidaturas se agrupen en listas, estas deberán tener una composición de mujeres y hombres lo más cercana posible al equilibrio numérico.

<sup>38</sup> STC 12/2008, de 29 de enero. Esta sentencia responde a dos impugnaciones de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) por parte de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI). Por un lado, se trata de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4060-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el art. 44 bis de la LOREG, introducido por la disposición adicional segunda de la LOI. Por otro, del recurso de inconstitucionalidad, acumulado a la anterior, núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la misma normativa.

<sup>39</sup> AQUINO DE SOUZA, C., *Las cuotas electorales y el derecho fundamental de sufragio*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 17, 2008-I, p. 265.

<sup>40</sup> Según Fernando Rey Martínez, lo que hay que poner en cuestión son las listas cerradas y bloqueadas y el legislador, al establecer cuotas electorales, se mueve «en la periferia y no en el centro del problema»: REY MARTÍNEZ, F., *La presentación equili-*

las normas que establecen cuotas electorales en beneficio del equilibrio entre los sexos no reservan directamente y, con independencia de la elección, un porcentaje de puestos en el Parlamento, sino que reservan un porcentaje de puestos en las candidaturas electorales<sup>41</sup>.

Ha de hacerse además notar la precisión de que cualquier ciudadano que quiera presentarse como candidato debe obtener el apoyo de un partido político o de un grupo electoral que lo integre en su candidatura, pues se confía a los partidos políticos la «concreción de los elegibles»<sup>42</sup>, y así puede concluirse que «la libertad de candidatura, como derecho individual no existe, pues para ser candidato han de cumplirse los requisitos legales y ser presentado por las formaciones políticas»<sup>43</sup>. No existe un derecho a ser propuesto por las formaciones políticas. Es más, las cuotas garantizan que la desigualitaria presencia de mujeres, pero también podría serlo en un futuro de hombres, no se produzca en un grado muy elevado, por lo que esta norma constituye una hipotética garantía para los hombres, en el sentido de impedir que determinadas circunstancias sociales puedan ocasionar que ellos tengan menos oportunidades de acceso a los cargos públicos en comparación con las mujeres. Por eso, a largo plazo, las cuotas electorales son para ambos sexos una garantía de una representación equilibrada en los centros de poder o de toma de decisiones<sup>44</sup>.

Por encima de las argumentaciones señaladas y de la polémica suscitada, este tipo de medidas cuentan en España, afortunadamente, y en mayor medida a cada paso, con más adeptos<sup>45</sup>. Tal vez la mirada hacia Europa confirme que no deben considerarse nada «sospechosas», sino un avance más en lo relacionado con los fundamentos mismos de las teorías de la democracia y de la representación a estas alturas del siglo veintiuno pese a las polémicas que deben entroncarse meramente en motivos de política de «regate corto». Así, en Francia (2000), Bélgica (2002) e Italia (2003) con sendas reformas constitucionales previas<sup>46</sup>,

---

*brada en los partidos políticos*, en *Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007, p. 72.

<sup>41</sup> RUIZ MIGUEL, A., *La representación democrática de las mujeres*, en Carbonell, M. (comp.): *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 294.

<sup>42</sup> TRUJILLO, M.A., *Paridad Política*, en aavv: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 381.

<sup>43</sup> VITTORIA BALLESTRERO, M., *Acciones positivas. Punto y aparte*, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, p. 106.

<sup>44</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008, p. 3.

<sup>45</sup> Además de los ya señalados autores que las apoyan doctrinalmente, cabe señalar por su compromiso casi vindicatorio con el título de su artículo: RUIZ MIGUEL, A., *En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007.

<sup>46</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MUÑOZ, I., *Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 7, 2008.

tal vez auspiciada por el Parlamento Europeo a través de una Resolución del año 1988 en la que se pide, esta vez a los partidos políticos, que «establezcan sus listas de candidatos según un sistema de cuotas claramente definido y controlable, de modo que en un plazo breve de tiempo se alcance una igualdad numérica de hombres y mujeres en todos los órganos de representación política»<sup>47</sup>.

Pero, pese a todo lo señalado, y pese al aumento de las mujeres en los Ayuntamientos, en otras importantes instancias su presencia no se ha percibido de una manera notoria. Así, a título ejemplificativo, en el Congreso de los Diputados, en el momento de su constitución en la novena legislatura en 2008, el número de mujeres es de 127 sobre 350 (36,28%), sólo una más que en la constitución de la anterior, un indicio más de que queda mucho por hacer en materia de políticas de género. La conclusión es que debería exigirse para su cumplimiento, un número mínimo de personas de cada sexo en cada tramo, o establecer las denominadas «listas cremallera», en las que se va alternando un hombre y una mujer. De lo contrario, continuará ocurriendo que muchas candidatas continúen relegadas al final de cada tramo, sin opciones reales de escaño.

