AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 13

JULIO-DICIEMBRE 2003

PERIODICIDAD SEMESTRAL

AEQUALITAS
Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres

Número 13 Julio-Diciembre, 2003

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO
Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

SUBDIRECTORA

ELENA ALLUÉ DE BARO
Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA DE REDACCIÓN

ANA TRICIO GALÁN
Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón

SECRETARIA TÉCNICA

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

VOCALES

- JUAN RIVERO LAMAS
  Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
  Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.
- 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 ROMEO FERRER
  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.
- JOAQUINA SARDÁ ARASA
  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.
- OLGA SÁNCHEZ TORRES
  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.

  Paseo María Agustín, 38. 50004 Zaragoza
  Tel. 976 445 211
  E-mail: iam@aragob.es
- Universidad de Zaragoza.
  Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza
  Tel. 976 761 000
  E-mail: elosegui@posta.unizar.es

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99 **ISSN:** 1575-3379

CONSEJO ASESOR

- ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE
  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.
- BENJAMÍN BLASCO SEGURA
  Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS
  Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- VEGA ESTELLA IZQUIERDO
  Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.
- RAFAEL SANTACRUZ BLASCO
  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.
- JOSÉ VICENTE MONTÓN ZURIAGA
  Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.
- MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO
  Catedrático de Derecho del Trabajo y de 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
  Rectora de la Universidad de La Rioja. 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
  Decana Facultad de Medicina. Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza.
  Médica Forense. Psiquiatra.
- TERESA PÉREZ DEL RÍO
  Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
  Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.
- FERNANDO REY MARTÍNEZ
  Profesor Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.
- PALOMA DURÁN Y LALAGUNA
  Directora Gabinete Secretaría General de Asuntos Sociales.
  Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- 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 Asociada 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
  Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
  Facultad de Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional.
- ASUNCIÓN VENTURA
  Profesora Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.
- CRISTINA SAN ROMÁN GIL
  Técnica Jurídica. 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

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

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 (Tel. 976 761 433. 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 (elosegui@posta.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 de los miembros del 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.

El mainstreaming de género es un término que forma parte del acervo del Derecho comunitario, y que se incluye en el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, presente en la actualidad artículos 2 y 3.2 del Tratado de la UE. Según el Consejo de Europa, dicho término significa "la organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas". La Comisión Europea ha activado tres estructuras diferentes para promoverlo; el Grupo de Comisarios para la igualdad de oportunidades, el grupo inter-service para la igualdad de género y el Comité Consultivo sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Recogimos ya en la revista el Quinto Programa para la igualdad de género (2001-2005) de la Comisión.

A otro nivel, recién aprobado a nivel nacional, el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006), las distintas Comunidades Autónomas están promulgando leyes para la igualdad, no ya meros planes, sino textos legislativos. De momento se han promulgado las siguientes nuevas leyes de igualdad de mujeres y hombres: la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, del Parlamento de Navarra, (BOE nº 13, de 15 de enero de 2003), Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, (BOE nº 71 de 24 de marzo), Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, de la Comunidad Autónoma Valenciana, (BOE nº 10 de 8 de mayo), y el Primer Borrador de Anteproyecto de Ley para la igualdad de Mujeres y Hombres de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

A nivel de reformas legislativas nacionales señalamos el Real Decreto-Ley 272003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, que afecta a la situación laboral de las mujeres en dos aspectos. Se modifica el apartado 9 del número «Tres incentivos» del artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de manera que "Los contratos de trabajo y relaciones a que se refiere el apartado 4 del número uno de este artículo darán derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 por 100 durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el periodo de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, de acuerdo con lo establecido en el citado apartado". La otra medida que afecta a las mujeres es la reducción de la cotización para los jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: "En el supuesto de que en el momento del alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los trabajadores tengan treinta o menos años de edad, la base de cotización será la elegida por ellos entre el 75 por ciento de la base mínima y hasta la cuantía de la base máxima, fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio y durante los tres años inmediatamente siguientes a la fecha de efectos de dicha alta. Lo previsto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación a las mujeres que en el momento del alta inicial en el citado Régimen Especial tengan 45 o más años. En los supuestos previstos anteriormente, y a efectos del cálculo de la base reguladora de las correspondientes prestaciones, se tomarán en cuenta las bases sobre las que efectivamente se haya cotizado".

Por último, dedicamos parte de este número a una cuestión controvertida, la legislación sobre la prostitución en Europa partiendo de un artículo de fondo detallado sobre la legislación vigente en varios países de nuestro entorno europeo, que se dividen entre el prohibicionismo, el abolicionismo, el reglamentismo o el regulacionismo. Es un tema real que afecta hoy a muchas mujeres inmigrantes y que en ocasiones se oculta o se trata con gran hipocresía social. No hay acuerdo sobre qué medidas son las más justas o más dignas.

La L.O. 11/8003 de 29 de septiembre de Medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que ha entrado en vigor el 1 de octubre de este año ha modificado el artículo 188 del C.P. declarando delito "al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma".

Como es sabido, AEQUALITAS no se suma a una u otras de las opiniones expresadas por los autores o autoras en los artículos publicados, más especialmente en temas tan controvertidos como el mencionado. Simplemente ponemos sobre la mesa un debate no resuelto y animamos a participar en él a quien desee expresar cualquier otro punto de vista desde un planteamiento jurídico.

María Elósegui Itxaso

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista AEQUALITAS

POR
EMANUELA LOMBARDO.
Investigadora postdoctoral.
Universidad de Zaragoza.
Investigadora Senior
proyecto europeo MAGEEQ:
Mainstreaming Gender Equality
in the European Union.

EL *MAINSTREAMING*.

La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea

1. EL CONCEPTO DE *MAINSTREAMING* DE GÉNERO

La estrategia más reciente de la política de igualdad entre mujeres y hombres de la Unión Europea (UE) se conoce como *mainstreaming* de género, que en España se ha traducido con el término 'transversalidad'. El *mainstreaming* de género fue asumido explícitamente por la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas que se celebró en Pekín en 1995. La Plataforma de Pekín requiere a 'los gobiernos y otros actores promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género, en todas las políticas y programas, para que, antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente' [1].

¿Qué se entiende por *mainstreaming* de género? La definición actualmente más completa y detallada nos la facilita el Grupo de expertos del Consejo de Europa:

'El *mainstreaming* de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas' [2].

La definición del Grupo de expertos/as del Consejo de Europa, que se refiere principalmente al ámbito de la Unión Europea, destaca cinco elementos clave en la estrategia del *mainstreaming* de género:

1

Un cambio en el concepto de igualdad de género, más amplio del existente.

Dicho concepto incluye no solamente igualdad de *jure* sino también *de facto*. Esta última requiere la adopción de una variedad de estrategias, desde la igualdad de oportunidades a las acciones positivas, al *mainstreaming* y a otros instrumentos. Además se exige la aplicación de 'una perspectiva de género y no un enfoque limitado a los problemas de las mujeres' [3], lo cual significa tener en cuenta las relaciones entre mujeres y hombres y el papel que cada género desempeña en afectar las oportunidades y el estilo de vida del otro. Una noción más amplia de igualdad necesita asimismo un enfoque más global que combata explícitamente el sistema patriarcal, centrándose en las causas múltiples y entretejidas que crean una relación desigual entre los sexos a desventaja de las mujeres en distintos sectores (familia, trabajo remunerado, política, sexualidad, cultura, violencia masculina) [4].

