

A EQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 20

ENERO-JUNIO 2007

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

SUBDIRECTORA

ROSA BORRAZ PALLARÉS

Directora del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA TÉCNICA

Documentación y Publicaciones
del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.
Miembro del Consejo Rector
del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ CARMEN ALQUÉZAR PUÉRTOLAS

Abogada.
Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ ANA NAVARRO ALASTUEY

Abogada.
Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ M^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

Abogada.
Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

EDITA:

■ Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Servicios Sociales y Familia. Gobierno de Aragón.

Santa Teresa de Jesús, 30-32. 50006 Zaragoza
Tel. 976 716 720
E-mail: iam@aragon.es

■ Universidad de Zaragoza.

Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza
Tel. 976 761 000
E-mail: elosegui@unizar.es

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

■ ANA FERNÁNDEZ ABADÍA

Consejera de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.
Presidenta del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.

■ RAFAEL SANTACRUZ BLANCO

Director General de Servicios Jurídicos. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

■ FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.
Presidenta del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

■ LUCÍA SOLANAS MARCELLÁN

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Consejero de Estado.
Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad Pública de Navarra.

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

■ ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

■ ALFONSO RULZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

■ DOLORES SERRAT MORÉ

Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza.
Médica Forense. Psiquiatra.

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Jaume I. Castellón.

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

■ MARÍA ÁNGELES BARRER E UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

■ LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

■ CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba

■ ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

■ AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

La revista se ajustará en la selección de los artículos a los criterios de calidad informativa y de calidad del proceso editorial, indicados en el BOE núm. 266, de 7 de diciembre de 2005, apéndice 1, para que sus artículos cumplan con los requisitos exigidos para la obtención de evaluaciones positivas en los sexenios de la Actividad Investigadora (Resolución de 25 de octubre de 2005, de la Presidencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora).

1

AEQUALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Teléfono 976 762 117. Departamento de Derecho Público).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

Profesora María Elósegui
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza.
50006 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Se enviarán en soporte de papel y en diskette de ordenador de 3,5" (PC o Macintosh), trabajados en WORD o similar, o bien por e-mail (closegui@unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

3

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, en su caso, el e-mail.

No se devolverán los originales y no se mantendrá correspondencia sobre las colaboraciones que no se hayan encargado, sin que ello sea obstáculo para que se envíen artículos por libre iniciativa.

4

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos expertos externos al Consejo de Redacción. También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

5

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados, ni de posibles variaciones en las programaciones anunciadas.

4



EN MEMORIA DEL PROFESOR RIVERO

Debemos dar la bienvenida a la nueva Directora del Instituto Aragonés de la Mujer, Doña Rosa Borraz, muy conocida en nuestra ilustre ciudad de Zaragoza por su larga trayectoria como Concejala en el Excelentísimo Ayuntamiento de la mencionada Villa.

También saludamos la creación de la Cátedra de Género en la Universidad de Zaragoza, que unifica los siete convenios que el IAM venía firmando con nuestra Universidad.

Pero es tiempo de bienvenidas y de despedidas. Porque en el Consejo de redacción de este número de *AEQUALITAS* hemos echado enormemente en falta la presencia del profesor Juan Rivero Lamas. Agradezco al profesor D. Gabriel García Cantero que haya asumido la autoría de la necrológica en nombre del Consejo de Redacción. Muchos hemos recibido ese apoyo callado, discreto y altruista de Juan Rivero, sin alardes, pero siempre atinado. Y no siempre callado, sino muchas veces sonoro y valiente. En mi caso, debo agradecerle públicamente desde este foro su honradez científica, ya que formó parte precisamente de la Comisión de contratación en la que gané mi plaza de Ayudante en nuestra Facultad, ocasión en la que redactó un voto particular de tres folios avalando ese resultado. Su consejo fue siempre constante y acertado. La sintonía intelectual, académica y humana plena. Un modelo de profesor Universitario.

Este número es en su memoria. A él le hubiera gustado. Se dedica de un modo monográfico a la Ley 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, promulgada en marzo de 2007.

Los artículos que se presentan han sido objeto de debate en el Curso sobre Políticas de Género, impartido en el Consejo General del Poder Judicial en septiembre de 2007, en el marco de los programas organizados por el Servicio de Formación Continua. Agradezco al Consejo que haya tenido la deferencia de encargarme la dirección de ese curso y también que nos permita utilizar ese material que el propio Consejo publica en sus Estudios de Derecho Judicial.

Por otra parte, al preparar este número 20 de *AEQUALITAS* y el nº 21 de este año 2007, contamos con el privilegio de tener entre los colaboradores a quienes fueron los artífices del borrador de dicha Ley Orgánica (Fernando Lousada, Jaime Cabeza, Teresa Pérez del Río y la que esto suscribe). Fruto de ello es la elaboración, bajo la coordinación del Magistrado Lousada, del Dossier Práctico Francis Lefebvre, *Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo*.

El número se abre con un artículo sobre los conceptos utilizados en esta Ley. Como Directora de la Revista me he impuesto la costumbre de no asumir directamente la autoría de los artículos, pero en esta ocasión me veo obligada a explicitar cuál ha sido la mente del legislador en la interpretación del principio de igualdad que asume esta Ley Orgánica.

Por otra parte, contamos con el lujo de la colaboración del Magistrado de lo Contencioso-Administrativo Sr. D. José Luis Requero, que fue el vocal que redactó el dictamen sobre la Ley en nombre del Consejo General del Poder Judicial. Un dictamen clarificador y muy positivo respecto de la Ley.

La profesora Titular de Derecho del Trabajo y Magistrada Pilar Rivas establece la relación que existe entre esta Ley Orgánica y la Ley sobre medidas contra la violencia en ámbitos laborales. Recientemente ha coordinado junto con el profesor Guillermo Barrios una extensa obra sobre esta Ley, con el título *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar. y práctica forense*, publicada en la editorial Thomson-Aranzadi.

En relación con la polémica sobre el concepto de participación equilibrada en los partidos políticos y su constitucionalidad, tema no pacífico, disponemos de las aportaciones del Catedrático de Derecho Constitucional Fernando Rey y de la perspectiva de la Filosofía del Derecho aportada por el Catedrático Alfonso Ruiz Miguel. Ambos participaron ya en un fuego cruzado en el foro del debate del primer número de esta revista en el año 1999. Sus posiciones se han ido acercando y ya no están tan distantes una de la otra, aunque mantengan diferencias con diversos matices.

El Magistrado del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social, Fernando Lousada, realiza una reflexión sobre la Ley, en la cuestión referente al uso del tiempo y las cuestiones de fondo en la conciliación entre vida familiar y laboral, en la que parece haberse contagiado de los virus de la Filosofía del Derecho, porque sus comentarios van a la raíz del problema, remontando la pura literalidad de la norma.

María Elósegui Itxaso

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Directora de la Revista *AEQUALITAS*



En memoria del Prof. Rivero Lamas

POR DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO.

Catedrático de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

El 18 de octubre de 2007 fallecía en Zaragoza Don Juan Rivero Lamas, Catedrático de Derecho del Trabajo de nuestra Universidad, quien, desde su nacimiento en mayo de 1999, ha pertenecido al Consejo de Redacción de nuestra revista. Habiendo sido compañero en estas tareas, se me ha encargado redactar una nota en su memoria, la cual, a mi parecer, no puede limitarse a dejar constancia de este hecho luctuoso, sino servir para evocar una continuada labor, callada pero eficaz, desde hace más de ocho años, que ha facilitado el no siempre fácil periplo editorial de *AEQUALITAS*.

En la Universidad, el prof. Rivero y yo hemos trabajado en Departamentos diferentes, aunque no del todo alejados en razón a los temas que nos incumben. Lograr la real y efectiva igualdad entre el hombre y la mujer es, como suele calificarse, un “tema transversal” que, en definitiva se reconduce al pleno respeto a los derechos humanos que debe inspirar tanto la legislación laboral, como la civil y, en realidad, la totalidad del ordenamiento jurídico.

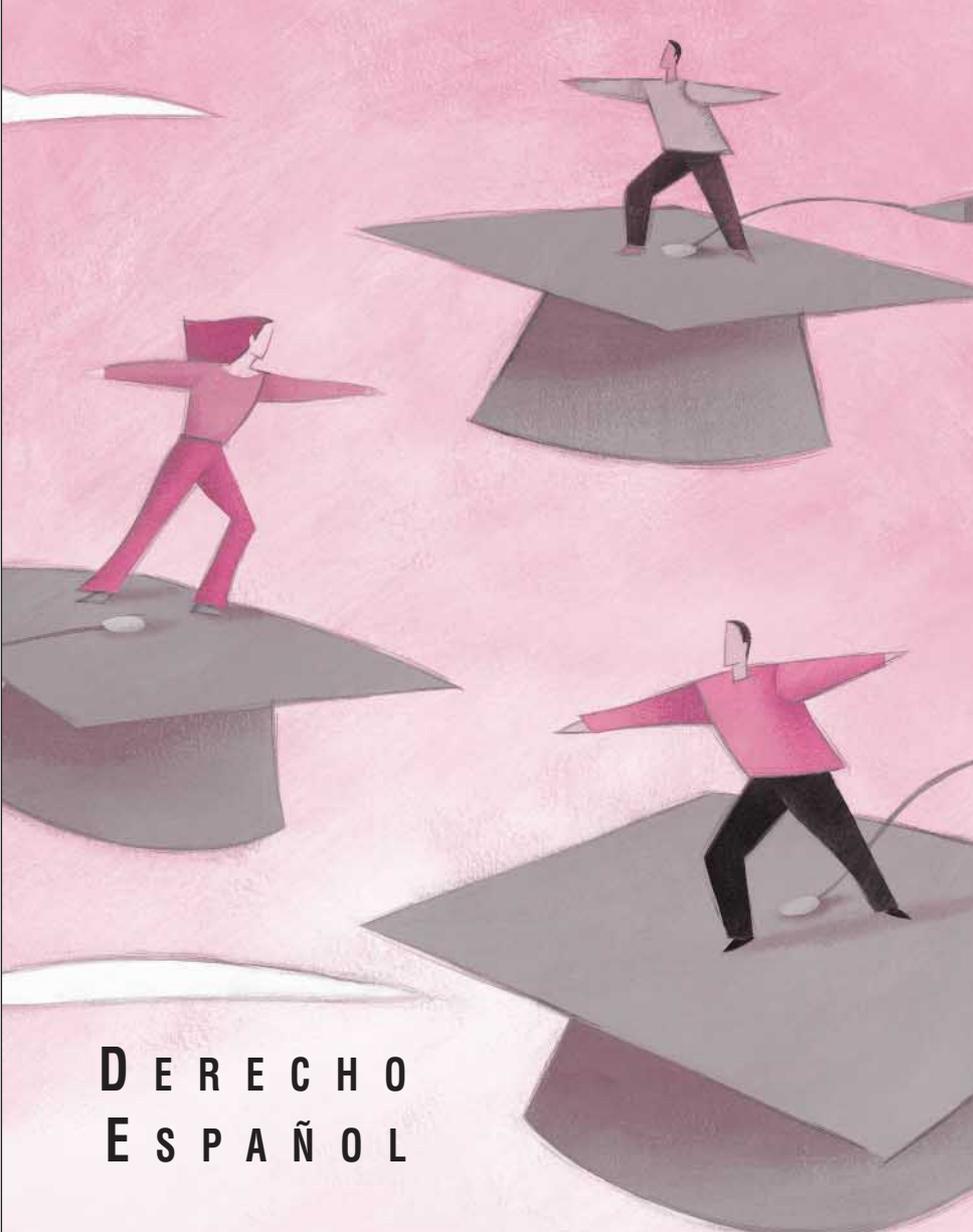
Conocí y traté el Prof. Rivero Lamas al poco de mi traslado a esta Universidad, en febrero de 1981, con ocasión de invitarme a formar parte del equipo con que se presentaba a elecciones para Decano, que efectivamente ganó. Ello fue el feliz inicio de una amistad que, intensificada a lo largo de los años, me permite ahora valorar su excepcional personalidad humana y universitaria. No voy a hablar de su denso “curriculum” elaborado fundamentalmente en el Departamento que él contribuyó a crear al entrar en vigor la Ley de Reforma Universitaria. Pero sí de la nítida imagen que de él he ido percibiendo a lo largo de un estrecho contacto personal durante más de un cuarto de siglo, que muestra, no sólo la de un gran jurista, sino la de un humanista que en todas sus intervenciones públicas acertaba a trascender las fronteras de la norma positiva, para elevar al oyente al plano superior de un saber auténticamente universitario, que estimula y espolea para conocer las últimas causas de los fenómenos humanos. Lo que no le impidió estar siempre en contacto con la realidad, ejerciendo durante muchos años la profesión de abogado laboralista.

El Prof. Rivero tuvo el don de la palabra, cualidad ciertamente imprescindible para todo docente, con la que encandilaba auténticamente a su auditorio cuando intervenía en cualquier foro; su hondo saber se traslucía al discurso, dijérase que sin esfuerzo, mediante oportunas citas de autores de prestigio y autoridad. Y, paralelamente, manejaba ágilmente la pluma, con elegancia, pulcritud y mesura, habiéndonos legado una ingente aportación bibliográfica que sus discípulos harán bien en compilar y publicar.

Exquisito en el trato con sus colegas y alumnos, a todos atendía afablemente, rindiendo culto al método del diálogo racional y constructivo, nunca con prisas y mirando de reojo al reloj, sino transmitiendo al interlocutor de turno el sentimiento de “haber sido escuchado”.

Además de estar reconocido como uno de los maestros del Derecho Laboral español, con multitud de discípulos, tenía además el don de consejo, y por ello fue un acierto el haberlo elegido para formar parte del Consejo de Redacción de nuestra revista. Su palabra, siempre conciliadora e iluminadora, ha ayudado eficazmente a resolver los debates surgidos eventualmente en su seno a la hora de planificar cada uno de sus números, pues no pocas veces su “estar a la última” ha contribuido a abrir nuevos caminos para la temática y planificación de *AEQUALITAS*, sugiriendo cuestiones novedosas que la experiencia posterior confirmó luego su oportunidad. Durante estos ocho años la revista le debe mucho y es de justicia proclamarlo.

Nuestro recuerdo emocionado para su distinguida esposa, la Catedrática de la Facultad de Letras D^a M^a Antonia Martín Zorraquino.



D E R E C H O
E S P A Ñ O L

La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

LAS ACCIONES POSITIVAS PARA LA IGUALDAD LABORAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES

POR DRA. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Universidad de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

TÍTULO PRELIMINAR

OBJETO Y ÁMBITO DE LA LEY

Artículo 1

Objeto de la Ley

1

Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

2

A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

Artículo 2

Ámbito de aplicación

1

Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

2

Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.



TÍTULO I

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Artículo 3

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, **por razón de sexo, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social vinculada al sexo, bien sea directa o indirectamente, y en particular en lo referido a la maternidad, a la asunción de obligaciones familiares y al estado matrimonial o familiar y otros factores que supongan una múltiple discriminación, como la discapacidad** ¹.

Artículo 4

Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Artículo 5

Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión con-

creta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres incorpora al ordenamiento español dos Directivas; una de ellas es la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, es una reforma de una Directiva que lleva el mismo título y se remonta al año 1976 (Directiva 76/2007/CEE).

En buena medida dicha Directiva 2002/73/CE tuvo su origen en los avances que se hicieron en Alemania en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

En 1994, Alemania reformó el art. 3.2. de su Constitución para permitir las acciones positivas realizadas desde los poderes públicos para el logro de la igualdad real; “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promueve la aplicación de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y persigue la reducción de las desventajas existentes”. A ello le siguió la Ley Federal para la igualdad de los derechos, *Zweites Gleichberechtigungsgesetz*, promulgada en 1994.

El legislador alemán hizo compatible los derechos subjetivos a la igualdad en el acceso al empleo, respetando la capacidad y mérito, con el mandato constitucional objetivo dirigido a los poderes públicos para el logro de la igualdad real.

Del mismo modo la legislación española en el Preámbulo de la presente Ley Orgánica: “ Merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad **real** efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional”.

Como se dice en el Preámbulo de la Ley; “El logro de la igualdad **real y efectiva** en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares.

La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración a la normativa reguladora del régimen electoral general, optando por una fórmula con la flexibilidad adecuada para conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional”.

La escala de intervenciones jurídicas empieza por perseguir la discriminación directa y la indirecta, hasta el empleo de acciones positivas por parte del Estado, que justifiquen tratos diferenciales, motivados por la igualdad en el punto de partida, que genera falta de igualdad de oportunidades.



Como se afirma en el Preámbulo; “La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad”.

La elaboración de la normativa española se hace estableciendo los límites del adecuado marco jurídico constitucional español dentro del cual los poderes públicos pueden actuar promoviendo la igualdad real entre mujeres y hombres, siendo respetuosos a su vez con las libertades personales contempladas en nuestra Norma Fundamental. Según el art. 9.2 de la CE; “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social”.

Todo ello se ha legislado conciliando el respeto al Estado de Derecho, y utilizando los procedimientos formales y democráticos adecuados. Esta es la clave. El modelo socialdemócrata de nuestra actual Constitución pretende conjugar el logro de la igualdad real sin sacrificar los derechos fundamen-

tales de libertades individuales. Eso se trasluce en que las medidas adoptadas en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres son conformes a la Constitución y al Derecho Comunitario Europeo, y respetuosas, por tanto, con la autonomía de la persona que contrata y con la libre voluntad de las partes en el ámbito de la contratación laboral, así como con la capacidad y mérito.

Por ello no se exigen cuotas en las plantillas de las empresas porque sería inconstitucional, mientras que sí es legítimo plantear la exigencia de un porcentaje equilibrado de mujeres y hombres en las listas electorales, requiriendo una previa reforma de Ley Orgánica, que se ha hecho con las debidas garantías constitucionales, es decir por la aprobación del Parlamento y del Senado.

El derecho alemán y Alemania como país pionero en la socialdemocracia se han constituido como buenos modelos para la legislación española. Han sido innovadores en la creación de leyes de igualdad para la Administración pública, acordes con una Constitución que ha sido inspiradora de la Constitución Española de 1978. La construcción jurídica de la igualdad en Alemania tiene buen cuidado de ser respetuosa con la autonomía de la ciudadanía. Ellos han experimentado en su propia piel lo que es imponer igualdad real violando la libertad individual. Han padecido dictaduras de derechas y de izquierdas, con el nazismo, pero también con el comunismo de la Alemania del Este.

La presente Ley Orgánica permitirá actuar con mayor contundencia contra la discriminación directa e indirecta de las mujeres en el mercado laboral por su maternidad y también de los hombres por su paternidad, y en general perseguirá las discriminaciones basadas en la asunción de obligaciones familiares y en el estado matrimonial (Cfr., Título I, art. 3).

2. ORÍGENES DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 2002/73/CE CUYA TRASPOSICIÓN HA DADO

LUGAR A LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La presente Ley Orgánica española recoge la trayectoria de la Directiva 2002/73/CE, originada por la jurisprudencia suscitada ante el TJCE por las magistradas y magistrados alemanes de juzgados de lo Social y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Abordamos una discusión de la dogmática jurídica, aplicable tanto al Derecho Comunitario como al Derecho Constitucional español; discusión que se erige como la columna vertebral de esta Ley Orgánica.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sentó las bases de la interpretación de la Directiva Comunitaria 76/207/CEE, en cuestiones prejudiciales que se le plantearon relativas a la cuestión de las leyes alemanas de promoción laboral de las mujeres en la función pública. Ello llevó al Tribunal a analizar los problemas de conciliación entre la igualdad formal y la igualdad material, tanto a nivel Comunitario, como en el Ordenamiento Constitucional alemán. El problema de fondo exigía resolver cómo el legislador puede hacer compatible los derechos subjetivos, entre los que se encuentra la libertad de acceso al empleo, junto con el logro de la igualdad real.

3. CONCEPTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA, INDIRECTA Y ACCIONES POSITIVAS

En la presente Ley Orgánica se procede a definir los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta de un modo similar a como figuran en la Directiva Comunitaria.

Artículo 6

Discriminación directa e indirecta de la Ley Española corresponden a los expuestos en la Directiva comunitaria¹

1 Se considera discriminación directa por

1

Directiva 2). El artículo 2 se sustituirá por el texto siguiente:

Artículo 2

1. A efectos de las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

2

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

Discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,

Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.



razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2

Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3

En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo³.

4. EL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA

Por otro lado, se definen las acciones positivas trasladando la Directiva citada;

"ACCIONES POSITIVAS"

Artículo 11

Acciones positivas

1

Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2

También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley².

Ante la indefinición de los supuestos legales de Acción positiva trataremos de

establecer sus límites sirviéndonos de una interpretación sistemática del ordenamiento comunitario europeo.

El art. 141 del Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, dispone en sus apartados 1 y 4:

1

“Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”,

4

“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

La Directiva se hace eco de este artículo en su primer artículo al afirmar que “La Directiva 76/207/CEE se modificará como sigue:

1

En el artículo 1 se insertará el apartado siguiente:

1 bis

“Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1”. (Artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE).

Nuestra Ley Orgánica indica someramente que los Poderes Públicos “adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”.

Se trata ahora de concretar en esta intervención qué tipo de medidas de acción positiva son constitucionales.

3

Es la trasposición literal de la Directiva art. 2.4. “Toda orden de discriminar a personas por razón de su sexo se considerará discriminación en el sentido de la presente Directiva”.

4

Es el término que erróneamente se ha utilizado en los medios de comunicación cuando se ha transmitido la discusión política generada en relación al debate sobre dicha Ley.

5

Cito las versiones originales y la traducción alemana porque he manejado esta última.

SIMON, R. “Preferential Hiring: A Reply to Judith Jarvis Thomson”, *Philosophy and Public Affairs*, 3, (1974), pp. 312-320. “Bevorzugung auf dem Arbeitsmarkt: Eine Antwort auf Judith Jarvis Thomson”, pp. 49-57.

NAGEL, T. “Bevorzugung gegen Benachteiligung”, en: ders., *Über das Leben, die Seele und den Tod*, Königstein, 1984 (engl. 1973), pp. 107-121. “Bevorzugung gegen Benachteiligung?”, S. 58-73.

DWORKIN, R. “La discriminación inversa”, en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. En alemán “Umgekehrte Diskriminierung”, en: ders., *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984 (eng. 1977), pp. 364-389. Aquí, pp. 96-103.

NEWTON, L. “Reverse Discrimination as Unjustified”, *Ethics*, 83, (1973), pp. 308-312. “Warum umgekehrte Diskriminierung ungerechtfertigt ist”, pp. 96-103.

FULLINWIDER, R.K. “Reverse Discrimination and Equal Opportunity”, en J.P. De Marco/R.M. Fox (Hg.), *New Directions in Ethics. The Challenge of Applied Ethics*, Northway, Andover, ITPS, (1986), pp. 173-189. “Umgekehrte Diskriminierung und Chancengleichheit”, pp. 104-119.

WARREN, M.A. “Secondary Sexism and Quota Hiring”, *Philosophy and Public Affairs*, 6, (1977), pp. 240-261. “Sekundärer Sexismus und Quotierung”, pp. 120-143.

O’NEIL, O. “How do we know when opportunities are equal”, en Carole Gould/Marx Wartofsky (Hg.), *Women and Philosophy. Toward a Theory of Liberation*, New York, Putnams, 1976. “Wie wissen wir, wann Chancen gleich sind?”, pp. 144-157.

RACHELS, Js. “What People Deserve”, en Arthur/W.H.Shaw, *Justice and Economic Distribution*, Engelwood Cliffs, Prentice Hall, 1978, pp. 150-163. “Was Menschen verdienen”, pp. 158-175.

HELD, V. “Reasonable Progress and Self-Respect”, *Monist*, 57, pp. 12-27. “Vernünftiger Fortschritt und Selbachtung”, pp. 176-192.

JAGGAR, Alison M. “Sexual Difference and Sexual Equality”, en Deborah Rode/HG.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, Yale University Press, 1990. “Differenz und Gleichheit der Geschlechter”, pp. 193-215.

THOMSON, J.J. “Preferential Hiring”, *Philosophy and Public Affairs*, 2, (1973), pp. 364-384. “Bevorzugung auf dem Arbeitsmarkt”, pp. 29-48.

6

GRÄFRATH, B. *Wie gerecht ist die Frauenquote? Eine praktisch-philosophische Untersuchung*, Würzburg, Königshausen & Neuman, 1992, p. 14.



mujer para aumentar la igualdad de oportunidades. Serán por tanto legales todas aquellas medidas encaminadas a impulsar o facilitar la formación de las mujeres en carreras o profesiones con más demanda social o mejor retribuidas, o la formación profesional en sectores habitualmente masculinizados, o cursos específicos del INEM para mujeres, en los cuales se exija como requisito para solicitar el curso el hecho de ser mujer.

Como punto de partida debe de sentarse la idea de que la presente Ley permite y encarece a los poderes públicos a adoptar medidas positivas pero no está permitida la discriminación inversa.

Existe un error generalizado de confundir ambos términos, no siendo sin embargo semejantes. De hecho la ley establece la permisión de las primeras pero prohíbe discriminar al varón.

Veamos a continuación los supuestos a los que la ley da cobertura y los que quedan excluidos y prohibidos.

La persona que legisla no está autorizada a violar los derechos individuales en aras de conseguir una mayor igualdad real.

5. ORÍGENES DEL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA

La finalidad de la filosofía de la Acción positiva, *Affirmative Action*, fue lograr la justicia y la igualdad, ayudando a las personas desfavorecidas o desaventajadas. Esta política comenzó en Estados Unidos en los años 70 a raíz de la discriminación que sufrían los Afroamericanos y otras minorías⁵. Con posterioridad fue aplicada al logro de la igualdad entre mujeres y hombres. En sus inicios se pretendía reparar o compensar la discriminación racial que había sufrido la población de color, los negros, en el pasado⁶. Pero hoy la filosofía de fondo no es tanto una reparación con respecto al pasado sino llegar a la igualdad fáctica cara al futuro especialmente en el caso de la población femenina⁷.

Con esa filosofía nuestra Ley Orgánica especifica el mandato de medidas específicas en favor de las mujeres.

Hay que tener en cuenta que la mencionada Ley Orgánica utiliza el término acciones positivas y que en ningún momento en materias laborales se utiliza el término cuota⁴.

Existe un tipo de medidas genéricas que permiten una mayor preparación de la

7

RÖSSLER, B. "Quotierung und Gerechtigkeit: Ein Überblick über die Debatte", en *Quotierung und Gerechtigkeit: eine moralphilosophische Kontroverse*, Frankfurt/Main, New York, Campus Verlag, 1993, pp. 7-28.



Más recientemente se aplicó esta política a la integración de las personas discapacitadas en nuestra sociedad, los disminuidos físicos y psíquicos. Esto ha supuesto un gran cambio de mentalidad y es un éxito en cuanto a un cambio radical de actitud con estas personas. A modo de ejemplo resulta notorio el cambio en Alemania, no tan lejano, que va de la filosofía nazi que buscó eliminar a estas personas, a la actual ley alemana de protección de los discapacitados, que es realmente protectora. Otorga además un apoyo económico real.

Adentrándonos en el tema de las acciones positivas, como apunta Bernard Gräfrath⁸, diríamos que no existe un programa, el programa estereotipo de las acciones positivas, sino que existen muchos programas y distintas medidas según de que países, legislaciones o planteamiento filosófico se trate. Detrás de ese concepto se enmarcan muy diferentes planes.

Además hay que diferenciar entre acciones positivas o tratamientos preferenciales en ámbito laboral y empleo público, y la representación equilibrada o porcentajes en las listas electorales (cuotas políticas), frente a otros supuestos en los que se produciría una discriminación del varón y que estarán prohibidos.

Las primeras son distintas medidas de promoción de la igualdad fáctica entre mujeres y hombres, para el logro de la igualdad de oportunidades en la sociedad⁹. Esta Ley Orgánica apoya este primer tipo de medidas pero prohíbe la reserva de porcentajes de mujeres en puestos laborales.

La Ley permite porcentajes sólo en la materia de representación política que no son ámbitos propios del derecho laboral.

Según el profesor Fernando Rey: “Las acciones positivas son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”¹⁰.

Algunas Acciones positivas para el logro de la igualdad de la mujer serían: “Las

medidas que tienden a integrar y a remediar cualquier aspecto discriminatorio que caracterice la presencia (o la ausencia) femenina en el mercado de trabajo (formación profesional específica, formación en trabajos tradicionalmente considerados sólo para hombres, cursos de reciclaje, fomento de la contratación laboral privada de las mujeres, etc.)”.

Por ejemplo algunas medidas de formación profesional, o de reciclaje para mujeres mayores que quieren reincorporarse al mercado laboral, etc., puede haber una oferta suficiente de plazas a través de las oficinas estatales de empleo. Medidas de integración y contra la discriminación en el mercado de trabajo y en la formación profesional, educación contra los estereotipos en las Escuelas, políticas educativas sobre el papel que juegan los nuevos repartos de funciones entre el varón y la mujer, por ejemplo en la legislación española sobre educación (Cfr., arts. 23, 24, 25 y 26 de esta Ley Orgánica), está previsto que el tema de la igualdad se imparta a través del programa de todas las asignaturas¹¹. Horarios flexibles para hacer compatible las responsabilidades familiares y profesionales, responsabilidad conjunta, es decir corresponsabilidad y cooperación mutua en el reparto de las obligaciones domésticas, y de educación y cuidado de los hijos; incentivos fiscales a las empresas para el contrato de mano de obra femenina, joven o de mujeres que deciden reincorporarse al mercado laboral pasado el periodo de crianza de los hijos¹².

Políticas de incentivos a las empresas que establecen medidas para facilitar la compatibilidad de trabajo y familia, instalación de guarderías en el lugar de trabajo, por ejemplo El Corte Inglés de Madrid, la Universidad del País Vasco, Nestlé etc.: “Favorecer, en las condiciones y tiempo de trabajo, el equilibrio entre las responsabilidades familiares y las profesionales y una mejor distribución de ellas entre los dos sexos. Es decir «una organización del trabajo a la medida de la mujer»”¹³.

En esta línea, en la Ley Orgánica se crea el “Distintivo empresarial en materia de igualdad” (art. 50).

8

GRÄFRATH, Bernd. o.c. p. 15

9

BARRÈRE UNZUETA, M^aA. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, o.c.

10

REY, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1995, p. 91. En las siguientes distinciones seguimos a Fernando Rey, profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

11

Materiales para la Reforma. Temas transversales. Educación para la igualdad, Madrid, Ministerio de Educación, 1992.

12

KÖBL, U. “Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?”, *JZ*, 17, (1994), pp. 840-851.FREIFRAU VON FRIESEN, J. “Tarifliche und betriebliche Instrumente zur Frauen- und Familienförderung –Erfordernis und Ausgestaltung–”, *Arbeit und Recht*, Heft 11, (1994), pp. 405-409.WANKEL, S. “Zur Vereinbarkeit von Beruf und familie -Aufgaben und Möglichkeiten der Personalräte”, *Der Personalrat*, 3, (1996), pp. 85-96.SCHIEK, D. “>Vereinbarkeit von Beruf und Familie<< -vereinbar mit der arbeitmarktlichen Gleichstellung von Frauen?”, *Kritische Justiz*, 27. Jahrgang, (1994), pp. 511-531.KÖRNER-DAMMANN, M. “Veränderte Erwerbs- und Familienstrukturen als Voraussetzung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie”, *NJW*, Heft 32, (1994), pp. 2.056-2.063.

El gobierno alemán ha llevado a cabo un “Plan piloto para reintegrar a mujeres en el pleno empleo con la ayuda de programas de formación profesional y con especial atención a las áreas rurales”. Uno de los mayores grupos de mujeres beneficiadas ha sido las mayores de 40 años. Cfr. en *United Nations Questionnaire on the National Implementation of the Platform for Action of the Fourth World Conference in Beijing. Response of the Government of the Federal Republic of Germany (Status: June 1999)*, Berlín, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Diciembre, 1999, p. 47. Informe al que haremos una extensa referencia en el capítulo último.

13

REY, F. p. 91. BALLESTRERO, M.V. “Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale”, en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n° 1, 1994, p. 11 y ss.

En el mencionado informe alemán figuran numerosos ejemplos de medidas voluntarias adoptadas por los Länder alemanes y por distintas empresas. La Fundación Hertie ha promovido una iniciativa sin ánimo de lucro para asesorar a empresas con programas de conciliación entre trabajo y familia. 30 compañías han participado en él entre 1995 y 1998 (Cfr. p. 50). En Renania del Norte-Westfalia el Estado ha proporcionado subvenciones a empresas que han puesto servicio de guardería.

En España hay también diversas iniciativas en cada autonomía, por citar la más próxima cfr. Decreto 99/2000, de 16 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la figura de “Entidad Colaboradora en Igualdad de Oportunidades en



tre Mujeres y Hombres, *Aequalitas*, n° 5, octubre, (2000), p. 49; “La figura que se regula en el presente Decreto, consistente en una mención honorífica por la que se reconoce a una entidad privada la cualidad de entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, pretende impulsar el desarrollo de medidas destinadas a lograr una participación más equitativa de las mujeres y de los hombres en las tareas relacionadas con la producción de riqueza”.

14

RD 1.451/1983, RD 427/1999, de 12 de marzo y Sentencia Tribunal Constitucional 269/94 de 3 de octubre. A propósito de dicha sentencia GIMÉNEZ GLÜCK comenta acertadamente en la p. 200; “En España, sólo existe una sentencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación inversa, la cual no suscitó debate alguno en la doctrina pese a convalidar la constitucionalidad de una cuota muy poco proporcional. La razón fue, sin duda, que el colectivo beneficiario eran los discapacitados”. Se está haciendo referencia al caso “cuota para discapacitados en la Administración Canaria”. Es interesante el razonamiento que se hace sobre esta sentencia en las pp. 200-205.

SEMPERE NAVARRO, A. V. “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, *Relaciones Laborales*, vol II, (1987), pp. 9-21.

SIERRA HERNALZ, E. “La dote por matrimonio o la inducción a la mujer a dejar el puesto de trabajo”, *Aranzadi Social*, n° 3, (1998), pp. 38-41.

15

Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz-Schwbg), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1986 (BGBl. I S. 1421, ber. S. 1550), Zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594), en *Arbeitsgesetze*, 51 Auflage, Beck-Texte im dtv, 1997. Zweiter Abschnitt. Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber. &5. Umfang der Beschäftigungspflicht.

1) Private Arbeitgeber und Arbeitgeber der öffentlichen Hand (Arbeitgeber), die über mindestens 16 Arbeitsplätze im Sinne des & 7 Abs. 1 verfügen, haben auf wenigstens 6 vom Hundert der Arbeitsplätze Schwerbehinderte zu beschäftigen.

2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, den Pflichten nach Absatz 1 durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nach dem jeweiligen Bedarf an Pflichtplätzen für Schwerbehinderte zu ändern, jedoch auf höchstens 10 vom Hundert zu erhöhen oder bis auf 4 vom Hundert herabzusetzen; dabei kann der Pflichten für Arbeitgeber”.

16

Cfr, argumentación en la Sentencia Badeck, respecto a la ley de promoción de la mujer en la función pública de Hesse. El Estado ha decidido fomentar la presencia de mujeres en cursos de formación que él ofrece, pero ninguna mujer tiene un derecho individual a exigir del Estado tal tratamiento preferencial.