### c) ¿Existe igualdad en la realización del Doctorado?

Otra cuestión que debe suscitarse en este artículo, es el Doctorado realizado en Bolonia, del que todavía en la actualidad las mujeres, por la vía fáctica, son excluidas en la realización de un Doctorado Internacional en la Universidad de Bolonia a través de una beca del Real Colegio de España en Bolonia (Italia), San Clemente<sup>48</sup>, que tiene plena convalidación en España en un tiempo muy inferior a los reali-

<sup>47</sup> SEVILLA MERINO, J., *La participación política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 11, 2007.

<sup>48</sup> En el siglo XIV, el Cardenal Gil de Albornoz, arzobispo de Toledo y Cardenal primado de España, reconquistó los Estados de la Iglesia. Mandó entonces construir un Colegio para estudiantes españoles en Bolonia (Italia) y lo nombró su heredero universal, creándose el Real Colegio de España en Bolonia, San Clemente. El fin de esta Institución es proporcionar a estudiantes españoles (que reúnan las condiciones que determina su Reglamento –hasta hace poco se exigían: *ser español, católico e hijo de legítimo matrimonio*; carecer de enfermedad crónica o contagiosa; conducta moral y social irreprochable; ser mayor de dieciocho años y menor de veinticuatro, etc.), los medios necesarios para completar sus estudios en la Universidad o Escuelas especiales de Bolonia. Cada año beca a 16 estudiantes españoles y las becas incluyen el viaje, alojamiento en una de las habitaciones en un Palacio del siglo XIV con servicio doméstico, manutención, médico, botica, uso de la biblioteca, matrícula, asignación mensual y acceso a los prestigiosos cursos de doctorado de la Universidad de Bolonia durante dos años (con la posibilidad de prórroga). El requisito de acceso consistente en ser *católico e hijo de legítimo matrimonio* ha recibido ya alguna crítica como la de: ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en ADC, Tomo XLVI, Fasc. I, p. 116, nota 186.

zados en la península y que goza de gran prestigio, y en la que a pesar de reiterar que es de carácter privado, tiene un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en su Junta. Entre los requisitos para disfrutar de la misma, se encontraba la de no ser mujer. Requisito que año tras año en el mes de mayo podíamos leer en la convocatoria publicada por el Boletín Oficial del Estado español.

A pesar de haber modificado hace unos años la excepcionalidad de tal exclusión en la normativa de los cursos de postgrado en España, tengo un cierto escepticismo en pensar que alguna mujer pueda alcanzar tan preciada beca debido a que la segunda prueba se trata de una entrevista personal, teniendo además cuenta que la página web de dicha institución ha publicitado en su última convocatoria para el curso 2010-2011 donde se señala, como es tradición, que para obtener las becas instituidas por el Cardenal Alborno es necesario cumplir y acreditar los requisitos derivados de aquella voluntad fundacional: ser varón, Español (portugueses incluido), católico, de conducta irrepreensible, menor de treinta años, licenciado en España con muy buenas calificaciones, no padecer enfermedad ni defecto físico o psíquico incompatible con el ejercicio de las funciones correspondientes y no ser funcionario público. También se requieren conocimientos básicos de la lengua italiana<sup>49</sup>.

#### d) **¿Está permitida la poligamia en España?**

Otro supuesto que podríamos añadir a lo aquí señalado, es el problema relacionado con la concesión de la pensión de viudedad en España, cuando son varias las mujeres musulmanas del fallecido. Para comprender dicha situación, debe partirse de la idea de que hoy en día, a la vista de lo establecido en el ordenamiento jurídico español, puede parecer concluyente que la bigamia en España está considerada delito en base al artículo 217 CP con la pena de seis meses a un año de prisión, habiéndose incluso denegado la solicitud de concesión de nacionalidad española en base a esta causa por motivos de orden público<sup>50</sup>, y el Código Civil prohíbe contraer matrimonio con carácter de impedimento absoluto a los que estén unidos con vínculo matrimo-

---

<sup>49</sup> En opinión de algún autor, esta Institución supone en sí misma una discriminación efectiva cuyo mantenimiento en su actual estatuto es incomprensible, pues si bien es cierto que existen doctorados jurídicos en otros lugares también lo es que éste, *además de especialmente prestigioso, goza de un reconocimiento del título académico de Doctor privilegiado en nuestro país, manteniéndose con ello un trato discriminatorio hacia las mujeres juristas (sean o no católicas y con independencia de su filiación) que el Estado no debería permitir*: FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., *Mujer y Derecho civil*, en Palomar Olmeda, A. (Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 297.

