

# **El Alarde de Irún y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo**

Comentario a la S. 16/1998  
del TSJ del País Vasco,  
Sala de lo Contencioso,  
de 17 de enero de 1998

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid

D E R E C H O A U T O N O M Í A S



**L**a Sentencia 16/1998 de la Sala de lo Contencioso del TSJ del País Vasco, de 17 de enero de 1998, es, a mi juicio, una excelente Sentencia. Viene a resolver el recurso planteado contra una resolución de la Alcaldía de Irún de 31 de enero de 1997, que desestimaba la solicitud de diversas vecinas de la villa para desfilan como los varones, esto es, vestidas de soldados y con escopeta, durante la fiesta del Alarde de San Marcial (el 30 de junio). El Tribunal estimará el recurso, sosteniendo que la prohibición municipal de que las mujeres desfilen como soldados es una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 de la Constitución, especialmente si se lee, por la vía abierta por el art. 10.2 CE, a la luz de los artículos 5 y 13 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 16 de diciembre de 1979<sup>1</sup>.

El principal mérito de la Sentencia es, en mi opinión, haber acertado en la elección del estándar de examen judicial. En efecto, el Tribunal se cuida de distinguir el *principio general de igualdad* (art. 14a CE), que exige tan sólo del órgano judicial la apreciación de alguna razón justificadora de la diferencia jurídica de trato adoptada entre personas y/o grupos, de la *prohibición de discriminación por razón de sexo* (art. 14b CE), que reclama del órgano judicial de control un genuino y severo juicio de proporcionalidad. En el primer caso, el escrutinio judicial es muy deferente hacia la autoridad pública que establece la diferencia jurídica de trato, lo que es coherente, según creo, con un recto entendimiento del principio de separación de poderes. Legislar, gobernar, diseñar políticas, etc. significa, de suyo, distinguir entre categorías de sujetos y dispensar consecuentemente tratos jurídicos diferentes. Al poder judicial sólo corresponde, en general, evitar que tales desigualdades jurídicas de trato sean arbitrarias. El principio general de igualdad se confunde, pues, con el criterio de la mera razonabilidad de la diferencia jurídica de trato. La *prohibición de discriminación en este*

*sentido amplio*, como reverso del principio general de igualdad (art. 14a CE), no es sino una variedad del principio constitucional de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). Por el contrario, como he defendido en otros lugares<sup>2</sup>, la *prohibición de discriminación en sentido estricto* (art. 14b CE) en atención a los rasgos sospechosos explícitos en el art. 14 CE, sexo, raza, religión, ideología, etc., es propiamente un *derecho fundamental*<sup>3</sup>, que tendría, por tanto, un contenido esencial (art. 53.1 CE) frente a todos los poderes públicos, incluida la legislación. En consecuencia, cualquier *límite* a este derecho fundamental desencadena *el límite a los límites* en que consiste la garantía del contenido esencial y que se concreta, finalmente, en un más o menos estricto juicio de proporcionalidad. Las diferencias jurídicas de trato entre hombres y mujeres, con la salvedad de las acciones positivas<sup>4</sup> y de las circunstancias relativas al embarazo y la maternidad, son, en principio sospechosas de discriminación. En otras palabras, con las excepciones indicadas, la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo tiende hacia la exigencia de identidad de trato.

La resolución municipal impugnada, según la cual los varones podían desfilan como soldados pero las mujeres no, establecía una palmaria diferencia jurídica de trato. La cuestión es si puede calificarse como una discriminación sexual prohibida por la Constitución. Más concretamente, se trata de examinar si constituye una discriminación *directa*, es decir, un trato jurídico diferente (que nadie discute) y *peor* para las mujeres de Irún sólo por ser mujeres<sup>5</sup>. El TSJ del País Vasco da por hecho, sin necesidad de demostración alguna, que la prohibición de que las mujeres desfilen vestidas de soldado es, en principio, una discriminación directa, un trato distinto y peor. Su argumentación se ciñe únicamente a ponderar si dicha discriminación está justificada, de acuerdo a un examen que responde, en líneas generales, a un juicio de proporcionalidad aunque no lo llame en ningún momento así. En otras palabras, aunque la Sentencia no emplee este marco

1

Ratificada por España el 18 de diciembre de 1983 (con la reserva de la no afectación del Convenio a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española). El artículo 5.a) dispone que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias... basados... en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Por su parte, el art. 13.c) ordena a los Estados Partes adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer... en particular: el derecho a participar en... todos los aspectos de la vida cultural”.