17

YOUNG, I.M. *Justice and the politics of difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990. Traducción española *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2000.

GOLDMAN, A.H. *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977.

Nuestra Ley permite estas medidas generales de acciones positivas o tratamientos preferenciales pero excluye cualquier tipo de discriminación directa del varón.

Esta Ley no da cobertura a ninguna reserva especial obligatoria de puestos laborales para mujeres, como existen por ejemplo en el sistema americano en la reserva de puestos de universidad para determinadas minorías raciales, como las afroamericanas o indios americanos.

El derecho europeo y el derecho español no ha autorizado ese tipo de reservas, tampoco esta Ley Orgánica lo hace.

Por tanto, las cuotas en el ámbito laboral siguen estando prohibidas. Se prohíbe establecer una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas de trabajo, asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer.

La única excepción, que se sigue manteniendo en el derecho español y que la presente Ley Orgánica respeta es la obligación de reserva de el 2% de puestos laborales en empresas de 50 trabajadores¹⁴. Por ejemplo, la legislación alemana es más generosa en este porcentaje, que asciende a un 6% de puestos de trabajo en empresa con 16 puestos laborales¹⁵.

Las acciones positivas previstas a favor de las mujeres en la Ley Orgánica para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los varones no permiten discriminar al varón directamente.

De un modo general podríamos decir que en los dos sistemas (el de acciones positivas y el de cuotas) se produce una desigualdad de trato, en este caso favorecedora con un sector anteriormente discriminado o que parte de una situación de desigualdad fáctica que se intenta remediar.

Pero a pesar de ese elemento común entre acción positiva y las reservas de plazas laborales, existe sin embargo una gran diferencia jurídica y filosófica entre las acciones positivas de un tratamiento preferencial y el sistema de

reserva de cuotas laborales para mujeres. De hecho, esta segundas no están permitidas por esta Ley Orgánica.

Las acciones positivas que hemos citado anteriormente en el entorno europeo no enfrentan directamente a dos personas que sean titulares de un mismo derecho, producen sólo una discriminación indirecta. Y esto es la única posible discriminación que permite nuestra constitución y el derecho laboral.

Las acciones positivas por parte del Estado¹⁶ actúan en el punto de partida. Los planes de promocionar a las mujeres no son derechos subjetivos o derechos fundamentales de los particulares, sino concesiones del Estado. Nadie tiene un derecho fundamental a disponer de guardería en el lugar de trabajo. Si el Estado decide dar una ayuda para guardería, la otra persona que no tiene hijos y no la recibe no está lesionada en sus derechos. Lo mismo ocurre cuando el Estado da facilidades de reciclaje profesional o cursos gratuitos a personas desaventajadas.

La presente Ley Orgánica no permite un sistema de cuotas ante personas que solicitan un puesto de trabajo porque en esa situación se enfrentan dos personas que son titulares de un mismo derecho, y en ese caso, aún cuando el Estado fuera el que contrata debe respetar el principio de capacidad y mérito, caso de no hacerlo se produciría una discriminación directa ilegal¹⁷.

En principio nuestro derecho sólo permite las acciones positivas que causan una discriminación indirecta. Incluso en esos casos para no romper con los principios elementales de justicia y las exigencias constitucionales el derecho exige que los tratamientos preferenciales y diferenciales estén estrictamente justificados.

En principio la regla general aristotélica de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, debería intentar aplicarse en favor de la igualdad formal.

Como ya hemos señalado, hay un único caso en el que nuestra legislación permite una discriminación directa que es la que se produce en la reserva de plazas laborales para minusválidos.



En este caso, el razonamiento jurídico se basa en la justificación de que esas personas parten de una desventaja inicial que nunca van a superar, de manera que se justifica que se les reserve desde una cuota en puestos de trabajo hasta un aparcamiento de coche ¹⁸.

Antes de hacer un juicio sobre las cuotas conviene añadir nuevas distinciones dentro del sistema de cuotas, que varía mucho según los países y legislaciones. Hay una diferencia esencial entre EE.UU. y Europa en el caso de la acción afirmativa referente a mujeres. En el ámbito europeo las cuotas sólo se aplican cuando dos candidatos hombre y mujer que concursan a una plaza de la administración pública tienen igualdad de méritos, es decir en caso de empate (*pattsituation*), por tanto no se da el caso de que una mujer con menos méritos que un varón desplace a éste.

Siendo más explícitos la nueva Ley Orgánica da cobertura a supuestos de tratamientos preferenciales para las mujeres que afecten a mejorar sus posibilidades de formación profesional, o de reciclaje para su futura promoción laboral, es decir que afectan a una mejora en el punto de partida. Esto justifica, como se ha dicho que los poderes públicos dirijan cursos de formación explícita para mujeres. Estas reservas de puestos en cursos de formación entrarían en la categoría de tratos preferenciales.

Un ejemplo establecido por la propia Ley se refiere a las actividades de formación para actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas. Así en el artículo 60 se dispone que Acciones positivas en las actividades de formación.

1

“Con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad, o **paternidad**, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.



2

Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos”.

Esto se está llevando ya a cabo con anterioridad a la presente Ley en determinadas Administraciones Públicas, como Comunidades Autónomas o entes locales. Por ejemplo, cursos en profesiones en las que la mujer está infrarrepresentada o con mayor demanda en el mercado laboral ¹⁹. Sin embargo el derecho comunitario y nuestra Ley Orgánica prohíben reservas de un porcentaje de pue-

18

GIMÉNEZ GLÜCK distingue entre medidas de igualdad positiva y medidas de discriminación inversa, cfr, o.c p. 205.

19

Un ejemplo real lo constituye las políticas de empleo ejercitadas por el Ayuntamiento de Gijón, con excelentes resultados.



tos laborales para mujeres, denominadas en el acervo comunitario como cuotas en el punto de llegada.

Esta diferencia es esencial en el estricto escrutinio que realiza el TJCE sobre los límites de las acciones positivas permitidas por el Derecho Comunitario. En la sentencia Badeck quedará sentada una clara línea de demarcación, según la cual se permite una reserva de plazas incluso rígida del 50% para mujeres (*Starrenquoten*) en cursos de formación, es decir, en el punto de partida, que serían sin embargo ilegales si se aplicaran a la competición por un puesto laboral o de promoción.

Hecha esta aclaración crucial, pasemos a nombrar de un modo sintético algunos de los tipos de cuotas en el punto de llegada que la Ley excluye. Ni siquiera en igualdad de méritos podrá existir un número determinado de porcentaje de puestos laborales en razón del sexo²⁰.

Las cuotas fijas en las que se trata de cubrir un porcentaje fijo, tanto si es con dependencia de los méritos (leistungsbezogene) o con independencia de los mismos (cuotas rígidas, Starrequoten) están prohibidas por el Derecho Comunitario en ámbitos laborales, con la excepción señalada de disminuidos físicos o psíquicos, a los que en el acceso a cuerpos de funcionarios o similares en concursos públicos se les exige también igual capacitación que el resto de competidores. En la función pública deben superar las mismas pruebas o exámenes para acceder a ese puesto de trabajo²¹.

Con mayor razón está prohibida dar preferencia a la mujer sobre el varón en la competencia por un puesto laboral si la primera tuviera inferioridad de méritos, y a la inversa está prohibido favorecer al varón y discriminar a la mujer; supuesto que constituiría en ambos casos una discriminación directa prohibida en esta Ley Orgánica; práctica ilegal sin embargo frecuente en su segundo supuesto.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró en el Asunto Abrahamsson contraria a la Directiva de igualdad de trato una ley sueca que daba prioridad a la mujer sobre el varón en el acceso a puestos estatales, en ám-

bitos en que estuviera subrepresentada, incluso cuando tuviera méritos inferiores al competidor varón, aunque prácticamente se exigía empate.

En suma, nuestra Ley Orgánica no permite otorgar un puesto laboral a alguien, tampoco a mujeres, que tengan menos méritos que sus competidores varones, y tampoco permite reservas de porcentajes de puestos laborales para mujeres.

En definitiva, esta Ley Orgánica se ajusta al Derecho Comunitario. Como vemos en la legislación española, en similitud con el resto de los países europeos no existen cuotas laborales como objetivos o *goals*, en el sentido utilizado en EE.UU.

En las cuestiones prejudiciales ante el TJCE se han dado por acordes con las Directivas Comunitarias los siguientes tipo de cuotas;

a

Las cuotas como una meta o como un fin (*Zielvorgabenquoten* o *Ergebnisquoten*, que pueden ser flexibles o rígidas): se proponen alcanzar una paridad entre hombres y mujeres, hasta llegar al 50%, pero en la legislación alemana se aplican sólo cuando la mujer tiene la misma cualificación que el hombre, es decir en situaciones de empate, y sólo si en ese sector o categoría profesional la mujer está infrarrepresentada²².

El mecanismo para aplicar esta política es también diferente. La diferencia no es de matices, sino que determina los límites en los que un sistema de cuotas puede ser legal o ilegal. Dentro de ellas habría en el caso alemán tres mecanismos, todos ellos dependiendo de los méritos (*Leistungsabhängiger Frauenförderquoten*)²³.

a1

Las cuotas automáticas en caso de empate. Se consideran como cuotas rígidas y en el derecho comunitario y alemán se consideran contra derecho. Concederían la prioridad a la mujer automáticamente sin tener en cuenta las circunstancias personales del candidato varón. Este es el tipo de cuotas que parecía estar presente en la Ley de Bremen sobre igualdad de oportunidades

20

Algunos autores alemanes hacen una enumeración exhaustiva que no vamos a seguir al pie de la letra, pero la incluimos aquí como referencia.

PFARR, Heide M & BERTELSMANN, K. *Diskriminierung im Erwerbsleben*, p. 108 y pp. 91-94.

1. Rechtliche zur Verwirklichung:

- 1.1. Rechlich bindende Quoten.
- 1.2. Wirtschaftlich bindende Quoten.
- 1.3. Quoten als Orientierungsmaßstab.

2.-Verfahren zur Verwirklichung. Verfahrensmäßige Unterscheidung von gesetzlichen oder tarifvertraglichen Quoten.

- 2.1. Ergebnisquoten.
 - 2.1.1. Zielvorgaben für die Funktionsgruppen
 - 2.1.2. Zielvorgaben bezogen auf Einstellung/Beförderung
- 2.2. Entscheidungsquoten.
 - 2.2.1. Quoten mit vorrangiger Berücksichtigung bei gleicher Qualifikation.
 - 2.2.2. Quoten mit Mindestvoraussetzungen, unabhängig von der Qualifikation, also ohne Qualifikationsvergleich einzustellen.
 - 2.2.3. Quoten ohne Mindestvoraussetzung.
 - 2.2.4. Stellenfixierte Quoten.

3.-Qualifikationsbezug.

- 3.1. Quoten ohne Qualifikationsbezug.
- 3.2. Quoten mit Qualifikationsbezug.

4.-Bezugsgröße.

Z.B., Quoten nach der prozentualen Verteilung von Frauen und Männern entsprechend dem Abschluß von Schulstufen/Hochschulen insgesamt oder einer bestimmten Berufsausbildung oder Hochschulausbildung.

21

Real Decreto 1.451/1983, STC 269/94.

22

SACKSOFSKY, U. o.c. p. 406.

23

HALZNAGEL, Bernd & SCHLÜNDER, Irene. "Zulässigkeit leistungsabhängiger Frauenförderquoten", *Jura*, Heft 10 (1996), pp. 519-527.



en la Administración Pública. No contempla la posibilidad de excepción. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que este tipo de cuotas lesiona los derechos individuales del otro candidato porque no admite la ponderación de los derechos subjetivos en juego. Como afirma Gräfath el problema de las cuotas se esclarece ante la pregunta de bajo qué condiciones las cuotas para mujeres pueden ser permitidas²⁴.

a2

La cuota no automática o que contiene una cláusula de apertura (Öffnenklausel), o cláusula de excepción (Härtefall, Härteklausel), por la que se atiende, a pesar de la política de promoción de la mujer, a las condiciones sociales del otro candidato, de manera que se da prioridad a la mujer en igualdad de méritos, allí donde está infrarrepresentada, a no ser que las circunstancias sociales del candidato en un caso excepcional aconseje otra cosa: “en principio se debe conceder preferencia a la mujer en caso de promoción; la equidad debe imponer, si las circunstancias lo requieren una excepción a ese privilegio”. Se considera como una cuota flexible, cuotas que persiguen un resultado, pero sólo cuando hay candidatos preparados. En el caso Badeck, el TJCE dictaminará que son compatibles con la Directiva 76/207/CE, de igualdad de trato.

Esta es exactamente el tipo de legislación del Land de Renania del Norte-Westfalia²⁵ que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró compatible con la Directiva 76/207.

Puede ser a favor de la mujer, como en el caso anterior o a favor del hombre, como así ha sido considerado por el TJCE en la sentencia Schnorbus, debido a que en la Ley de Hesse de funcionarios y funcionarias se da prioridad entre otros a quienes hayan realizado el servicio militar a la hora de las prácticas obligatorias que deben realizar los licenciados en Derecho.

a3

En el caso de cuotas que tienden al

50%, a la paridad pero dependiendo de las circunstancias hablamos de cuotas flexibles, o dependientes de las condiciones de los candidatos, no hay una reserva fija de plazas²⁶. Este sería el tipo de cuotas de la Ley de Hesse, examinada en el caso Badeck. Son *Ergebnisquoten* flexibles.

De todo lo dicho resultaría aplicando la doctrina sentada por el TJCE el siguiente esquema.

ESQUEMA

1

Punto de partida

Igualdad de oportunidades. Acciones positivas como tratamientos preferenciales. Uno de los puntos del caso **Badeck**.

■ **Reservas de un 50% de plazas para mujeres en cursos de formación.** Son conformes a la Directiva incluso CUOTAS DE RESULTADO RÍGIDAS (*Ergebnisquoten*).

■ Se produce una DISCRIMINACIÓN DIRECTA, pero está permitida si es para la formación en el punto de partida. Medidas directamente discriminatorias pero sólo para formación (*unmittelbar diskriminierende Maßnahmen*).

■ Se exigen méritos, pero no es necesaria la ponderación de las circunstancias particulares de cada uno de los candidatos para ser admitidos en programas de formación profesional dirigidos en exclusiva a mujeres o con reserva de porcentaje para mujeres.

2

Punto de llegada

Cuotas como reserva de un porcentaje fijo de puestos laborales para mujeres. Competir por un mismo puesto de trabajo o por una promoción.

2.1

Es una discriminación inversa DIRECTA ilegal. Si las cuotas son con inferioridad de méritos. Caso Abrahamsson (Suecia). Se otorgan directamente a la candidata femenina sin ponderar los méritos del candidato

también las circunstancias del candidato varón (medidas con efecto indirectamente discriminatorio, *mittelbar diskriminierenden Wirkung*).

Cabe subsumir en este supuesto tres sentencias del TJCE:

■ Cuotas flexibles con cláusula de apertura (Öffnenklausel). **Caso Marschall**. Se exige ponderación.

■ Cuotas de resultado flexibles (*Ergebnisquoten*). **Caso Badeck**. Se exige ponderación.

■ Trato preferencial para paliar una desventaja, como haber hecho el servicio militar. **Caso Schnorbus**. Cabe entender este supuesto como plaza en prácticas de formación y situarlo como una medida en el punto de partida. Estas plazas, dado el sistema alemán, son prácticamente laborales.

La distinción entre efecto indirectamente discriminatorio (*mittelbar diskriminierenden Wirkung*) y medidas directamente discriminatorias (*unmittelbar diskriminierende Maßnahmen*) es crucial en la dogmática constitucional alemana²⁷.

Aunque el TJCE no ha resuelto ningún caso referente a reserva de puestos para minusválidos, la legislación señalada de Alemania y España no encaja exactamente en ninguno de los cinco supuestos anteriores y que es una especie de híbrido. Por una parte está claro que actúan en el punto de llegada, es decir se reserva un tanto por masculino. Es contrario al Derecho Comunitario.

2.2

Es una discriminación inversa DIRECTA ilegal. Si hay igualdad de méritos e infrarrepresentación, pero falta ponderación de las circunstancias particulares de cada uno de los candidatos con independencia de su sexo. Caso Kalanke.

2.3

Es una discriminación inversa INDIRECTA por tanto legal si no se otorga de un modo automático a la mujer por ser mujer, sino que se ponderan



24
GRÄFATH, B. o.c. p. 25.

25
Gesetz zur Förderung der beruflichen Chancen für Frauen im öffentlichen Dienst (Frauenförderungsgesetz) v. 31.10.1989, GVNW, S, 567. Nordrhein-Westfalen.

26
CLASSEN, Claus Dieter. "Wie viele Wege führen zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen?", *JZ*, 19, (1996), pp. 921-930. Aquí p. 927. HERRMANN, E. o.c. p. 230.

27
Esta distinción aparece también en la sentencia Kalanke, en el n° 19, en las conclusiones del Abogado General Tesauró a la misma en el n° 18, y en las conclusiones del Abogado General Jacobs al caso Marschall en el n° 45.

28
El argumento sobre su temporalidad o no, no resuelve la cuestión de fondo en la dogmática constitucional. Se trata de justificar su justicia o no. Si algo fuera injusto no por serlo sólo durante un plazo de tiempo limitado pasa a ser justo. Por otra parte, la invalidez de un individuo no es una falta de igualdad pasajera, sino que hay minusvalías psíquicas o físicas permanentes. El instinto y el sentido común de la justicia inclina a pensar que ese trato de favor está justificado. Se trata de encontrar los argumentos adecuados dentro de la lógica constitucional y de la adecuada técnica jurídica. Quizá este sea uno de los ejemplos en los que la vida o los hechos se adelantan al derecho y a la lógica jurídica. La justificación puede venir a través del principio de proporcionalidad, das Verhältnismässigkeit (Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 111).

ciento de puestos laborales. Por otra parte, se exige igualdad de méritos (haber pasado una oposición en las mismas circunstancias que los otros candidatos), aunque no actúan sólo en situaciones de empate, ya que se puede posponer a una persona con más puntuación. Por otra parte, se reserva un número fijo de plazas sólo para ellos, luego sería una especie de cuota rígida. Se produce una discriminación directa en el punto de partida que mientras que en el resto de supuestos sería ilegal, en este como excepción se califica como legal según la actual normativa española.

La discriminación directa en el punto de partida respecto al resto de los candidatos sería equiparable a la reserva de plazas de formación para mujeres, que es una discriminación directa que entra dentro de los límites de lo permitido ²⁴.

Por último, debe indicarse que la Directiva comunitaria da cobertura a un tipo de supuestos que finalmente no han sido recogidos en la presente Ley. Nos referimos a la preferencia de la mujer sobre el varón en casos de empate en el acceso o la promoción dentro de la Función Pública si estuviera infrarrepresentada (Caso Marschall).

La Ley Orgánica ha dejado esta posibilidad como una posibilidad voluntaria en la negociación colectiva, añadiendo un párrafo 4 al artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (supuesto que trataremos detalladamente *infra*).

6. EL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN EQUILIBRADA

Es necesario precisar que queda excluido del ámbito laboral otro concepto acuñado por la ley y que tan sólo tiene aplicación en el ámbito de la representación política a través de las listas electorales.

En primer lugar hay que subrayar que la ley no utiliza el término paridad, tan traído y llevado en los medios de comunicación al informar sobre el proceso de debate sobre el anteproyecto de la presente Ley Orgánica.

La presente Ley Orgánica incluye una Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG). Ello supone legislar un nuevo artículo 44 bis en la anterior Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, redactado en los siguientes términos; "Las candidaturas que se pre-



senten a las elecciones de diputados y diputadas al Congreso, municipales y de miembros de los Consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados y diputadas al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, 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 cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico”.

En otras palabras, a partir de la aprobación de esta Ley Orgánica de igualdad se reforma también ese artículo de otra Ley Orgánica, la de Régimen Electoral General. Esto se ha llevado a cabo respetando los procedimientos constitucionales, que exigen para esta materia una mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto, de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución para la elaboración y reforma de Leyes Orgánicas.

La consecuencia de ello es que todas las listas electorales tanto en elecciones a los órganos de representación estatal, como en las Asambleas de las Comunidades Autónomas, como los Entes Locales, deberán presentar sus listas con una proporción de 40% y 60% de cada uno de los dos sexos.

El concepto que utiliza la ley es el de *Representación equilibrada*. No aparece el término cuota, ni se habla de una reserva de escaños a favor del sexo femenino, ni de una paridad de 50% entre mujeres y hombres.

En la disposición adicional primera se aclara el significado del concepto de presencia o composición equilibrada en los siguientes términos; “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del 40%”.



Desde un punto de vista jurídico, esta fórmula es conforme a la Constitución Española. De hecho ha sido, como es preceptivo, informada por los órganos pertinentes, incluido el Consejo General del Poder Judicial, afirmando todos ellos la constitucionalidad de esta formulación.

El término representación equilibrada significa que en la vida pública y en los órganos de decisión política debe haber una presencia equilibrada de hombres y mujeres porque eso es lo justo en una democracia igualitaria.

Por otra parte, el orden de los candidatos y candidatas en la lista debe responder a la de dos hombres o mujeres frente a tres hombres o dos mujeres cada cinco candidatos o candidatas. Con ello se evita el imponer unas listas cremallera, hombre-mujer, que hubieran podido ser de dudosa constitucionalidad.

Hasta ahora, la decisión sobre presentar listas con más mujeres candidatas ha sido una cuestión que se dejaba a

la libertad interna de los partidos políticos. La posibilidad de introducirla como algo obligatorio requería la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. La Constitución es suficientemente elástica y flexible como para admitir su obligatoriedad. De hecho, el artículo 6 afirma que “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son un instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

La imposición legislativa propuesta es compatible con la libertad interna de los partidos. Éstos tienen un margen de libertad en su actuación interna, pero con el límite del respeto al principio de igualdad. Todos sabemos que la formación de las listas electorales y la representación interna dentro de los partidos políticos es una cuestión de



poder, de contacto y redes, con poca relación con principios de capacidad y mérito. En un mundo político masculinizado no basta con que la mujer esté cualificada para asegurar con ello la igualdad de oportunidades. Esta afirmación no es una opinión subjetiva, sino un dato probado por las estadísticas en todos los ámbitos, hasta en el del acceso al funcionariado de la Administración Pública del Estado.

El término representación equilibrada tiene una profunda carga antropológica. No es una medida matemática o cuantitativa, sino cualitativa. No quiere decir de ningún modo que las mujeres sólo se vean representadas por mujeres, o que sólo otras mujeres puedan defender sus derechos. Eso es una afirmación sesgada y manipulada.

Representación equilibrada significa que el espacio público, los ámbitos de tomas de decisión deben contar con la visión de los hombres y de las mujeres. Y para ello es necesaria la presencia de las mujeres. Las mujeres no son cuota, ni son florero, son sencillamente imprescindibles para realizar una sociedad justa, en la que se aporte su modo de ver las cosas, que es diferente a la de los varones, ni mejor, ni peor, simplemente necesario sin más adjetivos.

La representación equilibrada del 40-60 no va a suponer una injusta discriminación de los varones, sino el logro de una igualdad justa a favor de mujeres y hombres, mediante la cual las primeras ocupen un espacio que les corresponde. Eso supone dar a cada uno lo suyo. Con este procedimiento se fuerza ciertamente la igualdad de oportunidades a ser candidatas pasivas, pero no se fuerza el resultado, ya que éste dependerá de los electores. Ciertamente debido a nuestro sistema de listas cerradas acabará necesariamente habiendo más mujeres elegidas, siendo esa precisamente la meta pretendida.

Algunos sectores, tanto partidos políticos, como en general, mujeres que ya ocupan los altos puestos en la vida empresarial etc., insisten en que eso se debería alcanzar de otra manera, y que esto es una imposición o una injeren-

cia de los Poderes Públicos en ámbitos que corresponden a la legítima autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estamos hablando sólo de la representación equilibrada en las listas electorales, y no del mundo laboral cuyas reglas son distintas y el principio de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a puestos laborales no permite este tipo de procedimiento, como queda perfectamente marcado en el Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La legislación prevista, tanto en lo que se refiere a las listas electorales, como a la introducción de acciones positivas en general es perfectamente respetuosa con el marco constitucional. Cosa diferente es que haya diversidad de propuestas, todas ellas válidas, sobre los procesos adecuados para alcanzar la igualdad de hecho, sin lesionar la igualdad de derecho.

Las Cortes Generales, que son las legítimamente autorizadas, lo han decidido, respetando escrupulosamente los procedimientos legislativos.

7. DISTINTIVO EMPRESARIAL EN MATERIA DE IGUALDAD. Artículo 50

Artículo 50

Distintivo para las empresas en materia de igualdad

1

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

2

Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de

igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.

3

Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas.

4

Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

5

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo.

El Ministerio que creará un distintivo empresarial en materia de igualdad será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La razón que dará lugar a hacerse acreedor de dicho distintivo es que esas empresas destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras.

Este distintivo una vez otorgado podrá ser utilizado por la empresa en el tráfico comercial y con fines publicitarios. Las condiciones para ser merecedor de este distintivo están pendientes de ser reguladas reglamentariamente.

A nivel del Estado existe el distintivo Empresas Óptima. Hasta la fecha varias comunidades autónomas han ido creando sus propios distintivos.



Como ejemplo, recurrimos a la denominación de Entidad Colaboradora en Igualdad que otorga el Instituto Aragonés de la Mujer-Gobierno de Aragón. Esta distinción no da derecho a ninguna retribución económica, ni es un premio en metálico, sino una distinción simbólica que otorga prestigio a dichas entidades y que suelen alegar a la hora de solicitar en las administraciones públicas subvenciones, o bien en los concursos de contratación con dicha administraciones. Sin embargo, hasta ahora ese tipo de distintivos no otorgaban ninguna ventaja real a la hora de concursar en la solicitud de contratación con las Administraciones Públicas.

En el caso reseñado, las propias empresas solicitan al Instituto Aragonés de la Mujer ser examinadas para la obtención de esta denominación. El procedimiento es laborioso. Por ejemplo, en determinadas Comunidades Autónomas como la aragonesa, el Instituto Aragonés de la Mujer designa a funcionarias de su administración que llevan a cabo esta tarea. Las empresas se comprometen a mejorar su plan de igualdad entre su personal y existe un seguimiento de las mismas por parte de la Administración, una vez otorgada la distinción de Entidad Colaboradora en Igualdad.

A partir de ahora la adquisición de esta Marca puede contribuir también a ser un criterio entre otros de los previstos en la propia Ley como criterios de calidad favorables a la hora de licitar en concursos de contratos con la Administración del Estado.

8. CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Artículo 33

Contratos de las Administraciones Públicas

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con

el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

Artículo 34

Contratos de la Administración General del Estado

1

Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.

2

Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.



Artículo 35

Subvenciones públicas

Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el capítulo IV del título IV de la presente Ley.

La ley lo establece ahora de un modo claro en el caso de subvenciones, si bien no lo especifica entre los criterios posibles en materia de contratación. Sin embargo, a nuestro juicio se haya en ellos de un modo implícito, en el sentido de que las empresas que hayan obtenido esta marca contarán con un criterio de calidad en relación con el hecho de ser “Responsables en materia de igualdad”.



Hasta el presente el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contemplaba la posibilidad de tener en cuenta como uno de los criterios entre otros a la hora de la adjudicación de contratos el carácter social de algunas empresas, como por ejemplo las que empleaban a disminuidos físicos o psíquicos.

Con cierto paralelismo se establece ahora este nuevo criterio que tendrá en cuenta como criterio favorable el hecho de que la empresa se distinga por el cumplimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Se sugiere a continuación un posible desarrollo reglamentario de dichos artículos.

Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las administraciones públicas, en la normativa que regula en los supuestos en que así permita la legislación de contratos, incluirán entre los criterios de adjudicación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada a concurso de contratación. De modo simi-

lar a lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según la cual; En la contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro.

1

Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, siempre que en dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

2

En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

3

La valoración tendrá en cuenta; la integración de medidas para la conciliación entre vida familiar y laboral, y el respeto al principio de igualdad de oportunidades laborales de los progenitores, padres y madres de familia. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación

directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

4

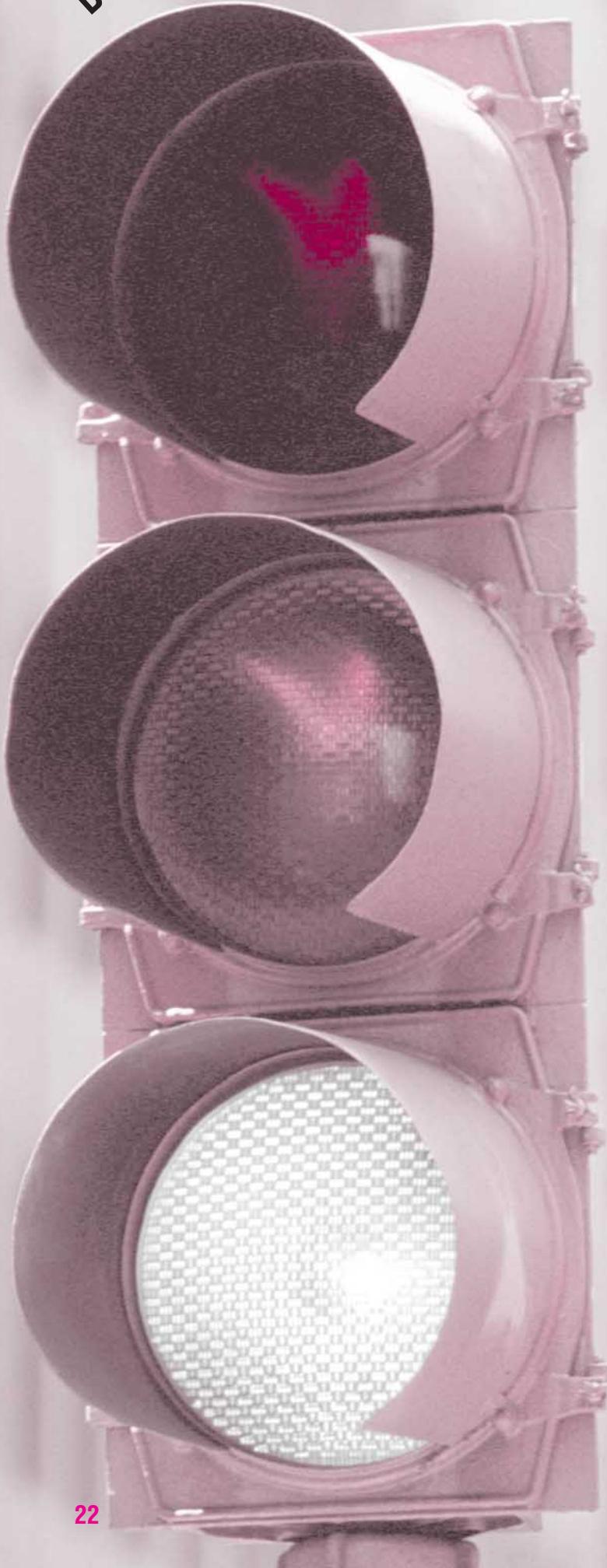
En el supuesto de subvenciones públicas, entre los criterios de valoración de la capacidad técnica de los candidatos o licitadores y, en su caso, entre los requisitos que deberán reunir los beneficiarios de subvenciones, valorarán la trayectoria de los mismos en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres.

5

Asimismo, con sujeción a la legislación de contratos y a lo previsto en el apartado siguiente, se contemplará, como condición de ejecución del contrato, la obligación del adjudicatario de aplicar, al realizar la prestación, medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres.

6

El Gobierno, así como los órganos equivalentes del resto de las administraciones públicas, y en su defecto, para el caso de los expedientes contractuales, los órganos de contratación, establecerán los tipos o características de las contrataciones y subvenciones en los que corresponda aplicar las medidas contempladas en el apartado anterior, teniendo en cuenta la normativa aplicable, los diferentes objetos contractuales y la convivencia o compatibilidad y coordinación con la aplicación de otras políticas públicas en el ámbito contractual y subvencional. El Gobierno establecerá reglamentariamente indicadores para facilitar la valoración del cumplimiento del criterio o cláusula referida en el apartado anterior, entre los que se han de incluir el de elaborar y ejecutar planes o programas para la igualdad de mujeres y hombres, y para la conciliación entre vida familiar y laboral de los trabajadores/as.



Constitucionalidad y marco jurídico de la Ley sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres

POR JOSÉ LUIS REQUERO.
Magistrado de lo Contencioso-Administrativo.
Vocal del Consejo General del Poder Judicial.



I. INTRODUCCIÓN

En las anteriores Ponencias se han ido analizando la gran mayoría de los temas y aspectos en los que se concreta la efectividad del principio de igualdad jurídica entre hombre y mujer. De su análisis cabe deducir que, en la actualidad, se abre ante los ordenamientos jurídicos un amplio panorama, un terreno, en el que los ordenamientos en general y el español en particular ciertamente han avanzado pero en el que aun hay mucho por desbrozar, mucho camino por recorrer.

Este panorama exige del jurista, desempeñe su cometido como legislador o legisladora, juez o jueza, o como integrante de una Administración desde la que se hacen “políticas activas”, la clara conciencia de que está ante un ámbito en el que el ordenamiento debe avanzar a base de advertir “bolsas de desigualdad” injustificadas y, en su caso, suprimir esas diferencias siempre desde el rigor jurídico, no desde el prejuicio ideológico. Al margen de las normas que se integran en nuestro ordenamiento por vía de tratados internacionales como por la aplicación del ordenamiento europeo, es lo cierto que ya desde 1978 el artículo 9.2 de la Constitución Española (en adelante CE) contiene un firme mandato dirigido a los poderes públicos para que, cada uno en su cometido, promuevan «*las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los cuales se integra sean reales y efectivas*» y para que remuevan los «*obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*».

En esta Ponencia sobre la constitucionalidad y el marco jurídico de la igualdad entre hombre y mujer, se expondrán las consideraciones que hizo el Consejo General del Poder Judicial en el Informe de 26 de abril de 2006 al anteproyecto de lo que luego fue la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su base doctrinal fue la misma que la expuesta en otro Informe, en este caso a la Ley 1/04, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aprobado en el Pleno de 23 de junio de 2004. En ambos casos me correspondió asumir las Ponencias.

Resalto que ambos Informes partían de los mismos criterios doctrinales porque no es un dato baladí. Baste pensar que el primero se aprobó por unanimidad a diferencia del segundo, aprobado en medio de una gran polémica rica en descalificaciones hacia los que votamos a favor del mismo. Quizás pueda parecer extravagante lo que a continuación diré pero llegados ya a los momentos finales de este Consejo y, en esta Ponencia, en sede de Introducción, creo que no hay extravagancia alguna y espero que se entienda más bien que se trata de una razonable –y breve– explicación acerca del ejercicio por parte del Consejo de su potestad consultiva.

El ejercicio de esta potestad no ha estado en los últimos años exento de polémica, pero esa polémica sólo se ha

dado –en este como en anteriores Consejos– cuando se hacen consideraciones críticas acerca de algún anteproyecto. Es en esos casos cuando suele decirse que el Consejo hace política o se excede en su función consultiva (vg. violencia de género); por el contrario, cuando ese dictamen apoya o no ve óbice jurídico alguno a lo “anteproyectado”, el Consejo actúa dentro de su cometido (vg. ley de igualdad). La lógica de la contienda política se lleva a la lógica del funcionamiento del Consejo.