<sup>50</sup> A título ejemplificativo: Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3.ª), de 11 de junio de 2002.

nial, habiéndose dictado numerosas sentencias que han declarado matrimonio ilegal al segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior<sup>51</sup>.

De las distintas resoluciones emitidas por la propia DGRN<sup>52</sup> se desprende que la familia matrimonial polígama es contraria a la dignidad constitucional de la mujer española y a la concepción española de la institución matrimonial. No obstante, a pesar de ello, este no es un análisis baladí, puesto que nuestros Tribunales todavía no han aunado posiciones por ejemplo a la hora de atribuir la pensión de viudedad a la muerte del polígamo. Un auténtico rosario jurisprudencial que va desde la declaración como única titular de la misma a la primera esposa al encontrar el régimen poligámico contrario al orden público y decretar la nulidad del segundo matrimonio<sup>53</sup>, hasta el reconocimiento de las dos esposas repartiendo la pensión de viudedad a la mitad<sup>54</sup> o llegándose a establecer un prorrateo de la pensión en función del tiempo de convivencia con el causante<sup>55</sup>, pese a la existencia de sentencias que declaran matrimonio ilegal al segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.

Lo curioso es que luego en situaciones menos complejas, se ha discutido la percepción de una pensión de viudedad a un matrimonio gitano, que habían contraído nupcias por sus ritos tradicionales, aunque obviando parte de la legislación estatal en dicha materia, como puede constatarse a raíz de la STC 69/2007, de 16 de abril<sup>56</sup>. En este

<sup>51</sup> En este sentido, Sentencia de la Audiencia provincial de Málaga, Melilla, núm. 7/2003 (Sec. 7.ª) de 11 de febrero.

<sup>52</sup> Resoluciones de la DGRN de 8 de marzo de 1993; de 11 de mayo de 1994; de 14 de septiembre de 1994; de 3 de diciembre de 1996, entre otras, 2/2001, de 14 de mayo.

<sup>53</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 5255/2003 (Sala de lo Social, Sección Única), de 30 de julio en respuesta al recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona con fecha 10 de octubre de 2001. María Teresa, la primera esposa, había contraído matrimonio en la República de Gambia con Miguel Angel el 26 de marzo de 1980, y Julieta el 15 de agosto de 1993 en el mismo lugar.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 2 de abril de 2002. La Sentencia deriva del recurso interpuesto ante la Sentencia del Juzgado de lo social número 3 de A Coruña, de 13 de julio de 1998. Existe un breve comentario de esta Sentencia en: LÓPEZ MOSTEIRO, R., *La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 19/2001, Aranzadi, 2002.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de julio de 2002, revocando en parte la Sentencia de 17 de enero de 2002, del Juzgado de lo Social núm. 36 de Madrid.

<sup>56</sup> Esta STC traía causa en las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social de Madrid núm. 12, con fecha de 30 de mayo de 2002 y la Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002. En este sentido resultan interesantes los comentarios a la misma en: ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: STC 69/2007, de 16 de abril*, en Aranzadi Social, núm. 10, 2007; GARCÍA ALEGRÍA, G., *Matrimonio celebrado por rito gitano (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, 16 de abril de 2007)*, en Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, núm. 205, 2007; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Forma matri-*

caso, además, denominado «caso Muñoz Díaz contra España», el TEDH rechaza por unanimidad que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el TEDH consideró desproporcionado que el Estado español, que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no obtuviese sin embargo la pensión de viudedad. No obstante, en su sentencia estima que el hecho de que el matrimonio gitano no tenga efectos civiles, no constituye una discriminación prohibida<sup>57</sup>.