2

Permítaseme la referencia al libro titulado *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, así como el artículo publicado en colaboración con Juan María Bilbao Ubillos, titulado “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en el libro colectivo *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi editorial-BCH, Madrid, 1998, pp. 243-339.

3

Del que, en mi opinión, se derivarían, en su dimensión individual-subjetiva, dos reglas, la prohibición de discriminaciones directas e indirectas, y en su dimensión objetivo-institucional un principio, el mandato de acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres respecto de los varones (“El derecho” ob.cit, pp. 63 s.).

4

No así las discriminaciones positivas o inversas que, se miren como se miren, son una especie del género de las discriminaciones directas, esto es, un trato jurídico diferente y peor a alguna/s persona/s en atención a su sexo (en este caso, el sexo que, en términos de colectivo, está de facto mejor situado que el otro). Las acciones positivas no son nunca discriminaciones directas (ni indirectas). El trato jurídico mejor a uno de los dos sexos no conlleva el efecto simétrico típico de las discriminaciones positivas de un trato peor al otro sexo.

5

Aquí reside, a mi juicio, el origen del profundo malentendido de índole cultural que ocasiona el problema social y más tarde jurídico en torno a la participación de las mujeres como soldados en el Alarde. Porque los defensores del Alarde tradicional, sin mujeres-soldado, entre ellos muchas mujeres, no creen que porque las mujeres no desfilen vestidas de soldado se las esté tratando peor o discriminando en relación con los varones.



conceptual de modo expreso, el Tribunal considera que la prohibición impugnada es un *límite* del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14b CE) y examina, en consecuencia, si tal límite lesiona o no el contenido esencial del derecho, concluyendo que sí. Por el contrario, la representación del Ayuntamiento intentará, sin éxito, demostrar, aunque también sin llamarlo así, que el trato jurídico es diferente pero no peor (en atención a diversos motivos que luego se expondrán, pero sobre todo por el argumento de la tradición), por lo que la prohibición recurrida no sería un auténtico *límite* del derecho funda-

mental previsto en el art. 14b CE, sino que, simplemente, caería fuera de la *delimitación* de dicho derecho, esto es, de las facultades que integran su contenido. Las mujeres no tendrían un derecho fundamental a desfilar como soldados porque no tendrían derechos frente a la historia y las tradiciones.

El punto de partida de la argumentación del Tribunal es, pues, que la resolución impugnada dispensa un trato diferente y peor a las mujeres de Irún al prohibirlas participar como soldados en el Alarde, manifestando con ello “un patrón sociocultural de conducta basado en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” –como sería que sólo aquéllos pudieran tomar parte en las funciones militares– (art. 5.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), a la vez que se les negaría su “derecho a participar en todos los aspectos de la vida cultural” (art. 13.c) de la misma Convención). No hay que olvidar tampoco que el art. 9.2 CE ordena a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural y social. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 317/1994 define como discriminatorias a todas aquellas normas que “tiendan a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados”. Aunque la Sentencia no lo explicita directamente, la prohibición de que las mujeres desfilen como soldados en el Alarde las trata peor o discrimina porque vehicula el estereotipo tradicional (por cierto, ya en gran medida superado pues las mujeres españolas no están obligadas a realizar el servicio militar obligatorio pero sí pueden pertenecer al ejército) de que no pueden ser soldados y porque las impide una forma de participación en la fiesta principal de la villa (aunque no es la patronal) sí abierta a los varones, aunque unas y otros dispongan de idéntica porción de ciudadanía. ¿Cuáles son las razones que aportó el Ayuntamiento para justificar la prohibición de que las mujeres no participaran en el Alarde como soldados?: a) Primera: una abruma-

dora mayoría de la población de Irún, incluidas las mujeres, se muestra partidaria de realizar el Alarde al modo tradicional, sin mujeres soldado<sup>6</sup>. b) Segunda: el Alarde es una tradición de siglos, que sólo sobrevivirá como tal si permanece inalterada en sus rasgos básicos, entre ellos, claro está, que sólo participen como soldados los varones pues es la escenificación de hechos históricos en los que no participaron mujeres. Ni siquiera hoy las mujeres estarían obligadas a realizar el servicio militar.