2

La incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante.

Esto significa 'abordar los problemas de igualdad de género dentro de las tendencias dominantes de la sociedad, siendo las tendencias dominantes las direcciones, las organizaciones y las ideas que crean decisiones sobre política y los recursos que contemplan políticas generales o específicas tales como, por ejemplo, la educación o el transporte. Por lo tanto, el *mainstreaming* significa que los problemas de igualdad de género tendrían que ser tratados dentro del trabajo sobre la educación, o sobre el transporte' [5]. Referencias a los temas de género y consideraciones relativas a la medida en la que una iniciativa política podría afectar a mujeres y hombres de forma diferente/discriminatoria (y a cómo ésto se podría evitar) deberían encontrarse en cada ámbito político.

3

La inclusión y la participación de las mujeres en instituciones y procesos de toma de decisiones.

El *mainstreaming* de género requiere conseguir la democracia paritaria, que es la igual representación de mujeres y hombres en la toma de decisiones. Un número siempre creciente de provisiones de la Unión Europea sostienen la necesidad de una participación equilibrada de mujeres y hombres en el proceso de toma de decisiones y en los comités y grupos de expertos de la Comisión [6]. La Decisión de la Comisión 2000/407 recomienda que la participación de las mujeres debería ser al menos del 40%.

4

La prioridad dada a las políticas de igualdad de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres.

(Como por ejemplo las políticas social y familiar), con el objetivo de conseguir la igualdad sustancial. Se necesitan pruebas de que los objetivos de igualdad de género y las políticas que afectan especialmente a las mujeres hayan tenido prioridad sobre otros objetivos importantes (en términos de recursos financieros y humanos, tipo de medidas adoptadas, etc.).

5

Un cambio en las culturas institucional y organizativa.

Tres aspectos se pueden destacar en este cambio: a) el proceso político; b) los mecanismos políticos; c) los actores políticos.

1
Ver PLATAFORMA DE PEKÍN, párrafos 79, 105, 123, 141, 164, 189, 202, 229, 238, 252, 273.

2
CONSEJO DE EUROPA, Mainstreaming de género. *Marco conceptual, metodología y presentación de "buenas prácticas". Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS)*, (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, pp. 26.

3
CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, pp. 32.

4
WALBY, S. *Theorizing Patriarchy*, Oxford, Blackwell, 1990.

5
CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, pp. 25.

6
Véase CONSEJO, 'Recomendación 96/694 del Consejo relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en el proceso de toma de decisiones', *DOCE* (1996) L 319/11; CONSEJO, 'Decisión 182/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo', *DOCE* (1999) L 26/1; COMISIÓN, 'Decisión 2000/407 sobre el equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión', *DOCE* (2000) L 154/34; COMISIÓN, 'Comunicación de la Comisión a los Estados Miembros sobre la Decisión relativa a equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión', *DOCE* (2000) C 203/4.

A

Un cambio en el **proceso político** quiere decir que este último 'se reconstruye para que los actores comúnmente involucrados tengan en cuenta una perspectiva de género y se alcance la meta de la igualdad de género' [7]. Como explica el Grupo de expertos/as del Consejo de Europa, esto puede significar tanto que 'el proceso de política se reorganice de forma que los actores ordinarios sepan como incorporar una perspectiva de género' como que la competencia de género (es decir los expertos y expertas en este ámbito) se incluya 'como un requerimiento normal para los que toman decisiones' [8].

B

Un cambio en los **mecanismos políticos** exige dos condiciones:

1. Una *cooperación horizontal* en asuntos de género entre todos los ámbitos, departamentos y niveles (nacional, regional y local) políticos. La coordinación interdepartamental se suele enfrentar con obstáculos como la parcelación característica de la estructura burocrática del trabajo institucional, la poca costumbre de trabajar en equipo y de forma coordinada, y el carácter jerárquico, es decir vertical, de la cultura de trabajo existente, mientras que la transversalidad requiere que todo el mundo esté al mismo nivel, es decir horizontalidad. A estos se puede añadir la escasa concienciación en igualdad de género, e incluso resistencia a trabajar en asuntos de igualdad debido a prejuicios culturales sexistas, tanto por parte de responsables técnicos como políticos.
2. El uso de *herramientas y técnicas* adecuadas para integrar la variable de género en todas las políticas, hacer un seguimiento y evaluar estas últimas desde la perspectiva de género. La recogida de datos estadísticos desagregados por género y la realización de encuestas, pronósticos o análisis de coste-beneficio desde una perspectiva de género permiten trazar con mayor precisión la situación socioeconómica de ambos sexos y ofrecen información sobre el impacto que puedan tener las decisiones políticas en las diversas condiciones de vida de mujeres y hombres. Los métodos de evaluación del impacto de género permiten analizar *ex ante* las consecuencias que una determinada propuesta política podría tener para la igualdad de género, con el fin de poder remediar los efectos negativos antes de que se tome la decisión. 'Un análisis desde una perspectiva de género ayuda a ver si las necesidades de las mujeres y de los hombres se tienen en cuenta igualmente y si han sido atendidos en la propuesta' [9].

C

Un cambio en los **actores** que participan en el proceso político requiere la ampliación de estos que incluya no solamente los actores ordinarios de la política y de la administración, sino también los expertos en igualdad de género (como los organismos de promoción de la igualdad de género nacionales, regionales y locales) y la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, grupos de interés, asociaciones, movimientos sociales y representantes de trabajadores/as y empresarios/as). Para la puesta en práctica del *mainstreaming* de género se consideran necesarios tanto la apertura de nuevos canales de consulta de y cooperación con actores de la sociedad civil, como el reforzamiento de los canales existentes.

Conforme a las recomendaciones de los expertos del Consejo de Europa, una correcta aplicación del *mainstreaming* de género exige el cumplimiento de los cinco requisitos descritos, es decir un concepto más amplio de igualdad de género, la incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante, la participación equilibrada de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, la prioridad otorgada a las políticas de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres, y un cambio de las estructuras institucional y organizativa que afecta al proceso político, los mecanismos, y los actores políticos.

2. EL *MAINSTREAMING* DE GÉNERO EN EL DERECHO COMUNITARIO

El *mainstreaming* de género ha sido recogido en el derecho comunitario en dos artículos del Tratado de Amsterdam tres Programas de Acción Comunitarios y un numero creciente de provisiones de legislación '*soft*' (es decir, regulaciones no vinculantes). El Tratado de Amsterdam de 1997 ha reconocido un papel prominente al *mainstreaming* de género a través de la introducción de un nuevo Artículo 2 que establece la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Unión (junto con la convergencia económica y la promoción del empleo). Sin embargo, el Artículo que más encarna el espíritu de la nueva estrategia es el nuevo Artículo 3.2 que obliga a la UE *en todas las actividades* que desarrolla para cumplir con sus objetivos de tratar de eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

El *mainstreaming* de género se mencionó en el Tercer Programa de Acción Comunitario sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de la Comisión Europea (1991-1995), pero ha sido recogido más plenamente en el Cuarto y Quinto Programa de Acción de la Comisión para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000 y 2001-2005). Hay que destacar que el término

7 CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, p. 28.

8 CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, p. 27.

9 CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, p. 55.

10 COM(2000) 335 final.

11 Véase la nota número 6.

12 PARLAMENTO EUROPEO, *Follow-up on Gender Mainstreaming commitments in Public Hearings with Commissioners*, PE286.990, Encuentro del Comité para los derechos de la mujer, 22 Marzo 2000.