Las normas de Derecho Internacional privado deberían haber resuelto los conflictos planteados, y no habiendo sido así, cuando el reconocimiento del derecho que ostentan los extranjeros<sup>58</sup> de proteger y promover su identidad religiosa y/o cultural pone en riesgo los principios y valores del foro, el recurso al orden público debería cerrar cualquier vía a su reconocimiento<sup>59</sup>. Quizás por este tipo de ejemplos, comprendo con más amplitud el apocalíptico significado de lo que Wendell Holmes escribió en su día: «las profecías de lo que los tribu-

---

*monial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 16, 2008; MUSOLES CUBEDO, M.C., El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 16, 2008.*

<sup>57</sup> STEDH de 8 de diciembre de 2009 (seis votos a favor y uno en contra, considerando la vulneración del art. 14 en conexión con el art. 1 del Protocolo núm. 1. El TEDH recuerda las tres sentencias en las que el TC reconoció derecho a una pensión de viudedad en el caso de matrimonios canónicos no inscritos en el Registro Civil y que por tanto no producían efectos civiles. La STC 260/1988 en el caso de un matrimonio canónico que no pudo inscribirse debido a la imposibilidad de divorcio antes de 1981; la STC 180/2001 reconoce el derecho a una indemnización con la base de un matrimonio canónico no inscrito poco antes de la Ley del Divorcio de 1981 por motivos de libertad de conciencia y de religión; la STC 199/2004 reconoce un derecho a una pensión de viudedad también sobre un matrimonio canónico no inscrito voluntariamente en el Registro Civil. En relación a esta sentencia puede leerse, entre otras: DOMÍNGUEZ ALONSO, P.; MORENO MOLINA, J.A., «Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano: comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7356, 2010, pp. 10-12.

<sup>58</sup> La consideración de extranjero que acompaña este análisis se refiere a un nacional de un país no perteneciente a la Unión Europea.

<sup>59</sup> Art. 12.3 Cc establece «ad litteram» que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Dicho precepto también se evidencia en el artículo 8.1 Cc. La conceptualización del orden público en la materia relativa al derecho internacional es aquel que afecta a ciudadanos y extranjeros, abarcando aquellas leyes que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no permiten que pueda establecerse sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros.

nales harán de hecho, y no otra cosa con más pretensiones, tal es lo que entiendo por derecho»<sup>60</sup>.

### e) **La ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo**

Recientemente se ha aprobado en España la Ley 13/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género, colmando así una de las más insistentes demandas del colectivo transexual. Y ello, pese a que muchos la han calificado de corto alcance, pues entre otras cuestiones no se trata de una ley integral sobre los transexuales que aborde más problemas que el aquí suscitado. De hecho, autores como autores como Martínez Pereda afirman que se trata de *un cambio de sexo «ma non tropo», descafeinado y que el TS lo que ha creado es un «tertius sexus», femenino, pero no totalmente, al menos en sus efectos jurídicos*<sup>61</sup>.

Tampoco se dice nada de los intersexuales y los hermafroditas, y constituye una medida poco innovadora, que sigue los antecedentes de numerosos países europeos que desde hace más de treinta años se hicieron sensibles a esta necesidad. Así, Suecia fue la pionera en 1972 al establecer una «Ley sobre determinación del sexo en casos establecidos», a continuación Alemania en 1980 «sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares, y muchos otros países como Italia (1982), Holanda (1985)<sup>62</sup>, etc. Sensibilidad que trascendió al seno de las Instituciones Europeas en varias Resoluciones y Recomendaciones<sup>63</sup>.

Con esta nueva ley, se han vuelto a retomar varias polémicas, como la necesidad de sufragar a través del Sistema Nacional de Salud todos sus tratamientos, incluida la cirugía (a diferencia de los travestidos, que alivian su conflicto vistiendo y comportándose como el sexo contrario, los transexuales necesitan adaptar su cuerpo al sexo opuesto al

<sup>60</sup> WENDELL HOLMES, O., *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, t. 10, 1087, pp. 457 y ss., publicado en *Collected Papers*, 1920.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ PEREDA, A.C., «*El transexualismo en el Derecho español, otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo*», *Actualidad Civil*, núm. 46, 1990, p. 739.

<sup>62</sup> Asimismo otras como la Ley Belga de 10 de mayo de 2007: «Loi relative à transsexualité», Reino Unido mediante la Gender Recognition Act sancionada el 1 de julio de 2004, e incluso la Ley Japonesa de Identidad de Género que entró en vigor el 16 de julio de 2004, noticia difundida por el diario *El Mundo* y disponible en <http://www.figinternet.org/printarticle22.html>, entre otras.