Siguiendo con las lógicas, entiendo que en la del político o política y sobre todo si es gobernante, hay un momento especialmente delicado que se concreta cuando presenta sus iniciativas en sociedad. De especial relevancia son las que se plasma en proyectos legislativos. La maquinaria propagandística de cualquier gobierno se empeña y mucho en proclamar las bondades y avances que supondrá la norma que está elaborando y una vez presentada en sociedad como anteproyecto uno de sus primeros envites –si no el primero– es el informe del Consejo General del Poder Judicial, si se trata, obviamente, de materia en la que debe informar, eso sí, por ministerio de la ley que no por condescendencia de gobierno. Se entenderá así lo sensible que es a que de esa primera cita salga airosa la iniciativa y se entenderá que cuando el Consejo hace observaciones críticas o muy críticas, su parecer ocupe las primeras páginas de los periódicos y el autor reaccione censurando cuando no deslegitimando al Consejo.

Paradigma de lo que digo fue el informe al anteproyecto de lo que luego fue la Ley 1/04. Ahorro exponer el listado de descalificaciones e improperios que recibió el Consejo por su Informe, ahorro dar cuenta incluso de los insultos *ad personam* de los que fuimos objeto, tanto en sede parlamentaria, como en los medios de comunicación como en la propia calle pues el mismo día en que se debatía el informe se convocó –y celebró– una concentración –presumo que legal–, a las mismas puertas del Consejo. Que luego las objeciones del Consejo fuesen compartidas por el Consejo de Estado y por no pocos juristas, era ya indiferente, como al parecer lo es el casi centenar de cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por muchos jueces respecto de los puntos en los que el Consejo entendía que el texto podía chocar con la Constitución. Y que tras su paso por el Parlamento el legislador y ya antes el propio gobierno, tras su conversión de anteproyecto a proyecto, se hiciera eco de no pocas de las sugerencias y matizaciones que hizo el Consejo, es también cosa indiferente.

Tanta aparatosidad no se dio, por el contrario, cuando ese mismo Consejo saludó positivamente el anteproyecto de lo que luego ha sido la LO 3/2007. En este caso el Consejo ya no era un órgano politizado, ya no era un órgano recalitrante ni reaccionario pese a que, como he dicho, los fundamentos con los que, por ejemplo, analizó las medidas de discriminación positiva, fuesen exactamente los mismos. Perdóneme el lector o lectora por estas



breves consideraciones pero he creído necesario dar cuenta en la Introducción del ambiente en el que el Consejo elaboró esos Informes, y lo hizo –que se– siempre con criterios jurídicos.

II. CONTEXTO DE LA LEY DE IGUALDAD

A

La igualdad: un mandato constitucional

La lucha por la igualdad está en la base de la construcción del Estado moderno. Como motor del constitucionalismo se ha ido de un reconocimiento de la igualdad formal, tributaria del constitucionalismo liberal, a su concreción en todos aquellos aspectos en donde puede advertirse discriminación y al establecimiento de mecanismos de garantía.

La CE no se limitó a recoger el principio de igualdad formal (artículo 14), propio de esa tradición constitucionalista, ni le bastó configurarlo como derecho fundamental especialmente tutelable (artículo 53,2). Dio un paso más con el ya citado artículo 9.2, precepto que contiene un dinamismo especial al fijar uno de los “argumentos” que comprometen a los Poderes Públicos en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1): promoción de la igualdad, remoción de los obstáculos que impidan que esa igualdad sea real y efectiva. Este precepto da cobertura al Estado para indagar aquellos ámbitos en los que considere que se dan situaciones discriminatorias, indague las causas, el porqué y, en su caso, razonabilidad, de forma que le habilita bien para imponer tratamientos iguales a situaciones de hecho también semejantes como para procurar regulaciones diferentes ante situaciones fácticas distintas. Cobra así lógica la reacción frente a situaciones de desigualdad manifiesta, persistente y continuada respecto a un grupo concreto de individuos, justificándose, por ejemplo, la adopción de medidas de acción positiva que procuren la equiparación real y efectiva de los individuos.

El derecho de la Unión Europea (UE) tanto en su formulación normativa como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), se caracteriza por la progresiva profundización en el principio de igualdad. Al ser la procura de la igualdad “misión” de la Unión Europea (cf. artículo 2 Tratado de la Unión), se configura como principio general inspirador y fundamental de este ordenamiento, de sus objetivos y determinante, en cuanto a su respeto y garantía por los Estados, de la concurrencia de los requisitos para nuevas incorporaciones de Estados e, incluso, ante la eventualidad de adoptar sanciones ante su desconocimiento por alguno de los Estados miembros (artículo 6 Tratado de la Unión).

Buena parte de la LO 3/07 acoge el Derecho comunitario derivado que ya España había ido incorporando tanto en leyes estatales como autonómicas, como la Ley 51/03, de 2 de diciembre, de igualdad de oportuni-

des, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 62/03, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social o la LO 4/00, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Entre las autonómicas –referidas más en concreto a la igualdad entre mujeres y hombres– está la Ley 9/03, de 2 de abril, de la Comunidad Autónoma Valenciana, para la Igualdad de Mujeres y Hombres; la Ley 7/04, de 16 de julio, gallega, para la igualdad de mujeres y hombres, y la Ley 4/05, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, aprobada por el Parlamento Vasco.

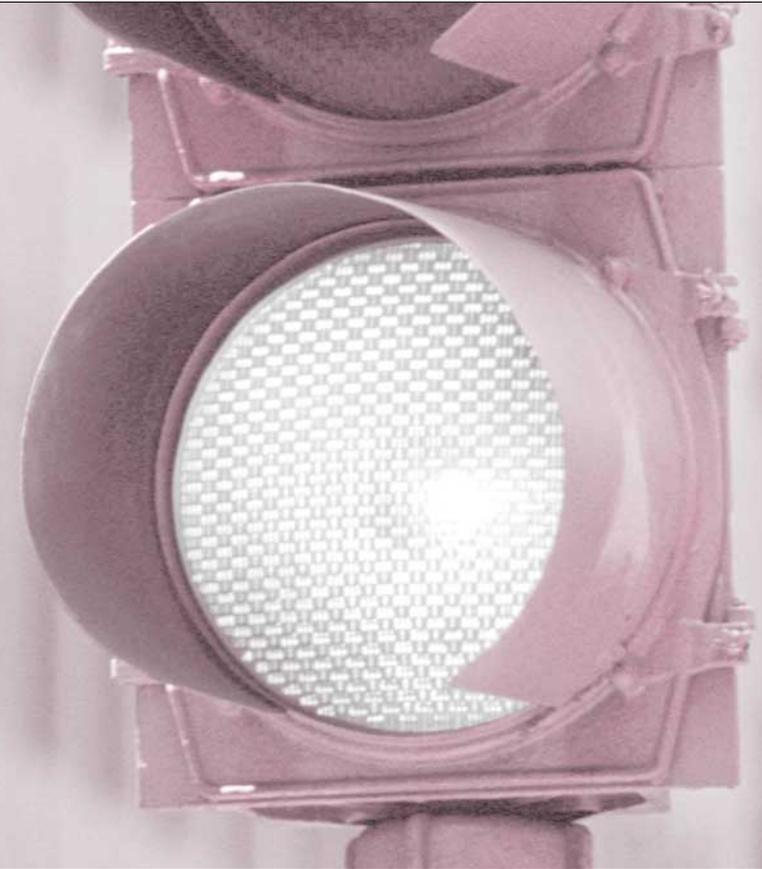
Incorporado a la Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículos 21 a 23, hoy integrados en la proyectada Constitución Europea), es el eje de la Carta Social Europea aprobada en 1989, y fundamento de las Directivas que se incorporan en el Anteproyecto informado. A su vez la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) sobre la exigua base del artículo 141 (antes 119) –referido a la igualdad entre mujeres y hombres en la retribución por el mismo trabajo– ha realizado una interpretación extensiva al entender que la discriminación estaba prohibida en el ámbito laboral en general, no sólo en materia de salarios, lo que dio pie a su inclusión, incluso ampliada, en el Tratado de la Comunidad Europea, tras el Tratado de Ámsterdam.

B

Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 14 prohíbe a la persona que legisla que apruebe regulaciones o tratamientos jurídicos, distintos para personas que se encuentran en la misma situación (SsTC 144/1988, 68/1991, 181/2000, entre otras muchas). No toda desigualdad es inconstitucional, sólo la que es discriminatoria (STC 100/1989) y para determinarlo la doctrina constitucional ha fijado un *test de igualdad* que permita apreciar cuándo el trato diferente es admisible por concurrir una justificación objetiva y razonable; hay proporcionalidad y adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos, atendidas las circunstancias de tiempo y lugar. Partiendo de tales premisas son constitucionales las leyes dirigidas a sectores o grupos determinados (donde podría incluirse la normativa a favor de la mujer), siempre que superen, que satisfagan los requisitos exigidos en el *test de igualdad*.

Esa misma doctrina ha ido perfilando lo que podría denominarse la *faz negativa* de la igualdad y que permite su formulación a través de otra forma de abordar ese derecho fundamental. Es el *derecho a la no discriminación* y, en particular, la no discriminación por razón de sexo, que es una de las llamadas “categorías sospechosas” o



ámbitos de potencial discriminación en la terminología de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Así en el Informe del Consejo General del Poder Judicial se citaban algunos ejemplos sobre la proscripción de esa discriminación en el trabajo [bien buscando la equiparación de los varones en supuestos de ventajas injustificadas a favor de la mujer (SsTC 81/1982, 207/1987), o de las mujeres que eran objeto de trato discriminatorio en el trabajo (SsTC 166/1988, 145/1991)], en el acceso a trabajo o profesión (SsTC 216/1991, 229/1992), como en el régimen de pensiones (STC 103/1983).

En cuanto al TJCE el CGPJ dejaba constancia de que en materia de no discriminación por razón de sexo, puede hablarse de tres etapas, no ya en la jurisprudencia del TJCE sino en la política de la Comunidad Europea pues ese acervo jurisprudencial va unido al desarrollo normativo. De una primera etapa –hasta la década de los 90– en la que abordó la igualdad de trato en el ámbito laboral (cf. Sentencias *Defrenne*) se pasa a una segunda –desde principios de los 90– de avance hacia la acción positiva de los Poderes Públicos a favor de la mujer mediante la adopción de medidas estructurales que permitan el aumento de la participación de la mujer en las diferentes actividades sociales y la igualdad real entre hombres y mujeres (cf. Sentencias dictadas en los casos *Kalanke*, *Marshall* y *Badeck*). Y la tercera etapa, la actual, aun no cuenta con jurisprudencia. Presidida por las políticas de la *transversalidad* que se inaugura con la Conferencia de

Pekin de 1995, puede resumirse por «*la incorporación automática y sistemática de los problemas de género a todas las instituciones y políticas de un gobierno*».

Por último, el CGPJ sistematizaba los postulados de la jurisprudencia del TJCE en seis puntos:

1º

La igualdad entre hombre y mujer es un principio básico del ordenamiento comunitario de forma que, como derecho fundamental de la persona, sus excepciones se deben interpretar restrictivamente (Sentencias *Defrenne* y *Thomas*).

2º

Son admisibles las medidas de acción positiva favorables a la mujer en cuanto sexo más discriminado e infrarrepresentado en el mundo laboral.

3º

Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer en caso de igualdad de méritos entre candidatos, pero no si falta este requisito en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias *Kalanke* y *Marshall*).

4º

Los Tratados prohíben la discriminación directa e indirecta (Sentencias *Meyers* y *Kording*).

5º

Ha anulado la prohibición de trabajo nocturno de mujeres o la fijación de edades de jubilación diferentes entre hombres y mujeres.

6º

Ha insistido en la necesidad de proteger a las mujeres y sus circunstancias especiales (embarazo, lactancia, permiso de maternidad), y así ha reconocido como principio la necesidad de proteger a la mujer en su vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional (Sentencia *Gerster*).

7º

Ha defendido la posición de la mujer y su especial rol en relaciones laborales determinadas (Sentencias *Brown*, *Hoever* y *Zachow*, *Krüger* y *Hill*), y en otras ha puesto su empeño en exigir profesionalmente de la mujer lo mismo que del varón (Sentencias *Minne*, *Boyle*, *Griesmar*, *Coot* y *Gillespie*).

C

Discriminación positiva: su constitucionalidad

a

Ideas generales

El CGPJ ya se había pronunciado sobre las medidas de discriminación o acción positiva en el Informe al ante-



proyecto de lo que luego ha sido la LO 1/04, y en especial lo inadecuado de trasladarlo a la legislación penal y a la organización judicial. En ambos casos se opta por la expresión “acción” positiva más que por la de “discriminación” positiva, expresión ésta no empleada en la jurisprudencia europea ni constitucional. Se dejó así constancia de que las medidas de discriminación o –en la terminología legal empleada– de acción positiva no eran en ese momento algo enteramente novedoso en nuestra legislación y se citaba, por ejemplo, los artículos 8 y 9 de la Ley 51/03, el artículo 35 de la Ley 62/03 y, en el ámbito autonómico, el artículo 4 de la Ley gallega 7/04 o el artículo 3. 5 Ley vasca 4/05. Su fundamento y justificación constitucional está en el dinamismo que imprime el ya citado artículo 9.2 y sus mandatos a los Poderes Públicos.

Los criterios del CGPJ se sistematizan en los siguientes postulados:

- 1º Estas medidas están destinadas a obtener un objetivo de transformación de la realidad social pues el objetivo último de estos instrumentos (normativos y de políticas públicas) es la consecución de una sociedad más igualitaria. En ese Informe de 2004 se apuntaba que se trata de acciones dirigidas «a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, proporcionándoles la oportunidad de conseguir el mismo nivel en cuanto al goce de oportunidades y de ejercicio de derechos que aquellos más favorecidos. A través de medidas de tal naturaleza los poderes públicos procuran elevar –para igualar– la situación de aquellos que están en situaciones de desventaja; se adoptan así iniciativas para eliminar el racismo, el sexismo y la discriminación contra las personas mayores o discapacitados».
- 2º Los derechos fundamentales son iguales para todos los ciudadanos, sin embargo, la garantía institucional de la igualdad en su disfrute es a menudo insuficiente de ahí que, al menos durante un tiempo, se necesiten políticas encaminadas a remediar situaciones de desigualdad. Este fue un paso que se dio por primera vez en los Estados Unidos (la *affirmative action*) mediante las técnicas así llamadas de discriminación positiva y que consistían en reglas que reservaban un cierto porcentaje de cargos o empleos públicos para grupos que hasta entonces habían estado en desventaja. La idea básica es que si con estas medidas se consigue que el grupo desfavorecido comience a ser respetado, se podrán ir retirando de forma paulatina y se establecerá una igualdad de oportunidades o, en el caso ideal, una igualdad de resultados. En definitiva, la discriminación positiva fue y es un paso valeroso en la lucha por la igualdad en el disfrute de los derechos ciudadanos, pero la discriminación positiva no debe convertirse en un principio duradero.
- 3º Por ser ventajas concedidas a las mujeres, no deben implicar perjuicios paralelos para los hombres, ni cons-

tituyen excepción de la igualdad, sino, precisamente, su expresión. Es el caso, por ejemplo, de medidas para favorecer el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, organizando el trabajo a medida de la mujer.

Por contra la *discriminación positiva* sí excepcionalmente la igualdad de trato y por tanto podría ser ilegítima si tiene como contrapartida ineludible el perjuicio hacia quienes pertenecen a otro grupo, en este caso los hombres. Se trata de medidas excepcionales que deben aplicarse con criterio restrictivo, con precaución y siempre de forma transitoria; además, debe acudir-se a ellas cuando no exista ninguna otra posibilidad de equiparar las situaciones preexistentes de desigualdad perfectamente acreditadas.

Esto lleva a que tales acciones se apliquen con prudencia, teniendo en cuenta siempre que su finalidad es resolver problemas de igualdad de oportunidades como método de asignar de manera igualitaria bienes escasos. El artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha dispuesto que el principio de igualdad no impide la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado. Pero siempre sobre la base de la inadmisibilidad del puro automatismo y de la necesaria limitación temporal de la medida.

- 4º La discriminación positiva es un instrumento idóneo para fomentar la igualdad hombre-mujer. Su función consiste en que, debido a circunstancias, rémoras o atavismos sociales, etc. la mujer está en una situación de inferioridad respecto del hombre. A la vista de tal situación el Estado opta por fomentar esa igualdad –en especial para mujeres en situación de mayor debilidad– creando condiciones que permitan que socialmente se avance con mayor rapidez que lo haría la propia sociedad dejada a su libre evolución. Desde este punto de vista la discriminación positiva se plasma en tratos de favor consistentes en medidas de tipo laboral o funcional, de compatibilización de la vida familiar y profesional, de acceso a ciertos bienes (vivienda, información, sanidad, etc.) o de especial protección (vg. publicidad vejatoria).
- 5º Tales medidas han sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional por su compatibilidad con el artículo 14. Así lo ha considerado respecto del acceso de la mujer al trabajo (STC 128/1987), con los discapacitados (STC 269/1994) o en la admisión de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de oportunidades (STC 229/1992). Se reconoce, de esta forma, la admisibilidad de medidas de “acción positiva” (STC 3/1993), como de “favorecimiento” (SsTC 216/1991, 28/1992), medidas orientadas a la igualdad de oportunidades, como pueden ser las reservas porcentuales de plazas en la Administración Pública (STC 269/1994), llegando a sostener que el trato di-



ferenciado impulsado por los Poderes Públicos «*puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento*» (STC 128/1987).

6º Para la admisibilidad constitucional de tales medidas específicas a favor de un grupo (aquí las mujeres), el Tribunal Constitucional ha fijado unos estándares que ya adelantados:

- a. **Excepcionalidad.** Deben responder a la necesidad real de corregir situaciones objetivas de desigualdad de hecho respecto al resto de las personas, aquí los hombres. Ya dijo el CGPJ en su Informe a la ley integral sobre violencia de género que «*como instrumento de fomento de la igualdad hombre-mujer, el Estado se sirve de la discriminación positiva para crear aquellas condiciones que permitan que la sociedad avance con más rapidez que lo haría por sí misma dejada a su libre evolución*».
- b. **Coyunturalidad.** Sólo se aplicarán mientras se mantenga la situación que se desea enmendar o remover.
- c. **Proporcionalidad.** En cuanto que por ser en sí medidas discriminatorias, han de ser proporcionadas a la finalidad concreta perseguida en cada caso, esto es, a su finalidad transformadora.
- d. **Proscripción del desequilibrio inverso por exceso.** Son contrarias a estas medidas de promoción las calificadas como “normas protectoras”, esto es, las que pese a supuesta y aparentemente, pretenden mejorar la situación de un colectivo, provocan, en la realidad, efectos negativos, pues suponen la interposición de un obstáculo que, a la postre, dificulta la obtención del fin perseguido (STC 28/1992).

Por último hay que indicar que el TJCE admite la adopción y mantenimiento de acciones positivas. Entre sus pronunciamientos hay que destacar la Sentencia *Kalanke*, de 15 de octubre de 1995, según la cual entre esas medidas cabe optar por la fijación de cuotas flexibles a favor del colectivo femenino, pero no es posible establecer cuotas rígidas y de aplicación automática.

b

Discriminación positiva, Justicia penal y organización judicial: la LO 1/2004

Con las acciones positivas se trata de remediar situaciones reales de desigualdad para reestablecer la igualdad y, como se ha dicho, por su propio fundamento resulta claro que el límite de la acción positiva es la restauración del equilibrio, y no puede conducir a un desequilibrio inverso por exceso. Es decir, con las medidas de discriminación positiva se trata de remover los obstáculos para lograr que la igualdad sea efectiva, corrigiendo desequilibrios patológicos que genera la sociedad, de ahí que en el ámbito

social, educativo, prestacional o asistencial, laboral o funcional, se hayan aplicado políticas de tal naturaleza.

De lo dicho se deduce que las medidas de acción positiva resultan improcedentes cuando en el ámbito de que se trate no exista esa situación de desequilibrio previo y, además, no haya escasez en los bienes a los que accede la mujer. Y de acuerdo con ello debe reflexionarse acerca de si esta discriminación positiva resulta procedente con relación a la tutela penal y tutela judicial de derechos fundamentales de la mujer. Esto llevó al CGPJ a entender que esas técnicas de fomento no son trasladables al ámbito penal ni al orgánico judicial, máxime cuando se establece con carácter de automatismo y sin limitación temporal alguna tal y como hace la LO 1/04. Además, no concurren en este ámbito las situaciones de desequilibrio que fundamentan la medida.

En efecto, cuando se trata de la tutela penal y procesal, en la medida en que se tutelan derechos fundamentales, no cabe apreciar como punto de partida esa desigualdad. Ni en lo que se refiere a la protección penal, ni en cuanto a la tutela judicial efectiva. Como se dijo más arriba, no estamos ante una situación de “bienes escasos”, limitados, de forma que sólo un grupo favorecido puede acceder a ellos.

Esto es así por cuanto, por ejemplo, en la tutela del derecho al honor (atacado por la injuria) o la libertad (atacado por la amenaza o la coacción), el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, no hay una desventaja inicial, luego no se explica un tipo penal diferente que otorgue una superprotección de la libertad de la mujer, a costa, precisamente, de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.

Y cuando esa acción o más bien ya discriminación positiva se traslada a la creación de órganos judiciales que tutelan sólo los bienes de la mujer, más grave es el desajuste por las siguientes razones:

1ª La tutela judicial no es, en cuanto tal, un bien escaso que no permita, por una supuesta limitada disponibilidad, su reparto y atribución a todos cuanto lo precisen; es decir, la tutela judicial es un bien que no exige se excluya de su ámbito a ningún grupo humano (varones en este caso) para dar debida satisfacción a otro grupo más desfavorecido (mujeres en este caso). Por decirlo sintéticamente: existe posibilidad de tutela judicial para todos sin excluir ni postergar, es decir, sin eliminar ni discriminar a nadie. Entendía el Consejo que sería distinto si una limitación legal impusiera un número máximo de asuntos a resolver por los nuevos órganos judiciales, previstos para conocer de la violencia doméstica, y esa limitación exigiera entonces dar prioridad a las mujeres frente a los varones (reparto de un bien escaso, con preferencia del más desfavorecido).



2^a Tampoco cabe decir que el bien escaso sería la celeridad o prontitud en la dispensa de una tutela judicial que debe darse sin dilaciones indebidas; en efecto, es obvio que una inclusión de toda la ciudadanía sin distinción de sexo en el ámbito competencial de los nuevos órganos judiciales no representa en absoluto un riesgo de dilaciones procesales indebidas para las mujeres ni exige la exclusión de los varones para así asegurar la debida prestación a aquellas. Esto es algo impensable por lo mismo que el número de órganos a crear será lógicamente el suficiente para todos, y el porcentaje de población masculina víctima de violencia doméstica, resulta muy inferior comparado con el de las mujeres. No se entiende por ello qué es lo que gana la tutela judicial a favor de las mujeres por el hecho de excluirse los varones de la competencia de los nuevos órganos judiciales.

3^a No cabe decir que los argumentos anteriores sean incorrectos alegando que la exclusión del varón no le discrimina en el tutela judicial al serle posible obtenerla siempre ante los órganos judiciales comunes o generales. Debe tenerse en cuenta que la discriminación en este caso no está en obtener o no tutela judi-

cial, sino en excluir a los varones del nuevo mecanismo judicial y de la manera concreta especialmente eficaz de obtener esa tutela. Los Juzgados de Violencia se crean para mejorar y satisfacer necesidades que antes o no se cubrían o se cubrían peor, de manera que o no aportan ventaja alguna en esa tutela con relación a los órganos preexistentes –en cuyo caso su creación es inútil–, o si la aportan, igual derecho debe reconocerse al varón, pues la discriminación positiva no podría explicar un plus de tutela judicial a la mujer sobre el varón, ni un modo mejor de aplicar esa tutela judicial.

El traslado a lo judicial de lo que en la ley se tiene como acción positiva se salda con unas consecuencias ilógicas, irrazonables, tanto en lo organizativo como en lo procesal. La llamada acción positiva en la LO 1/04 no es siquiera un caso de discriminación positiva, sino más bien una discriminación negativa. Consiste en endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo varón –esto es, por razones relativas al autor– y no por la mayor gravedad del injusto, lo que entendió el CGPJ «*nos lleva a criterios penales que habría que entender felizmente desterrados*». Y constituye también una discriminación negativa crear órganos judiciales de los que se excluye a los hombres como posibles beneficiarios de sus ventajas, sin que esa exclusión se justifique en modo alguno.

C

Discriminación positiva en la LO 3/2007

Las llamadas medidas de *acción positiva* se regulan en el artículo 11 al habilitar a los Poderes Públicos para adoptar técnicas de tal naturaleza frente a la discriminación por razón de sexo, regla que debe aplicarse atendiendo a la transversalidad (artículo 15). El artículo 11 contiene una cláusula general habilitante, sin perjuicio de la cual se prevén concretas medidas directamente en la propia ley o en aquellas que prevé impulsar bajo técnicas de fomento en el sector privado. En este sentido el artículo 11.2 prevé la adopción de estas acciones positivas por los particulares, lo que se concreta en su articulado.

Las medidas de acción positiva se pueden sistematizar de la siguiente forma:

- Cláusula general de habilitación (artículo 11).
- Medidas concretas como, por ejemplo, las previstas para el sector público en virtud del concepto de *presencia, composición o representación equilibrada* [cf. artículos 16; 26. 2. d), Disposición Adicional Primera, etc.]
- Medidas de acción positiva destinadas al sector privado, algunas de las cuales no son imperativas si bien son objeto de fomento. Así se deduce del artículo 11.2.



En los Informes del CGPJ a los que nos estamos refiriendo, se insistió en que al tratarse de medidas que en sí encierran un trato objetivamente discriminatorio, su soportabilidad exige que se apliquen de acuerdo con los estándares antes expuestos –de ellos depende su constitucionalidad– y que se recogen en el artículo 11. En concreto se prevé la excepcionalidad (operan ante «*situaciones patentes de desigualdad*»); la coyunturalidad («*en tanto subsistan dichas situaciones*») o la previsión de un año en el caso del artículo 60) y la proporcionalidad («*habrán de ser razonables y proporcionadas en relación al objetivo perseguido en cada caso*»).

D**En especial, acceso a cargos y funciones públicas****a****Ideas previas**

Uno de los aspectos más relevantes de la LO 3/07 es el relativo al acceso a cargos y funciones públicas, singularmente a cargos de dirección. No abordaré lo referente a cargos electivos (Cf. Disposición Adicional Segunda), cuestión sobre la que tendrá que pronunciarse el Tribunal Constitucional. Hay que indicar que los principios aplicables al sector público alcanzan también el sector privado (cf. especialmente artículos 45 a 49; 75). Estos tres ámbitos –sector público, sector privado y cargos políticos electivos–, resultan afectados por las medidas de acción positiva, pero con diferente intensidad y con distintas normas constitucionales que cabe invocar para apreciar su validez.

Centrándonos en la política de nombramientos de los Poderes Públicos para los cargos de responsabilidad, estamos ante una concreción de las medidas de acción positiva formuladas en abstracto en el artículo 11 ya visto y responde a la vocación deducible de su artículo 1 de dotar de efectividad al principio de igualdad que ha de operar en «*cualesquiera de los ámbitos de la vida*». La aplicación de medidas de acción positiva a este ámbito no es novedosa pues algunos Estados de la Unión Europea desde hace tiempo incluyen entre los criterios, de aplicación última, reguladores de concursos públicos de acceso tanto a cargos y funciones públicas como de adjudicación de contratación empresarial, un principio de preferencia en la adjudicación para el candidato más respetuoso con el principio de igualdad.

La LO 3/07 se refiere así al principio de *representación* o *composición equilibrada* tal y como se ha visto, principio también invocado en el artículo 34 de la Ley gallega o en los artículos 3.7 y 20.6 de la Ley vasca. Pero también se emplea el de *participación equilibrada* (artículo 14.4) y de *presencia equilibrada* [Exposición de Motivos, artículos 16; 24.2.d); 26.2 c); 27.3.e); 50.4; 51.d); rúbrica del Capítulo II del Título V; 75, etc.], sin perjuicio que *composición* y *presencia* aparezcan como sinónimos

en la Disposición Adicional Primera. Como se ve el texto utiliza varía de términos lo que da pie a que se les pueda atribuir un significado distinto y, por tanto, vincularlos con supuestos de hecho también diferenciados.

A la hora de encontrar un significado propio, la *composición equilibrada* parece referirse a órganos colegiados, mientras que la *presencia equilibrada* es más bien predicable del conjunto de puestos directivos unipersonales de un órgano administrativo y determinar el grado de presencia de uno y otro sexo, si bien esta idea se difumina con el artículo 16. A su vez la *participación* o *representación equilibrada* –éste último aparece también como sinónimo de “composición”– se remite a la previa delimitación del colectivo a representar y el nivel de representación que le corresponde, lo que exige antes decidir si el criterio definidor de la representación pretende trasladar un reflejo del porcentaje que representa el grupo representado sobre el total del colectivo, o si el porcentaje se ha de medir a partir de la ponderación del representado en el conjunto de la sociedad.

Por otra parte sólo el principio de *presencia* o *composición equilibrada* se define en la Disposición Adicional Primera, mientras que los de *participación equilibrada* y *presencia equilibrada*, carecen de una mayor precisión, lo que dificulta notablemente su interpretación y aplicación, suscitándose la duda de si son términos sinónimos, por responder al mismo principio o, por el contrario, tienen implicaciones y un grado de eficacia diferentes, todo lo cual condiciona su exigibilidad ya que la LO 3/07 parece dotar a estos dos últimos principios de una naturaleza programática, cuya exigibilidad resultaría de más difícil concreción.

b**Constitucionalidad**

La cuestión se centra en apreciar la compatibilidad de estos principios con dos postulados constitucionales: el derecho fundamental al acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (artículo 23), y los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (artículo 103.3).

La igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas constituye un derecho fundamental que, desde su literalidad, parece excluir la imposibilidad de criterios diferenciación en el régimen de acceso a cargos públicos fuera del mérito y la capacidad. De ser así no cabría medida alguna de acción positiva favorecedora o promotora de la igualdad en su dimensión real o material ex artículo 9 CE, sino la aplicación recta e inapelable de la estricta igualdad formal.

No obstante cabe entender que se trata de un derecho de configuración legal que permite criterios de diferenciación siempre que éstos estén justificados y sean proporcionales. Es aquí cuando cobra sentido lo antes



expuesto a propósito del artículo 11 pues tales técnicas no pueden quedar anuladas por el mero recurso al artículo 14 CE. Este precepto más que prohibir toda distinción, lo que proscribía es el tratamiento distinto para situaciones iguales. Lo que vale decir, en sentido contrario, que corresponde el tratamiento diferente para situaciones diferentes que pueden encontrar justificación constitucional en la existencia de realidades muy distintas entre los individuos a la hora de ejercer sus derechos, supuesto en el que cabría incluir a la mujer frente al hombre.

Por tanto, sobre la base del objetivo constitucional de promover la igualdad que impone el artículo 9.2 a todos los Poderes Públicos –el CGPJ remarcaba la fuerza de la expresión empleada: «*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*»–, cabe deducir la constitucionalidad de previsiones que, añadidas a la ineludible llamada al mérito y a la capacidad, se empleen para conseguir la igualdad real entre candidatos y candidatas que pertenecen a colectivos tradicionalmente discriminados, en este caso, en razón de sexo.

De esta manera cohonstar el objetivo de igualdad material por razón de sexo en el régimen de condiciones de acceso a los cargos y funciones públicas, no ha de implicar de suyo la vulneración de los contenidos de los artículos 23 y 103.3 CE siempre y cuando respeten los estándares de constitucionalidad de las medidas de acción positiva. Como ya se dijo al inicio de este apartado, esto no es novedoso. Ahí están las reservas de plazas para personas con minusvalía o la reserva de un el número de plazas para la promoción interna con las que se fomenta el principio de carrera administrativa.

Se apela a los estándares de constitucionalidad de las medidas de acción positiva pues la determinación de un colectivo como más favorecido, debe responder a una realidad preexistente, constatable y constatada, resultar adecuados, temporales –según el caso– e idóneos para conseguir la finalidad perseguida y proporcionales a la misma. Se trata de que el sacrificio que se impone a los derechos de ciertos ciudadanos esté justificado por la obtención de otro derecho de al menos igual valor al eventualmente sacrificado y siempre que tal afectación no vaya más allá de lo necesario para el logro propuesto, ni sea tal que suponga la desaparición del derecho (aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

De entre los estándares exigibles para la validez de las técnicas de acción positiva hay que destacar que su mantenimiento, tanto en el tiempo como en cuanto a las condiciones previstas, depende de la permanencia de la necesidad que aconsejó su introducción. En otras palabras, obtenido el objetivo no será necesario mantener medidas o instrumentos de suyo excepcionales de ahí que el CGPJ aconsejase de un lado, que se introdujese la valoración del grado o nivel de consecución de los objetivos como uno de los elementos integrantes del Plan

Estratégico de Igualdad de Oportunidades que impone a los Poderes Públicos el artículo 17. También se propuso con carácter general que se fijase un plazo de mantenimiento o que los Poderes Públicos evaluaran periódicamente si se mantienen «*situaciones patentes de desigualdad*» (artículo 11) para, en caso contrario, proceder a su progresiva eliminación si es que esas situaciones ya no subsisten por cuanto se ha interiorizado el principio de igualdad.

Con estas sugerencias el CGPJ advertía que a los efectos del artículo 9.2, no deben confundirse entre lo que es ayudar a que se interioricen principios, valores y derechos cuya consecución se entiende prioritaria al constatarse que un sector de la población está de hecho discriminado y lo que son medidas de dirigismo social que podrían generar nuevas y diferentes situaciones de discriminación negativa. Por esta razón se entendía que tal labor puede ser más acuciente en el sector privado que en el público debido a que éste queda sujeto a un régimen estatutario en donde los criterios de selección son objetivos y objetivables, de forma que la introducción de criterios de preferencia no pueden suplantar ni mermar los principios constitucionalizados en los artículos 23 y 103.3 CE. Lo que sí impiden esos preceptos constitucionales es que los principios de la LO 3/07 se conviertan en el criterio único, preferente y determinante de la elección, excluyente de la valoración del resto de los candidatos o candidatas. Esto último es lo que sostuvo el TJCE en los casos *Kalanke* y *Marshall* y es lo que puede deducirse de la reciente sentencia de 16 de marzo de 2006 del Consejo Constitucional francés.

Ya se ha dicho que los principios de la LO 3/07 forman parte del Derecho comunitario, de hecho, el Tribunal de Justicia admite la adopción y mantenimiento de acciones positivas como la fijación de cuotas flexibles a favor del colectivo femenino, pero con arreglo a las siguientes pautas:

- 1^a No caben cuotas rígidas y de aplicación automática (Sentencia *Kalanke*).
- 2^a Si bien son admisibles normas discriminación positiva que favorezcan la promoción profesional de la mujer en los sectores de la administración en que se encuentra menos representada, esta normativa debe garantizar que, en cada caso concreto, habrá una valoración objetiva entre candidatos y candidatas, es decir, que en los supuestos de candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, serán objeto de apreciación objetiva atendiendo a todos los criterios de los candidatos de ambos sexos (Sentencia *Marshall*).
- 3^a No es posible otorgar el puesto de trabajo a un candidato mujer cuyos méritos o capacitación sea menor que la de otro candidato varón. Sólo cabrá establecer ese criterio para determinar la concesión de la plaza

favor de un candidato femenino, cuando se encuentre en iguales condiciones meritorias que el candidato masculino (Sentencias *Anderson*, de 6 de julio de 2000, y *Badeck*, de 28 de marzo de 2000).