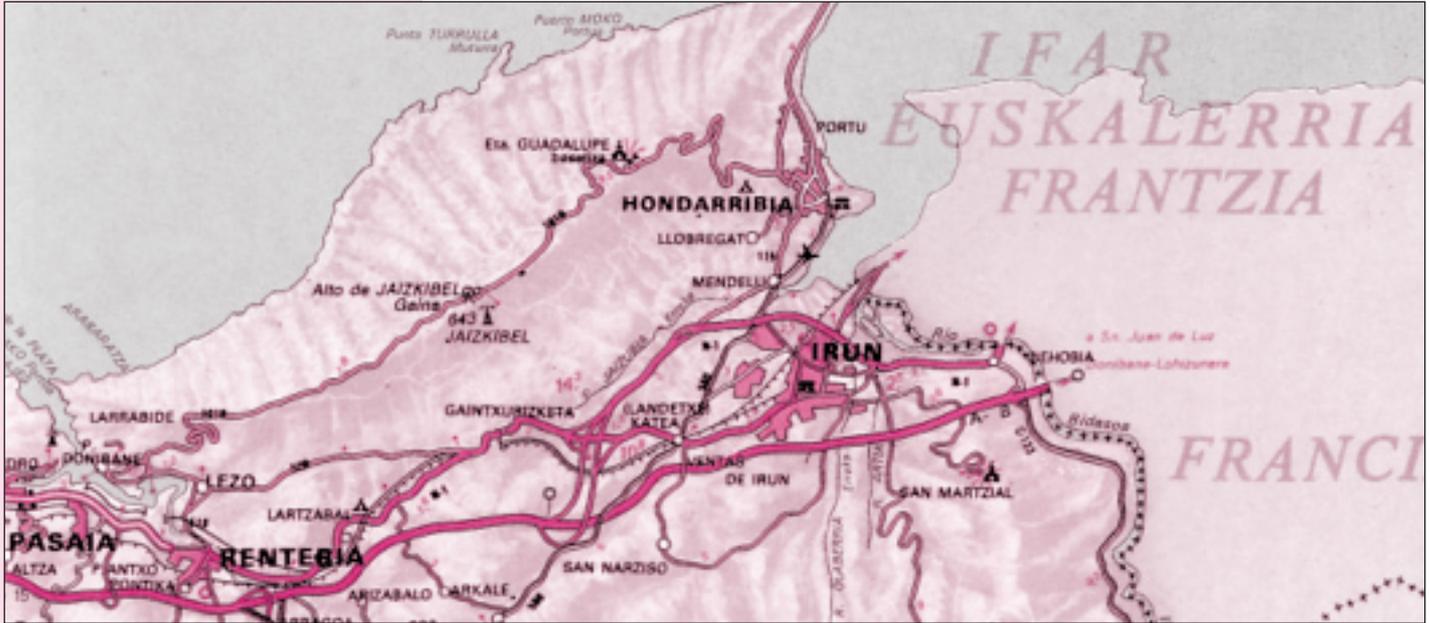
## A

Es preciso reconocer que ambas razones, la voluntad de la mayoría y la tradición, tienen cierto peso. Habría que tener en cuenta que el hecho controvertido se refiere a una fiesta y no a otros bienes sociales más importantes e individuales, como un puesto de trabajo o un lugar en una lista electoral. Y además que muchas otras fiestas populares en España se han construido de acuerdo con una tradición que asigna funciones distintas a mujeres y hombres. Podría ser absurdo, e incluso esperpéntico, extender lo política y mediáticamente correcto a ésta y las demás fiestas populares; imponer el lenguaje de los derechos fundamentales en relación con tales tradiciones podría ser excesivo<sup>7</sup>. Además, si ahora se obliga a admitir a las mujeres como soldado, ¿qué razón hay para impedir que hombres y mujeres menores de 18 años o mayores de 60 puedan participar como soldados? ¿No habría aquí, en caso contrario, una discriminación por razón de edad (que ha empezado a ser identificada tímidamente por el Tribunal Constitucional en el art. 14 de la Constitución)? Todavía más: si se impidiera desfilas a un varón que lo deseara como cantinera, ¿no sería una discriminación por razón de sexo? Y si un vecino o un grupo de ellos no creyentes, o no creyentes católicos alegaran que el formato del Alarde, que es claramente de inspiración católica (un voto de agradecimiento a San Marcial por la victoria en la peña del Aldabe, con una misa de campaña en los actos), les discrimina por razón

**EL TSJ DEL PAÍS VASCO DA POR HECHO, SIN NECESIDAD DE DEMOSTRACIÓN ALGUNA, QUE LA PROHIBICIÓN DE QUE LAS MUJERES DESFILEN VESTIDAS DE SOLDADO ES, EN PRINCIPIO, UNA DISCRIMINACIÓN DIRECTA, UN TRATO DISTINTO Y PEOR.**