<sup>63</sup> Resoluciones del Parlamento y del Consejo de Europa en 1989 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 9 de octubre de 1989, pág. 33); Resolución de 12 septiembre 1989 (Doc. A. 3-16/89 DOCE C 256, de 9 de octubre, del Parlamento europeo); Recomendación núm. 1117, adoptada el 29 de septiembre de 1989. Consejo de Europa, Estrasburgo (CJ-FA (91) 2), etc.

que se sienten pertenecer) –Actualmente el Sistema Nacional de Salud no incluye en su cobertura sanitaria el tratamiento integral de reasignación de sexo, siendo el resultado de esta discrecionalidad pública, la acentuación de desigualdades al depender este hecho de la Comunidad Autónoma de la que hablemos<sup>64</sup>.

Hasta ahora, se condenaba a estas personas a un procedimiento judicial costoso, paliado con esta Ley junto a la agilización de su reconocimiento jurídico. Y es que, el TS venía reconociendo (con votos particulares en contra) este derecho a quienes acreditaran cirugía total de reasignación sexual (al menos en su apariencia externa)<sup>65</sup>. A partir de la STS de 17 de septiembre de 2007, este Tribunal realizó un giro jurisprudencial, ante una pretensión que había sido denegada sucesivamente en las dos sentencias de instancia, precisamente por no haberse producido la cirugía de reasignación de sexo que hasta la vigencia de la Ley 3/2007 se entendía como requisito necesario, y coherente en este punto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>66</sup>. Ha de tenerse en cuenta que ya se habían producido decisiones judiciales, no revisadas por el propio TS, en las que se llegó a admitir el cambio de sexo sin realizarse una cirugía de reasignación<sup>67</sup>. Una de las primeras sentencias de Audiencia que aplicó la

---

<sup>64</sup> Tres hospitales sí lo hacen –el primero fue el Servicio Andaluz de Salud en 1999– pero depende de la decisión de cada CCAA del tal modo que un paciente en Andalucía puede tener acceso a una operación de cambio de sexo y en Navarra y País Vasco desde hace diez años se cubre la atención dental infantil).

<sup>65</sup> SSTS, 1.ª, 2.7.1987 (RJ 1987\5045), 15.7.1988 (RJ 1988\5722), 3.3.1989 (RJ 1989\1993) y 19.4.1991 (RJ 1991\2725). El TS llegó a impedir un cambio de sexo femenino a masculino por no cumplir la totalidad de la cirugía de reasignación, pese a que la solicitante llevaba ya más de tres años de tratamiento y había sido sometida a una primera intervención de extirpación de mamas: STS, 1.ª, 6.9.2002. Incluso se siguió este criterio ante la alegación de imposibilidad médica para la realización de la implantación de pene y al hecho de haberse ya sometido a mastectomía y histerectomía (SAP Valencia 30.12.2003); otra en la que la demandante alegaba no poder ser obligada a la cirugía por el riesgo que comportaba para su salud (SAP Barcelona 6.5.2002); o falta de la última fase de reasignación, no realizada por problemas económicos (SAP Madrid 15.7.2004).

<sup>66</sup> El propio Tribunal afirmó: «la necesidad de una intervención quirúrgica de reasignación no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada que, ciertamente, se presenta como afectada por un síndrome, por un estado patológico que exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el *soma* hacia la *psique*, y no a la inversa».

<sup>67</sup> Entre otras, tal vez pudo haberse referido a las sentencias: SAP Pontevedra 27.9.2003 (JUR 2006\26139) se aparta del criterio del TS marcando las diferencias del caso concreto (dos pasos ya realizados y no únicamente el primero) y estima la rectificación, teniendo en cuenta especialmente el carácter irreversible de la cirugía ya realizada y que la demandante estaba ya en lista de espera para la faloplastia; SAP Cádiz, Ceuta 20.4.2005 (JUR 2005\143363), que reconoce el cambio pese a estar todavía pendiente, citando expresamente motivos económicos, de faloplastia. En el mismo sentido, SSAP Valladolid 23.5.2005 (AC 2005\1549) y Jaén 9.10.2006 (JUR 2007\145216). La SAP Barcelona 17.2.2004 (AC 2004\893), pese a desestimar el cambio de sexo por no acreditación de la extirpación de útero y ovarios, admite, no obstante, y manifestándose en con-

nueva Ley a un caso que ya se estaba tramitando judicialmente, fue la de Córdoba en ese mismo mes de marzo de 2007<sup>68</sup>.