E**Otros aspectos de la LO 3/2007****a****Objeto y fin de la ley. Su carácter de norma integral**

Es objeto y fin de la ley (artículo 1.2) hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres «...mediante la eliminación de la discriminación de la mujer sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria».

Esta amplitud de fines y su ambicioso ámbito de proyección (cualesquiera ámbitos de la vida) guarda coherencia con el no menos ambicioso horizonte trazado por artículo 9.2 *in fine* de la Constitución y también es coherente con las Directivas que el Anteproyecto incorpora. Es el caso, por ejemplo, del nuevo artículo 8 bis de la Directiva 76/207/CEE del Consejo introducido por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

Por otra parte la intensidad de no pocas de sus previsiones tiene su lógica en que la normativa comunitaria, ya ambiciosa de por sí, es de mínimos, especialmente en cuanto a medidas de protección. Así el artículo 7 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, dispone que

1. «Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad entre hombres y mujeres que las previstas en la presente Directiva.
2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir, en los ámbitos que ésta trata, el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros».

Desde esta perspectiva la intensidad de la LO 3/07 es de contenidos pero también de ámbitos, tanto en lo objetivo como subjetivo de ahí que pueda calificarse como *ley integral* pues no sólo incorpora esas Directivas a nuestro ordenamiento, sino que al abarcar los más variados aspectos en los que por la fuerza del artículo 9.2 CE se advierten potenciales situaciones de discriminación. Por estas razones el Consejo entendió que la LO 3/07 es una “ley código”, una ley integral, reguladora del conjunto de aspectos que presenta la materia objeto de regulación,

esto es, la igualdad entre mujeres y hombres, destinada tanto a la organización interna de los Poderes Públicos como a los particulares.

Abunda esta vocación de ley integral que se de un trato homogéneo y general a una serie de principios ya presentes, por ejemplo, en la regulación de la igualdad de personas con minusvalía (Ley 51/03) o en cuanto a la conciliación de la vida profesional y familiar (Ley 39/99), a lo que debe añadirse el carácter de ley básica que tiene más los diferentes títulos que invoca ex artículo 149 el legislador estatal para dictarla, lo que tiene especial relevancia respecto de las normas ya aprobadas por las Comunidades Autónomas.

b**Ámbito de aplicación**

La LO 3/07 regula tanto el ámbito objetivo (artículos 1.1), ya visto, como subjetivo (artículo 2). El artículo 2.2 refiere como obligados a «toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia». El CGPJ entendió que tal precepto debía concretarse por la escasa juridicidad de términos como “encontrarse” o “actuar” y las consecuencias tanto de obligar como de incurrir en algún ilícito administrativo. Desde su literalidad cabe deducir, como criterio relevante para aplicar el contenido de sus obligaciones, que la persona –física o jurídica– se encuentre o actúe en España. En principio, la norma cubriría cualquier posibilidad de intervención de la persona, incluyendo tanto que físicamente esté en nuestro territorio como cuando, sin una radicación de tal naturaleza, actúe en él.

El primer supuesto –personas físicas– no debería plantear problemas, si bien cabe plantearse casos en los que ese *encontrarse* es esporádico; a su vez habría que concretar en calidad de qué se encuentra esa persona en España. Del contenido de toda la LO 3/07 –por razón de sus determinaciones– cabe deducir que tendría relación con alguna actividad prestacional o productiva y no de otra naturaleza, en cuyo caso debería haberse previsto algún otro condicionante más y así se proponía, por ejemplo, presencia no esporádica sino dotada de cierta continuidad.

En cuanto a las personas jurídicas, la literalidad del precepto genera más incertidumbre. Piénsese, por citar un ejemplo, en la complejidad de las actuales relaciones económico-empresariales en las que, cada vez con mayor frecuencia, se realizan transacciones a través de medios telemáticos: en este ejemplo qué duda cabe que esa entidad mercantil “actúa” en España del mismo modo que sería “actuación” la calificable como esporádica, ajena a la idea de radicación (por ejemplo, vehículos de una empresa de transportes extranjera que atraviesan nuestro territorio).



C

Igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Excepciones

El principio de igualdad se concreta en la igualdad de trato (artículo 3) y de oportunidades (artículo 5), preceptos que no hacen otra cosa sino incorporar las previsiones del Derecho comunitario derivado, en especial en cuanto a las definiciones de discriminación directa e indirecta (cf. Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro).

Según el artículo 3 el *principio de igualdad* de trato supone la ausencia de cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, especialmente las derivadas de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares o del estado civil. Consecuentemente, el artículo 6 califica como discriminación directa por razón de sexo «*la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*», lo que el artículo 8 concreta a cuando ese trato desfavorable tuviese por causa sólo el embarazo o la maternidad.

Con tales preceptos la LO 3/07 recoge no sólo la normativa comunitaria, sino el sentido que le ha dado el TJCE a propósito de concretos pronunciamientos de los que se abstraen reglas generales. De esta manera el Tribunal ha considerado discriminatorio por razón de sexo que se impida la promoción profesional de la trabajadora con permiso de maternidad (Sentencia *Thibault*, de 30 de abril de 1998) o que se computen las ausencias por trastornos derivados del embarazo a efectos de despido (Sentencia *Brown*, de 30 de junio de 1998) o que se abone a la mujer en incapacidad laboral por el embarazo una parte del salario, mientras que a sus compañeros con incapacidad laboral general se les abona la totalidad (Sentencia *Perdersen*, de 19 de noviembre de 1999).

Por otra parte el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo ya estaba recogido en las Leyes estatales 51/03 (artículo 1), y 62/03, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [artículos 28.1.a) y 34.2)], así como en el artículo 3.2 de la Ley 4/05, del Parlamento Vasco.



En el artículo 5.2 incluye ciertas excepciones al principio de no discriminación en cuanto que se fijan determinados supuestos discriminatorios por razón de sexo. Esto ocurrirá «*cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*». Tal previsión responde a las exigencias de compatibilización y ponderación entre derechos y bienes e intereses que cada uno de ellos protege y ampara y es coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la exigencia de justificación de una medida que es excepcional, pero además supone una restricción en los derechos, en este caso, la igualdad, y en la necesaria proporcionalidad de la excepción o modulación al objetivo, que ha de ser necesariamente legítimo.

Esta doctrina tiene su correlato con la del TJCE que sostiene, por un lado, que es contrario al principio de igualdad y no discriminación que se reserven ciertas profesiones domésticas a un sexo determinado (las que tradicionalmente se han relacionado con la mujer) y, por otro, que

hay ciertas profesiones (vg. comadrona) que, dada su naturaleza y por las especiales relaciones que implican, dificultan, o cuanto menos complican, una aplicación rigurosa del principio de igualdad de oportunidades (Sentencia Comisión/Reino Unido, de 8 de noviembre).

d**Interpretación y aplicación de las normas: artículo 4**

La igualdad en general es un valor superior (artículo 1) y un derecho fundamental (artículo 14 y sus concreciones *secundum materiae*) y la Ley lo considera ahora un principio informador. Estos principios pueden tener el valor de fuente del Derecho como escalón último al que acudir en búsqueda de norma aplicable (artículo 1.4 del Código Civil); pueden ser principios preconstitucionales elevados a rango constitucional (Vg. los del artículo 9.3 o del artículo 31.1); además, pueden convertirse en derechos fundamentales (Vg. la presunción de inocencia tal y como tiene dicho el Tribunal Constitucional, Ss 7 de julio de 1988, 23 de octubre de 1995, 21 de marzo de 2002 o 10 de febrero de 2003) y pueden también ser principios nacidos de la propia constitución (vg. la autonomía local).

La idea de principio informador (cf. artículo 1.4 Código Civil) que se anuda a los principios generales lleva a la idea de aquellas máximas que animan a ciertas instituciones como puede ser la buena fe, respecto del tráfico jurídico en general o la intermediación, audiencia, oralidad, etc. respecto del proceso. La fuerza jurídica de la igualdad por razón de sexo viene dada hoy día por su carácter de derecho fundamental. Esto es mucho, pero no lo es todo. Es mucho en cuanto que la consecuencia inmediata es que va unido a un régimen especial de tutela (cf. artículo 53. 2 CE); es mucho en cuanto que la interpretación y aplicación de las normas debe hacerse *secundum Constitutionem* (vg. artículo 5.1 LOPJ), pero ese mandato en cierta forma difuso queda reforzado si le añade un concreto mandato de interpretación y aplicación. En puridad el artículo 4 podría calificarse de superfluo por lo ya dicho, pero también se ha dicho que hace falta algo más, de ahí que una vez más el mandato del artículo 9. 2 CE se concrete en esta previsión dirigida a todos los Poderes Públicos.

Se trata, por tanto, de una concreción del principio de transversalidad en cuanto que los principios de igualdad de trato y de oportunidades son también *principios informadores* del ordenamiento jurídico. El objetivo es que en la operación de interpretar y aplicar una norma jurídica, la igualdad esté presente («se integrará y [se] observará»), luego los destinatarios de tal precepto son todos los Poderes Públicos. En el caso de la actuación de jueces o juezas y tribunales, hay que entender que tal precepto concreta otros ya vigentes que van desde el artículo 3 del Código Civil hasta el artículo 5.1 LOPJ.

e**Discriminación directa y discriminación indirecta: artículo 6**

El artículo 6 define la discriminación directa y discriminación indirecta por razón de sexo. Se trata de unas definiciones no novedosas tal y como se deduce de la normativa tanto europea [cf. Preámbulo (12) Directiva 2002/73, artículo 2.2 Directiva 1997/80, artículo 2.2 Directiva 2000/78, artículos 2.a y b y 4.1 Directiva 2004/113] como española preexistente [cf. artículo 6.2 Ley. 51/03; artículo 28.1.b) y c) Ley 62/03; artículo 2 de la Ley gallega 7/04 y el artículo 1 a) y b) de la Ley vasca 4/05].

Por su redacción abierta («una persona», «personas»), no cabe deducir que tenga como únicas posibles destinatarias a mujeres, lo que es coherente con la titulación de la propia ley de lo que se deduce que su propósito es proteger igualmente al varón que sufra o se encuentre en una situación de discriminación.

La discriminación directa no plantea grandes problemas interpretativos; tampoco en puridad la interpretación del concepto de discriminación indirecta que la LO 3/07 define según la normativa y jurisprudencia comunitaria, así como los precedentes de nuestro ordenamiento interno —«la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro»— añadiendo a esa definición una modulación o excepción acertada: «salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

Con esta definición se incorpora a nuestro ordenamiento la doctrina del TJCE que, en concreto, ha venido calificando de discriminación indirecta de la mujer aquella que se deriva de normas en principio neutras, aplicadas con independencia del sexo, pero que en la realidad afectan negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres, salvo que tal previsión esté justificada en factores objetivos y ajenos a toda discriminación (Sentencias *Meyers*, de 13 de julio de 1995 y *Van Damme*, de 1 de febrero de 1996). Un ejemplo de esta doctrina son las Sentencias *Sievers*, *Schrage* y *Schröder*, todas de 10 de febrero de 2000, que califican de discriminación indirecta el reconocimiento por la empresa de una pensión complementaria de jubilación sólo para aquellos trabajadores que estuvieran a jornada completa, resultando que un alto porcentaje de trabajadoras optan por la jornada parcial.

Probablemente el aspecto más relevante de la discriminación indirecta se concreta en la tutela judicial frente a la misma, lo que lleva a la inversión de la carga de la prueba (artículo 13) que se analizará más abajo.



f

Concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo: artículo 7

Ambos conceptos responden a los ya fijados en la normativa comunitaria [cf. Preámbulo (8) Directiva 2002/73; artículos 2.c y 4.3 Directiva 2004/113; artículo 2.3 Directiva 2000/78, nuevo artículo 2 de la Directiva 2002/73] e incorporados en nuestro ordenamiento interno tanto estatal [artículo 28.1.d) Ley 62/03 y artículo 2.a. Ley 51/03] como autonómica [Leyes 9/03, 7/04 y 4/05, valenciana (artículos 23 y 47), gallega (47 y ss a 54) y vasca (artículo 43) respectivamente].

Se trata de unas definiciones que no plantean problema debiendo destacar que el artículo 12.3 sólo legitima a la persona acosada para actuar en los litigios sobre acoso sexual y que el primer inciso del artículo 7 expresamente dispone que las normas sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo se entienden sin perjuicio de lo previsto en la legislación penal sobre el delito de acoso sexual; se trata, por tanto, de conceptos jurídicos distintos.

g

Consecuencias jurídicas frente a la conducta discriminatoria

a') **Indemnidad o no represalia: artículo 9.** Previsto en el Preámbulo (17) de la Directiva 2002/73, en el artículo 10 de la Directiva 2004/113, artículo 11 de la Directiva 2000/78 y anticipado en nuestro ordenamiento interno en el artículo 18.2 de la Ley 51/03, es ahora recogido en el artículo 9 a cuyos efectos se considera como represalia «*cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, en vía administrativa o judicial, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*», de forma que con tal precepto se trata de garantizar la indemnidad –no en el sentido de resarcimiento– de aquella persona que reacciona frente a una conducta discriminatoria por razón de sexo.

Esta línea es la mantenida por el TJCE que considera que la prohibición de discriminación por razón de sexo, luego la tutela frente a la misma, extiende sus efectos sobre las medidas que adopte el empresario o empresaria como consecuencia de la actuación judicial dirigida a exigir el respeto del principio de igualdad de trato, incluso cuando se adopten finalizada la relación laboral (Sentencia *Cootte*, de 22 de septiembre de 1998).

b') **Nulidad de actos o negocios: artículo 10.** Tal precepto prevé que las conductas discriminatorias provocarán la nulidad de los actos y negocios jurídicos, que quedarán sin efecto y generarán la responsabilidad de

sus autores. La responsabilidad se habrá de exigir a través de un sistema de reparación e indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales al perjuicio y, en su caso a través de un sistema de sanciones eficaz o disuasorio, que prevenga dichas conductas discriminatorias.

Esta previsión, que se encuentra en la normativa comunitaria, estaba ya anticipada en la Ley 62/03 (Capítulo III relativo a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato), que establece como objeto y ámbito de aplicación del citado Capítulo el establecimiento de medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación tanto en el sector público como en el privado.

h

Tutela judicial

a') **En general, artículo 12.** Las previsiones de los artículos 9 (Directiva 2000/78) y 8 (Directiva 2004/113) tenían ya cumplido reflejo en nuestro ordenamiento en el artículo 53.2 CE, de forma que no hay novedad en la LO 3/07 pues el artículo 12.1 recoge lo previsto en el citado precepto constitucional en cuanto a la garantía y protección de los derechos fundamentales, aquí centrado en el principio de igualdad, previendo incluso que no cabe oponer la pérdida sobrevenida de objeto del litigio por haber terminado la relación en la que pudo darse la discriminación.

b') **Inversión de la carga de la prueba: artículo 13.** Esta regla viene impuesta por el ordenamiento comunitario [cf. Directiva 97/80 en general y, en particular, artículo 9 Directiva 2004/113, Preámbulo de la Directiva 2002/73, artículo 3.1.b) Directiva 1997/80, artículo 4 Directiva 1997/80 y artículo 10 Directiva 2000/78] ya había sido recogida en las normas estatales antes mencionadas (artículos 20 Ley 51/03 y 36 Ley 62/03) y es regla común en el ordenamiento laboral. En este aspecto puede plantearse la llamada *prueba estadística* respecto de la cual el TJCE entiende que no basta el dato cuantitativo –número de mujeres afectadas– sino que, además, debe relacionarse con el número de trabajadores y trabajadoras en activo existentes en el país, y con la proporción entre trabajadores masculinos y femeninos (Sentencia *Regina/Secretary of Employment*, de 9 de febrero de 1999).

c') **Legitimación.** Con carácter general hay que estar a los artículos 9.2 y 36.2.3º de la Directiva 2000/78, al Preámbulo (20) de la Directiva 2002/73, artículo 8.3 Directiva 2004/113 y al artículo 6.3 Directiva 76/207 (reformada por la Directiva 2002/73). En cuanto a las normas de incorporación estatales, cf. como antecedente el artículo 19 de la Ley 51/03. El artículo 12.2 debe conjugarse con las reformas que también introduce en la LEC y LJCA para la defensa de estos intereses.

i

En especial, actuación de los Poderes Públicos

a') **Criterios generales de actuación: artículo 14.** Los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos regulados en el artículo 14 son aplicables a todos sin excepción, luego también al ámbito del gobierno judicial; sus previsiones constituyen, además, condiciones básicas para garantizar la igualdad de los españoles y españolas a los efectos del artículo 149.1.1ª CE (cf. Disposición Final Primera 1).

No se trata ahora de sistematizar ese precepto atendiendo a cada uno de sus apartados, baste señalar que se trata de un precepto detallado que incluye criterios de actuación, pautas de comportamiento, objetivos y obligaciones a los Poderes Públicos. Contempla este precepto como criterios generales algunos ciertamente ambiguos o de contenido indeterminado e incierta concreción en cuanto a su exigencia (así el contenido en el primer apartado, el compromiso con la efectiva del principio de igualdad); por su ámbito, unos fijan lo que serán pautas de *políticas de igualdad* (cf. rúbrica del Título II), mientras que otros encierran ya criterios generales (cf. rúbrica artículo 14) que pueden ser de autoorganización administrativa (colaboración y cooperación interadministrativa) como obligaciones para los propios Poderes Públicos.

Tal precepto “pórtico”, fija el *argumento* para los Poderes Públicos en materia de igualdad en su actuación tanto *ad extra* como *ad intra* y mediante una regulación un tanto asistemática se agrupan contenidos distintos, con mayor o menor concreción con el consiguiente riesgo a la hora de su carácter o naturaleza y, por tanto, su correspondiente eficacia jurídica.

Como se ha dicho, la rúbrica del artículo 14 califica su contenido «*criterios generales de actuación de los Poderes Públicos*», de lo que se deduce que sus apartados no tienen eficacia directa, luego no son invocables ante los tribunales. Su valor jurídico radica en que son norma de orientación, de inspiración y de criterios de interpretación de la actuación pública que debe tender necesariamente a la consecución de estos objetivos sin perjuicio, claro está, de una eventual modulación al aplicarse a un determinado Poder Público siempre, por supuesto, que tales modulaciones estén conectadas y justificadas con la naturaleza y carácter de ese Poder Público.

b') **Transversalidad: artículo 15.** El artículo 15 incorpora como principio informador de la política de igualdad el carácter transversal del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, principio que deben integrar las Administraciones públicas en su actuación, en la adopción y ejecución normativa, y en la definición de políticas públicas.

Este principio supone, ante todo, que hacer efectiva la igualdad y no discriminación por razón de sexo, es un objetivo que debe inspirar y estar presente en toda «*actuación de los Poderes Públicos*», luego debe impregnar toda su actividad: no es un aspecto que interese a cierto Departamento o, dentro de una organización administrativa, a cierto ámbito competencial. Cobra así sentido lo dicho respecto de la fuerza transformadora del artículo 9.2 CE y se plasma de diversa forma como, por ejemplo, la previsión de instrumentos de seguimiento de esa transversalidad (por ejemplo, en el ámbito de la Administración del Estado, Comisión Interministerial, Plan Estratégico, etc.).

La transversalidad del principio de igualdad caracteriza y protagoniza los últimos desarrollos normativos comunitarios. De hecho, las Directivas que este Anteproyecto incorpora al Derecho español no son sino concreción del principio. El empleo de esta técnica cuenta como antecedentes el artículo 2 f) de la Ley 51/03 y, en la legislación autonómica, el Capítulo II, artículos 6 a 8, de la Ley gallega 7/04.

c') **Informes de impacto de género y estadísticas públicas: artículos 19 y 20.** Como primeros instrumentos de proyección de estos criterios de actuación de los Poderes Públicos y de los principios expuestos, la LO 3/07 regula la necesidad incorporar un informe sobre el impacto de género en el procedimiento de elaboración de los proyectos de disposiciones de carácter general que corresponda aprobar al Consejo de Ministros. La exigencia de este informe está ya presente en el artículo 24.1.b.2º de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno, que extiende esa previsión a la elaboración de normas con rango de ley (cf. artículo 22.2). Se trata de una previsión por lo demás ya existente en el ámbito autonómico (cf. entre otros los artículos 7 y 8 de la Ley gallega 7/04, o en el artículo 19 de la Ley vasca 4/05).

Especial importancia tiene esa previsión para el CGPJ en cuanto que, en coherencia con la misma, se reformó la LOPJ en la Disposición Adicional Tercera. Cuatro, que prevé un estudio previo de impacto de género en el ejercicio por parte del CGPJ de su potestad reglamentaria (nuevo artículo 110.3.2º LOPJ).

Otro tanto cabe decir respecto de la elaboración de estadísticas públicas relativas a las personas físicas, que deberán ofrecer sus datos desagregados por sexo, así como en aplicación de las variables precisan a fin de evaluar el impacto de género y el desarrollo de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres (artículo 20). La relevancia de tal previsión hay que ponerla en relación con lo ya expuesto respecto de la apreciación de situaciones de discriminación indirecta y esa previsión alcanza también al ámbito judicial (cf. artículo 461.2 LOPJ reformado por LO 19/03 en cuanto a la estadística judicial y a la Comisión Nacional de Estadística Judicial creada por ésta última).

DERECHO ESPAÑOL

Tiempo y Género

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



I. EL USO DEL TIEMPO EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SU TRATAMIENTO EN LA RECIENTE LEY DE IGUALDAD

El uso del tiempo es un factor esencial de la vida de las personas, e influye sobremanera en otros bienes personales igualmente esenciales. La dedicación de las personas a una actividad productiva depende del tiempo que en esa dedicación inviertan. No en vano se afirma que el tiempo es oro, y, en un sentido semejante, se considera a las personas trabajadoras como vendedoras de su tiempo a la persona que las contrata. También el tiempo es necesario para cumplir con responsabilidades parentales y familiares. Y el ocio no es más que el tiempo libre que no se invierte en una actividad productiva, que no se vende a la persona que contrata y que no se dedica a dichas responsabilidades. No es así de extrañar que, en el constitucionalismo moderno, el ocio se considere un auténtico derecho a garantizar y promover por los poderes públicos –véanse los artículos 40.2, 43.3 y 50 de la Constitución Española–.

Pero el uso del tiempo no es igual en mujeres y hombres a causa de los estereotipos sociales asociados al sexo –esto es, a causa del género–. La distribución masculina tiende a la unificación de los tiempos de trabajo –de trabajo extradoméstico como único trabajo asumido– para conseguir, como ideal de calidad de vida, unificar y ampliar los tiempos de descanso. La distribución femenina intercala tiempos de trabajo –tanto los de trabajo doméstico como los de trabajo extradoméstico–, y tiempos de descanso, e incluso se superponen en la medida de lo posible –atendiendo a varias cosas a la vez, lo que, según el imaginario social basado en los estereotipos de género, no sabemos hacer los hombres–. En suma, los hombres distribuyen su tiempo linealmente y las mujeres lo distribuyen en estrella.

Si consideramos el tradicional apartamiento femenino del mercado de trabajo y su exclusión de los poderes de creación de las normas jurídicas entenderemos fácilmente la construcción del Derecho del Trabajo conforme a las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de los hombres, y, en lo relativo a la distribución de los tiempos, comprobamos fácilmente como los artículos 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores, sobre todo en su redacción anterior a las Leyes 3/1989, de 3 de marzo, y 39/1999, de 5 de noviembre, se sustentan en un sistema de distribución lineal del tiempo.

Tal sistema de distribución lineal del tiempo, con sus connotaciones de género, inspira, directamente o a través del Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social, cuyas técnicas además basculan sobre referentes temporales varios –edades de jubilación, acreditación de carencias, periodos de cálculo de las bases reguladoras...–. No en vano, es afirmación doctrinal muy reiterada que el De-

recho a la Seguridad Social se ha construido históricamente sobre la realidad socio-laboral del trabajador varón cabeza de familia con un trabajo indefinido y a tiempo completo.

Fácilmente se puede concluir, a la vista de este panorama normativo, la conveniencia –o, mejor dicho, la necesidad– de abordar un cambio en las normas jurídicas que permita hacer a las mujeres dueñas de su propio tiempo, o, dicho más técnicamente, que se empoderen del tiempo. Toda la construcción de los derechos de conciliación a la que hemos asistido, especialmente a través de las Leyes 3/1989, de 3 de marzo, y 39/1999, de 5 de noviembre, gira en torno a ese empoderamiento. Pero ni esas reformas fueron suficientes en orden a los derechos de conciliación, ni los derechos de conciliación son, por sí solos, suficientes a los fines a que se ha aludido.

La LOIEMH ha supuesto una mejora clara en el empoderamiento femenino del tiempo, aunque el resultado final aún sea insatisfactorio. Analicemos ahora como se abordan los tres aspectos esenciales para el empoderamiento femenino del tiempo. Uno, es el relativo a los derechos de conciliación, en los cuales se han producido notables mejoras –a analizar en el Epígrafe II–. Otro, es el relativo a las medidas públicas para facilitar el uso del tiempo, en donde la actuación estatal se encuentra limitada por las competencias autonómicas y municipales –a analizar en el Epígrafe III–. Y el último, es el relativo a la valoración del uso femenino del tiempo, una cuestión en la cual seguimos muy en pañales –a analizar en el Epígrafe IV–.

II. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS LABORAL Y FUNCIONARIAL

La división tradicional del trabajo entre los hombres, dedicados a la actividad laboral, y las mujeres, dedicadas a la actividad doméstica, incluyendo las labores de cuidado, inspiraba una legislación donde lo buscado no era conciliar la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, sino facilitar a la mujer que, por razones de necesidad, se veía obligada a trabajar fuera de casa, su vuelta al trabajo doméstico, reponiendo el status quo –por ejemplo con la excedencia o con la dote por matrimonio–, o, como mucho –y esto ya se podía considerar un avance–, facilitar el derecho de las mujeres a trabajar, aunque sin pretender alterar el status quo. Resulta significativo que, en la Recomendación 123 de la Organización Internacional del Trabajo (1965), sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares, se invitaba a las autoridades nacionales competentes a adoptar una política encaminada a permitir a las mujeres con responsabilidades familiares ejercer su derecho al trabajo sin discriminación. Pero esto –acaecido, se supone con pretensión de mejora del panorama laboral de las mujeres, hace 40 años– es hoy día prehistoria.



Ahora no se pretende –o, cuando menos, no se pretende de modo principal– conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral de las mujeres, porque, si ello no se acompaña de medidas más trascendentales, supone perpetuar el estereotipo de asunción femenina de las responsabilidades familiares, facilitando además una vuelta al hogar. Hoy en día lo pretendido es la asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, la conciliación de sus vidas personal, familiar y laboral. Tal filosofía es la que inspira el Convenio número 156 OIT (1981), y la Recomendación número 165 OIT (1981), sobre trabajadores –no sólo sobre mujeres– con responsabilidades familiares. Y la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por agentes sociales europeos –la UNICE, el CEEP y la CES–.

Por lo tanto, el nuevo modelo basado en la perspectiva de género obliga a construir unos derechos de conciliación, aunque no debemos caer en el error de construirlos miméticamente con los derechos de maternidad. Los derechos de maternidad deben garantizar la libertad de ser madre sin sufrir perjuicios en la vida laboral. Sin embargo, si los derechos de conciliación se limitasen a ser derechos de libertad, su aplicación práctica, debido a los estereotipos, degeneraría en una nueva vuelta al hogar de las trabajadoras. De ahí justamente que, en un análisis de género, los derechos de conciliación no deben buscar –o, mejor dicho, no deben buscar de manera primordial– conceder más derechos al colectivo de mujeres, sino corresponsabilizar a los hombres en las labores domésticas y de cuidado.

Una finalidad de corresponsabilidad cuya satisfacción le obliga a la persona que legisla a construir con sumo cuidado las normas laborales sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No en vano sólo se incide directamente sobre una parte del binomio –el trabajo– y de una manera más difusa sobre la parte sobre la cual se quiere incidir –la familia–. De ahí la importancia de aquellas instituciones con una incidencia sobre la vida personal y familiar que, sin ser directa, es menos difusa. Aún así se comprenderán las limitaciones al legislar. La persona que legisla puede conceder un permiso de paternidad, pero los padres pueden decidir no utilizarlo, y, si lo utilizan, se pueden dedicar –aún a riesgo de sanciones disciplinarias o de la pérdida del subsidio de paternidad– a otras actividades. Se ha verificado en países tan emblemáticos en materia de igualdad como Suecia, la utilización fraudulenta del permiso de paternidad para ir a pescar el salmón.

A

Los derechos de conciliación como derechos generales y como una causa de discriminación

Ha supuesto la LOIEMH varios avances en los derechos de conciliación, aunque hay dos que, en una lectura general y sin entrar aún en detalles, me parecen muy significativos.

El primero es la generalización de los derechos de conciliación. Ciertamente, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, y, sobre todo, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, habían introducido derechos de conciliación paralelamente en el ámbito laboral y en el ámbito funcional. Pero parecía que algunos ámbitos aún se resistían. Ahora expresamente se han reconocido en la Carrera Judicial –Disposición Adicional 3ª Catorce–, en las Fuerzas Armadas –Disposición Adicional 20ª Tres y Cuatro–, para el Personal Estatutario –Disposición Adicional 22ª Dos–, y en la Guardia Civil –Disposición Adicional 24ª Tres y Cuatro–.

Y el segundo es la concepción de “*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral... en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*” –artículo 44.1 de la LOIEMH–. De este modo, los derechos de conciliación se dirigen a fomentar la corresponsabilidad –con una configuración moderna de los derechos de conciliación– y se nos aparece aquí una nueva causa de no discriminación.

Tales avances nos permiten asemejar a los derechos de conciliación con los derechos fundamentales: son derechos reconocidos de una manera generalizada y su garantía de ejercicio es la tutela antidiscriminatoria. ¿Quiere esto decir que la LOIEMH los ha integrado dentro del contenido esencial del principio de no discriminación por razón de sexo? Coadyuva a la respuesta afirmativa su finalidad de fomento de la corresponsabilidad, con la consecuencia directa de promover la igualdad real de oportunidades.

De hecho, la STC 3/2007, de 15 de enero, se refiere a “*la dimensión constitucional de ... todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva*



del derecho a la no discriminación por razón de sexo (CE artículo 14) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (CE artículo 39)”, para después concluir afirmando que esa dimensión constitucional “*ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa*”, lo cual sirve de base para la estimación del recurso de amparo constitucional.

B

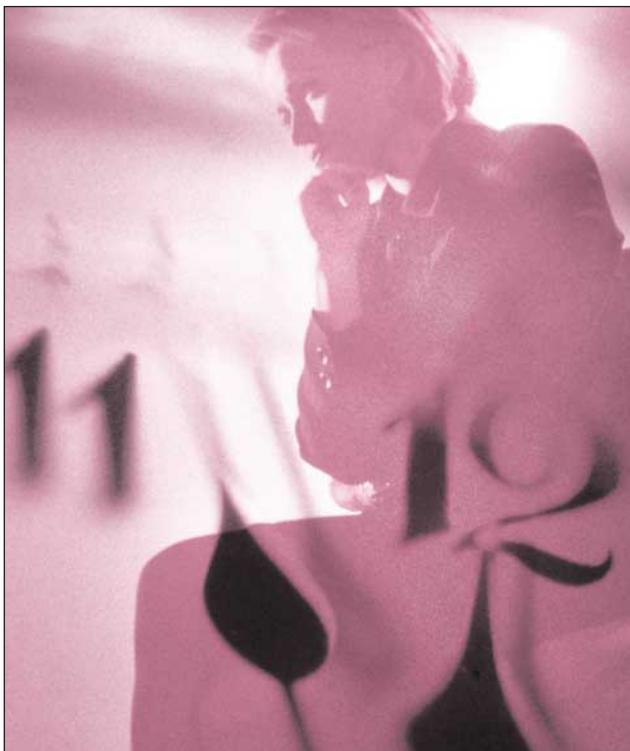
Las mejoras de detalle en los derechos de conciliación de trabajadores/as y funcionarios/as

Tras esta aproximación general a lo que ha supuesto la LOIEMH, la debemos completar ahora aludiendo a las mejoras de detalle, distinguiendo (A) las relativas al ámbito laboral y (B) las relativas al empleo público.

A

Las mejoras de detalle relativas al ámbito laboral, y de una manera sintética, se pueden enumerar en los siguientes términos:

- 1^a El reconocimiento de un derecho general de los/as trabajadores/as “*a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla*” –según dice el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores–.
- 2^a El permiso retribuido por enfermedad de familiares se amplía a un nuevo supuesto fáctico, que es el de intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario –artículo 37.3.b) del ET–.
- 3^a El permiso de lactancia se reforma admitiendo su incremento proporcional en los casos de parto múltiple



y la posibilidad de su acumulación en jornadas completas “*en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que (se) llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla*” –artículo 38.4 del ET–.

- 4^a La reducción de jornada por guarda legal de un o una menor –artículo 38.5 del ET– se amplía hasta los 8 años –antes eran 6 años–, y se admite la reducción de, al menos, un octavo –antes el límite mínimo era un tercio–.

Supuesto de dicha reducción de jornada, la de neonatos prematuros y la de víctimas de violencia de género, se considerará el salario anterior a los efectos de indemnizaciones legales –Disposición Adicional 18^a del ET–.

- 5^a La excedencia voluntaria se reforma –artículo 46.2 del ET– para admitir se solicite por mínimo de 4 meses –antes el mínimo eran 2 años–.

- 6^a La excedencia para el cuidado de hijos e hijas se extiende al caso de acogimiento provisional y la excedencia para el cuidado de familiares se amplía de uno a dos años de duración, estableciéndose, para ambas excedencias, la posibilidad de disfrute fraccionado –artículo 46.3 del ET–.

- 7^a Sin duda alguna, lo más llamativo ha sido la introducción del permiso de paternidad –que no es un permiso sino una suspensión del contrato de trabajo con derecho a prestaciones de Seguridad Social– de trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo, en los supuestos de nacimiento de hijo o hija, adopción, o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, de duración no inferior a un año, aunque éstos sean provisionales –artículo 48 bis del ET–.

- 8^a Las discrepancias entre empresarios y empresarias y trabajadores y trabajadoras “en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente” se resolverán a través del proceso especial caracterizado por su rapidez del artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral –Disposición Adicional 17^a del ET–.

Aparte estas reformas en el ámbito contractual, se han introducido mejoras en el ámbito de la protección social, que me limitaré a enunciar, y que son la introducción de un subsidio por paternidad –artículos 133 octies a decies de la Ley General de la Seguridad Social–, la mejora en la prestación no económica por hijo o hija, o familiar a cargo –artículo 180 de la LGSS–, y la conservación de la cuantía de los salarios anteriores a determinadas reducciones de jornada a los efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo –artículo 211.5 de la LGSS–.



B

Las mejoras de detalle relativas al empleo público, y de una manera sintética, se pueden enumerar en los siguientes términos –aunque me limitaré al ámbito relativo a la Administración General del Estado–:

1^a Como norma general se afirma que, “*sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de ... facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (y) con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa*” –artículo 56 de la LOIEMH–.