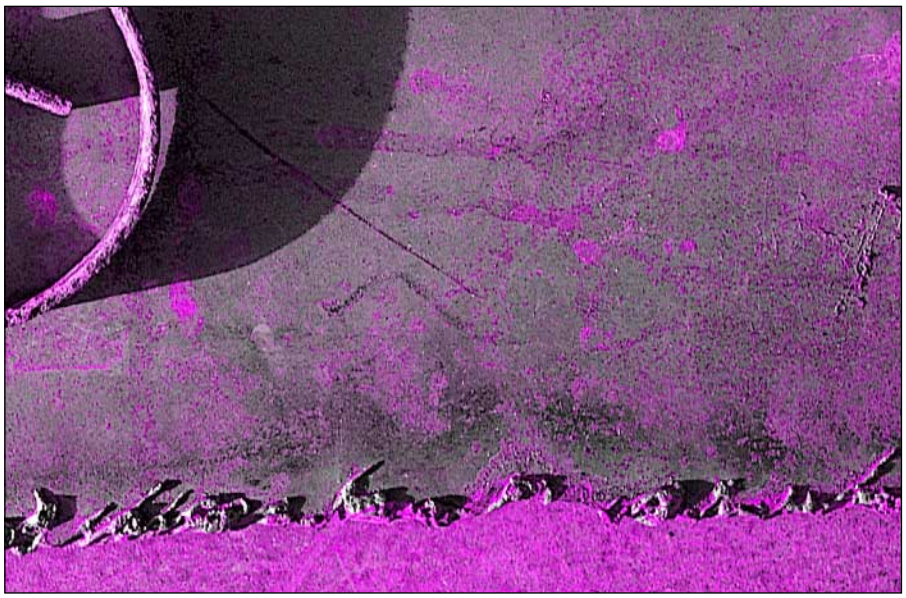
'género' ha aparecido en años recientes en los documentos oficiales de la UE, concretamente en el Quinto Programa de Acción para la igualdad de género (2001-2005) [10]. lo cual sugiere que está teniendo lugar un cambio en la Comisión desde un enfoque limitado a la igualdad de oportunidades hacia otro más global y comprensivo (por lo menos a nivel de lenguaje).

La legislación '*soft*' en materia de *mainstreaming* de género incluye, entre otros documentos [11]. una Comunicación de la Comisión 96/67 para 'Incorporar la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres en todas las políticas y actividades de la Unión' y una Recomendación 96/694 sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en el proceso de toma de decisiones, que intentan contrastar la grave infra-representación de las mujeres en las instituciones y comités de toma de decisiones.

La Comisión Europea ha activado tres estructuras diferentes para promover el *mainstreaming* de género, que son el Grupo de Comisarios para la igualdad de oportunidades, el grupo *interservice* para la igualdad de género y el comité consultivo sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Involucrando actores diferentes en la Comisión, estas estructuras intentan asegurar una responsabilidad más amplia para asuntos de género en áreas donde previamente no existía.

El Parlamento Europeo (PE) se ha mostrado muy activo en el seguimiento de la aplicación de la estrategia del *mainstreaming*. En 1999 el Comité para los Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo comenzó a investigar el compromiso de los Comisarios hacia el *mainstreaming* de género a través de cuestionarios y audiencias públicas. A pesar de las escasas respuestas a esta iniciativa, el Comité para los Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo está decidido a seguir comprobando el compromiso hacia el *mainstreaming* de género exigiendo a cada Comisario que presente un informe sobre el estado de implementación del *mainstreaming* al que su Dirección General se ha comprometido [12].

Iniciativas como esta, que el principio del mainstreaming justifica, están diseñadas para mejorar la responsabilidad y transparencia de los compromisos institucionales hacia la política de género. El Quinto Programa para la igualdad de género (2001-2005) de la Comisión es otro avance en esta dirección debido a que incluye cinco objetivos estratégicos cuya realización debe ser evaluada. En definitiva, parece que los organismos de igualdad de la Comisión y Parlamento europeos se han activado para asegurar que los altos cargos de estas instituciones apliquen de forma más efectiva el mainstreaming a través de herramientas de seguimiento y evaluación.



En último lugar es oportuno mencionar como ha sido recogido el mainstreaming de género en las dos Convenciones Europeas que han redactado respectivamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (1999-2000) [13] y el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (Febrero 2002-Julio 2003) [14]. La Carta, aunque no menciona explícitamente la nueva estrategia, incluye en su Artículo 23 ('La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución') un aspecto fundamental del mainstreaming que es la introducción horizontal de la igualdad de género en todas las áreas políticas. El Proyecto de Tratado Constitucional de la UE respeta el acervo comunitario en cuanto al mainstreaming de género, que está representado respectivamente por el Artículo 2 del Tratado de la UE (I-3 en el Proyecto de Constitución para Europa) relativo a la introducción de la igualdad de género como uno de los objetivos de la Unión, y el Artículo 3.2 del Tratado de la UE (III-2 en el Proyecto de Constitución para Europa) sobre la obligación de la UE de tratar de eliminar las desigualdades y de promover la igualdad de género en todas las actividades que desarrolla para cumplir con sus objetivos. Sin embargo, la inclusión de estas referencias al mainstreaming, más o menos indirectas, no significa necesariamente que la estrategia haya sido efectivamente aplicada al proceso político de las dos Convenciones. Para examinar la medida en la que el mainstreaming se ha puesto en práctica en el proceso de redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del Proyecto de Tratado Constitucional de la UE sería necesario un análisis más profundo sobre la aplicación de la perspectiva de género a todos los aspectos del proceso político, que no puede realizarse en este artículo [15].

Entre los motivos por los que el mainstreaming de género está tardando en ser aplicado efectivamente en las instituciones y procesos políticos europeos cabe destacar el de una comprensión incorrecta del concepto. En muchos casos, el mainstreaming de género ha sido interpretado como una indicación de remplazar las políticas específicas de igualdad de género y los organismos competentes, pese a las recomendaciones del Grupo de expertos del Consejo de Europa de que esta última era una interpretación errónea de la estrategia. El Informe de los expertos/as advierte de que el mainstreaming y la política específica de igualdad forman una estrategia 'doble' y que ambos son necesarios para el conseguimiento de la igualdad real entre mujeres y hombres. En efecto, no es posible incorporar la perspectiva de género en la agenda política dominante sin el apoyo de los expertos/as en igualdad de género y sin la acción conjunta de todas las estrategias políticas para la igualdad actualmente existentes, desde la igualdad de oportunidades a las acciones positivas. La misma definición de mainstreaming de género, además, recomienda dar prioridad a los objetivos y a las políticas de género.