No se exige por lo tanto cirugía (la cirugía de cambio de sexo está despenalizada por el artículo 428.2<sup>69</sup>, cuando exista «consentimiento libre y expreso del afectado» –artículo trasladado casi literalmente al artículo 156.1 del vigente Código Penal de 1995 (a mayor de edad con consentimiento personalísimo y emitido consciente y libremente), pero sí es necesario acreditar tratamiento durante dos años, por parte médico. Una exigencia legal que puede servir de medida disuasoria a la automedicación de hormonas, que provoca un incremento notable de los riesgos relacionados con este tratamiento. Estos tratamientos médicos no son un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibilitan su seguimiento y se aporta certificación médica de tal circunstancia. Pero cabe otra objeción final: ¿y por razones económicas? Asimismo, esta Ley ha optado por no incluir ninguna precisión sobre la necesidad de esterilización, de ahí lo que está sucediendo en España en estos momentos, igual que en EEUU, en el que existe un transexual convertido en hombre embarazado.

Tal vez una medida demorada hasta la actualidad por la imposibilidad hasta fechas recientes de que se pudieran casar dos personas del mismo sexo, las cuestiones relativas a la filiación<sup>70</sup> y otras como el

---

tra de la posición del Ministerio Fiscal, la no necesidad de faloplastia (FJ 2). Asimismo en muchos casos se diferenciaba la cirugía según fuera hombre o mujer, pues si era cirugía de hombre a mujer, sí se exigía cirugía total, y sin embargo, en el supuesto contrario, no existía una posición común, habiendo resoluciones que exigían, para estimar las demandas de cambio de sexo, no sólo que el demandante se hubiera sometido a intervenciones quirúrgicas de mastectomía e hysterectomía (que suprimían los caracteres físicos femeninos), sino además, la implantación del aparato sexual masculino, aun cuando dicha intervención no pudiera llevarse a cabo por problemas ajenos a la voluntad del solicitante (como el grave riesgo para su vida: A título ejemplificativo: SAP Valencia de 30 de diciembre de 2003. De forma similar: SAP Madrid de 23 de diciembre de 2004; SAP Barcelona 1 de septiembre de 2005; SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 2005; SAP Asturias 25 septiembre 2006. En otras, sin embargo, se entendió que la extirpación de los caracteres sexuales primarios femeninos (ovarios, trompas, útero), además de la mastectomía bilateral, demostraba la seriedad de la petición de rectificación registral y la condición irreversible del proceso de reasignación sexual iniciado, en muchas de las cuales se alegaban consideraciones de carácter económico, laboral y médicas: A título ejemplificativo: SAP Valladolid 23 de mayo de 2005; SAP Cádiz de 20 de abril de 2005.

<sup>68</sup> SAP Córdoba 27.3.2007.

<sup>69</sup> El mismo ha sido introducido por la LO 8/1983, de 25 de junio.

<sup>70</sup> La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, superó, al menos indirectamente, este problema al regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que ya no era necesario el cambio de sexo en el registro para la validez del matrimonio. No obstante, la regulación del proceso de rectificación registral permitirá con mayor facilidad que el matrimonio se pueda celebrar de acuerdo con el nuevo sexo que conste en el Registro.

Encontramos una sorpresiva disposición adicional primera de modificación del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para incluir un tercer apartado que permite ahora claramente el consentimiento de la mujer casada con otra mujer a la determinación de la filiación a su favor en caso de que su pareja se someta a estas técnicas.

servicio militar, el internamiento penitenciario<sup>71</sup>, las propias relaciones laborales, etc. La incoación del expediente habrá de comunicarse a los «interesados», a los meros efectos de que realicen las manifestaciones que consideren oportunas. En relación a esto último, pensemos en el cónyuge del transexual y en los hijos que éste tuviera, pues los asientos donde conste el matrimonio y el nacimiento de los hijos se verán afectados. Al respecto también, no por obvio debe dejarse sin precisar que las relaciones familiares no se deben ver afectadas, me refiero a las de carácter matrimonial o paterno-filiales. Hoy en día ya no constituye ningún problema jurídico el tener dos madres o dos padres, y por ello tampoco a la titularidad ni ejercicio de la patria potestad. Asimismo, la introducción en el testamento de una cláusula en la que, aun respetando la intangibilidad de la legítima, condicionara la institución de heredero de ese hijo a que no cambie de sexo, sería ilícita por atentar, entre otros principios constitucionales, contra el libre desarrollo de la personalidad y habría de tenerse por no puesta, y lo mismo si fuera la condición que se hubiera impuesto para poder heredar o recibir en legado. Y en relación al vínculo matrimonial, debe señalarse que fue solicitada su ausencia en la tramitación parlamentaria de esta Ley, pero finalmente no prosperó<sup>72</sup>.