2^a La legislación de referencia, que es la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública –recientemente afectada, aunque no en lo que se dirá, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público–, se ha modificado por la LOIEMH –en su Disposición Adicional 19^a– para establecer la siguiente regulación:

- a) El permiso por nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo o hija, de quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Aunque se califica como de permiso, no es retribuido, sino que genera el derecho a un subsidio de paternidad.
- b) El permiso por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, de tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad, y, si el parentesco es de segundo grado, de dos o de cuatro días hábiles, respectivamente.
- c) El permiso por lactancia, a favor de la funcionaria, de un hijo o hija menor de doce meses, de una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, y que podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, con la misma finalidad. Se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiple. Tal derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en caso de que ambos trabajen. Igualmente, la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

- d) El permiso retribuido de hasta dos horas diarias y el derecho de reducción de jornada no retribuido de hasta dos horas diarias –se suponen acumulativos–, en los casos de nacimiento de hijas e hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.
- e) El derecho de disminución de jornada cuando el funcionario o funcionaria, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, a una persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida.
- f) El derecho de reducción de jornada de hasta el cincuenta por ciento, con carácter retribuido y por el máximo de un mes, por razones de enfermedad muy grave de un familiar en primer grado que precise ser atendido por el funcionario o funcionaria. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando el máximo de un mes.

También se establecen determinadas mejoras para la excedencia para el cuidado de familiares, que puede alcanzar hasta tres años, y para esa excedencia y la de familiares, ampliando a dos años la reserva del mismo puesto de trabajo, y reconociendo el derecho del funcionario o funcionaria excedente a participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

III. EL FOMENTO ESTATAL DE LAS MEDIDAS PÚBLICAS MUNICIPALES PARA FACILITAR EL USO DEL TIEMPO

La actuación estatal en cuanto a medidas públicas para facilitar el uso del tiempo se encuentra limitada por las competencias autonómicas y municipales. De hecho, el artículo 22 de la LOIEMH, rubricado “*acciones de planificación equitativa de los tiempos*”, se limita a afirmar que, “*con la finalidad de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad*”, y que, “*sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos Planes*”.

En consecuencia, los planes de organización del tiempo de la ciudad, se quedan en el ámbito de competencia de las corporaciones locales y sin perjuicio de la financiación de las comunidades autónomas. El Estado se ha limitado a prestar asistencia técnica para su elaboración, una postura que acaso debió ser mucho más generosa, con intervención en su financiación.

Hasta el momento, la Comunidad Autónoma de Galicia es la única que regula –aunque la norma está pendiente



de desarrollo reglamentario— la financiación autonómica de los bancos municipales de tiempo y de los planes de programación del horario de las ciudades, en la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia.

Tal Ley regula la “*promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación*” —como se titula su Título VI—, y, más concretamente, “*los bancos municipales de tiempo*” —como se titula el Capítulo I de ese Título VI—, y “*los planes de programación del tiempo de la ciudad*” —Capítulo II—.

En cuanto a los bancos municipales de tiempo, “*facilitarán a las personas empadronadas en el correspondiente municipio la conciliación de su vida personal, familiar y laboral mediante la realización de labores domésticas concretas, en especial aquellas que exijan desplazamientos, como la realización de la compra diaria o de gestiones de índole administrativa, y de labores de cuidado o mera compañía de menores de edad y de personas dependientes*”. Tales labores domésticas se atenderán por redes comunitarias de apoyo a la conciliación, o, excepcionalmente, por personal municipal o contratado al efecto —véanse los artículos 43 a 46—.

En cuanto a los planes de programación del tiempo de la ciudad, “*pretenden una coordinación de los horarios de la ciudad con las exigencias personales, familiares y laborales de la ciudadanía, obligando a una permanente revisión y adaptación de tales horarios*”, entendiéndose “*(por) horarios de la ciudad los horarios de apertura y cierre de oficinas públicas, comercios y servicios públicos o privados con atención al público, incluyendo actividades culturales, bibliotecas, espectáculos y transportes*”. Funcionan dichos planes de programación a través de una mesa de concertación y de una persona responsable —artículo 47 a 51—.

IV. LA VALORACIÓN DEL USO FEMENINO DEL TIEMPO A LOS EFECTOS DE LA COBERTURA DE SEGURIDAD SOCIAL

Quizás la valoración del uso femenino del tiempo, que es tanto como hablar de la valoración del trabajo realizado en ese tiempo, y su reconocimiento a través de la cobertura de la Seguridad Social, es el aspecto relativo al tiempo donde más queda por hacer. Recientemente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, ha supuesto un pequeño avance normativo, aunque sólo en el caso excepcional de que “*el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar*”, en cuyo caso “*se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares*”, aún pendiente de desarrollo, y que supondrá que “*el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente*” —según artículo 18 de la referida Ley—.

Pero es más lo que no se ha hecho que lo que se ha hecho. Un buen ejemplo de lo que no se ha hecho, y queda por hacer, es la Disposición Adicional Primera de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, donde se establece que “*el Gobierno, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de esta Ley, presentará, ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, un estudio técnico y económico sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple... la posible inclusión en su campo de aplicación, de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados ni amparadas por otras prestaciones contributivas*”. ¿Se presentó un estudio serio sobre esa posibilidad y fue discutida por el Congreso de los Diputados o, simplemente, durmió el sueño de los justos?

Algo se ha hecho, pero aún queda mucho por hacer, en materia de protección social de los/as trabajadores/as a tiempo parcial —mayoritariamente mujeres que, por la necesidad de atender sus responsabilidades familiares, no pueden acceder a trabajos a tiempo completo—. Ciertamente, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, ha considerado el cómputo por horas de la carencia para prestaciones sociales contraria al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación sexista indirecta. A una trabajadora a media jornada no se le puede exigir tener que trabajar 30 años —y no 15— para lucrar la pensión de jubilación.

Tal decisión se refiere a la legalidad anterior al Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, que mantiene el cómputo por horas de la carencia, aunque dulcifica el perjuicio al aplicar un coeficiente multiplicador del 1,5 a las cotizaciones por horas. De este modo, se ha mitigado el efecto discriminatorio, aunque la discriminación se sigue produciendo en la medida en que una trabajadora a media jornada sigue necesitando más de 15 años cotizados para lucrar la pensión de jubilación. Una cuestión sobre la cual, en el momento actual, están admitidas a trámite varias cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Mucho es, en suma, lo que queda aún por hacer en el ámbito de la visibilización y de la valoración del uso del tiempo y del trabajo femenino. La LOIEMH se limita a afirmar que “*el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico*” es, de conformidad con el número 2º del artículo 14 de la LOIEMH, una finalidad de “*la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística*”. Pero lo cierto es que, más allá de ese reconocimiento como criterio general de actuación de los Poderes Públicos, no es mucho lo que hace la LOIEMH. Apenas se puede citar algún ejemplo referido al empleo público, como el cómputo del tiempo destinado a derechos de conciliación a los efectos de valoración del trabajo y de los méritos, en los concursos de provisión de puestos de trabajo —artículo 57—.

La Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres frente a la violencia de género

DERECHO ESPAÑOL

POR DRA. PILAR RIVAS VALLEJO.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona.
Magistrada suplente de la Sala Social
del TSJ de Cataluña.

INTRODUCCIÓN

La violencia contra la mujer se asienta sobre la desigualdad y discriminación en la que se sitúa a ésta, que adquiere tonos violentos al tratar de mover sus cimientos enquistados en la sociedad española, tratando de reequilibrar una situación de tradicional desequilibrio (baste como ejemplo de ello las reseñas anteriormente transcritas, que reflejan el espíritu impuesto a partir de la dictadura franquista durante casi cuarenta años en España cuando se había empezado a avanzar en la consecución de derechos sociales y políticos para la mujer).

Esta lucha contra la desigualdad de género se está saldando con decenas de muertes de mujeres (sesenta en el año 2006 y cincuenta y tres en el año 2007 hasta la fecha ¹, con infinidad de casos de malos tratos en el ámbito de las relaciones de pareja ², y con un también importante índice de acosos por razón de género y de acosos sexuales en el ámbito del trabajo, por lo que dicho aspecto merece también una consideración especial, particularmente desde la perspectiva de la Ley Orgánica de igualdad, en cuyo marco se inscribe el presente curso, y dentro de ella la de las políticas de igualdad que le da título.

De igual modo, las cifras de acoso sexual conocidos (mediante denuncia) se han incrementado proporcionalmente durante este año 2007 (hasta junio fueron 209), y, aunque se desconoce la cifra de casos de acoso por razón de sexo, puede igualmente afirmarse que estamos ante un problema que precisa de una intervención seria y contundente, que comienza con ambas leyes orgánicas, 1/2004 y 3/2007 ³, y que sienta las bases acerca de la idea de que la violencia de género es prevenible ⁴.

El análisis que sigue trata de conjugar las previsiones de ambas leyes en la protección de la violencia de género cuando ésta tiene proyección sobre el ámbito de las relaciones regidas por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por lo tanto, los efectos laborales de la violencia de género, incluida

1

A fecha de 27 de agosto, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales registra dicho total de muertes debidas a violencia de género, cifra que aumenta hasta un total de sesenta y dos cuando se contabilizan todas las muertes por motivos de género, aunque se produzcan fuera de los parámetros definidos por la Ley Orgánica 1/2004. La estadística puede hallarse en www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS y <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W837.XLS>.

2

El Sindicato Comisiones Obreras denunciaba el pasado 25 de noviembre de 2006, *Día Internacional para la eliminación de la violencia contra las mujeres*, la existencia en dicho año de 40.000 denuncias por malos tratos, 175.000 fichados por maltrato, 44.000 órdenes de protección dictadas en tres años, más de 35.000 alejamientos, y más de 5.000 delitos por abuso, acosos y agresión sexual (vid. www.comfia.info/noticias/30864.html).

3

En tal sentido COMAS D'ARGEMIR en el prólogo a la obra *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dirigida por RIVAS VALLEJO, P. y BARRIOS BAUDOR, G.L. y publicada el año 2007 por la editorial Thomson-Aranzadi).

4

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (dir. GARCÍA MORENO, C.): *Women's Health and Domestic Violence Against Women* (Salud femenina y violencia doméstica contra las mujeres), Ginebra, 2005.



la que tiene su típica manifestación en el contexto del trabajo, y por otra parte la protección que brinda el sistema de la Seguridad Social a las víctimas, desde la perspectiva de las novedades introducidas por la LO 3/2007.

En primer lugar, la LO 1/2004 supuso un avance importante en la cobertura social frente a la violencia de género para las víctimas, que les permitió en cierto modo compatibilizar su difícil situación, en todo caso coyuntural, con el mantenimiento de su trabajo, que se convierte en estas circunstancias incluso en una vía de reafirmación personal.

Al ceñirse esta protección a la situación que se inicia tras solicitar la protección integral de la ley por la vía de la orden de protección, quedan en desamparo todas aquellas víctimas que aún no han decidido dar ese paso y que, por tanto, siguen sufriendo los efectos perniciosos de la violencia doméstica sin que ello les suponga la relajación en grado alguno de sus obligaciones laborales ni la flexibilización de las exigencias derivadas de una posible reducción del rendimiento, de la necesidad de ausentarse con motivo de un repunte virulento de violencia y consiguiente afectación de la salud, salvo supuestos de hospitalización o con baja médica prescrita, o, en suma, de la readaptación de condiciones de trabajo desde el punto de vista de las exigencias psicosociales del mismo ante una mayor sensibilidad a los riesgos laborales de la trabajadora que se encuentra en estas circunstancias. Al condicionarse toda la protección a la orden de protección, los largos años en que la víctima puede estar sufriendo violencia en el ámbito doméstico y acudiendo al trabajo en condiciones mentales e incluso físicas de penuria no resultan objeto de medida de tutela alguna, ni siquiera en el ámbito de la modulación de las exigencias propias del trabajo para ponderar posibles incumplimientos o disminución del rendimiento.

Pero por otra parte la ley, pese a sus aciertos, introdujo una regulación parcial e incompleta, que en parte se

remitía a la buena voluntad de los negociadores para desarrollar a través de convenio colectivo algunas de sus previsiones, y en parte pasó directamente por alto otros efectos colaterales de las medidas que regulaba y que provocan importantes lagunas que, a día de hoy, no han sido subsanadas, y que tampoco la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (LOI) ha colmado. Se le ha criticado así, a la ley, por no dar respuestas a todas las formas de violencia contra la mujer, omisión en parte subsanada por la LOI, no resolver algunos efectos de la orden de protección sobre la relación de trabajo tanto de la víctima como del agresor, dar una protección meramente asistencial a la víctima en el ámbito de la Seguridad social, o excluir de sus beneficios a determinados colectivos simplemente porque no se encuentran protegidos en el ámbito de cobertura al que se adiciona esta tutela específica, como son las trabajadoras autónomas o las empleadas de hogar (sin derecho a prestaciones por desempleo y con posibilidades muy restringidas de actuación en el marco

de su actividad o de su prestación laboral para poder hacer efectivas las medidas), o dejar en manos de los y las agentes sociales el desarrollo y por tanto la plena eficacia de algunas medidas de tutela.

En efecto, la LOI aporta destacables novedades en la protección frente a la violencia de género, con una importante ampliación de la misma, al incorporar mecanismos específicos de tutela ante la violencia de género en el ámbito del trabajo (téngase presente la importante incidencia de la violencia de género, pese a no ser tan impactante como la violencia doméstica, así un 3% en el conjunto de la Unión Europea para el acoso sexual, y un 6% para el acoso laboral, según la IV Encuesta Europea de condiciones de trabajo), partiendo de una definición propia de un nuevo concepto, el de acoso por razón de sexo, que se une a la categoría clásica del acoso sexual.

De esta suerte, la conjunción de ambas leyes significa un importante avance en la protección frente a la violencia de género en dos ámbitos





fundamentales, el de las relaciones sentimentales de pareja y el del trabajo. Para cada uno de ellos se establecen soluciones diferentes, pero todas ellas han de interpretarse a la luz del espíritu de ambas leyes, que es el de la erradicación de la violencia de género y de las discriminaciones por motivos de género, así como el de la plena equiparación del hombre y la mujer en la vida social y en las relaciones privadas. Por ello, ante las posibles omisiones o lagunas en la regulación de algunas de las figuras previstas para desplegar tal tutela, se impone la aplicación del art. 4 de la LOI, que ordena la interpretación y aplicación de la ley de acuerdo con dicho espíritu y filosofía (la igualdad de sexos). Este criterio interpretativo es el que debe servir para dar respuesta a las diferentes dudas interpretativas que plantean ambas leyes en la protección frente a la violencia de género.

Por otra parte, en este avance destaca la implantación generalizada de otras figuras que ya se conocían en el ámbito de la protección frente a las discriminaciones, como es la relativa a la carga de la prueba (art. 13), que, con exclusión del ámbito penal, permite su aplicación en todo tipo de procesos y que, cuando las situaciones planteadas se juridifiquen, se unirá al mandato del art. 4 para facilitar en este caso la prueba de la posible discriminación, que puede vincularse al género en tanto estamos hablando en todo caso de violencia *de género*. Por lo que toda hipotética discriminación por tal motivo se convierte en una discriminación por razón de género y se beneficia de estas garantías.

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU PROTECCIÓN LABORAL

En primer lugar, la LOI incide sobre los derechos que reconocía la LO 1/2004, pero de una forma limitada, pues se ha perdido la ocasión de completar la regulación parcial de ésta, que habrá de esperar a una mejor ocasión, seguramente a través de la reforma de la propia ley, o, en su caso, del desarrollo legislativo laboral de la misma.

De manera sistemática puede afirmarse que las novedades aportadas en este terreno por la LOI son las siguientes:

Desde el punto de vista del *contrato de trabajo*, al mantener los derechos de reordenación de las condiciones de trabajo (tiempo de trabajo, lugar de trabajo) y de suspensión del contrato o abandono voluntario del mismo, y ampliar las garantías frente a la extinción del contrato motivada por la condición de víctima, puesto que la LO 1/2004 lo limitó al despido disciplinario y la LOI lo extiende a otras causas de extinción, singularmente la extinción por causas objetivas (al tiempo que prohíbe deducir perjuicio alguno de las ausencias o faltas de puntualidad motivadas por violencia doméstica). Sin embargo, siguen en desamparo aquellas víctimas que no tienen reconocida la condición de tales. Estas garantías quedan reforzadas en el plano procesal con el nuevo art. 13, sobre carga de la prueba. Asimismo, se introduce como novedad el efecto de la reducción de jornada con motivo del ejercicio del derecho a la protección integral, para considerar la jornada como completa en estos casos (DA 18ª de la Ley de Procedimiento Laboral –LPL– introducida por la LO 3/2007).

Desde el punto de vista de la *prevención de riesgos laborales*, al ampliarse las obligaciones preventivas, incluso con modificación del art. 5.4 LPRL, para integrar la evaluación de riesgos y prevención específica de aquellos riesgos que puedan relacionarse particularmente con el sexo, y debe añadirse con el género, como sería la violencia de género, pues no sólo ha de entenderse desde la perspectiva biológica, sino también sociológica, en la que se incluye el acoso por razón de sexo y la violencia de género, basadas ambas no en rasgos biológicos, sino en estereotipos sociales.

Desde el punto de vista de la protec-

ción asistencial y de la Seguridad Social, la LOI incorpora algún beneficio adicional, además del reconocimiento del derecho de asilo como consecuencia de la persecución por motivos de género, que abre el acceso a la protección de estas víctimas en el marco legal aludido (DA 29ª).

Realidades hasta ahora invisibles a la ley cobran protagonismo con la LOI. Es el caso de la incidencia de la violencia de género sobre la política sanitaria, sobre la que insiste la LOI en su art. 27 y DA 12ª. El art. 5.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales [LPRL] (introducido por la DA 12ª de la LO 3/2007) determina la integración de los factores de riesgo ligados al género en la política de prevención de la empresa, y en la política sanitaria, especialmente en relación con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en el art. 27.3 c), y en la detección y tratamiento de las situaciones de violencia de género (DA 9ª, que modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*). *No puede olvidarse la incidencia de dichas situaciones sobre la salud de la víctima, que bien pueden traducirse en la declaración de incapacidad permanente por objetivación de las secuelas de los malos tratos* (hasta ahora la etiología de las lesiones invalidantes no sale a la luz en los dictámenes médicos y valoraciones de los Equipos de Valoración de Incapacidades adscritos a las direcciones provinciales del INSS, pese al mandato de comunicación de este tipo de datos que pesa sobre el Registro de delitos de violencia doméstica hacia el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, lo cual motiva diagnósticos erróneos que se asocian a otras patologías, como el trastorno bipolar).

Pero, por otra parte, siguen existiendo *importantes carencias de protección*, aun no queridos por la norma, pero en definitiva resultado de ésta:

1 Destaca en primer lugar la ausencia



de modulación especial del tratamiento jurídico que deba merecer la conducta de la trabajadora en el seno de la relación de trabajo vinculada a los posibles trastornos de conducta o de personalidad, es decir, afectaciones de la salud, motivadas por la violencia doméstica sufrida. Sin embargo, es un factor que debe barajarse en la interpretación de posibles incumplimientos relacionados con el rendimiento o la diligencia en el trabajo a efectos de calibrar la gravedad y culpabilidad propias del despido disciplinario por los órganos judiciales, de acuerdo con el art. 4 LO 3/2007 (que ordena la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, como principio informador del ordenamiento jurídico), así como del art. 14.6 de la misma ley (que establece como criterio de actuación de los poderes públicos la consideración de las singulares dificultades en las que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género).

2

Respecto a las medidas arbitradas para facilitar la plena efectividad de la protección, al margen de la remisión a la negociación colectiva para la concreción de los términos de ejercicio del derecho a reordenar el tiempo de trabajo, en cuanto respecta a la movilidad geográfica el más notable inconveniente es que el derecho se encuentra condicionado a la existencia de vacante en la empresa, amén de ser eficaz sólo en empresas de especiales dimensiones y con centros de trabajo distintos, a diferencia del derecho pleno reconocido a las funcionarias públicas. Un inconveniente adicional es la falta de regulación del orden de prelación de los distintos derechos de preferencia de traslado, que habrían de resolverse a la luz del criterio interpretativo fijado en el art. 4 LO 3/2007 a favor de la víctima de violencia de género, así como la falta de previsión expresa del régimen retributivo aplicable a esta singular modalidad de movilidad geográfica.

3

En particular el régimen de suspensión del contrato al que voluntariamente se puede acoger la víctima, con independencia de que pueda indemnizarse por la vía de las prestaciones por desempleo, cercena sin lugar a dudas la carrera profesional de la trabajadora, por lo que quizás sería conveniente regular esta opción a favor de que el contrato suspendido sea el del maltratador y no el de la víctima, dentro de los márgenes de actuación de la orden de protección y de la orden de alejamiento, para aislar al agresor y no a la víctima, aunque se trata de una medida condicionada al régimen propio de dichas órdenes al que se vincularía el régimen jurídico laboral.

4

Acceso a los beneficios generados durante la suspensión del contrato: no se prevé expresamente que la ausencia temporal del trabajo por tal motivo lleve aparejado el reconocimiento de los derechos que pudieran haberse generado entretanto, como sí se ha dispuesto expresamente con respecto a los permisos por maternidad y por paternidad a partir de la LO 3/2007 (que modifica el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores –ET– y añade un último párrafo), cuando la propia filosofía de la ley, y la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por razón de sexo (en particular la STJCE Luxemburgo (Sala Primera) de 13 enero 2005, asunto C-356/03, *Mayer/Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*) avalan la interpretación contraria.

5

Cómputo de antigüedad y tiempo de prestación de servicios: tampoco se dispone expresamente que dicho periodo de suspensión haya de ser computado a tales efectos, pero lo contrario significaría causar un perjuicio por su condición a la víctima de violencia de género y por tanto incurrir en una discriminación por motivos de género. Sirva de canon interpretativo la STJCE en la sentencia de 8 de junio de 2004, asunto C-220/02, *Ös-*

terreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, y Wirtschaftskammer Österreich, a partir del argumento de que la situación en la que se encuentra la trabajadora en estos casos *no tiene carácter voluntario* y por tanto ningún perjuicio debiera derivarse de la misma.

6

Renuncia al pacto de horas complementarias: no se prevé expresamente en el art. 12.5 g) ET, como sí se realiza con respecto a las responsabilidades familiares reguladas en el art. 37.5 ET, la posibilidad de dejar sin efecto por renuncia de la trabajadora (mediante preaviso de quince días) el pacto de horas complementarias, puesto que expresamente la ley lo limita al derecho regulado en el art. 37.5 ET.

7

Extinción del contrato: al vincularse la protección contra el despido a la condición de víctima de violencia, no se amparan posibles ausencias o faltas de puntualidad igualmente motivadas por violencia en el ámbito doméstico, ni tampoco, aun tratándose de la condición de víctima, otras incidencias distintas a las citadas, como la posible disminución de rendimiento por las mismas causas, al hallarse afectadas las capacidades intelectivas en tales situaciones. Sin duda esta circunstancia debería motivar, al amparo del art. 4 LO 3/2007, la ponderación de la conducta de la trabajadora ante situaciones de despido disciplinario o por causas objetivas, pero también la aplicación de medidas preventivas de riesgos laborales, directamente no reguladas, pero sí enmarcadas dentro de la previsión general de integración de los factores de sexo en la política preventiva en la empresa, ex art. 5.4 LPRL en su nueva redacción.

8

Respecto de los efectos de la orden de alejamiento en el ámbito laboral, la LO 1/2004 incurre en una importante omisión que sigue persistiendo tras la LO 3/2007: el tratamiento que deba darse a la situación del contrato de



trabajo del agresor con orden de alejamiento cuando preste servicios en el mismo lugar de trabajo la víctima. Situación que, desde el plano interpretativo, pues el legal es inexistente, podría solucionarse desde la vía de las obligaciones preventivas del empresario, por tanto en el plano de la coercibilidad u obligatoriedad, y desde la perspectiva de las medidas aplicables, empleando figuras como la movilidad geográfica del agresor, o, de ser la medida provisional, la suspensión del contrato, e incluso se ha ensayado la posibilidad de la extinción del contrato, reservada para los casos extremos en los que no quepa ninguna otra solución alternativa menos drástica, en cuyo caso, al margen de la posible ausencia del trabajador para dar cumplimiento a la orden de alejamiento, podría entenderse constitutiva de una extinción por causas objetivas por razones organizativas (ante la imposibilidad de reubicación de ambos trabajadores en el mismo centro de trabajo sin incumplir la orden de alejamiento), como ya ha mantenido alguna sentencia (cfr. STSJ de Cataluña núm. 4732/2006, de 21 de junio).

9

Exclusiones de protección: empleadas de hogar y trabajadoras autónomas quedan al margen de la protección de la ley, al carecer del derecho a suspender su relación laboral o su actividad como consecuencia de su condición de víctimas de violencia doméstica y acogerse a la protección de la ley. De suerte que, si lo hacen se verán desprotegidas laboralmente, pues su contrato ni quedará suspendido, ni se les computarán las cotizaciones correspondientes a ese periodo, ni tendrán derecho a prestaciones por desempleo durante el mismo ni tampoco acceder a éstas si han de abandonar el empleo para acogerse a las medidas de protección. Por extensión, un importante colectivo, especialmente afectado por la incidencia de la violencia de género, al ser más altos los índices de violencia en el mismo, queda igualmente marginado de la protección, el de las trabajadoras extranjeras, que en

una importante proporción prestan servicios como empleadas de hogar.

10

La protección de la Seguridad Social es *prácticamente asistencial*, salvo las prestaciones por desempleo, condicionadas a la previa titularidad del derecho y cumplimiento de los requisitos pertinentes (y al margen de las derivadas de la Ley 35/1995, a las que alude expresamente la LO 1/2004). Dicho carácter las hace útiles únicamente para las víctimas con escaso poder adquisitivo, que en todo caso impone la interpretación de la condición de precariedad económica de forma independiente a las rentas familiares de la unidad en la que se integrara antes de iniciar la huida del hogar familiar. Por otra parte, la renta activa de inserción se encuentra condicionada a la integración de la víctima en un programa de reinserción laboral, no viable para todo tipo de víctimas, especialmente por razón de su ambiente social y su formación cultural y edad. En su defecto, para estas otras víctimas no insertables en tales programas las subsidiarias ayudas económicas, también asistenciales, únicamente cubren a aquellas víctimas afectas de algún grado de incapacidad superior al 33% o con responsabilidades familiares. Por lo tanto, se trata en realidad de prestaciones por incapacidad, en una situación cualificada como es la de ser además víctimas de violencia de género, o de prestaciones familiares, que tampoco se extiende a todas las víctimas.

2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO

2.1

Panorama general introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Una de las manifestaciones de la violencia de género, entendida en su sentido genérico y no por tanto como violencia doméstica –la ejercida en el contexto de una relación sentimental por un hombre frente a una

mujer–, que es en realidad la tutelada por la citada ley, es la que igualmente se ejerce entre los mismos sujetos en ámbitos distintos al doméstico y de las relaciones de pareja. Por ello, aunque menos grave en su repercusión y estragos en la sociedad española, lo cierto es que la violencia ejercida contra la mujer, tanto de orden físico como la de carácter psicológico, extiende sus tentáculos hacia otras parcelas de la vida en sociedad, pasando por un “hábitat social” en el que se desarrolla el ser humano en buena parte de su vida, el mundo del trabajo. En este contexto se proyecta de igual modo la violencia “machista”, prolongación de la visión masculina del trabajo y del papel de la mujer en la sociedad, que provoca la previsible reacción beligerante en dicho entorno, especialmente cuando se dan ciertas circunstancias que se analizarán.

Esta reacción tiene una traducción violenta, en cuanto se transforma en oposición a la mujer, invasora de su espacio “natural”, como lo es en el ámbito doméstico de la relación de pareja cuando, por transformación de los roles tradicionales femeninos, la mujer deja de estar sometida al dominio del varón también en el ámbito de la familia y del hogar y por derivación en las relaciones sentimentales estables de convivencia.

En este otro ámbito sus manifestaciones tienen una misma raíz, pero una exteriorización muy distinta, dominada por las formas propias de las relaciones de trabajo o profesionales y por tanto menos personalizadas quizás, pero por ello muchas veces especialmente “ocultas” para terceros (en definitiva como sucede en las relaciones sentimentales), y de igual modo en forma de ataques físicos también (pero en escasa medida) y fundamentalmente materializados en formas variadas de violencia psicológica, en muchos casos verbal, en sus formas más “espontáneas” o menos refinadas y más evidentes y, si se permite la expresión, “chuscas”, y en otras más sutiles, subrepticias e incluso furtivas. En estos supuestos cabe emplear la denominación genérica,



tan en boga en la actualidad en el ámbito jurídico, del *acoso*, o las formas de violencia psicológica, en definitiva atentados contra la dignidad humana, que cobran una singular relevancia, por sus notas particulares, en los supuestos en los que la víctima es femenina.

La más destacable novedad de la LOI es la introducción del concepto de acoso por razón de sexo en nuestro Derecho y la definición de ambos, que se plantean de igual modo en términos de *quid pro quo* y de represalias frente a la negativa de la trabajadora, y por consiguiente dentro de la tutela que brinda la garantía de indemnidad.

Desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, al incorporarse la tutela específica del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en la política preventiva de la empresa, al preverse sanciones específicas a su incumplimiento y al configurarse como contenido negocial de los planes de igualdad de empresa.

Además, por vez primera la ley prevé en su art. 48 medidas de prevención específicas para combatir el acoso por razón de sexo y el acoso sexual en el ámbito de la empresa, tales como la obligación de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten ambas situaciones, de establecer procedimientos de prevención específicos, de crear mecanismos concretos para canalizar las denuncias por parte de las trabajadoras, y de negociar medidas con los y las representantes de los trabajadores y trabajadoras; o para los y las representantes de los trabajadores y trabajadoras, consistentes en una actitud activa de detección y canalización de las situaciones de acoso que puedan producirse en la empresa; campañas de sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al acoso; o la participación en la negociación de medidas preventivas. En el ámbito de la Administración pública, la obligación de regular protoco-



los de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 62).

22

La introducción del *acoso discriminatorio por razón de sexo* por la Ley Orgánica 3/2007

A partir de la LO 3/2007, puede hablarse de una figura cualificada de *acoso discriminatorio por razón de sexo*, por lo que ya se recoge la especificidad del mismo, ya que es indudable que el acoso, específicamente el que tiene lugar en el contexto laboral, cuando se ejercita contra una mujer presenta rasgos típicamente sexistas e incluso puede revestir características similares a las del acoso sexual en el trabajo [derecho protegido por el art. 4.2 e) ET], y ser constitutivo de dis-

criminación en el empleo y/o en las condiciones de trabajo (derecho asimismo garantizado por el art. 17.1 ET).

Tras la modificación de los preceptos indicados por parte de la LO 3/2007, el acoso por razón de sexo pasa a equipararse al acoso sexual en cuanto a tipificación y protección, así como en cuanto a garantías para lograr la misma [así, se incorpora al art. 4.2 e) ET] como derecho la protección contra el acoso por razón de sexo y el acoso sexual, y del mismo modo se introduce como causa de despido disciplinario en el art. 54.2 g) y se califica explícitamente como discriminación por razón de sexo.

Sobre dicho concepto deben realizarse las siguientes precisiones:

**a**

Se conceptúa con base en estereotipos sociales, rasgos sexuales, y rasgos biológicos femeninos, pese a que literalmente aluda al “sexo”.

b

Respecto a la terminología empleada por la ley, se ha excluido el término “género” (que se vincula a roles sociales y a estereotipos asociados a la mujer), y se ha sustituido por el de “sexo” (que se identifica con el rasgo sexual biológico). La ley opta por el rasgo sexual o biológico sobre el estereotipo social en el término utilizado, pero ello no significa, a tenor del espíritu de la ley, la exclusión del acoso basado en roles sociales asociados al género.

c

La definición legal aproxima el concepto al acoso sexual, pero se distingue en que el móvil no es sexual o la obtención de favores sexuales, ni tampoco la creación de un entorno intimidante basado en connotaciones sexuales.

d

El acoso por razón de sexo es una modalidad dentro del que puede denominarse acoso discriminatorio. Por ello el acoso por razón de sexo se considera discriminatorio, y así lo declara expresamente la ley, y por derivación las represalias que se deriven de la negativa de la trabajadora al ejercicio del “quid pro quo” por el empresario, ex art. 7.4.

e

Este concepto no significa que se establezca la presunción de que todo acoso, cuando tiene como víctima a una mujer, es automáticamente discriminatorio. Por el contrario, requiere móvil discriminatorio, o, mejor dicho, móvil sexista. Y si es sexista, será discriminatorio y, por consiguiente, entrarán en juego las garantías propias de éste, así la inversión de la carga de la prueba, ex art. 13, o la protección frente al despido.

De igual modo ha de llamarse la atención sobre el mandato que introduce el art. 20 f) de la ley, que incide sobre las bases de la violencia en el trabajo, y que significa sacar a la luz estas construcciones sociales para remarcar su influencia negativa sobre el comportamiento en este caso de las relaciones laborales e introducir medidas para invertir esta situación (se ordena así a los poderes públicos *la revisión y adecuación de las definiciones estadísticas para contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres*).

En definitiva, constituye una modalidad más dentro del acoso en sentido genérico ejercido contra la mujer, bien sea sin connotaciones sexuales o con ellas, cuando éstas traspasan la frontera del trasfondo del entorno creado hacia la víctima para constituirse en auténtico ataque contra la misma con un único objetivo, el sexual o el sexista, por lo que *en este caso las connotaciones sexistas no son accesorias o secundarias, sino eje principal de la intimidación ejercida contra la misma*. Y ello puede inferirse directamente de la redacción del art. 7.4 de la LOI, en cuanto el mismo establece que “el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.” Aunque, de hecho, ya la Directiva 2000/78 predicaba la misma noción del resto de causas discriminatorias.

Como puede deducirse, la ley parte de la posibilidad de que el mecanismo del *quid pro quo* propio del acoso sexual sea extrapolado al acoso por razón de sexo, y que por consiguiente la negativa de la acosada pueda ser la causa de una decisión perjudicial ligada únicamente a su rechazo. En otras palabras, estamos ante la garantía del derecho de indemnidad, que se predica de la simple negativa a la actitud de acoso sufrida, que se equipararía a una defensa de su derecho beneficiaria precisamente de la garantía de indemnidad.

Por tales razones resulta obligado concluir que para su tratamiento jurídico pueden tomarse como parámetros evaluadores criterios propios del acoso sexual, sobre los que existe una mayor tradición jurídica, y por ello más alto conocimiento y abundancia de jurisprudencia.

Pero ya puede contarse con una definición legal propia, contenida en el art. 7 de la LO 3/2007 (intitulado “*acoso sexual y acoso por razón de sexo*”), a tenor del cual, “a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (apdo. 1), y “constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (apdo. 2).

La protección viene a ser reforzada por el inciso tercero, según el cual “se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”. Y que ello sea así *implica que automáticamente entre en juego el mecanismo de garantía contra los actos discriminatorios*, es decir, la llamada “inversión de la carga de la prueba”, en el ámbito del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, y los efectos de tal reconocimiento, que han de comportar la tutela del derecho, la nulidad del acto que lo haya quebrantado, y la indemnización del daño causado por el responsable del mismo.