Sin embargo, incluso en la Unión Europea, que se considera generalmente uno de los organismos políticos más sensibles hacia temas de igualdad entre mujeres y hombres, el mainstreaming de género se tomó en un primer

13
Ver 2000/C 364/01. *http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_es.pdf*

14
CONVENCIÓN EUROPEA, 'Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa', 18 Julio 2003, CONV 850/03, *http://register.consilium.eu.int/pdf/es/03/cv00/cv00850es03.pdf*

15
Para un análisis preliminar de la aplicación del mainstreaming de género en el proceso de las dos convenciones europeas véase mi ponencia 'Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the two European Conventions on the Future of the EU and the Charter of Fundamental Rights', presentada a la Conferencia del ECPR, Marburgo, 18-21 Septiembre 2003.

16
GREGORY, J. *Gender Mainstreaming: closing the gap between theory and practice*, ponencia presentada a la conferencia sobre 'Women and Political Action: debating ways forward for feminists'. Middlesex University, 18 y 19 Junio 1999.

17
JAHAN, R. *The Elusive Agenda: Mainstreaming Women in Development*, London, Zed Books, 1995.

momento como un pretexto para cesar las políticas específicas de igualdad, diluir la competencia sobre género (no haría falta más personal experto sobre género, ya que todo el mundo repentinamente se convertiría en experto) y desmantelar la infraestructura creada para apoyar las políticas de género en la Unión Europea. Estudiosas de igualdad han alertado sobre la posibilidad de que una disolución de la competencia de género pueda ser acompañada por una disolución de responsabilidad en la planificación e implementación de la política de género, con el riesgo de que dicha política se convierta en 'la responsabilidad de todos, pero el trabajo de nadie' [16].

Además, el hecho que ahora la igualdad de género, al ser incluida en la agenda política dominante, ya es parte de las políticas generales podría dar la impresión incorrecta que los fondos y programas específicos sobre mujeres deberían desaparecer, debido a que no son necesarios. Ambas amenazas ya se han materializado en la Unión Europea, tanto la supresión de la competencia de género como el recorte de fondos específicos para mujeres. Lo demuestran la propuesta para la abolición del Comité para los Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo en 1998 (que al final fue retirada gracias a amplias movilizaciones de parlamentarios/as y organizaciones de mujeres) y la reciente sustitución del programa NOW (New Opportunities for Women, un programa específico para fomentar el empleo de las mujeres) con EQUAL (una iniciativa general para combatir la discriminación que no hace referencia específica a las mujeres como grupo discriminado).

La lección de estas dos experiencias es que el mainstreaming es una estrategia con beneficios potenciales pero también riesgos. Su ventaja principal es que la perspectiva de género se puede incorporar en la agenda política dominante y extenderse así a todos los ámbitos políticos, pero sólo si existe un compromiso político por parte de los responsables y funcionarios europeos de planificar e implementar políticas de género en todos los sectores de la Unión, manteniendo al mismo tiempo el enfoque sobre iniciativas dirigidas de forma específica a las mujeres. Una interpretación adecuada del significado del mainstreaming es fundamental para evitar errores en su aplicación que puedan perjudicar la actual situación de las políticas de género y obstaculizar el avance de las mujeres hacia la igualdad.

CONCLUSIONES

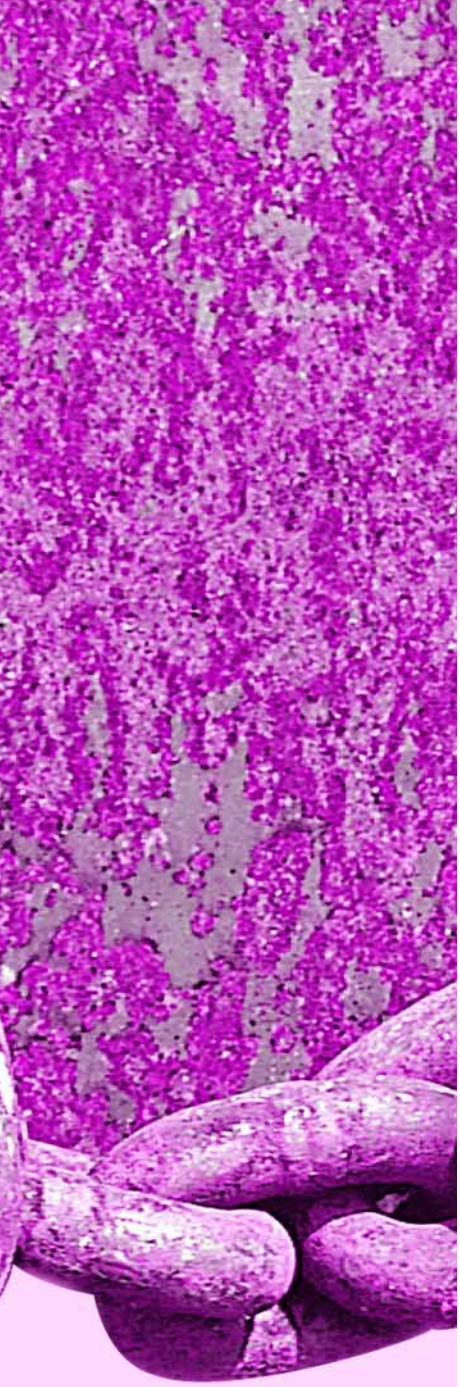
Desde la introducción del mainstreaming de género por parte de las Naciones Unidas antes y de la Unión Europea después, este concepto ha entrado a formar parte de la política nacional, o por lo menos de su diccionario. Sin embargo, hasta la fecha la tendencia en los países europeos ha sido la de adoptar un enfoque más 'integracionista' al mainstreaming, que pretende abordar los asuntos de género dentro del paradigma político existente y sin grandes cambios en la estructura institucional, en lugar de un enfoque de 'cambio de agenda' (agenda-setting), que implica la transformación y la redirección de la misma agenda política [17]. El enfoque de 'cambio de agenda' requiere transformaciones en las estructuras y en los procesos de toma de decisión, en la articulación de los objetivos, en la prioridad dada a los temas de género entre otros asuntos relevantes, y en general un replanteamiento de las configuraciones institucionales que apoyan la presente división del poder en la toma de decisiones.

Un primer paso hacia la aplicación del mainstreaming es una correcta comprensión del concepto. Esta debe ser asumida en primer lugar por parte de los actores políticos y administrativos de la Unión Europea, para poder representar un modelo de referencia para los países miembros y candidatos. Solamente después de una correcta interpretación de la estrategia se puede pasar a la puesta en práctica de la coordinación interdepartamental sobre temas de género, que exige cambios sustanciales en la estructura del trabajo institucional y burocrático, en las jerarquías de poder, y en la mentalidad y la postura hacia la igualdad de género. La puesta en juego del mainstreaming de género es una revolución en las relaciones humanas, políticas y laborales que tiene que ser asumida por todos los actores que participan en la elaboración, adopción e implementación de medidas políticas en los niveles europeo, nacional, regional y local.

POR SYLVIA GAY.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho,
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea.

Y EÑAUT OTAZO Y MARIAN SANZ.
Investigador/a del Seminario "Feminismo y Derecho",
Facultad de Derecho,
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea.