**MANIFESTANDO CON ELLO “UN PATRÓN SOCIOCULTURAL DE CONDUCTA BASADO EN FUNCIONES ESTEREOTIPADAS DE HOMBRES Y MUJERES”.**

**A LA VEZ QUE SE LES NEGARÍA SU “DERECHO A PARTICIPAR EN TODOS LOS ASPECTOS DE LA VIDA CULTURAL”.**



**6** Esto es un hecho indiscutible. En la actualidad se realizan el mismo día dos Alardes, el oficial, organizado por el Ayuntamiento, en el que, después de la Sentencia que estamos analizando, se ha permitido a las mujeres desfilar como soldados y uno privado y tradicional, organizado por el Casino, en el que no pueden. Pues bien, éste último Alarde es el que sigue convocando a la mayor parte de la población. Se trata de un auténtico “referendum” anual sobre el punto de vista de los vecinos de la villa en torno al problema planteado.

**7** He podido percibir directamente, gracias a una charla que impartí con el profesor J. M.<sup>3</sup> Bilbao en el Casino de Irún el 11 de noviembre de 1999, que un gran número de irundarras se encuentran profundamente irritados con el hecho de que muchas instituciones se pronunciaran sobre el particular (Instituto Vasco de la Mujer, Defensor del Pueblo Vasco, Parlamento Vasco, etc.), y también todos los medios, y de que, por último, haya sido un órgano judicial el que haya impuesto cómo celebrar la fiesta principal de su pueblo. Existe una muy difundida y absolutamente comprensible sensación entre los vecinos de la villa de que han dejado de ser los “propietarios” de su fiesta; fiesta, además, que tiene un gran valor simbólico e integrador. Es más que una simple fiesta folclórica. Un órgano judicial ha decidido cómo celebrarla en contra de una tradición secular y de la expresa voluntad de la mayoría de los vecinos y las vecinas; esto distingue al Alarde de muchas otras fiestas y tradiciones en España.

**8** La Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, que declaró no aplicable el art. 14 CE a la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios, no me parece, en rigor, un antecedente del Alarde. Pues (de un modo altamente discutible por lo demás) la *ratio decidendi* de la Sentencia es el carácter estrictamente privado de la nobleza, lo que en ningún caso ocurre con el Alarde de Irún (el oficial, se entiende), que es de naturaleza pública.

de su religión, recordemos, un criterio de distinción también odioso o sospechoso previsto en el art. 14 CE, ¿qué podría decidir eventualmente un tribunal?

El argumento de la voluntad mayoritaria ha sido contestado por el Tribunal Superior con la idea, de sabor *dworkiano*, de que un derecho fundamental no depende de una opinión social, aunque sea la mayoritaria, incluidas las propias mujeres de la villa. Estoy de acuerdo con esto. Los derechos fundamentales son, “triumfos de las ciudadanas y los ciudadanos frente a las mayorías”. Están por encima de la democracia, están fuera del pluralismo, del debate político. Porque son exigencia de la dignidad de cada ser humano. Cada persona es un fin en sí, nunca puede ser considerada un medio para conseguir fines colectivos superiores. A los europeos y las europeas nos ha costado muchos millones de muertes y muchos siglos llegar a esta conclusión, que es el corazón de nuestra civilización.

No obstante, para estimar este argumento, hay que demostrar antes que prohibir a las mujeres desfilar como soldados constituye una violación de un derecho fundamental. Así que el argumento de la voluntad de la mayoría no es un argumento concluyente, pero su contrario (los derechos triunfan frente a la mayoría) tampoco, pues requiere una previa demostración de que hay en juego un derecho fundamental violado.

**B** De modo que, en definitiva, el centro del asunto se ubica en el debate sobre si la tradición puede prevalecer o no sobre la concepción constitucional de la igualdad entre mujeres y hombres<sup>8</sup>. También aquí comparto la respuesta que ha dado el Tribunal Superior. Ni el Alarde actual representa fiel o rigurosamente la batalla de 1552, ni “rememorar” significa gramaticalmente repetir hechos históricos tal y como fueron exactamente, ni el Alarde actual tiene que ver con los Alardes históricos de Guipúzcoa ni en armas, indumentaria, recorrido, significado (los Alardes fueron hasta el año 1876 el modo de realizar el servicio militar en el País Vasco), ni en la propia figura de las cantineras, tan central en la fiesta por lo demás, etc. Conclusión: el Alarde actual no reproduce o recrea con precisión ni la batalla de 1552 contra Francia y Navarra ni tampoco las muestras de armas históricas de las milicias forales. Pero, además, la tradición del Alarde no ha permanecido invariable en la historia; no es una tradición esclerotizada, no es un sacramento de no se sabe qué valores misteriosos y trascendentales. Esta es una idea que a mí me parece particularmente sugestiva. Por no aludir al hecho de que también las mujeres participaron de muchas maneras en tareas militares, aunque no se encuentre reflejo fiel de este hecho en los libros