2.3

Prevención del acoso e integración de la misma en los Planes de Igualdad

A tenor de la LO 1/2004, el desarrollo de las medidas laborales previstas en la misma debía corresponder a los agentes sociales a través de la vía más idónea para ello, la negociación colec-



tiva, aunque, como se indicará, este desarrollo no ha sido muy notable hasta el momento, ni tampoco lo fomenta la LO 3/2007, que sólo se refiere a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación *en las condiciones de trabajo* (art. 43).

Por su parte, la LO 3/2007 instrumenta un mecanismo específico de implantación de tales medidas, en particular en relación con la violencia en el trabajo (art. 46.2): el plan de igualdad que debe negociarse en cierto tipo de empresas, en el que queda autorizada, por mor del art. 11 de la propia ley, la inclusión de medidas de acción positiva *que favorezcan a las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*. Y por ello la Ley gallega 11/2007, de 27 de julio, *para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género*, incorpora esta posibilidad por vez primera en el texto legal de una ley protectora contra la violencia de género en su art. 36.1 (que además dispone ayudas públicas para su establecimiento), dando un paso más sobre las previsiones de la LO 3/2007, que no menciona expresamente esta posibilidad.

Por otra parte, la LO 3/2007 ha dedicado una atención especial a la prevención del acoso por razón de sexo y del acoso sexual, que sería deseable se extendiera al resto de supuestos de acoso, aunque no se tipifiquen según el sexo de la víctima. Así, ha introducido por vez primera una norma preventiva del acoso por razón de sexo, junto a otra más conocida y con mayor tradición jurídica –dada además su recepción en el Derecho penal–, el acoso sexual.

Desde la perspectiva preventiva, y al margen de la especial protección de la situación de maternidad (la gestación y el puerperio, así como el periodo de lactancia) dispensado por el art. 25 LPRL, la ley atiende al factor del sexo para establecer una tutela específica de la salud de la mujer trabajadora.

La Ley contiene previsiones específicas en relación con la política preventiva dentro del marco de la política de

salud en materia de salud laboral, con referencia explícita al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, en el art. 27.3 c), así como en la Disposición adicional duodécima (que modifica el art. 5 LPRL). *Ergo* la prevención de este riesgo, de género, es la única que aparece explicitada en la ley, aunque lo sea para dirigir un mandato a los poderes públicos y no a los sujetos privados, en este caso el empresario.

En efecto, además de aludir en materia de protección de la salud, en el contexto de la atención sanitaria o del Sistema público de Salud, a la atención específica que debe darse no sólo a la salud de la mujer en general sino en particular al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, la propia Ley crea medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, y así reza literalmente el art. 48 (y el nuevo apartado 4 del art. 5 LPRL).

A tal fin, y desde la perspectiva de la actividad preventiva exigible a la empresa, en tanto que el control del acoso es una cuestión eminentemente relacionada con la prevención de riesgos laborales, puesto que la protección de la seguridad y salud en el trabajo ha de abarcar necesariamente todos los aspectos implicados en la misma, sean éstos relativos a la salud física o a la salud mental, y, en particular, en lo que respecta al género, el art. 5.4 LPRL (introducido por la DA 12^a de la LO 3/2007) determina la integración de los factores de riesgo ligados al género en la política de prevención de la empresa, lo que significa que ésta deberá evaluar dichos riesgos también en atención a este factor diferencial y en consecuencia analizando posibles factores que interactúan especialmente con otros de carácter netamente laboral en el trabajo, así la violencia de género en el ámbito doméstico o las dobles cargas (que aumentan la exposición a riesgos psicosociales) ⁵.

Conjugando las que explícitamente contiene la LO 3/2007 con las que resultan de aplicación a los supuestos

de acoso, positivadas o no, puede construirse el siguiente conjunto de medidas específicas para prevenir y combatir las situaciones de acoso por razón de sexo en las relaciones de trabajo:

a

Clima o medio ambiente de trabajo: en particular, atención a las condiciones psicosociales del puesto de trabajo y a la especificidad femenina o riesgos susceptibles de desencadenarse en caso de ocuparlo una mujer (vg puestos tradicionalmente ocupados por hombres, o profesiones masculinizadas, así como relaciones jerárquicas en profesiones feminizadas, cuando la base es femenina y las jerarquías masculinas). Se trata de condiciones actualmente no incluidas en los planes de evaluación de riesgos, pero que deberían integrarse en los mismos (de igual modo que en la lista legal de enfermedades profesionales), así como las medidas preventivas a aplicar. Y en ese sentido se encamina el nuevo apartado 4 del art. 5 LPRL.

b

Sistema de organización u organigrama de la empresa (o Administración). Dentro de éste, el establecimiento de sistemas de presentación, acogida e integración de las personas recién incorporadas, sin olvidar la consideración de la cultura de la empresa en la selección de personal (nota técnica de prevención número 476 del INSHT), y establecimiento de mecanismos que favorezcan *la protección de la posición social de la persona (desarrollando reglas claras, explícitas, escritas y públicas sobre resolución de conflictos personales, que garantice el derecho a la queja y el anonimato y que prevea sistemas de mediación y/o arbitraje)*, con especial atención a los roles socialmente femeninos.

c

Control periódico de vigilancia de la salud –mental– (ex art. 22 LPRL).

d

Prevención de los focos o factores de



violencia (NTP 489: *Violencia en el lugar de trabajo*).

e

Entrenamiento de los trabajadores en *relaciones interpersonales* o los sistemas de regulación de conflictos, así como en el desarrollo de habilidades para reconocer conflictos y manejarlos adecuadamente, y conocer los síntomas del acoso para su reconocimiento temprano (Nota técnica de prevención del INSHT núm. 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*). Y, del mismo modo, la formación en la cultura de la igualdad. Estas medidas han de integrarse necesariamente en el plan de formación en prevención de riesgos laborales de los trabajadores.

f

El fomento de la participación de todos los sujetos implicados en las relaciones de trabajo: servicios de prevención, trabajadores encargados de la prevención, médicos y médicas de empresa... Intervención asimismo de los y las *representantes de los trabajadores y trabajadoras*. En esta línea, Convenio de la OIT, firmado en Ginebra el 26 de febrero de 2001, *relativo a la solución y prevención del acoso*. Y también en esta línea se sitúa el art. 48 LO 3/ 2007, que insta a la creación de mecanismos concretos para canalizar las denuncias por parte de las trabajadoras, y a la negociación de medidas con los representantes de los trabajadores. Y del mismo modo incide en las obligaciones de las y los propios representantes de los trabajadores y trabajadoras al predicar de los mismos una actitud activa de detección y canalización de las situaciones de acoso que puedan producirse en la empresa (“información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos”); al referirse asimismo a campañas de sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al acoso; y a la participación en la negociación de medidas preventivas (materia que debe integrarse, según ordena el art. 46, en los planes de igualdad en las empresas).

g

La *difusión de la información* acerca de conflictos o situaciones semejantes producidas, comenzando por la notificación del incidente como accidente de trabajo en el correspondiente parte o formulario de notificación. El conocimiento de dicha información puede servir para facilitar que en otra ocasión pueda volver a repetirse, o para estar al corriente de intentos intimidatorios perpetrados por cualquier persona de la estructura organizacional, si bien ello resulta muy difícil o improbable si nos referimos a un sujeto perteneciente a la jerarquía de mandos de la empresa, puesto que en tal caso salvo que la denuncia provenga de otros mandos o integrantes de la misma jerarquía, el trabajador o trabajadora de la base no se atreverá a ello, puesto que este elemento está precisa-

5

Literalmente la norma se refiere al “objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo pueden aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”.



mente en el sustrato de esa capacidad intimidatoria que pueda tener el acosador. Todo ello revela la diversidad de variables individuales que ha de considerarse en la prevención de este tipo de riesgos, por la intervención del factor psicológico en forma de perversión de las relaciones humanas entabladas en el medio ambiente de trabajo.

h

Puede contribuir a esta transparencia otro tipo de *elementos tecnológicos o estructurales* ubicados en los locales de la empresa, que impidan o dificulten situaciones de intimidación propiciadas por la estrechez de algunos lugares o dependencias de la empresa de difícil acceso o visibilidad por terceros o testigos de la situación.

i

Otros:

■

La intervención del *asesor confidencial*, encargado de asistir a la víctima una vez producida ya la situación de acoso ⁶.

■

La intervención de la *Inspección de Trabajo*. Actualmente la Inspección de Trabajo cuenta con una *Guía sobre factores ergonómicos psicosociales* y con un *Protocolo de Actuación Inspectoral en Factores Psicosociales*.

■

La *gestión del conflicto por mediadores o mediadoras* utilizando técnicas psicológicas.

j

Medidas de prevención del acoso por razón de sexo y del acoso sexual derivadas del art. 48 LO 3/2007, que establece un doble mandato, dirigido por una parte a las empresas (apdo. 1), y por otra parte a los y las representantes de los trabajadores y trabajadoras (apdo. 2), todas ellas enmarcadas en el régimen de deberes preventivos predicables de ambos sujetos:

■

Las empresas deberán atender:

- a) a las condiciones de trabajo (“deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”),



- b) al establecimiento *ad hoc* de procedimientos de prevención específicos (“arbitrar procedimientos específicos para su prevención”), y
- c) a la creación de mecanismos concretos para canalizar las denuncias por parte de las trabajadoras (“para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”);
- d) finalmente, deberán negociar medidas con los y las representantes de los trabajadores y trabajadoras: precisamente se citan expresamente algunas de las medidas de prevención del acoso a las que se aludirá más tarde, concretamente: *elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, y realización de campañas informativas o acciones de formación*.

■

Los y las representantes de los trabajadores y trabajadoras deberán jugar el papel primordial en la prevención, mediante una actitud activa de detección y

6

VILCHES ARRIBAS, M.J., PÉREZ DEL RÍO, T., HERNÁNDEZ CANOSA, M. *Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva*. Dirección General de la Mujer, Consejería de Trabajo, Comunidad de Madrid, 2003.

7

El citado precepto exige el cumplimiento de dicha obligación en tres casos:

- a) para las empresas con plantillas compuestas al menos por 250 trabajadores o trabajadoras;
- b) para las empresas que vengán obligadas por disposición convencional, esto es, cuando lo determine el convenio colectivo aplicable y en los términos fijados en el mismo; y
- c) cuando la medida sea sustitutiva de una sanción administrativa accesoria, y así lo acuerde la autoridad laboral competente.

8

Algunos autores y autoras proponen otros contenidos negociales alternativos, como es el caso de LOUSADA AROCHENA, que sugiere los siguientes: anticipos salariales, financiación de créditos o establecimiento de indemnizaciones; y medidas relativas a la salud, en la intervención asistencial de los servicios médicos de empresa, o la movilidad funcional a puestos de trabajo sin requerimientos psíquicos.



canalización de las situaciones de acoso que puedan producirse en la empresa (“información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”), además de en campañas de sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al acoso, amén de su participación en la negociación de medidas preventivas (las enumeradas anteriormente, con carácter no exhaustivo). En efecto, se trata de una materia que debe integrarse, según ordena el art. 46, regulador del contenido de los planes de igualdad en las empresas, en dichos planes.

Este esquema de actuación tiene su traducción propia en el ámbito de las Administraciones públicas, para las que la ley crea un mecanismo especial, el protocolo de actuación. Con este nombre, protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, se anuncia el art. 62, que insta a su negociación con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras (en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del reglamento que deba dictarse en aplicación de dicha norma, por lo que la medida quedará diferida a ese momento, según ordena la DF 6^a), y que además indica el contenido mínimo del mismo.

k Y, lo que es más importante desde la perspectiva de las obligaciones empresariales coercibles que establece la Ley de Igualdad para cierto tipo de empresas (fundamentalmente las que cuenten con una plantilla de trabajadores y trabajadoras en número igual o superior a 250, *ex art. 45* ⁷), introduce la prevención del acoso como una de las posibles materias o medidas que pueden ser incluidas en los planes de igualdad que deben negociar las empresas (art. 46 2) y cuya estructura básica ha de venir determinada por la negociación colectiva sectorial. Se trata de una materia que aparece expresamente mencionada en el art. 46.2, que, sin embargo, no se refiere a la implementación de las medidas relacionadas con la violencia

de género (salvo, claro está, esta modalidad de ámbito laboral). La cuestión será tratada a continuación en el próximo epígrafe.

l Obligaciones frente a riesgos ya manifestados:

■ Inadecuación de medidas hacia la víctima (vg movilidad geográfica). Resulta más idónea la aplicación de tales medidas al agresor o acosador (vg movilidad geográfica, movilidad funcional, cambio de horario, etc.).

■ La empresa debe corregir disciplinariamente tales conductas, en virtud de su deber preventivo. Pero el despido *ex 54.2 g) ET*) no es la única y/o primera vía para ello.

3. LOS PLANES DE IGUALDAD COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La LO 1/2004 delegó en los agentes sociales el desarrollo de las medidas laborales previstas en la misma, para que en ámbitos sectoriales o dentro de la empresa se decidiera acerca de las medidas más oportunas, mediante la negociación colectiva.

Este desarrollo aún es tímido, pero puede contribuir a potenciarlo la aparición en este escenario de un nuevo instrumento de implementación nacido de la LO 3/2007: los planes de igualdad, en cuanto la protección frente a la violencia de género es una tutela precisamente de género y por consiguiente idónea para ser integrada en dichos planes (si bien sin perder de vista el inconveniente que supone que el instrumento sólo sea obligatorio para cierto tipo de empresas).

Lo cierto es que podría ser apropiada la integración de las diversas medidas relacionadas con la violencia de género, doméstica y laboral, en un mismo capítulo específico de la norma convencional, que podría resolver, entre otras cuestiones, cómo concretar cier-

tos derechos deficitariamente regulados en la LO 1/2004 (o necesitados de complementación, como sucede en materia de ordenación del tiempo de trabajo), como se ha tenido ocasión de exponer, así como otros totalmente omitidos en la misma, también aludidos ya (vg soluciones para solventar la convivencia en el mismo centro de trabajo de maltratador y víctima en relación con el contrato de trabajo del primero). O, en fin, ampliar la protección de algunos otros, como el carácter retribuido de las ausencias motivadas por las secuelas de la violencia doméstica, o en su caso su cobertura económica por vías alternativas ⁸.

Pues bien, desde el punto de vista del contenido material de tales medidas y prescindiendo de la propia negociación del plan, conviene señalar lo siguiente:

a A tenor del art. 60 de la LOI, sólo determinadas empresas, de mayor tamaño, estarían obligadas a ello. Por otra parte conviene destacar que no es menos cierto que sólo éstas se encuentran preparadas para asumir la mayor parte de obligaciones preventivas –o de medidas preventivas adecuadas– que requiere este tipo de riesgos, al ser difícilmente viable en la práctica que una pequeña empresa con diez trabajadores cuente con un asesor confidencial o con un psicólogo.

b Asimismo, que se prevean estos mecanismos va a depender también de la estructura determinadas por la negociación colectiva sectorial, como ya se ha indicado, y teniendo en cuenta la propia composición de la plantilla de la empresa.

c Los contenidos en los que se traducirán las medidas propuestas, por otra parte, amén de adaptarse al sistema de evaluación de riesgos común y al plan de prevención regulado en los términos generales de la LPRL y Reglamento aprobado por RD 39/1997



(objetivos, calendario, protocolos de actuación, recursos materiales y humanos, organización de la prevención en la empresa, sistema de seguimiento periódico...), que, por otra parte, pueden ser coincidentes con la propia estructura del plan de igualdad, podrán incluir las medidas anteriormente enumeradas y descritas, dentro del capítulo de la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. Por consiguiente, el plan debería incluir:

- a** mecanismos de detección rápida;
- b** cauces de denuncia dentro de los márgenes del anonimato respecto de la víctima;
- c** cauces de apoyo psicológico;
- d** códigos de buenas prácticas, campañas informativas y de sensibilización dentro de la empresa;
- e** inclusión de ambas modalidades de acoso en el régimen de faltas y sanciones, con tipificación incluso con mayor gravedad de las cometidas por quienes ocupen un rango jerárquico superior en la empresa;
- f** negociación de nuevos mecanismos preventivos con los representantes de los trabajadores;
- g** el resto de las que ya se han citado.

d En aquellas empresas donde no resulte obligatoria la negociación de un plan de igualdad, las medidas preventivas aludidas deberían igualmente incluirse en el plan general de prevención de riesgos laborales. Su incumplimiento en todo caso ha de derivar en responsabilidades para la empresa por incumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo, así como por vulneración de derechos fundamentales.

Considérese que, a tenor del art. 20 f), la Inspección de Trabajo debería considerar en el ejercicio de sus funciones las estadísticas que la citada ley insta a revisar para atender a este factor diferencial del género y evitar así la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres, y que, de acuerdo con el art. 4 de la misma ley, el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador que debe integrarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

4. GARANTÍAS DE LA PROTECCIÓN DISPENSADAS POR LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD

4.1 La protección contra el despido

La Ley Orgánica 3/2007 incide en la Disposición Adicional 11^a, en sus apartados doce, trece y catorce, en la regulación en el ordenamiento español de las garantías frente al despido cuando éste puede estar relacionado con la protección efectiva frente a la violencia de género. Se trata de una situación con un estrecho vínculo con la tutela por razón de género y de ahí su modificación por parte de la LOI, tanto desde su tratamiento sustantivo en el ET como procesal en la LPL.

La medida en cuestión, consistente en una cláusula de garantía (o “blindaje”) frente al despido cuando se relacione con el uso del derecho a la protección integral contra la violencia de género, no trae causa del Derecho comunitario ni su actual regulación constituye transposición de directiva alguna. Por el contrario, es fruto del conjunto de medidas de protección que introdujo en el sistema jurídico español la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, que incluyeron algunas de aplicación en el ámbito puramente laboral, precisamente con la señalada intención de garantizar una protección integral en tales supuestos.

A partir de la misma, la Ley Orgánica 3/2007 ha aprovechado la ocasión pa-

ra integrar el beneficio junto a la protección por razones relativas a la conciliación de la vida familiar y profesional entre los mecanismos de tutela específicos por razón de sexo frente al despido. Sin embargo, no cuenta con idénticas garantías en otros planos distintos al de la extinción del contrato, como sería el caso de la suspensión del contrato por motivos familiares, para la que se han previsto mecanismos adicionales de tutela, así el del art. 38.3.2^o ET, consistente en el derecho al disfrute de las vacaciones al término del periodo suspensivo y por tanto con ocasión de la reincorporación al trabajo si se hubieren solapado con aquél.

La garantía opera de modo similar a la ya introducida por la Ley 39/1999, recogida actualmente en el texto de los arts. 53.4 y 55.5 ET, por una parte, y 108.2 y 122.2 LPL, por la otra, e implica la aplicación del binomio procedencia/nulidad propia de los despidos basados en el ejercicio de derechos relacionados con la llamada conciliación de la vida familiar y laboral (y ahora también “personal”) también en estos supuestos, a los que se les reconoce igual tutela privilegiada. Por lo tanto, el régimen aplicable es común a aquéllos.

En particular, respecto de la extinción por causas objetivas (art. 53.4 ET, sobre la forma y efectos de la misma), si bien el supuesto no fue expresamente previsto a partir de la LO 1/2004 (pues la ley trató de proteger el supuesto del despido disciplinario por ausencias o faltas de puntualidad motivadas por la condición de víctima), sino que ha tenido que ser corregido por la LO 3/2007, que también ha modificado el art. 108.2 b) LPL.

Sobre la naturaleza de esta garantía específica de protección frente a la extinción del contrato en tales circunstancias puede afirmarse que estamos ante una medida o reacción de nulidad *ex lege*, en tanto no precisa de móvil discriminatorio, reservado para la tutela constitucional. Por consiguiente, no es evaluable la intencionalidad discriminatoria ni la voluntad de cau-



sar perjuicio, que no resultan exigibles para la aplicabilidad de la prohibición [STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2001 (Art. 3511) y STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2003 (Art. 272)].

Ello es así porque en el plano procesal es de aplicación el mecanismo de la llamada “inversión de la carga de la prueba”⁹ (figura que equilibra la distribución de la carga probatoria ante la imposibilidad de la trabajadora de probar que la diferencia de trato obedece a un móvil discriminatorio, por lo que la carga probatoria se relaja para que aquélla pueda simplemente aportar un indicio suficiente y se traslada al empresario demandado o empresaria demandada, quien habrá de aportar justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad¹⁰ en los procesos en los que se alegue que el despido fue motivado por el ejercicio de los derechos que favorecen la efectividad de la protección a las víctimas de violencia de género prevista en la LO 1/2004. Esta regla venía establecida ya con anterioridad en el art. 96 LPL (y en el 179.2), cuya lectura literal indica que no resulta exigible que tales indicios sean estrictamente aportados por la propia parte actora, sino que *se deduzca* la existencia de indicios de discriminación, por lo que puede perfectamente sostenerse que aquélla queda incluso exonerada de aportar tales indicios, que se sustituyen por meras alegaciones, eso sí, suficientemente convincentes¹¹.

La LO 3/2007 pretende adaptar el régimen probatorio de los pleitos por discriminación basada en el género al art. 19 de la Directiva 2006/54, si bien dicha pre-adaptación ya se había realizado en el ordenamiento laboral con anterioridad¹², por lo que la extensión del mecanismo generalizado por el art. 13 de tal ley no altera el ya vigente con anterioridad y recogido en los arts. 96 y 179.2 LPL.

4.2 Garantías procesales

Tras su modificación por la LO 3/2007, el art. 181 LPL, en relación con los arts. 12.3 de la ley y art. 11 bis LEC, y 19.1 i), vienen a disponer que:

a

las demandas de tutela de derechos fundamentales, que incluyen el acoso por razón de sexo y el acoso sexual (la norma menciona explícitamente “el acoso”) se tramitarán por el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales;

b

la legitimación corresponde en exclusiva a la persona acosada, cuando se trate de un litigio sobre acoso sexual o sobre acoso por razón de sexo (art. 12.3 LO 3/2007);

c

si las alegaciones de la trabajadora se fundamentan en una actuación discriminatoria por razón de sexo, y el acoso lo es, como ha quedado expuesto, corresponde a la empresaria o empresario demandados probar la ausencia de discriminación y la proporcionalidad de la medida cuestionada, con ayuda, si fuere preciso de informe o dictamen de los organismos públicos competentes (art. 13.1);

d

de apreciarse vulneración del derecho fundamental, incluido el acoso, el juez o jueza acordará la cuantía de la indemnización cuando no exista acuerdo al respecto entre las partes: parece establecerse que no sea preciso solicitar una indemnización ni cuantificarla en la demanda, al deducirse dicha consecuencia necesariamente de la ley y por tanto suponer una obligación para el órgano judicial, si bien debería entenderse en el sentido de dejar a la apreciación del juez o jueza la fijación de la cantidad, condicionada a que las partes no hayan llegado a un acuerdo, y así cabe deducirlo del nuevo apartado 2 del art. 27 LPL, que permite la acumulación de acciones a efectos de reclamación de indemnizaciones derivadas de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los arts. 180 y 181 LPL;

e

la indemnización será compatible con la que proceda por la modificación o extinción del contrato de trabajo.

9

En el Derecho comunitario, la llamada “inversión de la carga de la prueba” fue regulada por la Directiva 97/1980, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la Inversión de la carga de la prueba, hoy integrada en la Directiva 2006/54. La jurisprudencia del TJCE, en interpretación de dicho mecanismo, viene a sostener que corresponde la carga de probar los hechos de los que parte la discriminación alegada, mientras al empresario corresponde probar la justificación de tal discriminación, lo que no puede entenderse como inversión de la carga de la prueba en sentido estricto. La STJCE de 30 de marzo de 2000 describe de forma más aproximada al concepto de inversión de la carga de la prueba la situación como de “discriminación aparente”, lo que sitúa en el lado de la persona que contrata la carga probatoria, quien deberá entonces demostrar que existen razones objetivas que expliquen la diferencia de trato.

10

Vid. la doctrina contenida en doctrina constitucional, entre otras, en las SSTC 14/1989, 173/1994, 94/1984, 250/1999 y 130/1996, y doctrina de la Sala cuarta del Tribunal Supremo, STS de 20 de marzo de 2002 (Art. 3809), 18 de marzo de 2002 (Art. 6236).

11

No es éste el criterio sentado en la STC 183/1998, de 17 de septiembre, en el que la pasividad de las trabajadoras condujo a la desestimación del amparo.

12

Según el art. 19.1 de la Directiva, cuando la demandante presente... “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Audiencia Provincial de Madrid

SECCIÓN 24^a



D E R E C H O E S P A Ñ O L



En Madrid, a 7 de septiembre de 2006

Vistos en grado de apelación por la Sección 24^a de esta Audiencia Provincial los autos sobre separación matrimonial procedentes del Juzgado de 1^a Instancia n^o 23 de Madrid.

I-ANTECEDENTES DE HECHO

1^o

La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

2^o

Que en fecha 11 de mayo de 2005, por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 23 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Fallo

“Que estimando parcialmente la demanda formulada y la reconvencción formulada de adverso, debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los indicados esposos, sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Comuníquese la presente resolución a la Oficina del Registro Civil en que conste la inscripción del matrimonio de los litigantes y el nacimiento de los hijos de éstos.

Que igualmente debía acordar y acordaba lo siguiente:

1^o

La atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de edad de los sujetos del pleito a ambos progenitores, ejerciéndose la misma, en defecto de acuerdo entre los mismos, por periodos trimestrales que empezarán a contar desde el último día de vacaciones estivales del mes de Septiembre y terminarán al inicio de las vacaciones estivales de los menores. El ejercicio de dicha guarda y custodia compartida comenzará a ser ejercido por la madre.

2^o

Como régimen de visitas para ambos progenitores éstos podrán estar en la compañía de sus hijos e hijas menores de edad, durante los periodos en que el ejercicio de la guarda y custodia no se ejerza de forma real, en la forma que concierten uno y otro progenitor y, en la coyuntura de desacuerdo, los tendrán consigo por fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo, y una tarde a la semana, que en defecto de acuerdo será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas.

Respecto a las vacaciones escolares de verano, Navidades y Semana Santa, las y los menores están con cada progenitor la mitad de dichos periodos, con independencia del ejercicio de la guarda y custodia.

3^o

La asignación del uso del domicilio conyugal, así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo, a los y las menores, que residirán en dicha vivienda en la compa-

ñía del progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia de los menores.

4^o

Cada cónyuge retirará del domicilio conyugal, previo inventario, sus objetos personales y los de exclusiva pertenencia en los periodos en que el ejercicio de la guarda y custodia no le esté atribuida y por ende la asignación del uso del domicilio conyugal.

5^o

Por el capítulo de alimentos, salvo acuerdo entre las partes de una cantidad determinada, tendente a cubrir por cada progenitor la mitad de los gastos de los y las menores, que deberá ser ingresada, por dichos progenitores, en la cuenta bancaria que los mismos tengan por conveniente, éstas abonarán a su cargo todos los gastos ocasionados durante el periodo en que el ejercicio de la guarda y custodia le esté atribuida y los correspondientes a los periodos de vacaciones que disfruten con los menores.

Respecto a los gastos que se ocasionen durante las vacaciones, correspondientes a la vivienda, suministros, servicio, etc. serán satisfechos al 50% por cada uno de los progenitores.

6^o

Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

7^o

No ha lugar a determinar en el presente trámite procesal ninguna otra medida”.

Que igualmente, con fecha 19 de mayo de 2005, por ese mismo Juzgado se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Fallo

“DEBO ACORDAR Y ACUERDO Aclarar la resolución de fecha 11 de Mayo de 2005 en el siguiente sentido:

Al apartado n^o 2 de la Parte Dispositiva de dicha resolución se la adiciona:

“...Respecto a las vacaciones escolares de verano, Navidades y Semana Santa, los y las menores estarán con cada progenitor la mitad de dichos periodos, con independencia del ejercicio de la guarda y custodia, correspondiendo la primera mitad de los mismos en los años al padre y la segunda mitad a la madre y en los años impares disfrutará la madre de la primera mitad de los periodos vacacionales y la segunda el padre”.



Igualmente al apartado nº 5 de dicha Parte Dispositiva se le adiciona:

“...Los gastos extraordinarios de los y las menores y los de la hipoteca que grava el domicilio conyugal serán sufragados al 50% por ambos progenitores”.

En relación a la aclaración solicitada en el punto 3º, no ha lugar a la misma haciendo saber a los progenitores que los gastos de los y las menores, independientemente del carácter que tenga, deberán ser abonados al 50% por ambos”.

3º

Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso de apelación por la representación legal de la cónyuge, a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, conceda a esta parte lo que suplicó en su demanda y en la constestación a la reconvencción; y todo ello en virtud de lo argumentado en el escrito de fecha 4 de Julio de 2005.

4º

Que igualmente, la indicada resolución fue recurrida por la representación legal del cónyuge por lo manifestado en el escrito de fecha 20 de Septiembre de 2005.

5º

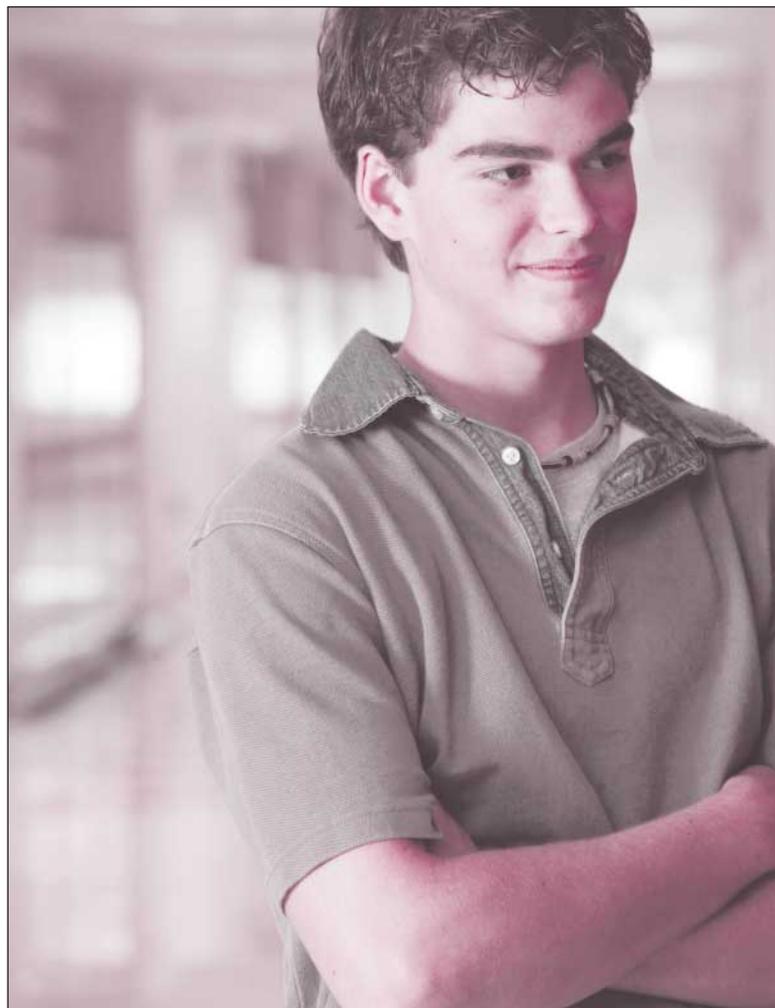
Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales.

II- FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º

Conocida ya la razón de ser la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a las partes a recurrir la resolución de instancia, es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Así, por lo que se refiere a la guarda y custodia, motivo perteneciente a ambos recursos y que el órgano “*a quo*” ha concedido a las partes por periodos de tres meses empezando por la madre; cabe previamente recordar, para una mejor comprensión de lo que después se dirá que, en puridad jurídica, la guarda y custodia compartida debe considerarse como una medida excepcional pues antes de modificarse el Código Civil, sin prohibirla expresamente el legislador o legisladora, no contempló tal posibilidad, pues las decisiones más importantes para la vida de los hijos e hijas estaban comprendidas dentro del ejercicio conjunto de la patria potestad, de una patria potestad compartida, tomando ambos progenitores de común acuerdo las decisiones más importantes no obstante haber sido privado uno de ellos de la convivencia diaria con sus hijos e hijas, pero no privado de que se valoran en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tiene en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene su cometido en la adopción de medidas de tanta tras-

endencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijo o hija, pero que difícilmente, podría compartirse por quienes no viven juntos; lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro; o, en otro caso, un continuo peregrinar de los hijos e hijas de un lugar a otro, siendo entonces más correcto denominarla, en este supuesto custodia periódicamente alternativa. Procede en consecuencia con cuanto se lleva dicho, estimar ambos recursos en este motivo de la guarda y custodia en el sentido de que no procede señalar una guarda y custodia compartida pues es inviable con la medida nuclear adoptada en este proceso de la separación matrimonial, que supone separación física de cuerpos y abandono por una de las partes del domicilio familiar; en cuanto a la alternativa supondría o un cambio continuo de los progenitores en el domicilio familiar con cambio de costumbres y estilos difíciles de asimilar por unos y unas menores o un continuo peregrinar de los hijos e hijas al domicilio de cada una de las partes, medida totalmente desestabilizadora. No procede señalar, entonces una guarda y custodia compartida, ni alternativa, amen de no haberse solicitado ello por ninguna de las partes, ni existir acuerdo al respecto, como sería un requisito actual según la nueva redacción dada al artículo 92 del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de Julio.



2º

Entonces, puestos a elegir, de lo actuado, procede designar, y atribuir el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia a favor de la madre, según se desprende del informe pericial de los folios 596 y siguientes, ratificado al folio 719; y por esta designación y por lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, el uso de domicilio familiar se otorga a los hijos e hijas, y a la madre por ser su guardadora.

3º

Por lo que se refiere a la cuantía de la pensión de alimentos deben establecerse a cargo del progenitor no custodio y tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos e hijas (arts. 93 y 146 del CC) según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1.319 y 1.362 del CC), y los recursos y disponibilidades del guardador (arts. 93, 145/01 y 1.438 del CC) aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (arts. 103 y 1.438 del Código Civil). Pues bien, del estudio de las actuaciones, de las circunstancias del caso y de los parámetros antes anunciados, procede señalar la pensión de alimentos en 240 euros al mes por hijo o hija; en total 480 euros mensuales, que es una cantidad digna con la que se atenderá a las necesidades de los hijos e hijas; podrá ser satisfecha perfectamente por el padre según lo que consta en autos percibe de ingresos y según es de ver de las nóminas de los folios 347 y siguientes; y de la certificación de Jarmauto del folio 649 del Tomo II y en la seguridad de que si se precisare más cantidad

en este concepto la madre la complementaría al constar en autos que también trabaja y percibe ingresos según es de ver de los folios 672 y 698 del Tomo II, de las actuaciones. Los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida de los hijos e hijas se atenderán por las partes al 50%.

4º

Es correcto al régimen de visitas señalado por el órgano “*a quo*” pero en lugar de ser para ambos progenitores, será para el progenitor no guardador y que es el que la representación legal del progenitor pide para la progenitora, son correctas igualmente las vacaciones que se señalan; y ya finalmente, indicar que los gastos de hipoteca, IBI y demás que afecten a la propiedad serán atendidos por las partes al 50% y los gastos de suministro o uso del domicilio familiar serán a cargo exclusivo de quien utilice la vivienda.