¿PROSTITUCIÓN = PROFESIÓN? UNA RELACIÓN A DEBATE



1. LIBERTAD INDIVIDUAL Y PROSTITUCIÓN

"El fenómeno de la globalización tiene consecuencias en todos los aspectos de la realidad social. Posiblemente, una de las más dramáticas sea la reaparición del mercado de personas, sobre todo de mujeres, como gran negocio emergente equiparable a lo que ha venido siendo el tráfico de armas o de drogas. No todas las redes de tráfico ilegal de personas (relacionadas o no con la prostitución) son redes esclavistas pero, sin duda, todas están ligadas a situaciones de pobreza y al tratamiento que desde los países ricos estamos dando al tema de la inmigración" [1].

La globalización y la gran brecha entre países ricos y países pobres, entre el Norte y el Sur, al tiempo que las escasas oportunidades de supervivencia en sus países de origen, está provocando movimientos migratorios de alcance incalculable, con un protagonismo de las mujeres que obliga a contemplar la inmigración desde una perspectiva de género puesto que la indiscutida "feminización de la pobreza en el planeta ha derivado en la feminización de la emigración transnacional" [2]. Las mujeres inmigradas, sea cual sea su nivel de estudios, capacitación y origen, tienen poquísimas posibilidades de trabajar en alguna esfera alejada del trabajo doméstico, la hostelería y los servicios personales, entre los que destaca el cuidado y atención de nuestros/as familiares y la prostitución. Todas ellas conforman una gran diversidad de perfiles, solteras o casadas, con hijas e hijos o sin ellos, sin formación o altamente calificadas, mujeres de áreas rurales o urbanas, mujeres con un proyecto migratorio de corto plazo, de ida y vuelta, o las que aspiran poder asentarse definitivamente; mujeres que emigran de forma autónoma, otras que están sujetas a redes de tráfico de personas.

La lógica masculina domina el mercado de trabajo y en él la población inmigrante forma parte de una "infraclase" laboral necesaria para el sistema económico imperante que se caracteriza por la precariedad, la temporalidad, los bajos salarios y la economía sumergida. Pues bien, en este mercado de trabajo, las mujeres inmigrantes se las está considerando como el viejo "ejército de reserva" que necesitaba el capitalismo en el Siglo XIX y están ocupando los espacios laborales que nosotras no queremos. Espacios de un mercado de trabajo secundario en actividades marginales, con inferiores garantías laborales y bajos ingresos, con escasísima organización colectiva y con nulas posibilidades de promoción laboral, sin olvidar, por descontado, las situaciones de explotación, discriminación y de abusos laborales y sexuales.

Resaltamos que la carencia de un estatuto jurídico y de instrumentos para hacer valer sus derechos es el punto clave con el que se enfrentan las mujeres inmigrantes, agravándose su situación irregular cuando llegan a través de redes ilegales de inmigración y se encuentran trabajando en el servicio doméstico o en la prostitución. En estos casos, "las estrategias de supervivencia pueden situarlas en la ilegalidad, la alegalidad o, cuando menos, en una precariedad o vulnerabilidad graves" [3].

En este sentido consideramos la prostitución desde la vertiente de la persona que la ejerce, de la libertad para elegir su profesión y del modo como puede desempeñarla, enfocándola, por tanto, como un trabajo y no como un problema social. Estaríamos, pues, en el tránsito de la prostitución hacia el ámbito de la sociología del trabajo, abandonando el ámbito de la sociología de la marginación, como una estrategia más que posibilite la incorporación al mercado de trabajo, con plenos derechos y garantías, de este colectivo de trabajadoras tradicionalmente excluido de toda consideración laboral. Y es por ello que, desde un prisma ius laboralista, vamos a analizar la prostitución libre, ejercida por personas adultas como actividad profesional, como actividad económica que está demandando una respuesta jurídica, una respuesta reguladora de este trabajo.

Partiendo de la libertad individual para elegir su profesión, el análisis de la prostitución lo situamos en el sistema constitucional, es decir en el Estado social y democrático de Derecho [4], en el que los valores superiores de libertad e igualdad han de garantizar un estatuto de libertad individualizado en cada ciudadano/a y una igualdad material que comprenda no sólo la pro-

1 Forum de Política Feminista. *La prostitución desde un punto de vista feminista*. Taller de Madrid, Madrid, 2001, p. 100.

2 HOLGADO FERNÁNDEZ, ISABEL. "Las nuevas retóricas de la inmigración femenina: la prostitución en las calles de Barcelona". *Revista Scripta Nova*, Universidad de Barcelona, nº 94, 2001, p. 1.

3 LÓPEZ MÉNDEZ, IRENE. "El derecho a tener derechos y el marco jurídico de la inmigración y el tráfico de mujeres", in Elena Bonelli y Marcela Ulloa (coord.), *Tráfico e inmigración de mujeres en España, colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales*, ACSUR-Las Segovias, Madrid, 2001, p. 27.

4 El art. 1.1. CE define a España como un "Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

hibición de discriminación sino una posición activa ante los obstáculos factuales que dificultan esa igualdad.

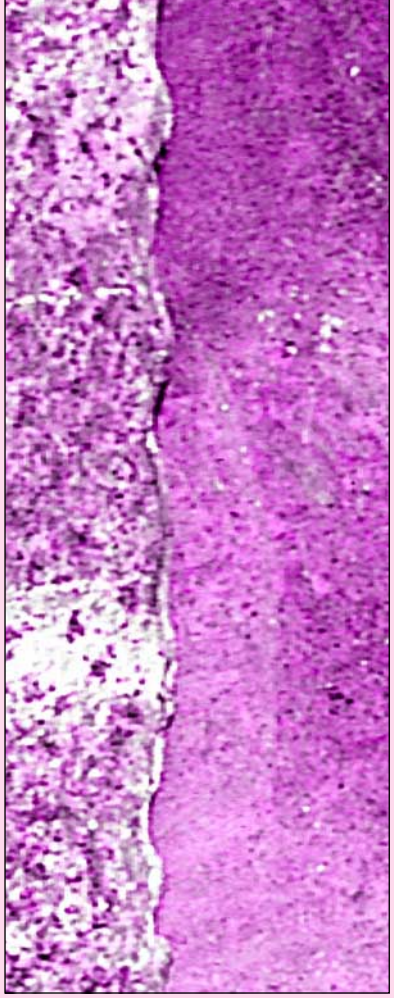
Este nuevo modelo de Estado fundamentado en las nociones de libertad e igualdad y con una interpretación armónica de los preceptos constitucionales 1.1, 14 [5] y 9.2 [6] garantiza el estatuto básico de libertad de su ciudadanía. Sin embargo, el Estado, en el ejercicio de su *ius puniendi*, puede, por sentencia penal, restringir este estatuto básico de libertad de sus ciudadanos y ciudadanas. En estos casos, para que este ejercicio no constituya un abuso, se necesita primero de todo un presupuesto habilitante, el delito, que ha conmocionado el *statu quo* de la sociedad al lesionar un bien jurídico que la legislación penal quiso proteger; y es esa lesión la que habilita la reacción de los poderes públicos.