Los requisitos de legitimación: el de la mayoría de edad, y el de capacidad suficiente. Con la necesidad de ostentar la nacionalidad española, se ha excluido de su aplicación a los extranjeros, incluso con residencia en España. No se ha llegado ni siquiera a favorecer el reconocimiento mutuo entre Estados, a pesar de ser estas cuestiones unas de las más controvertidas en la discusión parlamentaria de esta ley, pero con la reexpedición del DNI, títulos académicos y demás documentos, la atención del legislador a la causa transexual ha descendido hasta el punto de regular la exención de tasas por dichos conceptos.

---

<sup>71</sup> El caso del internamiento en centros penitenciarios permitiendo que puedan ingresar en prisiones de hombres o mujeres según la identidad de género que manifiesten socialmente [Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 7/2006 TGP de 9 de marzo de 2006 sobre Integración Penitenciaria de Personas Transexuales (tras los preceptivos informes para ello)]. Si bien la Instrucción 1/2001, de 12 de febrero, estableció como criterio de separación el de la «identidad sexual aparente», con esta nueva Instrucción del año 2006 se intenta tener en cuenta la identidad psico-social de género de estas personas para evitar su exclusión con los preceptivos informes de valoración médica y psicológica, pudiendo entonces acceder a módulos y condiciones de internamiento adecuados a su condición. Asimismo se reconoce con la misma el acceso a servicios especializados de salud para el proceso de transexualización y tratamiento endocrinológico bajo supervisión médica. Y lo más curioso e importante en relación a la Ley aquí analizada: señala que «la Administración instará el empleo de nombre adecuado a su identidad y género, en las relaciones grupales e interpersonales penitenciarias, con exclusión de las de carácter oficial, incluida la documental, en que seguirá empleándose el nombre oficialmente acreditado».

<sup>72</sup> Enmiendas: BOCG Congreso de los Diputados de 10 de octubre de 2006, Serie A, núm. 89-7, p. 57 y BOCG Senado, Serie II, 14 de diciembre de 2006, núm. 79, p. 9.

A los ejemplos mencionados relativos a los seguros, las cuotas electorales, el doctorado en el Colegio de España en Bolonia, la poli-gamia, los transexuales, podrían añadirse muchos otras tales como la Sucesión en la Corona o la diferenciación en el tratamiento protocolario del cónyuge según sea Rey o Reina el que ostente la Jefatura del Estado<sup>73</sup>, cuestiones relativas al uso del velo o hijab en España, etc.

### III. CONCLUSIONES

Por todo lo manifestado, puede concluirse que el constitucional y unánime reconocimiento de muchos derechos, así como su reforzada tutela, no implican la desaparición de todas las discriminaciones e incumplimientos. En determinados ámbitos, a pesar de la prohibición de cualquier discriminación, resulta endémica la desigualdad. Por ello es necesario superar la brecha entre la existencia de derechos y su ejercicio, pues no basta sólo con la fijación de normas y procedimientos jurídicos apropiados, sino que se requiere de una ciudadanía informada con conocimiento y conciencia de sus derechos, apoyada por una institucionalidad que responda frente a la transgresión de los mismos, y que exija su cumplimiento. Y ello, para compensar ese porcentaje de déficit democrático que ahora falta, lo que en mi opinión es una cuestión de justicia que debería preocupar a todos los ciudadanos, con especial atención de los operadores jurídicos.

Debemos continuar reivindicando la igualdad y la eliminación de la discriminación por razón de sexo desde la óptica material, pero sin olvidar al mismo tiempo la que podría considerarse su condición *sine qua non*; la equidad jurídica en derechos de las mujeres respecto a los hombres, pues no puede olvidarse que, precisamente, el Derecho es una de las más importantes herramientas en la búsqueda de la paridad.

La plena ciudadanía exige igualdad en derechos, idénticas posibilidades de participación social y la misma capacidad de participar en las decisiones políticas, las cuales, tienen a su vez efectos para ambos sexos, y estos presupuestos siguen sin cumplirse para las mujeres incluso en las sociedades de bienestar más consolidadas. Por esta razón, mientras no se supere este muro jurídico, las mujeres no serán ciudadanas, si por tal se entiende aquellos sujetos en el ejercicio completo de sus derechos políticos, económicos y civiles. Lo que por ende resulta contradictorio, entre otros, con el mandato constitucional del artículo 9.2 CE de *que los poderes públicos promuevan las condicio-*

---

<sup>73</sup> Si bien no se ha mantenido la «Ley Sállica», la mujer es apta a falta de varón. Así se establece en el artículo 57.1 CE, a pesar de que la Corona forma parte de la organización del Estado, ostenta la Jefatura del Estado Español, y sin margen de duda, también sus miembros se encuentran afectados por los principios, derechos y deberes que informan este sistema. Sobre estas cuestiones: RICOY CASAS, R.M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2010.