5º

Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398/2 de la LEC, al estimarse un recurso y parcialmente el otro; no procede hacer pronunciamiento de condena.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

III- FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la cónyuge y **PARCIALMENTE** el interpuesto por el cónyuge, contra la sentencia de fecha 11 de Mayo de 2005 aclarada por auto de fecha 19 de Mayo del mismo año, del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid; dictada en autos de separación matrimonial debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la expresada resolución en el sentido de no ser procedente establecer en el caso una guarda y custodia compartida ni alternativa; se concede la guarda y custodia de los hijos e hijas a la madre compartiéndose la patria potestad; el uso de domicilio familiar se atribuye a los hijos e hijas junto con la madre guardadora; se fija la cuantía de la pensión de alimentos en 240 euros al mes por hijo e hija; en total 480 euros mensuales; los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida de los y las menores, se atenderán por las partes al 50%, es correcto el régimen de visitas señalado en la instancia pero se entiende referido al progenitor no custodio; es correcto el régimen de vacaciones fijado por el órgano “*a quo*”, los gastos de hipoteca, IBI y que afecten a la propiedad se abonarán por las partes al 50%, los de suministros o uso del domicilio familiar serán de cargo del que lo ocupe y use; y no procede hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la LOPJ con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres

F O R O D E D E B A T E

POR DR. ALFONSO RUIZ MIGUEL.
Catedrático de Filosofía del Derecho.
Universidad Autónoma de Madrid.



Para ejercer la tarea de abogado defensor de las cuotas electorales resulta inevitable tener en cuenta y responder a los varios cargos que suelen imputarse a ese tipo de medidas. No obstante, intentaré afrontar los argumentos de la acusación, al menos los que puedo prever de antemano, de manera positiva, afirmando que, en principio y con las matizaciones que en algún caso deberé hacer, las cuotas electorales en favor de la igualdad entre hombres y mujeres son, por este orden, convenientes (aunque seguramente no necesarias), justas y, en fin, constitucionales. Tal vez la audiencia que, para no variar de oficio, debe juzgar aquí este pleito esté más interesada en la última cuestión, la de la constitucionalidad de las cuotas. Pero, aun siendo consciente de las peculiaridades de la argumentación jurídico-constitucional, me ocuparé de ella sólo al final, aprovechando en buena parte los solapamientos y convergencias que, en este caso al menos, existen entre los principales argumentos constitucionales y los de utilidad y necesidad y, en especial, los de justicia ¹.

SOBRE SU CONVENIENCIA Y NECESIDAD

Aunque sea brevemente, es inevitable iniciar la discusión sobre la conveniencia y la necesidad de las cuotas electorales comentando algunos datos relativos a la desigualdad de las mujeres. En el ámbito político, sin embargo, lo que más bien destaca es la alta igualdad, que en el Consejo de Ministros de esta legislatura ha sido casi absoluta (hasta el cambio de ministros de julio de 2007 sólo el Presidente del Gobierno desequilibraba el estricto cincuenta por ciento de ministras ², que ahora se sitúa en un 44 por ciento, o un 41 si se cuenta también al Presidente). En los gobiernos autonómicos, por su parte, el promedio general es del 33 por ciento, variando aquí desde el 8 por ciento de Navarra hasta el 53 de Andalucía ³.

En cuanto al actual parlamento español, hay un 30,5 por ciento de parlamentarias (un 36 por ciento de diputadas y un 23,2 de senadoras), lo que coloca a nuestro país en un honroso puesto 16 en la clasificación mundial, que pasa al octavo si se tienen en cuenta sólo las cámaras bajas y los parlamentos unicamerales. Aunque lejos de la paridad sueca del 47,3 por ciento (que en el promedio de los países nórdicos baja un poco hasta el 41,6), España se sitúa bastante por encima de la media mundial del 17,5 de mujeres parlamentarias, e incluso de la media europea, que ronda entre el 20 y el 18 por ciento, según se incluyan o no los países nórdicos en el cálculo. En contraste con el menor porcentaje de participación en los gobiernos autonómicos respecto del central, la media de las mujeres en nuestros parlamentos autonómicos es más alta que la nacional, situándose hoy en el 41 por ciento y en algunos casos, como Castilla-La Mancha o el País Vasco, por encima del 50 por ciento (los más alejados, con el 33 por ciento, son Galicia y Asturias). Por su parte, los anteriores datos pueden valorarse muy positivamente también en una perspectiva temporal. Por tomar únicamente la referencia de la representación en el parlamento nacional, entre 1977 y 1986 no hubo más que un 6 por ciento de parlamentarias, porcentaje que ascendió al 18 en 1996 y que al día de hoy se ha multiplicado por cinco.

Se diría que los datos anteriores admiten una interpretación con una valoración y un pronóstico muy favorables del proceso de equiparación real entre mujeres y hombres en nuestro país que hacen no ya sólo innecesarias sino incluso inconvenientes las cuotas electorales. Al fin y al cabo, se podría alegar, incluso los promedios más bajos entre los anteriores, alrededor del 33 por ciento de participación femenina en la política activa, se sitúan ya por encima del umbral del 30 por ciento propuesto en alguna significativa conferencia internacional como indicativo de que las mujeres llegan a la “masa crítica” suficiente para comenzar a tener un influencia política efectiva ⁴. Si eso es así, concluiría la alegación contraria a las cuotas electorales, es de esperar que el proceso de iguala-

1

Me he ocupado anteriormente de las cuotas electorales y de la representación política de las mujeres, tanto desde el punto de vista general de su utilidad y su justicia como desde el más particular de su constitucionalidad (cf., respectivamente, Ruiz Miguel 2001 y 1999). Aunque los argumentos básicos se reproducen aquí con otras palabras, ni están ahora todos los que estaban ni todos los que están estaban ya entonces, especialmente en algunas matizaciones e insistencias.

2

En efecto, si en el Consejo de Ministros se sentaban, además del presidente, ocho ministras y ocho ministros, aquéllas constituían el 47 por ciento. Aunque en todo caso se trata de una paridad indiscutible, hago esta mención porque en las estadísticas ofrecidas en la página de Internet del Instituto de la Mujer, “La mujer en cifras” (<http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/index.htm>), nunca se cuenta al presidente del órgano en los porcentajes de mujeres, lo que tiende a elevar su media.

3

Por lo que se explica al final de la nota anterior, los porcentajes que indico modifican un poco a la baja los ofrecidos en las estadísticas del Instituto de la Mujer, que contabilizan el total de ministros y de consejeros sin incluir a los presidentes de los distintos gobiernos autonómicos, hoy por hoy todos varones salvo en el caso de Madrid.

4

El del 30 por ciento fue el criterio consensuado en la Conferencia de Nueva Delhi de la Unión Interparlamentaria, celebrada en febrero de 1997 sobre el tema “Towards partnership between men and women in politics”, con la participación de 78 delegaciones nacionales compuestas por 121 hombres y 119 mujeres, así como de organizaciones no gubernamentales (cf. Anastassopoulos 2000, p. 101; y el “Concluding statement by the President on the outcome of the Conference”, que puede leerse en “www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm”).



ción continúe su imponente camino en plazos razonablemente breves sin necesidad de imponer medidas que no resultan aceptables para una parte de la clase política y de la ciudadanía y que pueden tener distintos costes y efectos sociales negativos.

Frente a esta conclusión, creo que se debe aceptar honestamente la calificación de no necesarias de las cuotas electorales sin suscribir a la vez la idea de que sean inconvenientes: podrían ser innecesarias aunque no inútiles, de modo que no serían el resultado de una obligación perentoria e indeclinable que, supuesto y compartido el ideal de la igualdad entre hombres y mujeres, nos impongan las circunstancias, pero sí podrían ser convenientes para el logro de ese objetivo igualitario. Eso es lo que trataré de argumentar inmediatamente enmarcando los datos anteriores en un cuadro un poco más amplio, por un lado, profundizando un poco más en la idea de la paridad política y, por otro lado, extendiendo el análisis desde la relativamente baja desigualdad política de las mujeres a su mucho mayor desigualdad en el plano social más general.

En el primer lado, dentro del ámbito estrictamente político, podrían hacerse dos puntualizaciones distintas al apuntado optimismo a propósito del promedio general alrededor del 33 por ciento de participación femenina en la política activa. Ambas son obvias, pero tengo por deformación profesional de profesor la de recordar lo evidente. La primera es que un porcentaje de alrededor de un tercio no llega todavía a cubrir, ni siquiera de forma aproximada, una posición que decorosamente pueda denominarse paritaria, esto es, razonablemente igualitaria. Esto se puede visualizar fácilmente recordando que los dos tercios restantes de participación masculina doblan la participación femenina. La segunda observación, que matiza la anterior en parte para mejor y en parte para peor, es que los promedios más amplios pueden reunir cantidades concretas muy dispares; en este caso, el tercio de mujeres incluye extremos de más del 50 por ciento y de menos del 10 por ciento, tanto en el reparto de cargos en los distintos gobiernos autonómicos, según ya he di-



cho, como también en la diferente contribución de los distintos partidos a la mayor presencia de mujeres en los escaños parlamentarios (así, por ejemplo, mientras las diputadas socialistas son el 46,3 por ciento de su grupo, las populares son el 28,4 y las de Convergencia i Unió el 10).

Pero mucho más decisivo que las anteriores puntualizaciones, que al fin y al cabo no parecen desmentir la línea de tendencia hacia la paridad, es tener en cuenta el otro lado antes anunciado, esto es, el marco social más general de desigualdad de las mujeres. Cualitativamente considerada, esa desigualdad está fuertemente arraigada en la cultura

5

Cf., además de las estadísticas suministradas en la web del Instituto de la Mujer referidas infra en la nota 2, www.mec.es/educa/ccuniv/html/informes_y_estudios/documentos/informe_sobre_alumnado-.pdf, tabla 20.

6

Sobre lo primero, baste remitir a la sólida exploración de Ronald Dworkin (2000, cap. 11). En cuanto a las cuotas electorales europeas, puede añadirse que también el caso belga, con cuotas legales que desde 1999 garantizan sólo un tercio de los escaños y sin sistema obligatorio de cremallera hombre-mujer o similar, ha de figurar como positivo, con casi un 38 por ciento de mujeres en las dos cámaras parlamentaria. Sólo el caso francés, donde hay sólo un 18 por ciento de parlamentarias a pesar de existir cuotas obligatorias para las elecciones locales y una parte del Senado, parece mostrar la existencia de una fuerte resistencia a aumentar la participación femenina allí donde no hay imposición de cuotas (cf. Ruiz Miguel 2001, p. 245).



tradicional de reparto de los roles públicos y privados, que asigna las tareas de cuidado familiar y privado a las mujeres y reserva el espacio público a los hombres, con sus correlativas manifestaciones en el poder político, el económico e ideológico. Los persistentes y profundos rastros de esa cultura patriarcal de discriminación y de sujeción de las mujeres que hoy todavía quedan entre nosotros se siguen viendo bien reflejados por ese proverbio chino que reza: “Los asuntos de las mujeres, por importantes que sean, son pequeños. Los asuntos de los hombres, por pequeños que sean, son importantes”. Y la supervivencia de estereotipos y pautas de minusvaloración de lo femenino se sigue manifestando hoy en los que pueden considerarse los tres retos pendientes más importantes para conseguir una ciudadanía verdaderamente igualitaria y plena de las mujeres: la violencia que se cebaba específicamente con ellas, sobre todo aunque no sólo en el ámbito familiar, el desequilibrado reparto de las responsabilidades familiares y su incidencia en su mayor participación en tareas de cuidado poco consideradas socialmente y, en fin, su limitado acceso a buena parte de los puestos de mayor relevancia social.

Me detendré un poco en este último reto, para observar el contraste entre el propicio panorama que nos ofrecían los datos de participación política activa de las mujeres con el menos benigno de su participación en otros puestos de especial relevancia social. Conviene tomar como dato de fondo relevante el que el acceso y el rendimiento de las mujeres en los estudios universitarios es establemente alto desde hace bastantes años: así, mientras entre 1978 y 2006 las mujeres matriculadas en centros universitarios han pasado del 39 al 54 por ciento del total de matriculados, el porcentaje de mujeres graduadas se sitúa hoy alrededor del 60 por ciento del total de graduados, siendo estable esta cifra al menos desde 1993 ⁵.

Pues bien, salvo en el ámbito político ya visto, cifras tan halagüeñas y de tan amplio período no se vienen traduciendo de manera razonablemente

aproximada en el acceso a otros puestos de responsabilidad social. La incidencia de esta discriminación objetiva es bastante más profunda en el sector privado que en el público, según se puede observar en diversos ámbitos de la llamada sociedad civil, como en la práctica inexistencia de mujeres que dirijan bancos, grandes empresas o medios de comunicación de alcance nacional, en el escuálido 3,5 por ciento de mujeres en los consejos de administración de las empresas del Ibex, en el 23 por ciento de mujeres gerentes en empresas con 10 o más trabajadores y trabajadoras (tanto privadas como públicas, lo que seguramente eleva la media) o en el 25 por ciento de empresarias que generan empleo por cuenta ajena. Incluso en el ámbito público, las cifras antes comentadas contrastan con otros datos menos vistosos, como el que sólo haya una presidente de Comunidad Autónoma, un 5,5 por ciento de mujeres en las Reales Academias, un 7 por ciento de magistradas en el Tribunal Supremo (que sube al 25 en el Tribunal Constitucional), un 8 por ciento de rectoras de universidad, un 20 por ciento en altos cargos de la Administración central si no contamos a las ministras o, en fin, un 27,4 de funcionarias en los dos niveles más altos.

A estas alturas resultará evidente que las cuotas electorales intentan asegurar la paridad femenina sólo en la política institucional activa, es decir, allí donde aparentemente menos falta hace. Aunque, bien pensado, tal vez no tenga tanto de extraño el que estas medidas se introduzcan precisamente cuando hay más mujeres que nunca en las instituciones del Estado, es decir, cuando tras llegar a la masa crítica antes mencionada han conseguido una mayor influencia política. Y es justamente esa razón la que puede avalar las razones de conveniencia u oportunidad política de las propias cuotas electorales, en la medida en que la mayor participación de las mujeres en la actividad política más formalizada de los parlamentos (y colateralmente de los gobiernos) pueden tener dos tipos de efectos importantes en la expansión

de la igualdad de género también en el ámbito social: por una parte, los efectos directos a través de la acción legislativa y de gobierno, mediante políticas que fomenten la consolidación y profundización de los procesos ya en curso de igualación entre hombres y mujeres; por otra parte, los efectos indirectos que la sola presencia de mujeres en lugares especialmente prestigiosos pueden tener en la transmisión de modelos de rol que quiebren los estereotipos contrarios a la incorporación de las mujeres a las mismas tareas sociales que los hombres en condiciones de plena igualdad.

La discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de las cuotas electorales, sin embargo, debe completarse con un par de consideraciones. La primera, más de fondo, exige afrontar las objeciones que se suelen dirigir a las políticas de cuotas desde un punto de vista pragmático, sea porque se pone en duda su eficacia por la inadecuación entre ese medio y el fin de la igualdad, sea por la alegada aparición de efectos colaterales negativos que, según los críticos, no compensarían las ventajas de las cuotas. Creo que ambas formas de objeción se pueden responder, una más brevemente que la otra.

Sobre la supuesta inadecuación de medio a fin de las cuotas, tanto el caso más amplio de la acción afirmativa por la igualdad racial de Estados Unidos como el más acotado de las distintas experiencias europeas de cuotas electorales, en especial las escandinavas, parecen desmentir esa objeción ⁶: aunque las cuotas pueden ser materia de división política, no se ha mostrado, sino todo lo contrario, que sean una medida imprudente y, todavía menos, contraproducente para el objetivo de la igualdad.

En cuanto a las objeciones sobre los costes colaterales de las cuotas electorales, que dan por supuesta su adecuación al fin, la más relevante, y no desdeñable, es sin duda la que pone en guardia sobre la introducción de un precedente que, si extendiera, podría conducir a una fragmentación de la representación política. Si toda variación



significativa de raza, estatus, religión, etc. debiera resultar garantizada en los parlamentos mediante cuotas que pretendieran reflejar las variaciones del electorado, continúa la objeción, quedaría destruida la misma idea del parlamento como representación unitaria del conjunto del demos. Y aunque algo de ello ocurre ya en muchos países, entre ellos el nuestro, a través de la distribución de distritos electorales que respetan criterios nacionalistas o regionalistas, la extensión de tal criterio sobre bases personales en lugar de territoriales (por ejemplo, para la llamada “nación musulmana” de los nacionales de esa religión) podría conducir a una balcanización que nos retrotraería a las formas jurídicas de la Edad Media.

Este tipo de objeción, de la que comparto su inspiración en una concepción de la representación más como mandato unitario que como mero reflejo de las diferentes partes del demos, sólo se puede responder, me parece, destacando que la igualdad de las mujeres es un caso único y distinto, no comparable a los otros citados. Y ello tanto porque las mujeres no son propiamente un grupo con identidad colectiva diferenciada, como sí lo son los nacionalistas o los grupos religiosos, cuanto porque las cuotas que tienden a garantizar su paridad con los hombres no pretenden atribuir a las mujeres una representatividad conjunta y aparte, sino de carácter transversal a todas las ideologías y partidos ⁷. Y por eso las cuotas electorales en favor de la igualdad de las mujeres pueden ser compatibles con la que me parece la única justificación de esa igualdad, que mira no al modelo del feminismo de la diferencia, para que las mujeres como grupo sean iguales en su diferencia con los hombres, si por ventura esa propuesta tiene sentido, sino al ideal del feminismo universalista o ilustrado, que busca superar las diferencias estereotípicas entre hombres y mujeres para que sean los individuos y no los géneros o los grupos los únicos sujetos de la diversidad humana ⁸.

Había dejado pendiente una segunda consideración, más procedimental, que me permite enlazar con las incertidumbres inevitables en criterios como los que acabo de esbozar. Desde luego, la seguridad

de mis afirmaciones en una materia como la anterior es consciente y declaradamente reducida en la medida en que incluye no sólo principios ideológicos siempre disputables sino sobre todo previsiones sobre el curso futuro de cosas que no se pueden aseverar con certeza. Y lo mismo reza también, me parece, para quien mantenga posiciones distintas. Ante ello, no me parece que podamos contar con un mecanismo de decisión mejor que el democrático de la prueba y el error. Afortunadamente, esta parece ser una de esas materias en las que las decisiones legislativas no son irreversibles. Tengamos, pues, la deferencia de dejar que las personas que legislan ensayen y, quizá, se equivoquen, confiando en que si es así habrá ocasión de rectificar.

SOBRE SU JUSTICIA

El debate sobre la justicia de las cuotas en general ha girado tradicionalmente en torno al valor de la igualdad y, en particular, a la discusión de si tales medidas son discriminatorias y en qué sentido lo son. A mi modo de ver, sin embargo, las cuotas electorales en concreto no plantean propiamente ningún problema de igualdad ni de discriminación alguna en ninguno de los sentidos en los que se quiera emplear este término, sino más bien algunos problemas relativos a la libertad, en particular la libertad de sufragio. Veámoslo comenzando por el punto de la igualdad.

En su configuración originaria, para evitar la separación de castas en la India o, más adelante, para garantizar puestos a personas de raza negra en las universidades americanas, las cuotas suscitaron la objeción de que el objetivo de conseguir la igualdad racial no podía convalidar la discriminación que la propia medida imponía contra otras personas a las que se perjudicaba también por su raza. En su forma más elemental, las cuotas eran censuradas porque, al igual que la discriminación clásica, tomaban un rasgo como la raza para favorecer a unas personas en detrimento de otras, que eran inevitable y correlativamente perjudicadas. A esa sencilla objeción de que las cuotas no son “ciegas” ante la raza (o el sexo, etc.), se ha añadido siempre la de que producen una segunda discrimi-

7

Obsérvese que en el caso de minorías étnicas o religiosas sería impracticable de hecho que toda candidatura llevara el porcentaje correspondiente a la minoría, especialmente si no se tratara de una mera aparición testimonial. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades técnicas de articular una medida semejante en España para la minoría gitana, cuya población ronda el 1,2 por ciento del total, cuando las listas más numerosas al Congreso de los Diputados, las de Madrid y Barcelona, no pasan de 34 candidatos.

8

Si se adopta como exclusiva o dominante la justificación del feminismo de la diferencia, como hace Louis Favoreau (1997, pp. 21-22), parece fácil concluir que las cuotas electorales deben ser definitivas y que la paridad se presenta como fin en sí misma y como “sustitutivo de la igualdad” bajo el modelo del “separados pero iguales”. Me parece evidente, sin embargo, que ese tipo de justificación conduciría a una reserva de puestos de parlamentarias presentadas en distintas listas exclusivas de mujeres y no, como en las legislaciones existentes, a la obligación de que todas las listas, sean de la ideología que sean, contengan un porcentaje mínimo de personas de ambos sexos (sobre ello, con mucha más amplitud, remito a Ruiz Miguel 2001, pp. 247-257).

9

Además de esa legislación general, Castilla-La Mancha obliga a que las candidaturas alternen rigurosamente hombres y mujeres (Ley 11/2002, de 27 de junio, que modifica el art. 23.1 bis de su ley electoral, de 1986) y normas similares han introducido Baleares (Ley 6/2002, de 21 de junio, que modifica el art. 16.4 de su ley electoral de 1986) y Andalucía (Ley 5/2005, de 8 de abril, que modifica el art. 23.1 de la ley



minación injustificada porque vulneran el criterio relevante en la selección de puestos universitarios y de trabajo, que no es otro que el del mérito, es decir, una de las principales manifestaciones del principio aristotélico de la igualdad distributiva. De ahí que, junto a la denominación más neutra de *affirmative action* (acciones positivas), este tipo de medidas se hayan calificado también como discriminación inversa o positiva.

Pues bien, las cuotas electorales, al menos tal y como se han articulado en la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General realizada por la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, no establecen ningún tipo de desigualdad entre hombres y mujeres⁹. Más bien al contrario, a lo que obligan formalmente es a que en prácticamente todas las elecciones populares las candidaturas tengan “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 cuarenta por ciento” o, en todo caso, se presenten en proporción “lo más cercana al equilibrio numérico”¹⁰. Con el anterior criterio, creo que estamos ante un tipo de cuotas que no encaja en sentido estricto en la definición estándar de las acciones positivas, como medidas que establecen algún tipo de desigualdad para favorecer la igualdad, y, por ende, todavía encajan menos en su manifestación más gravosa y problemática, a la que puede denominarse en efecto discriminación positiva, en la que la desigualdad de la acción positiva provoca beneficiarios y perjudicados individualizados.

Claro que podría replicarse que lo que la ley pretende y hace es establecer una cuota que, aunque no formalmente, *de hecho* tiende a favorecer a las mujeres y, por tanto, a perjudicar a los hombres. Pero esta réplica sería fatalmente autodestructiva como argumento de justicia porque de forma implícita estaría reconociendo que la situación histórica y socialmente vigente discrimina de hecho a las mujeres, Y ante esa discriminación no aparece por ningún lado la injusticia de una cuota formalmente neutral o bidireccional que pretende

corregirla introduciendo una pauta de igualación.

Además de lo anterior, ni siquiera resulta propiamente aplicable a las cuotas electorales el particular reproche de no cumplir el criterio de seleccionar conforme a la igualdad de mérito. Aunque el argumento se podría extender y complicar mucho más, bastará para probarlo el recordar que las decisiones sobre la composición de las listas electorales, tanto si se hacen por cooptación de los órganos de dirección del partido como si siguen reglas de elección desde abajo, han valido siempre, y es razonable que así deba seguir siendo, con independencia de que atiendan poco o mucho a los méritos de las personas elegidas: al igual que en cualquier elección popular se elige a los y las representantes, también los candidatos y candidatas se seleccionan previamente bajo el principio *stat pro ratione voluntas*. Y no hay desigualdad alguna que se pueda reprochar en ello¹¹.

Lo que innegablemente las cuotas electorales limitan no es la igualdad sino la libertad de voto, tanto en su aspecto activo como, sobre todo, en el pasivo, esto es, afectando a la libertad de las personas, agrupaciones y partidos para proponer candidaturas conforme a sus propios criterios ideológicos y, de modo reflejo, a la libertad de los ciudadanos para elegir entre el más amplio abanico de posibilidades electorales.

En realidad, por despejar antes este último caso del sufragio activo, hay que precisar que no toda previsión de cuotas electorales tiene que limitar necesariamente la libertad de los electores: eso es lo que ocurre de manera relevante sobre todo cuando las cuotas van combinadas con la existencia de listas bloqueadas. Pero la libertad del elector es plena por encima de las cuotas no sólo en el caso de listas abiertas, en las que puede confeccionar su voto eligiendo nombres de distintas candidaturas, sino también en las listas cerradas pero no bloqueadas, donde puede alterar el orden de la candidatura elegida (y normalmente incluso excluir de ella varios nombres), de modo que la eficacia de la cuota puede quedar virtualmente desactivada.

electoral, también de 1986). También el País Vasco aprobó en 2005 una ley de igualdad que, con un alcance mucho más amplio, obliga a la paridad en las candidaturas al Parlamento y a las Juntas Generales, si bien no en alternancia rigurosa sino “en cada tramo de seis nombres” (vid. Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, disposiciones finales 4ª y 5ª, que modifican la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco, y la Ley 1/1987, de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa); de acuerdo con esa mayor flexibilidad, y a los efectos más generales de la ley, el 2º párrafo del art. 7 dice: “A los efectos de esta ley, se considera que existe una representación equilibrada en los órganos administrativos pluripersonales cuando los dos sexos están representados al menos al 40%”.

10

Cf. la Disposición adicional segunda, n. 1, que añade el art. 44bis a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. El último criterio indicado en el texto se aplica también al Senado, aunque sólo cuando las candidaturas se presenten en listas conforme al artículo 171 de la ley electoral general. La nueva normativa, sin embargo, exceptúa las elecciones a municipios con 3.000 habitantes o menos y a candidaturas en las islas con un número igual o inferior a 5.000 habitantes (cf. *ibidem*, n. 2, modificando los artículos 187.2 y 201.3 de la citada ley electoral).

11

Cuestión distinta, no de igualdad ni justicia sino de conveniencia, y contra la que he argumentado más extensamente en otro lugar, es la objeción de que las cuotas podrían deteriorar la calidad de la democracia por establecer un sistema que obligaría a elegir a candidatos con menores méritos (cf. Ruiz Miguel 2001, pp. 259- 260).



Ahora bien, como las listas cerradas y bloqueadas son el sistema electoral ordinario en España, sólo excluidas para la elección popular del Senado, hay que reconocer que las cuotas añaden una mayor rigidez al sistema que limita aún más la libertad del electorado. No obstante, dos observaciones pueden hacerse sobre esa limitación en términos de justicia. La primera, que la limitación añadida por las cuotas es cualitativamente muy poco significativa en comparación con la que ya establece el bloqueo de las listas. Y, segunda, a mi modo de ver la decisiva, que si cabe considerar razonable la limitación a la libertad de sufragio activo que imponen las listas cerradas y bloqueadas en función de argumentos como el fortalecimiento de los partidos que en último término remiten a la gobernabilidad del sistema político, también podrá ser aceptable la restricción añadida por la cuota electoral en función del valor de la igualdad al que sirven. En definitiva, no hay por qué atribuir a la libertad del elector un valor absoluto que nunca deba ceder ante otros valores, según las circunstancias, con un peso igual o mayor.

El mismo argumento es aplicable a grandes rasgos a la objeción de que las cuotas limitan la libertad de sufragio pasivo, cuyos titulares son las agrupaciones electorales y los partidos políticos. Esa limitación puede ser un sacrificio razonablemente justificado en aras de una mayor igualdad entre mujeres y hombres. En particular, además, el legislador o legisladora españoles ha atenuado considerablemente esa limitación desde el momento en que, en vez de haber optado por el sistema de cremallera, obligando a alternar candidatos de uno y otro sexo, ha preferido el sistema de incluir un cuarenta por ciento de cada sexo por cada tramo de cinco candidatos, lo que permite a los partidos y agrupaciones electorales establecer amplias preferencias entre los candidatos (posibilidad que será máxima cuando la expectativa previsible de victoria de una lista sea igual o inferior a tres puestos).

En relación con el sufragio pasivo, sin embargo, yo únicamente mantendría la duda, que ya apunté en un escrito

precedente sobre el tema, de que esa limitación podría no estar justificada respecto de agrupaciones electorales o partidos que hagan de la diferencia de sexo uno de los motivos principales de su ideología, para los que las cuotas vendrían a ser un gravamen directo y central a su libertad de expresión. La única solución legal a esta consideración sería que existiera la opción entre aceptar el sistema de cuota o proponer candidaturas de carácter unisexuado (cf. Ruiz Miguel 2001, p. 251).

En resumen, salvo por esta última precisión, no veo objeciones de justicia relevantes o insuperables contra las cuotas electorales para la igualdad de sexo. No obstante, si los argumentos sobre el principio de no discriminación no impedirían su continuidad indefinida, el relativo peso de los argumentos sobre las limitaciones que imponen a la libertad electoral anima a asimilar a estas cuotas a las acciones positivas en su rasgo del carácter temporal que generalmente se les atribuye, es decir, en tanto no se logra o, al menos, no se avanza significativamente en el objetivo de igualdad que tales medidas se proponen ¹².

SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

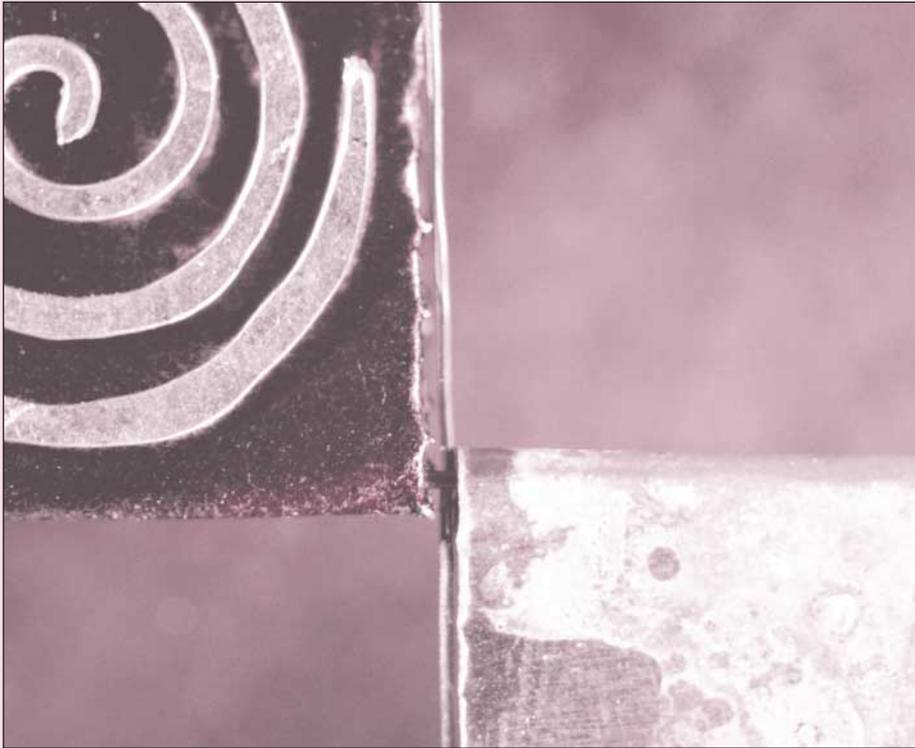
Una buena parte de las argumentaciones que he venido desarrollando hasta aquí facilitan la resolución de los pretendidos problemas de constitucionalidad que podrían alegarse contra las cuotas electorales. Ahora es el momento de recuperar, así como de precisar y completar, los argumentos utilizables en el marco constitucional español. Las dos tachas de inconstitucionalidad de las cuotas que aparentemente resultan más plausibles son dos: por un lado, la violación del principio de igualdad, genéricamente consagrado en el artículo 14 de la Constitución y específicamente en el art. 23.2 como “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”; y, por otro lado, la del derecho de la ciudadanía “a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de re-

presentantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” recogido en el art. 23.1.

Sobre la objeción igualitaria me parece decisivo el argumento antes desarrollado de que unas cuotas electorales bidireccionales como las que ha previsto la ley española no implican en absoluto desigualdad alguna y, por tanto, menos aún una discriminación en cuanto desigualdad injusta. Por el contrario, tal tipo de cuotas establecen un mecanismo de igualación aproximada o equiparación proporcionada como medio con el objetivo de procurar una mayor igualdad sustancial entre hombres y mujeres como fin.

Aquí podría darse por terminada la discusión de la objeción igualitaria si no fuera porque no es raro oír que tales cuotas son contrarias al principio de igualdad. De manera notable y llamativa así lo hizo una sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 1995, que declaró inconstitucional una ley que obligaba a que en las listas para las elecciones municipales hubiera un reserva de al menos un tercio de candidatos de cualquiera de los dos sexos (reducida a una cuarta parte para los municipios con menos de 15.000 habitantes). Sus razones fundamentales fueron dos: por una parte, que la reserva vendría a establecer una diferenciación por razón de sexo inadmisibles por afectar al contenido esencial del derecho fundamental al sufragio pasivo; y, por otra parte, que al garantizar no una igualdad de oportunidades o en el punto de partida sino en los resultados mismos, la reserva crearía una nueva discriminación injustificada por ir más allá del legítimo objetivo de remover obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de las mujeres ¹³.

No insistiré en la para mí clara tergiversación que esta sentencia hace de las cuotas al considerarlas un mecanismo diferenciador o desigualitario, una confusión que quizá pueda explicarse bien por considerar que en la selección de candidaturas políticas es relevante el principio de igualdad de mérito bien por el hecho de que, al igual que nuestras bisabuelas se escandalizaban ante


12

Ese carácter temporal es reconocido también por el artículo 11 de la Ley 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que caracteriza a las acciones positivas como “medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionales en relación con el objetivo perseguido en cada caso” (cursiva mía). Igualmente, la STC 128/1987, que es el *leading case* de nuestra jurisprudencia constitucional en esta materia y a la que me refiero más adelante en el texto, aceptó la constitucionalidad de las acciones positivas contra la discriminación por razón de sexo con la salvedad de su sometimiento a “revisión periódica” para comprobar la pervivencia de la previa discriminación (cf. FJ 8).

13

Cf. sentencia de la Corte Costituzionale italiana n. 422, de 6-12 de septiembre de 1995, interpretando los artículos 3 (“[1] Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones política o condiciones personales y sociales. [2] Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el desarrollo pleno de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores y todas las trabajadoras en la organización política, económica y social del país”) y 51.1 de Constitución italiana (“Todos los ciudadanos de uno y otro sexo pueden acceder a los oficios públicos y a los cargos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley”), cuya semejanza con los artículos 14, 9.2 y 23.2 de nuestra constitución es muy clara.

cualquier mención al sexo, también los magistrados italianos debieron pensar que una norma que apelaba a una proporción entre los dos sexos necesariamente estaba discriminando a uno de ellos (¿a cuál?, cabría preguntar). Tampoco me detendré en la espiciosa distinción entre igualdad de oportunidades y de resultados, que ni es claramente aplicable al caso ni, de serlo, sería relevante para descartar las cuotas como mecanismos para la igualdad de oportunidades de las mujeres. Ni, en fin, ahondaré en por qué en un derecho como el de sufragio pasivo, constitucionalmente remitido a configuración legal también en Italia, se blinda un imaginario contenido mínimo esencial por el arte de birlibirloque de una insustancial argumentación constitucional.