Lo que ocurre con la prostitución, en este marco, es una asombrosa paradoja. Sin que haya lesionado ningún bien jurídico (la legislación penal, como veremos, no lo ha previsto como delito) se encuentra, sin embargo, aislada en una bolsa de alegalidad, opaca tanto al Estado Social (irregularidad y clandestinidad de la actividad, negación de derechos socioeconómicos), como al Estado Democrático (lagunas en los derechos fundamentales) como al Estado de Derecho, por la evidente dificultad en acceder a la tutela judicial ordinaria en defensa de sus derechos.

No hay, en la misma Constitución, razones para mantener esta alegalidad ni tampoco contiene preceptos que, por su contenido material, puedan suponer antinomias insalvables en este tema. Habrá quien piense, quizá, en el derecho fundamental a la dignidad. El Estado no puede, podría pensarse, procedimentalizar vías para una violación sistemática y "autorizada" o "legal" de un Derecho Fundamental. Pero la dignidad es un derecho fundamental muy particular, en cuanto variable según la evolución social y relativo ya que, además, esa relatividad está institucionalizada en el propio Derecho. Decimos esto porque el derecho procesal penal excepciona sus propias reglas de derecho público y abstiene al Ministerio Fiscal de intervenir precisamente en los delitos que tengan al honor y la dignidad como bienes jurídicos protegidos: injurias y calumnias contra particulares, donde la acción penal de ejercerse lo ha de ser forzosamente por el acusador privado. En consecuencia, la ciudadanía puede decidir por sí misma qué es lo que considera y no considera digno, y esa opción será lícita siempre que se dé en libertad. Cosa diferente es que ésta falte, pero entonces ya no hablamos de dignidad, sino de libertad, valor superior del ordenamiento con sus consecuencias afirmativas y negativas: el derecho a hacer y a no hacer, a abstenerse y a no abstenerse.

Situada así la prostitución en el marco constitucional, el Código Penal de 1995 (CP) despenalizó completamente la prostitución, no sólo no previéndola como delito, sino derogando también cuanto pudiera quedar en vigor de la Ley 16/1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que la castigaba. Al mismo tiempo, penalizaba, por un lado, la explotación de la prostitución de menores, y por otro el proxenetismo sobre personas cuyo consentimiento para prostituirse hubiera sido viciado. Ello da muestra representativa de la idea que de la libertad sexual tenía el legislador penal, mientras que en la libertad patrimonial el vicio de consentimiento acarrea, por lo general [7], la nulidad del negocio (y a lo sumo, en su caso, una [8] indemnización por daños y perjuicios), el vicio sobre la libertad sexual no era ya un acto nulo, sino propiamente un delito. El CP concebía, pues, la libertad sexual como una libertad necesitada de especial tutela y desde esta perspectiva tomó la importante y valiosa decisión de no castigar la prostitución.

Ahora bien, la situación de la prostitución así configurada se ha visto sustancialmente trastocada con las últimas reformas legislativas. Ya en 1999 se amplió el espectro descriptivo de los vicios de consentimiento a prostituirse, introduciendo los conceptos de intimidación y vulnerabilidad en el art. 188 CP. Pero la principal modificación del citado artículo ha sido la yuxtaposición, operada recientísimamente por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, del delito de lucrarse explotando la prostitución de otra persona aún con el consentimiento de ésta.



5
"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

6
"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

7
Quedarían al margen determinados supuestos extraordinarios de delitos contra el orden socioeconómico.

8
LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE 30-9-2003).

9
El Tribunal Supremo ha definido el tratamiento médico requerido por la lesión para su sanación como "aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o unas lesiones sobrevenidas o tratar de reducir sus consecuencias, existiendo aquél, desde un punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente al logro de la sanidad de las personas, en tanto se halla prescrito por el profesional médico" (TS 2ª S. 22-3-1999).

10
Art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores: "La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

No se puede decir, sin embargo, que esta nueva concepción del CP en materia de prostitución zanje negativamente el debate de una regulación laboral de la misma. En primer lugar, porque ni siquiera el propio Código Penal dice eso ya que exonera de responsabilidad criminal a quien se prostituye. ¿Cómo deducir, entonces, que se trate de una actividad irregulable? Pero, incluso, en aquello en que la ley penal es explícita, esto es, en tipificar el lucro de prostitución ajena, la solución aportada por la legislación penal se revela problemática. Difícilmente se puede entender el encaje de la punición del lucro de una actividad ajena e inocua en un sistema constitucional presidido por los valores superiores de libertad e igualdad (1.1 CE), en el que los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos que impidan la plena y efectiva igualdad de los ciudadanos/as (9.2 CE), donde nadie pueda ser discriminado por ninguna circunstancia personal o social (14 CE), donde se reconoce la libertad de oficio (35.1 CE) y de empresa (38 CE) y donde los sindicatos de trabajadores/as y las asociaciones empresariales son pieza esencial del carácter social del Estado (7 CE).

Por tanto, el Código Penal no cierra las vías a una laboralización autónoma o asociada del ejercicio de la prostitución y presenta serias dudas de constitucionalidad cuando impide una laboralización asalariada del mismo.

En cualquier caso, merece insistir en que no hay bienes jurídicos lesionados por la prostitución (de ahí su atipicidad), y así, es casi un absurdo defender que ésta debe continuar al otro lado de la legalidad. Para evitar tal conclusión, sin embargo, hay quien ha defendido la imposibilidad iuslaboralista de considerar dentro de sí esta actividad por atentar contra sus principios configuradores básicos. Alegan para ello el derecho fundamental a la integridad física (e inviolabilidad del propio cuerpo), el grado lesivo del desempeño de la actividad y la falta de libertad. Sin embargo, olvidan éstos que el grado de corporalidad no puede ser una razón concluyente en Derecho. No sólo todo trabajo implica alguna corporalidad sino que algunas veces esa corporalidad es absolutamente explícita: piénsese en el actuar de numerosos artistas de circo, o profesionales de espectáculos y películas pornográficas. Actividades que, como fenómeno, pueden gustar más o menos, pero cuya laboralidad nadie discute, disponiendo desde hace más de 15 años de su correspondiente regulación.

Tampoco son las "lesiones" un argumento deslaboralizador, pues en sentido técnico, no estamos ante tales. El Código Penal entiende éstas como la producción de un menoscabo físico o mental que requiera para su sanación un tratamiento médico o quirúrgico además de una primera asistencia facultativa [9]. Va de suyo, por tanto, que el ejercicio de la prostitución no puede responder a una definición semejante.

Sí lo es, en cambio, la falta de libertad (art. 1.1 ET) [10]. Si no hay libertad, no hay relación jurídica válida en Derecho. La noción de libertad en el derecho del trabajo hay que ponerla inmediatamente en relación con las libertades comunitarias fundamentales sobre las que se construyó la Comunidad Económica Europea (recogidas hoy, como no podía ser de otro modo, en el Tratado de Amsterdam y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) y que, fundamentalmente son, la libertad de circulación de trabajadores y trabajadoras, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios.