*nes para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.*

En relación con lo anterior, y siguiendo a Prieto Sanchís, *cualquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrezca al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos*<sup>74</sup> y, por ello, es necesario ofrecer una especial protección que garantice la efectividad de los mismos.

Es más, una vez salvadas las diferencias jurídicas en el horizonte inmediato, debería continuar la lucha iniciada en pos de finalizar las diferencias en el lenguaje, en el reparto de papeles o roles sociales y laborales, etc., tan difíciles de franquear, en un reto permanente con la esperanza de presenciar y disfrutar de este siglo XXI que alguna autora prevé como *el siglo de las mujeres*. Y ello pese a que por ahora finalice con escepticismo más que pesimismo compartiendo, una vez más con Bobbio, el irresistible efecto cómico y, en la intención del autor satírico, del célebre dicho «orwelliano»: *todos somos iguales, pero unos más iguales que otros*, que escribiera en «Rebelión en la granja».

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en *adc*, tomo XLVI, fasc. I.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MURO, I., *Iguals, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 7, 2008.
- AQUINO DE SOUZA, C., *Las cuotas electorales y el derecho fundamental de sufragio*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2008-i.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: STC 69/2007, de 16 de abril*, en *Aranzadi Social*, núm. 10, 2007.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, *La igualdad como derecho público subjetivo*, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987.
- BLÁZQUEZ-RUIZ, F.J., *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- BOJ DEL VAL, E., Claramunt Bielsa, M.<sup>a</sup>; Fortiana Gregori, J., *Una alternativa en la selección de los factores de riesgo a utilizar en el cálculo de primas*, en *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, tercera época 6, 11-35, 2000.

---

<sup>74</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, p. 370.

- BUSTOS MORENO, Y.B., *La transexualidad*, Dykinson, Madrid, 2008.
- DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, P., Moreno Molina, J.A., Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano: comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, en *Diario La Ley*, núm. 7356, 2010.
- FERNÁNDEZ CRENDE, A., *Seguros de vida y discriminación sexual*, en Indret, núm. 254, 2004.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., *Mujer y derecho civil*, en Palomar Olmeda, A. (coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARCÍA ALEGRÍA, G., *Matrimonio celebrado por rito gitano (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, 16 de abril de 2007)*, en Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, núm. 205, 2007.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., *La protección jurisdiccional del principio de igualdad*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 36, 1983.
- LÓPEZ MOSTEIRO, R., *La poligamia y algunas prestaciones de seguridad social*, sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 19/2001, Aranzadi, 2002.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, en *Diario La Ley*, núm. 6918, 2008.
- MARTÍNEZ PEREDA, A.C., *El transexualismo en el derecho español, otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo*, Actualidad civil, núm. 46, 1990.
- MUSOLES CUBEDO, M.C., *El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007*, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 16, 2008.
- OLLERO, A., *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; id., *¿Tiene razón el derecho? entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Curso de derechos fundamentales (i), teoría general*, Eudema, Madrid, 1991.
- PEREIRA MENAUT, A. y TIRAPU MARTÍNEZ, D., *Observaciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de derecho en VVAA: el principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Sobre la igualdad en la Constitución Española*, Anuario de Filosofía del Derecho, iv, 1987.
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986.
- PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983.

- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, 1983.
- REY MARTÍNEZ, F., *La presentación equilibrada en los partidos políticos*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007.
- RICOY CASAS, R.M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano (a propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril)*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2008.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., Prólogo a la obra: OLLERO, A.: *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RUIZ MIGUEL, A., *En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007.
- *La representación democrática de las mujeres*, en Carbonell, M. (comp.), *el principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, en Reyes Mate, M., *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995.
- SANTAMARÍA IBEAS, J.J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Burgos, 1997.
- SEVILLA MERINO, J., *La participación política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11, 2007.
- TRUJILLO, M.A., *Paridad política*, en AAVV: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- VITTORIA BALLESTRERO, M., *Acciones positivas*. Punto y aparte, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996.
- WENDELL HOLMES, O., «*The path of the law*», *Harvard Law Review*, t. 10, 1087, 457 y ss., publicado en *Collected Papers*, 1920.
- ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Bosch, Barcelona, 2003.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 8/10/2011.