Me bastará contrastar esta sentencia con otra ocho años posterior del mismo tribunal. En este nuevo caso, se aceptó la constitucionalidad de una ley regional del Valle de Aosta de 2002 que imponía la obligación de que en las elecciones regionales las listas incluyeran “candidatos de ambos sexos”, es decir, añadido yo, que establecían una cuota mínima de al menos un candidato de cada sexo. Ahora la *Corte costituzionale* alega varias razones que vienen a revisar de forma frontal (aunque no completa-

mente explícita) su doctrina anterior. Por un lado, afirma que tal previsión no introduce diferencias relativas al sexo de los candidatos “tanto porque la ley hace referencia indiferentemente a candidatos «de ambos sexos», como porque de ella no se sigue ningún tratamiento distinto de un candidato respecto a otro por razón de sexo”. Por otro lado, también precisa que la obligación legal “queda limitada al momento de la formación de las listas y no incide de ningún modo en los derechos de los ciudadanos, en la libertad de voto de los electores ni en la paridad de *chances* de las listas y de los candidatos y candidatas en la competición electoral” (Sentencia n. 49, de 10-13 de febrero de 2003, respectivamente FFJJ 3.2 y 5). Ni la igualdad ni la libertad se reconocen ahora como relevantemente afectadas por las cuotas electorales.

Junto a lo anterior, puede ser de interés recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha pronunciado de forma muy contundente, y a mi modo de ver convincente en conjunto, a favor de la constitucionalidad de varias formas de acciones positivas que, en este caso de forma genuina, establecían preferencias específicas en favor de ciertos grupos en detrimento de otros. Y si las cuotas electorales no son estrictamente acciones positivas, con mayor razón todavía se les puede aplicar la fundamentación de esta esa jurisprudencia. Para recordar sucintamente las dos sentencias más significativas de nuestra justicia constitucional, tanto la sentencia 128/1987, de 16 de julio, como la 269/1994, de 3 de octubre, aceptaron que ciertas acciones positivas (que establecían beneficios en favor de unas enfermeras y de las personas discapacitadas, respectivamente) son perfectamente conformes con el principio constitucional de igualdad integrado por los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución. La razón fundamental de esa conformidad es que tales acciones son un medio apropiado para un fin legítimo o, por decirlo en palabras del propio Tribunal, están “dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes” mediante un “tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas” (STC



128/1987, FFJJ 7-8, así como STC 269/1994, FJ 4).

La segunda de estas sentencias, a mi modo de ver con una argumentación más endeble y discutible, llegó incluso a convalidar como conforme al derecho a acceder a funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 de la Constitución) una acción positiva que había permitido preferir a una persona de *menores* méritos que otra. Lo discutible de esta interpretación es que, siendo relevantes en el caso los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3) –principios que, no me importa insistir de nuevo, no son en sentido estricto relevantes para el acceso de cargos por sufragio–, la sentencia permite deducir que para satisfacer aquellos principios no es necesario tener mayores (o, al menos, iguales) méritos que la competencia, sino que basta acreditar unos méritos suficientes o *mínimos* (STC 269/1994, FJ 5). En todo caso, la conformidad de las acciones positivas con el principio de igualdad está fuera de duda en nuestra jurisprudencia constitucional

Resta sólo, en fin, evaluar la constitucionalidad de la limitación a la libertad de sufragio impuesta por las cuotas electorales. No estará de más insistir otra vez en las amplísimas cláusulas con las que nuestra Constitución formula el derecho de sufragio, el activo genéricamente enunciado en el art. 23.1 como participación directa “o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” y el pasivo en el art. 23.2 bajo la exigencia de un acceso a las funciones y cargos públicos “en condiciones de igualdad [...], con los requisitos que señalen las leyes”. Pues bien, dadas unas cláusulas tan amplias, sería francamente extravagante concluir que las cuotas electores violan el contenido esencial de uno u otro derecho en lo que afecta al valor de la libertad.

Si acudimos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, me parece que resulta especialmente relevante por analogía la STC 75/1985,

de 21 de junio, que fue la primera en considerar constitucional una barrera del 3% para la obtención de escaños en parlamentos autonómicos. En ella, a partir del reconocimiento del “muy amplio margen de libertad” que el artículo 23.2 confiere a la persona que legisla, se afirma que “el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas [...] y no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro *del sistema electoral que sea libremente determinado por la persona que legisla*, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema, y no

por referencia a cualquier otro” (FJ 4, cursiva mía). Sólo me resta concluir que esa libertad de configuración de la persona que legisla no es sólo, como en este caso, un criterio expresa y específicamente reconocido en la Constitución, sino que, a mi modo de ver, es también parte del principio general que favorece la deferencia de toda interpretación constitucional hacia la labor del legislador o legisladora democráticos. Un principio que si debe operar sobre todo en los casos dudosos, ha de respetarse todavía con mayor razón cuando, como en este caso, la constitucionalidad de la ley resulta clara.

SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

ARANDA ÁLVAREZ, E. *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Madrid, Dykinson, 2001.

BARRÈRE UNZUETA, M.Á. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.

DWORKIN, R. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.) y Londres, Harvard University Press, 2000; trad. cast., *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

FAVOREU, L. “Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuota, paridad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, mayo-agosto 1997, pp. 13-28.

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

MARTÍN VIDA, M.Á. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.

RUIZ MIGUEL, A. “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, núm. 94, julio-agosto, 1999, pp. 48-53.

RUIZ MIGUEL, A. “La representación democrática de las mujeres”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, pp. 239-64.

SAAVEDRA RUIZ, P. y CASTRO GARCÍA, C. (comps.): *La democracia paritaria en la construcción europea*, Madrid, CELEM, 2000.

SALAZAR, O. *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, Córdoba, Diputación de Córdoba-Universidad de Córdoba, 2001.

SEVILLA MERINO, J. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona-Universidad de Valencia, 2004.

VALCÁRCCEL, A. (comp.), *El techo de cristal. Los obstáculos para la participación de las mujeres en el poder político*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1994.

La presentación equilibrada en los partidos políticos ¹

POR DR. FERNANDO REY MARTÍNEZ.
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid.

1

El presente texto responde a una charla que el autor pronunció en el marco del Curso de Formación Permanente del Consejo General del Poder Judicial titulado “*Políticas de Género*” el día 19 de septiembre de 2007. Se ha optado por reproducir aquí la intervención oral, con la simple supresión de giros retóricos que pudieran tener más sentido en el marco de una

conferencia, y no por aportar un texto de formato doctrinal (que, por otra parte, quizás pudiera encontrarse, en buena medida, en el trabajo “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución” (*Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 1, 1999, pp. 52-59).



Nuestro objeto de análisis y debate es la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modifica la Ley Orgánica de Régimen Electoral introduciendo un nuevo precepto, el art. 44 bis, que, como saben, exige para las candidaturas electorales del Congreso, el Parlamento europeo y los Parlamentos territoriales lo que denomina “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%. Aludiendo de modo tácito a la exigencia de listas cremallera (esto es, a la presencia del 50% de hombres y mujeres de modo alterno en las listas) que algunas Comunidades (Castilla-La Mancha, Baleares y Andalucía) habían establecido en sus ordenamientos para las elecciones a los Parlamentos propios y que actualmente está esperando el juicio del Tribunal Constitucional, la Ley de Igualdad se declara en este punto como una norma que no impide tales mejoras de porcentaje de representación femenina.

La regulación de la Ley de Igualdad por porcentajes de sexos (máximo 60% y mínimo 40%) está enunciada de modo neutro o genérico: en efecto, no se dice que las mujeres deberán ocupar como mínimo un 40% de los cargos de representación, sino que ninguno de los dos sexos podrá superar el 60%, lo que entre otras cosas, supone que no se confina a las mujeres al techo del 40%, sino que su presencia puede llegar incluso al 60% (lo que, por otra parte, supone también una garantía de la presencia masculina de al menos el 40%). Puestos a establecer alguna medida obligatoria para asegurar una representación equilibrada entre mujeres y hombres en cargos de representación (una suerte de air-bag de seguridad), la fórmula elegida por el legislador o legisladora españoles, de entre todas las posibles, me parece la más sensata.

La Ley introduce algunas cautelas para garantizar que, utilizando las posibilidades abiertas en nuestro sistema electoral, se pudiera defraudar o no cumplir en la práctica la exigencia del principio general del 40% mínimo de representación para cada sexo:

1^a

Deberá mantenerse la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos (también en la lista de candidatos suplentes).

2^a

También para el Senado, donde rige un sistema de listas abiertas y no cerradas y bloqueadas, se postula una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.

Se añade que estas reglas no serán exigibles en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes.

Hasta aquí, en lo esencial, la nueva regulación objeto de examen. Lo primero que me gustaría dejar meridiana-mente claro es que, a pesar de que esta cuestión es una de las que han marcado la lucha partidista en la actual legislatura tan inquieta y áspera (el gobierno socialista ha impulsado la aprobación de la norma, mientras que la oposición popular la ha impugnado ante el Tribunal Constitucional) mi interpretación no responde a ninguna opción de partido político. A mí no me entusiasma la nueva regulación, pero esto no permite localizarme en la órbita del partido popular o en la oposición al gobierno actual, ni tampoco lo contrario (porque tampoco me convencen algunas de las tesis del partido popular manifestadas en su recurso de inconstitucionalidad). Las opiniones que sostengo son de mi exclusiva responsabilidad personal, para bien o para mal.

Precisaré aún más mi posición: estoy absolutamente a favor de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. De hecho, he escrito muchas páginas y he participado en numerosos proyectos en este sentido. Es un asunto en el que no sólo he participado intelectualmente, sino que me he implicado personalmente, del mismo modo que, por poner un plástico ejemplo de esta diferencia, en el clásico desayuno anglosajón de los huevos con beicon la gallina sólo participa, pero el cerdo se involucra. Así que no dedicaré ni un minuto a subrayar lo obvio: que es una anomalía democrática que no haya una proporción de mujeres en los cargos políticos (y, en general, en los puestos de toma de decisiones públicos y privados) equivalente a su proporción demográfica dentro de la población. Lo descuento como una verdad obvia. Las mujeres sufren, como colectivo, un déficit de ciudadanía, también y todavía entre nosotros. El *punctum ardens* no está, por tanto, en el “qué” (la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones, públicos y privados), sino en el “cómo”. Es ahí, en la elección de los procedimientos para alcanzar aquel objetivo, donde nos la jugamos. El problema es, pues, si la nueva regulación electoral es un “cómo” razonable o no.

Adelanto también que el problema es, desde el punto de vista de su importancia práctica, de factura menor. Por un lado, como advierte Ruiz Miguel en su escrito ², la presencia actual de las mujeres en los cargos públicos es creciente y cercana a la paridad. Además, si desechamos como término de comparación a los países nórdicos, que no tienen la misma población que la nuestra, ni la misma cultura meridional y católica, ni la misma tradición democrática, lo cierto es que España se halla en la vanguardia de países que tienen mayor representación política femenina. La Ley no va a obligar, por tanto, a los partidos, coaliciones y agrupaciones electorales a llevar a cabo esfuerzos extraordinarios que no se vinieran realizando ya, ni va a procurar resultados nuevos y espectaculares. De hecho, la nueva regulación no ha provocado un impacto significativo en los medios o en la opinión pública. Yo leo

esta medida, más bien, como una prohibición de retroceso, porque en materia de igualdad los avances no llegan como fruta madura, sino que exigen políticas sostenidas. Lo natural es la desigualdad y la tozuda percusión del darwinismo social, es decir, que el fuerte lo sea cada vez más y viceversa. La igualdad es, en realidad, una conquista de la civilización que exige un esfuerzo sostenido en el tiempo, porque puede haber avances, pero también retrocesos. Como con la ciudad maya, existe el riesgo permanente de que la vegetación vuelva a cubrir las bellezas arquitectónicas descubiertas. En este sentido, la nueva regulación es conveniente. Comparto la equilibrada tesis de Ruiz Miguel que, aunque no considera la nueva regulación como una medida necesaria, sí la estima oportuna. Lo es, en efecto, además de por lo ya dicho, porque podrá operar un efecto emulación o efecto locomotora sobre otros ámbitos sociales en los que la presencia de las mujeres allí donde se toman las decisiones se halla atascada o avanza en medio de grandes dificultades. A esto podría añadirse que la medida podrá sensibilizar a la población (también a las propias mujeres) sobre la posibilidad y los beneficios de que las mujeres accedan con naturalidad diríamos demográfica a los cargos políticos.

Hay que distinguir, como hace Alfonso Ruiz Miguel, entre los argumentos de conveniencia u oportunidad social de la medida de aquellos estrictamente jurídicos, aunque no siempre pueda hacerse con plena castidad metodológica. Si la nueva regulación sólo fuera discutible por sus efectos,

es decir, en términos de ventajas e inconvenientes, es claro que no sólo la primera palabra sino también la última la tendría la persona que legisla, que es quien tiene una amplia libertad de configuración para llevar al plano de los hechos, valorando los intereses en presencia, un programa de gobierno determinado. La nueva regulación electoral plantea, sin duda, las ventajas mencionadas, pero también algunos inconvenientes. Ahora bien, estamos ante una medida que presenta algunas dudas de compatibilidad con derechos constitucionales; en este sentido, tiene estatura constitucional. Me permitiré, pues, traer a este diálogo los argumentos que se exponen en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario popular, comparándolos con los aportados por el profesor Ruiz Miguel y sin ocultar mis propias impresiones.

Empezaré, o más bien, seguiré, en el ámbito de la discusión sobre los motivos de oportunidad y/o de eficacia de la nueva norma. He dado por buenas las ventajas aducidas por el profesor Ruiz Miguel e incluso he añadido alguna más. Pero debo ahora confesarles mis sospechas sobre la medida. ¿Se trata de una regulación que aumentará la presencia femenina en los cargos representativos y, en consecuencia, que ayudará a eliminar las discriminaciones que aún hoy en día sufren las mujeres como colectivo y a enjuagar el déficit de ciudadanía que pesa sobre ellas? Cualquiera que conozca medianamente cómo funciona nuestro sistema político sabrá que la agenda (es decir, las decisiones a adoptar) la establece los órganos directivos de los partidos, que son el nuevo príncipe. De modo que si queremos que las mujeres participen de verdad en los procesos de toma de decisiones políticas, la nueva regulación no golpea en la diana de la discriminación porque opera en la periferia del problema (ya que no son los diputados ni diputadas quienes adoptan normalmente las decisiones de fondo, los programas ni las estrategias fundamentales), y no en la fábrica del problema (las directivas de los partidos, que siguen siendo territorio masculino por antonomasia). Con el sistema vigente, es bastante indiferente a la causa de la igualdad que todos los diputados sean hombres o mujeres. Una prueba: las escasas ocasiones en que las mujeres de los distintos partidos se han puesto de acuerdo al margen de las disciplinas de su respectivo partido político (no digamos ya por encima de sus partidos). Como saben, en la teoría clásica de la representación política sólo había dos sujetos, los representados, los ciudadanos, y los representantes, pero una vez superado el Estado liberal decimonónico, la única democracia posible es la democracia de partidos políticos, de modo que éstos, que son los invitados no previstos inicialmente en la relación representativa, son el tercero en discordia de tal relación y, como ocurre con todas las relaciones triangulares, el tercero ha pasado a ser el auténtico protagonista. Y, en España, por las circunstancias en que se produjo la Transición, aún más, de modo que, en nuestro ordenamiento, los partidos no sólo tienen el protagonismo de la relación representativa, sino


2

Las frecuentes referencias al texto del profesor Alfonso Ruiz Miguel aluden al trabajo que consta en este mismo volumen.



prácticamente su monopolio (en pocos países hay menor libertad de actuación del parlamentario individual que en el nuestro). Por tanto, mientras las mujeres no entren en los lugares donde se fijan las políticas y se deciden los nombres del resto de políticos y en tanto no cambie drásticamente nuestra cultura política (lo cual no es muy probable, por lo menos a corto plazo), no habrá avance significativo de verdad. Habrá una medida, hasta cierto punto, superficial y nugatoria.

Probablemente, nuestra democracia se oxigenaría más si se abrieran las listas cerradas y bloqueadas para que el electorado pudiera ser también selector. La nueva regulación apuntala las listas cerradas y bloqueadas; en las listas abiertas, el electorado podría preferir a los varones y, por tanto, el resultado podría no ser tan equitativo; con las listas cerradas y bloqueadas, el resultado equitativo es casi matemático, pero lo que hay que poner en cuestión, a mi juicio, son las listas cerradas y bloqueadas. Pero esto no se hace. De nuevo, el legislador o legisladora electorales se mueven en la periferia y no en el centro del problema.

Pero el análisis de la medida dentro de su ecosistema permite deducir más trampas. Oyendo a mis amigas políticas hablar de cómo con su presencia están mejor representadas las mujeres (aunque, como digo, esto no tiene en España evidencia empírica, dado que las mujeres, como los varones, hacen exactamente lo que les dicen sus directivos, invariablemente varones), viendo, por tanto, cómo defienden tan elevados y nobles intereses, parece pasar a segundo plano el hecho, menos idílico, de que la lucha entre compañeros y compañeras en el seno del propio partido por los cargos es sin cuartel y que el ideal de la igualdad entre sexos les proporciona una herramienta útil de competición. Por supuesto que esto es legítimo. Lo que es menos legítimo es que se oculte que detrás de la defensa de la igualdad hay, en este punto, ideales colectivos, pero también intereses estrictamente personales (en el marco de feroces luchas intrapartidistas). Y, además, con la creciente presencia de la cuota para mujeres (a la que hay que añadir la de jóvenes), se ha reforzado aún más el poder de las directivas de los partidos, que han podido eliminar a eventuales competidores (varones) en beneficio de chicas jóvenes e inexpertas, y encima vendiendo este golpe de mano al electorado como un triunfo de la democracia. Esta última afirmación requeriría estudios empíricos que no existen, pero personalmente conozco varios casos en varias circunscripciones. El dato a retener es que no es (necesariamente y a pesar de las apariencias) más democracia todo lo que reluce como tal (sino, acaso, a veces justo lo contrario, un refuerzo encubierto de las élites).

Vayamos ahora derechamente al escenario jurídico. Los argumentos usualmente invocados cuestionan la compatibilidad de la medida con el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y con los derechos de participación política del art. 23 de la Constitución.

Veamos el primer argumento. Ruiz Miguel sostiene que la medida en examen no es una discriminación positiva, ni tampoco una acción positiva, aunque en su texto la trata en algunos pasajes como tal (por ejemplo, cuando recuerda algunas sentencias del Tribunal Constitucional sobre acciones positivas o cuando recomienda para ellas la nota de temporalidad). El recurso del Grupo Popular considera, por el contrario, que se trata de una discriminación positiva (aunque, todo hay que decirlo, este recurso, que es breve, de tan sólo 27 folios, tiene una factura técnica bastante pobre –desde luego no han leído, o al menos no con aprovechamiento, ni al profesor Ruiz Miguel ni a mí ni a otros–: entre otros errores de grueso calibre, confunde “acciones positivas” y “discriminaciones positivas”). Pues bien, para añadir más ruido al debate, yo creo (en contra de las dos posturas señaladas) que se trata de una medida de acción positiva. Coincido con Ruiz Miguel en que no es discriminación positiva porque no hay “inocente víctima masculina”, es decir, no es una regla de preferencia o una cuota que tenga “ganadores” y “perjudicados” concretos (salvo, eventualmente, en un caso al que luego aludiré). La medida se formula de modo neutro: sus destinatarios son ambos sexos, ninguno de los cuales puede superar un 60% de miembros en la lista electoral. Así pues, ambos sexos son tratados de modo idéntico. Pero esta identidad de trato, esta neutralidad de la formulación de la medida no significa que sea “neutral” desde el punto de vista del género: evidentemente, esta medida persigue asegurar una representación mínima de las mujeres, como demuestra una lectura literal, sistemática, histórica y teleológica de la Ley. Una acción positiva es un trato jurídico diferente y ventajoso para un grupo social en desventaja fáctica. Ciertamente, desde el punto de vista



formal, la nueva regulación no introduce una ventaja jurídica específica para las mujeres, ya que trata a los dos sexos de modo idéntico, pero sí lo hace desde el punto de vista de su contenido, asegurando un porcentaje mínimo, que es más alto que el que nunca hemos tenido en nuestra historia, de representación femenina.

Se trata, pues, a mi juicio, de una acción positiva (formulada técnicamente de modo impecable, por cierto). Ahora bien, ¿discrimina esta acción positiva a los varones por razón de su sexo? El profesor Ruiz Miguel entiende que no. El recurso del Grupo Popular que sí, argumentando que al establecer la nueva norma un porcentaje de puestos adjudicable a cada sexo, podría suceder que un varón (o incluso una mujer) quisieran formar parte de una candidatura pero finalmente no podrían hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido (esto limitaría indebidamente el derecho de sufragio pasivo, la elegibilidad). Este argumento no me parece consistente, entre otras razones porque nadie tiene derecho a ver su nombre en una lista electoral. Los ciudadanos podemos participar de modo libre en los procesos electorales pero esto no significa, obviamente, que lo podamos hacer del modo en que queramos vinculando las voluntades de terceros. Si no tenemos derecho a figurar en la lista electoral, no se vulnera ningún derecho si no aparecemos en ella (da igual la razón, siempre que se respete la normativa interna del partido).

A mi juicio, la nueva norma sí puede, quizás, lesionar el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, pero por otras razones, concretamente dos.

1ª

El porcentaje del 40% de representación femenina mínima podría ser discriminatorio por razón de sexo hacia los miembros varones de un partido político cuya militancia femenina fuera inferior al 40%. En ese caso, las mujeres militantes del partido tendrían un trato jurídico diferente y privilegiado respecto de sus compañeros varones, que serían peor tratados que sus compañeras mujeres sólo en atención a su sexo; es decir, habría un supuesto de discriminación positiva altamente discutible.

2ª

La Sentencia 128/1987 del Tribunal Constitucional que cita el profesor Ruiz Miguel, la primera que acuñó en nuestro ordenamiento el concepto de acción positiva a favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres, estableció también el criterio o estándar de las medidas válidas de acción positiva (por una parte) y de las medidas inválidas paternalistas o falsamente protectoras (por otra parte). Es crucial esta distinción. Pues bien, es muy interesante el concepto de medida paternalista, esto es, de un trato jurídico diferente y aparentemente favorable para las mujeres (el ordenamiento franquista estaba plagado de ellos: prohibición de ciertos trabajos penosos, del trabajo nocturno, de las cláusulas de celibato, etc.), pe-

ro que, de hecho, no supone un avance real de la igualdad de oportunidades de las mujeres, sino un retroceso porque se trataría (presuntamente) mejor a las mujeres ya que se considera que no pueden defenderse por ellas solas en la arena social y/o política y, en atención a su debilidad, serían dignas de especial protección. El establecimiento de una cuota de sexo electoral puede ser, levantado el velo de las apariencias, una medida paternalista en la medida en que, a diferencia de otros colectivos sociales en desventaja, las mujeres son la mayoría estadística de la población. Las mujeres pueden (y deben) defenderse por sí mismas. Si, pese a todo, no lo hacen es, ciertamente, porque hay complejas inercias culturales que lo impiden u obstaculizan. El techo de cristal es, en realidad, de hormigón armado más o menos transparente. El problema de fondo es el reparto no equitativo de tiempos entre vida laboral (y la política es un trabajo que requiere mucho tiempo) y vida privada de hombres y mujeres. De acuerdo. Esto matiza la sospecha del paternalismo, ¿pero, en el año 2007, la elimina por completo? Tengo dudas.

Con todo, los principales argumentos que pugnan contra la nueva norma provienen de los derechos de participación política del artículo 23 de la Constitución. Ruiz Miguel sostiene que no fragmenta la representación política porque, a diferencia de otros rasgos (étnicos, nacionalistas, etc.), la cuota sexual electoral no pretende atribuir a las mujeres una representatividad propia y separada del resto, sino transversal a todas las ideologías y partidos. Me parece que este argumento vale en relación con los partidos nacionalistas, pero no respecto del rasgo del origen étnico o racial (y de otros: discapacidades, por ejemplo), que también sería transversal a todas las ideologías y partidos (por ejemplo, si se estableciera una cuota mínima de representación en las listas electorales de gitanos, gitanas y otras minorías). Además, la cuota electoral racial estaría más justificada, en pura lógica democrática, que la sexual en la medida en que los gitanos o gitanas y otras minorías étnicas sí son una minoría aislada y sin voz que no puede defenderse por sí mismos en la arena política, que son víctimas de prejuicios sociales más graves que el que sufren las mujeres, auténticos “estigmas”, y que tienen un nivel socio-económico sensiblemente peor que el de la mayoría de la población (a diferencia del colectivo de mujeres, que engloba mujeres ricas y pobres). Si se acepta la cuota electoral sexual no veo razón para no admitir (incluso con mayor motivo) la cuota electoral racial y quizás otras. Esto no invalida por sí mismo la cuota electoral sexual, pero la sitúa en un escenario de pendiente resbaladiza que amenaza con transformar el concepto vigente (más bien, el mito desvenecado vigente) de la representación política. Esto no me escandaliza. ¿No es acaso ya el Parlamento un Parlamento de grupos de intereses? El problema (más de orden político que jurídico) es establecer cuotas electorales menos necesarias que otras.



Hasta ahora, debo confesarlo, no he aportado ningún argumento político o jurídico incontestable en contra de la nueva regulación. La tesis jurídica más potente contra ella es, sin embargo, la siguiente: la imposición de un porcentaje de sexos en las listas electorales limita en exceso la potestad de los partidos políticos de auto-organizarse y de presentar a las competiciones electorales los miembros que consideren con toda libertad más adecuados (no en atención al mérito, por cierto, rasgo que, como muy observa Ruiz Miguel, opera para el acceso a la función pública pero no para los cargos públicos). La exigencia legal de la composición paritaria de las listas electorales constituye claramente un límite de la libertad de la libertad de presentación de candidaturas, libertad que es la proyección inmediata del derecho de acceso a la competición por parte de los sujetos que aspiran a convertirse en competidores electorales y contenido, tanto del derecho constitucional de acceso a los cargos representativos, como de la propia libertad de sufragio entendida en su vertiente objetiva favorecedora de la maximización de la oferta electoral, así como del derecho de asociación en la medida en que la elaboración de las candidaturas es una manifestación de la libertad de organización y funcionamiento interno de los partidos; sin olvidar tampoco la propia libertad ideológica de los partidos (que, al verse limitada, cercena la idea de una democracia pluralista). Por ser provocador: ¿por qué es posible excluir en nuestro ordenamiento un partido que quisiera presentar sólo varones en sus listas? ¿Por qué no iban a poder hacerlo? Que les castigue el electorado, pero que no les censure previamente el Estado (salvo, claro está, que propugnaran la discriminación, la violencia sexista, etc.).

Ruiz Miguel considera también que la nueva regulación introduce un límite, pero justificado (en atención a la finalidad de la igualdad entre mujeres y hombres) y proporcionado (porque se trata de un porcentaje razonable, menos radical que el de cremallera). Ahora bien, si es un límite de un derecho fundamental (o varios en realidad: libertad de asociación, de libertad ideológica, de participación política de los partidos), esto desencadena inmediatamente el sistema inmunológico propio de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como límite de los límites de los derechos. Pues bien, uno de los elementos típicos de este principio es de intervención mínima o indispensabilidad de la medida: un límite de un derecho fundamental no es proporcionado en sentido amplio si puede obtenerse el mismo fin con cualquier otra medida menos gravosa para el derecho fundamental. ¿Hay otras medidas menos limitativas que pudieran resultar igualmente eficaces (en un contexto donde la realidad ya se acerca –o incluso supera en algunos casos– lo previsto por la nueva norma)? Evidentemente, sí: la auto-regulación de los propios partidos, junto con las subvenciones electorales específicas de fomento de la participación femenina, etc., como está previsto en Alemania, Austria, Holanda, Dinamarca, etc. Se vulnera también el derecho

a participar políticamente de los partidos en la medida en que éstos pueden encontrar dificultades en algunas circunscripciones para componer listas “equilibradas”. La excepción de la regla para los municipios de más de tres mil habitantes, precisamente en lugares del medio rural donde la presencia femenina es particularmente necesaria, aunque busca justamente impedir que los partidos o agrupaciones tengan problemas a la hora de confeccionar las listas, es discutible (las mujeres de estos pueblos pueden verse discriminadas respecto de las mujeres de los municipios de más de tres mil habitantes) y hace perder los efectos innovadores de la medida precisamente allí donde podrían ser más visibles. El espectáculo de la reducción al absurdo ofrecido por el Partido Popular en Garachico (donde presentó una lista integrada exclusivamente por mujeres) está pendiente del recurso ante el Tribunal Constitucional. El propio Ruiz Miguel tiene que enfrentarse –honestamente– al caso no tan de laboratorio de partidos feministas que se verán obligados a presentar varones en sus listas. Para superar esta contradicción (que atenta contra su ideario y su libertad de organización), propone para estos casos permitir optar entre el sistema de cuotas o el de candidaturas de un único sexo. El caso es que la Ley no lo contempla ni es previsible que lo haga en el futuro, poniendo groseramente de manifiesto en este supuesto la excesiva restricción de la participación política de los partidos en que incurre. El someter a temporalidad la medida, como propone Ruiz Miguel, evidencia su carácter en gran medida excepcional, pero no puede legitimar el exceso en que incurre en tanto dure. Algunos autores y autoras apelan al mandato del artículo sexto de que la organización y funcionamiento de los partidos ha de ser democrático para amparar la legitimidad de las cuotas, pero yo no comparto esta tesis, entre otras razones porque, hasta el momento, esta cláusula ha venido interpretándose en nuestro ordenamiento con un contenido (quizás demasiado) leve y formal o procedimental ³.

Acabo ya. Las razones expuestas conspiran contra la nueva regulación y permiten calificarla de ambigua, así como de considerar problemático su acomodo en el texto constitucional, aunque las tesis que he defendido aquí son, lo reconozco, bastante discutibles y tampoco la norma generará grandes cambios en nuestros hábitos políticos, por lo que podría mantenerse sin sobresalto alguno. Aunque discutamos la anécdota de la eficacia y la validez de algunas bienintencionadas medidas como ésta, la categoría sigue siendo cómo superar el déficit de ciudadanía que pesa sobre las mujeres. Muchas gracias.

3

Y, por cierto, volviendo al ejemplo anterior, si en una circunscripción un partido o agrupación tiene un porcentaje de afiliadas sensiblemente menor al porcentaje del 40%, ¿la democracia interna conduciría a aplicar la cuota mínima del 40% para los cargos o a que hubiera una representación más o menos equivalente al distinto porcentaje de afiliación que unos y otras tienen? (en el primer caso, una minoría tendría más “derechos” que la mayoría).

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**
Serrablo, 113. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**
P.º Barrón Segoñe, 7 bajos. Teléfonos 974 454 196 – 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **LA JACETANIA**
Levante, 10. Teléfono 974 356 735. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**
Doctor Flemig, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **LOS MONEGROS**
Avda. Huesca, 24 (pasaje comercial). Teléfono 974 570 701. Sariñena.
- **RIBAGORZA**
Ángel San Blacat, 6. Teléfono 974 540 385. Graus.
- **SOBRARBE**
La Solana, s/n. Teléfonos 974 500 909 – 699 319 053. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**
P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**
Mayor, 2 bajo dicha. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**
Lorente, 45. Teléfono 978 826 474. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**
Plaza de la Villa, 1. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILOCA**
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.
- **MAESTRAZGO**
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 884. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**
Portal de Molina, 16. Teléfono 978 704 024. Albarracín.
- **TERUEL**
San Francisco, 1, planta baja. Teléfono 978 641 050. Teruel.

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**
Plaza de España. Ayuntamiento. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
Avda. Cosculluela, 1. Teléfono 976 661 515. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 613 005. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**
Santa Teresa de Jesús, 30-32. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es



EL IAM ofrece Asesorías y Servicios gratuitos que trabajan de forma coordinada para conseguir una asistencia personalizada, integral y eficaz. Funcionan con cita previa.

ASESORÍA JURÍDICA

En principio se orientó el servicio a la atención a mujeres maltratadas y agredidas sexualmente, pero actualmente se atiende todo lo relativo a la discriminación de la mujer en todos los campos de actuación jurídica.

ASESORÍA PSICOLÓGICA

La atención y el trabajo se desarrolla de forma individualizada, ofreciendo ayuda a las mujeres, proporcionándoles tanto información como apoyo psicológico y dotándolas de recursos que les permitan afrontar los conflictos cotidianos.

El trabajo de prevención lo realiza fundamentalmente con la asistencia a reuniones de asociaciones de mujeres, charlas a las mismas sobre temas psicológicos y el desarrollo de cursos y seminarios específicos sobre autoestima, asertividad, habilidades sociales, etc.

ASESORÍA LABORAL

iاملaboral@aragon.es

Ofrece asesoramiento presencialmente en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel y por teléfono, carta o correo electrónico, mediante:

- Recepción de demandas de búsqueda de empleo.
- Ofertas de empleo: estudio.
- Proposición sobre mejoras en cuanto al acceso al empleo.
- Individualización del proceso de búsqueda de empleo.
- Oferta formativa.

ASESORÍA EMPRESARIAL

iamza@aragon.es

Ofrece asesoramiento empresarial para las mujeres que pretenden crear su propio puesto de trabajo mediante:

- Información.
- Asesoramiento: Estudio de viabilidad económico-financiera, planificación a tres o cinco años de las inversiones, cuando sea necesario. Fiscal. Sobre la búsqueda de socios/as. Sobre el acceso al mercado.
- Acciones de Motivación.
- Seguimiento: Apoyo en la gestión. Contactos con organismos, instituciones y otras empresas. Nuevas ayudas. Seguimiento y apoyo a la emprendedora durante toda la vida del proyecto.
- Programa inf@empresarias. Envía a las empresarias información periódica y asesoramiento a su dirección de correo electrónico.

ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones.



ESPACIO

SERVICIO DE ATENCIÓN PSICOLÓGICA A HOMBRES CON PROBLEMAS DE CONTROL Y VIOLENCIA EN EL HOGAR

Atiende hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, que hayan sido actores de malos tratos a mujeres y niños/as, en el marco de las relaciones familiares o similares, desarrollando con ellos un tratamiento psicológico adecuado. El objetivo es asegurar el bienestar psicológico de las mujeres víctimas de maltrato tanto en caso de separación como de mantenimiento de la relación y prevenir posteriores situaciones violentas.

C O N T E N I D O

Editorial.....	5
----------------	---

DERECHO ESPAÑOL

En memoria del Prof. Rivero Lamas Por Dr. Gabriel García Cantero. Catedrático de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.....	6
---	---

Legislación

La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres. Por Dra. María Elósegui Itxaso. Profesora Titular de Universidad de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.....	7
---	---

Constitucionalidad y marco jurídico de la Ley sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Por José Luis Requero. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.....	22
--	----

Tiempo y Género. Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.....	36
--	----

La Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres frente a la violencia de género. Por Dra. Pilar Rivas Vallejo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona. Magistrada suplente de la Sala Social del TSJ de Cataluña.....	42
---	----

Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Madrid. Sección 24ª	56
--	----

FORO DE DEBATE

En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres. Por Dr. Alfonso Ruiz Miguel. Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.....	60
--	----

La presentación equilibrada en los partidos políticos. Por Dr. Fernando Rey Martínez. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.....	69
---	----