La libertad de circulación y establecimiento hay que entenderlas otorgadas a personas tanto físicas como jurídicas. El derecho de desplazamiento otorga el derecho a entrar y salir de cualquier Estado miembro sin imposición de visado, incluyendo este derecho no sólo al trabajador/a sino también a su familia. Para poderse establecer en territorio de la UE las personas extranjeras no comunitarias tienen que obtener un permiso de estancia en cuya tramitación la Administración goza de cierta discrecionalidad para otorgarlo o denegarlo. Cuestión que no ocurre con las nacionales de un Estado miembro, para las que la concesión de la tarjeta requerida es automática y sin valoraciones administrativas. Las únicas restricciones que cabe efectuar sobre estos derechos se circunscriben a la estimación de razones de salud pública, orden público o seguridad pública, siendo inapelables estos últimos si la causa "pública" es meramente de intereses económicos del Estado.

Por otro lado, Europa ha funcionado siempre, en su propósito de abrir la puerta a la mayor actividad económica posible, con un concepto amplio de "servicios", que englobaría toda prestación realizada a cambio de una remuneración, sea técnicamente un salario percibido por una prestación por cuenta ajena, sea el precio directo puesto a su actividad por el autónomo/a o trabajador/a por cuenta propia. Ello viene a romper la inercia de considerar una UE integrada por trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena, realidad que, además de no ser la única, está perdiendo su hegemonía como consecuencia de las medidas de autoempleo.

Nada de lo hasta aquí dicho obsta para que la prostitución resulte sistemática dentro de este esquema, sobre todo, por la noción amplia de prestación de servicios que vemos impera en el Derecho europeo. De hecho significativa jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas avala, como se verá, la posición integradora de la prostitución en el mundo laboral.

2. MODELOS DE INTERVENCIÓN LEGISLATIVA

El debate actual, tanto en el feminismo como en los ámbitos jurídico y social, se centra en si se debe regular o no la prostitución sacándola de la situación de alegalidad en que se encuentra y qué papel debe desempeñar el Estado. La cuestión no se plantea ya en términos de moralidad, el dilema es si la prostitución es una forma de explotación que debe ser abolida (o incluso perseguida) o una profesión que hay que regular, situando uno de los núcleos principales del debate en la distinción entre la prostitución forzada y la prostitución libre.

Teóricamente el derecho a prostituirse pertenece a la esfera de la libertad individual de la persona y, por tanto, existe

en Europa una prostitución autónoma de mujeres, marginal en aspecto cuantitativo. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, la prostitución en nuestro entorno se caracteriza por la fuerte presencia de mujeres inmigrantes [11] que, en numerosos casos, sufren condiciones de *para-esclavitud* sin ninguna posibilidad de ejercicio de su libertad, lo que obliga a establecer una política legislativa y a un tratamiento conjunto de la prostitución forzada y de la inmigración, adoptando todos los países de la UE una acción común.

El detonante que ha desencadenado la intervención legislativa no ha sido más que el gran aumento de la prostitución, especialmente la de calle, que ha creado un malestar ciudadano frente al cual los gobiernos europeos, con mejor o peor fortuna, están reaccionando, estableciendo diversas medidas para reducir su emergencia al tiempo que se legisla sobre el tráfico de personas [12]. Europa se pregunta qué hacer con dos millones de prostitutas.

Las medidas tienen como objetivo por un lado, reforzar la lucha contra el proxenetismo, formado por redes mafiosas que han proliferado y que explotan sobre todo a las inmigrantes ilegales y, por otro, erradicar la prostitución callejera. Los caminos para conseguirlos son distintos: Holanda y Alemania optaron por dar carácter laboral a la prostitución; Suecia persigue a los clientes; Francia e Italia se dirigen hacia la prohibición de la prostitución en la vía pública y en España, además de la creación en el Senado, en marzo de 2002, de una Comisión Especial sobre la prostitución, el Gobierno presentó en marzo de 2003 el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, Violencia doméstica e Integración social de los extranjeros convertido hoy en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que supone una intervención legislativa modificadora del Código Penal encaminada hacia el mismo tipo de medidas de Francia e Italia, como veremos más adelante.

Pues bien, desde una perspectiva jurídica, el Estado dirige su actuación sobre la prostitución por tres vías: la penalización, la tolerancia reduccionista y la regulación promotora de derechos. Estas vías permiten identificar los diferentes modelos de intervención legislativa por los que transcurren los ordenamientos jurídicos.

2.1 Prohibicionismo.

Este modelo se basa en la represión penal del ejercicio de la prostitución y prohíbe la compraventa de prestaciones sexuales, rechazando tanto la prostitución como el proxenetismo como ilícitos penales y establece medidas coercitivas que se dirigen tanto a las prostitutas como a los proxenetas. La prostituta, para el prohibicionismo, no es una víctima, sino una delincuente.

La justificación de un modelo semejante resulta bastante problemática desde la óptica de los criterios político-criminales empleados. No se comprende bien qué sistemática se emplea (y en torno a qué bienes jurídicos) para estimar la comunión delictual de un proxeneta con las personas a las que prostituye y, al mismo tiempo, defender la total atipicidad del papel del cliente, obviado por las legislaciones nacionales que, incluso puede servir, como en el caso de Egipto, de testigo de cargo. La incoherencia prosigue al advertir la radicalidad con que se condena a la prostituta individual mientras se toleran (o se connive) con los centros oficiales de prostitución al servicio de las autoridades de los diferentes regímenes o de turistas que aportan suculentas divisas a esos sistemas.

El prohibicionismo no es respetuoso con la regulación internacional en todos sus aspectos salvo en su condena al proxenetismo y no permite el reconocimiento de la actividad de la prostitución, persiguiendo policial y jurídicamente su ejercicio. Irlanda, salvo error u omisión, es el único Estado de la UE en el que la prostitución está tipificada como delito. Ciertos Estados supuestamente abolicionistas tienen en muchos puntos de su legislación medidas prohibicionistas, en el sentido de que se sigue penalizando a las mujeres que ejercen la prostitución, como Estados Unidos (se penaliza la prostituta y el cliente), Inglaterra (se penaliza la prostitución de calle), Canadá (se penaliza la provocación o vivir de las ganancias de la prostitución).

11

Tipología de prostitución extranjera:

a) formas de prostitución de importación: mujeres que ya ejercían la prostitución en sus países de origen;

b) formas de prostitución que nacen y se desarrollan en el país de destino: mujeres que comienzan a ejercer voluntariamente o porque se encuentran en una red ambigua de relaciones sentimentales;

c) formas de prostitución de trata: mujeres que son arrancadas de sus países mediante violencia o fraude, transportadas a otro país y obligadas a ejercer la prostitución.

Vid. Proyecto CLES, *Barcelona, París, Turín: intervenciones sobre la prostitución extracomunitaria*, Turín, 2002, pp. 33 y 34.

12

Espacio Schengen (1985) en vigor para España 1-3-1994, establece nuevas restricciones en las fronteras españolas; Resolución PE de 18-1-1996 define la trata de personas como "*acto ilegal de quien directa o indirectamente facilita la entrada o la residencia de un ciudadano procedente de un tercer país con el objetivo de explotarlo mediante engaño o cualquier tipo de coacción o abusando de una situación de vulnerabilidad*".