de historia. Incluso en la actualidad las mujeres no están obligadas a realizar el servicio militar, pero sí pueden prestar servicios en el Ejército, y el Tribunal Constitucional ha afirmado que prohibírselo sería discriminatorio (STC 216/1991).

Retengo, pues, con la Sentencia, que las tradiciones pueden cambiar, como de hecho lo han ido haciendo, incluido el propio Alarde de Irún. El de la inamovilidad de la tradición no me parece, pues, un argumento concluyente. Las tradiciones no son fósiles, sino seres vivos. También ellas, como todos los seres vivos, se hallan sujetas a las leyes implacables de la evolución, entre las que se encuentra, en este caso, la adaptación al nuevo medio que supone el orden constitucional.

Es cierto que muchas otras fiestas y tradiciones asignan funciones o papeles distintos y estereotipados a mujeres y hombres. La diferencia con el Alarde es que éste es de naturaleza pública (regulado por una norma municipal, sufragado con dineros públicos, etc.)—me refiero, claro está, al Alarde oficial— y, sobre todo, aquí se trata de la fiesta principal de la villa (aunque no sea la patronal) en la que se movilizan más de 8.000 personas desfilando, entre las que sólo pueden encontrarse menos de veinte mujeres en el papel de cantineras. Una fiesta así es, sin duda, una actividad cultural y social y la Constitución manda a todos los poderes públicos facilitar la participación de toda la ciudadanía sin distinción en la vida cultural y social (art. 9.2). No se trata de una actividad menor, sin importancia o de naturaleza privada. La exclusión responde, además, a un estereotipo ya superado, el de la negación de la participación de las mujeres en funciones militares.

Todavía resta por examinar (aunque no se planteó en este caso) el argumento que podríamos denominar de la pendiente resbaladiza. De admitir mujeres, ¿por qué no jóvenes menores de 18 ni mayores de 60? Esto podría plantearse y un juez o una jueza tendría que decidir si es discriminatorio o no impedirles ser soldados en el Alarde,

pero ello no tiene nada que ver con el hecho de que las mujeres puedan participar. En todo caso, la discriminación por edad es constitucionalmente menos protegible que la discriminación por sexo, porque no hay prejuicio subyacente, o al menos no del mismo tipo que el que cataloga a las mujeres como seres de inferior valor social en algunos ámbitos, y porque, en el caso de los menores de 18 años, el impedimento se supera naturalmente con el tiempo. Más problemas plantea la exclusión de los mayores de 60 años, que ya no pueden volver atrás y que sí sufren en alguna medida un cierto prejuicio social. Sobre si podrían participar personas negras, gitanas, con discapacidad, etc. es claro que podrían hacerlo desde las dos posturas interpretativas pues el requisito era tradicionalmente ser varón mayor de 18 y menor de 60; esto es, los dos únicos condicionantes son el sexo y la edad, no la raza u otros.

Por lo que dice a personas no creyentes o creyentes no católicas que quieran tener Alarde sin contenido confesional católico, la respuesta no es tan sencilla, porque es evidente que se trata de un acto público confesional en un Estado laico y el art.

14 prohíbe la discriminación por razón de religión y de ideología. ¿Podría llegar a exigir un juez o una jueza que en el Alarde no hubiera Misa de campaña, sino, a lo sumo, unos momentos de silencio y de recogimiento interior, al modo norteamericano en los lugares públicos? Supongo, en todo caso, que el inciso tercero del art. 16 (los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia) volvería a salvar los muebles de una práctica como esta, pero lo cierto es que la Caja de Pandora está definitivamente abierta. Porque, sin duda, el Alarde tradicional era la manifestación de una sociedad culturalmente homogénea, una sociedad patriarcal, confesionalmente católica, etc. que ya ha perdido su base de sustentación. El Alarde actual tiene que vivir, como tantas otras tradiciones, en una sociedad plural. Tendrá que adaptarse o no sobrevivirá. Mejor que esta adaptación se haga de modo progresivo y voluntario y no a golpe de decisiones judiciales ni mucho menos de violencia en las calles.