El Consejo de 24 de febrero 1997 establece una Acción Común en la que se define con mayor detalle la trata de personas como "*cualquier comportamiento que facilite la entrada, el tránsito, la permanencia y salida del territorio de un estado con el objetivo de explotación sexual con fines de lucro de una persona no menor, cuando se recurra a medios de coacción, en particular violencia o intimidaciones, engaño, abusos de autoridad u otras presiones que determinen que la persona no tenga más alternativa que ceder a las presiones o abusos*".

El Tratado de Amsterdam (octubre 1997), refuerza la defensa de los derechos e intereses de las personas comunitarias, desarrollando la UE como espacio de libertad, de seguridad y justicia y armoniza las políticas sobre migraciones y la cooperación judicial y penal en materia de tráfico de personas. El Consejo Europeo extraordinario de Tampere (15-16/10/1999) recoge en sus conclusiones que "*el Consejo Europeo está resuelto a afrontar de manera radical la inmigración ilegal, sobre todo reprimiendo a quienes se dedican al tráfico de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes*".

La Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (DO nº L 203 de 1-8-2002) completa los instrumentos anteriores y debe contribuir a la prevención de la trata de seres humanos y a la lucha contra este fenómeno en la que se definen las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual y las correspondientes sanciones y responsabilidades.

13

Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949, que, junto con su Protocolo final, se le denomina comúnmente como texto único "Tratado de Lake Success" y que ha sido ratificado por 74 países según datos de las Naciones Unidas a febrero de 2002. España ratificó el Convenio el 18 de junio de 1962 sin realizar ninguna reserva.

Suecia está siendo el ejemplo paradigmático de prohibicionismo *impropio* al penalizar al proxeneta y al cliente o usuario de prestaciones sexuales y no a la prostituta. La criminalización de la conducta se basa en que se considera una forma de violencia de género contratar los servicios de una prostituta. El enfoque sueco se aparta del prohibicionismo clásico, siendo en la legislación comparada el único país que ve ilicitud (incluso penal) en el mero acto, y no sólo en los eventuales problemas de urbanidad o en el lucro indebido de los proxenetas. La prostitución de acuerdo con la legalidad internacional no es un delito pero el proxenetismo sí, sancionado con 4 años de prisión, y tipificando también el hecho de no evitar que el tercero a cuya disposición se ha puesto un local lo destine a fines de prostitución (si se conoce esa circunstancia).

La vigente Ley sueca sobre prohibición de compra de servicios sexuales (en vigor a partir del 11 de enero de 1999) condena a 6 meses de prisión y multa a todo el que a cambio de pago obtenga una relación sexual ocasional. Esta regulación busca la erradicación de la prostitución en su conjunto pero, sobre todo se encamina a la de calle y así se han previsto una serie de medidas sociales de ayuda a las prostitutas, como la asistencia médica gratuita y una pensión de jubilación de base. Pero, al no estar reconocida la prostitución como actividad profesional, no disfrutan de baja por enfermedad ni de vacaciones. Es sorprendente que aquellas prostitutas que trabajan como autónomas deban hacer declaración de IVA y que las que trabajen "por cuenta ajena" (es decir a la orden de un proxeneta delincuente) y obtengan "un salario" tengan la obligación de presentar la declaración de IRPF.

Por primera vez nos encontramos con una regulación que ataca frontalmente la causa de la prostitución: la demanda de servicios sexuales. Es de subrayar que se abordan tímidamente las necesidades reales de las prostitutas aunque resulta incoherente no reconocer la prostitución como actividad económica (y castigar a quien la pide) y acotar minuciosamente todo lo relativo al régimen fiscal del lucro que se obtiene de ella.

2.2 Abolicismo.

El abolicionismo, que al término de la II Guerra Mundial parecía auspiciado por la normativa internacional [13], no separa la prostitución de la trata de personas pues siempre considera que aquella entra en la categoría de violencia contra la mujer ni tampoco distingue entre prostitución forzada y libre o entre prostitución infantil o adulta (toda prostitución supone la privación de los derechos humanos de las mujeres y de los niños y las niñas ya que consiste en la venta del propio cuerpo y su puesta a disposición para la satisfacción de otro). Lo que popugna el abolicionismo es criminalizar al proxeneta y no castigar ni controlar a las personas que la ejercen, resignándose en todo caso a tolerar la prostitución como mal menor o inevitable. No obstante, paralelamente, se intenta erradicarla a través de medidas sociales de prevención y reinserción a corto y largo plazo. En ocasiones el discurso abolicionista se muestra hostil hacia el cliente, dado que éste es un cooperador necesario en una relación considerada indeseable e idealmente abolible, acercándose, por tanto, a lo que aquí llamamos prohibicionismo *impropio*. Para el abolicionismo la prostituta ya no es una delincuente sino que es considerada como víctima.

El abolicionismo considera que la prostitución y los males que la acompañan son incompatibles con la dignidad humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad. En definitiva, la prostitución simboliza la supervivencia de la esclavitud y el sometimiento total y absoluto de la mujer por lo que no puede ser aceptada desde el punto de vista social, moral y jurídico. Es curioso que no se cuestione el sometimiento de la mujer en otras estructuras sociales y sí se haga en un ámbito donde transgrede su rol de género y sexualidad y adquiere autonomía económica y poder de decisión. Por ello, el Tratado de Lake Success [14] no penaliza a la prostituta pero sanciona a todo aquel/lla que contrate, lleve, engañe a una persona para que se prostituya aunque medie consentimiento (Arts. 1 y 2), castiga a toda persona que dirija, alquile

14 Comienzan a alzarse voces para que se refuerce y se expanda el Convenio de 1949 mediante un nuevo Convenio contra todas las formas de explotación sexual que, entre otras cosas, "*haga de toda la prostitución y el tráfico violaciones a los derechos humanos de las personas; que discriminalice a las mujeres en la prostitución; que criminalice a los alcahuetes y clientes. Que esta nueva convención también encare los servicios sociales, las oportunidades educacionales y las alternativas económicas necesarias para los sobrevivientes de la explotación sexual*". G. RAYMOND, JANICE. *Coalición contra el tráfico de mujeres,* Informe para el Relator Especial sobre violencia contra la mujer, Naciones Unidas, Ginebra, Mayo 1995.

o financie un local de alterne (Art. 6) y prohíbe toda Ley o Reglamento que obligue a las prostitutas a inscribirse en listas, queriendo erradicar cualquier viso de control, y, en definitiva, de reglamentismo. Dado que se sanciona hasta en el caso en el que medie consentimiento, se considera que siempre hay explotación y que la prostituta nunca ejerce libremente su trabajo. Esta afirmación de ausencia de libertad en el ejercicio de la prostitución nos parece exagerada e incompatible con los valores superiores del ordenamiento que imperan hoy en día, sobre todo con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. Si el abolicionismo considera a la prostituta como una víctima es incongruente que se le apliquen medidas que se llevan a cabo normalmente con enfermos o delincuentes.

En la actualidad, hay numerosos países abolicionistas que al abordar la prostitución, además de actuar con medidas prohibicionistas están impregnándose de categorías reglamentistas (Grecia y Turquía en los que las prostitutas deben inscribirse en un registro y acudir a una clínica para someterse a reconocimientos regulares), Austria (permite ejercer la prostitución en casas de tolerancia registradas), Bélgica (se tolera la prostitución en clubes, bares y escaparates en la calle).

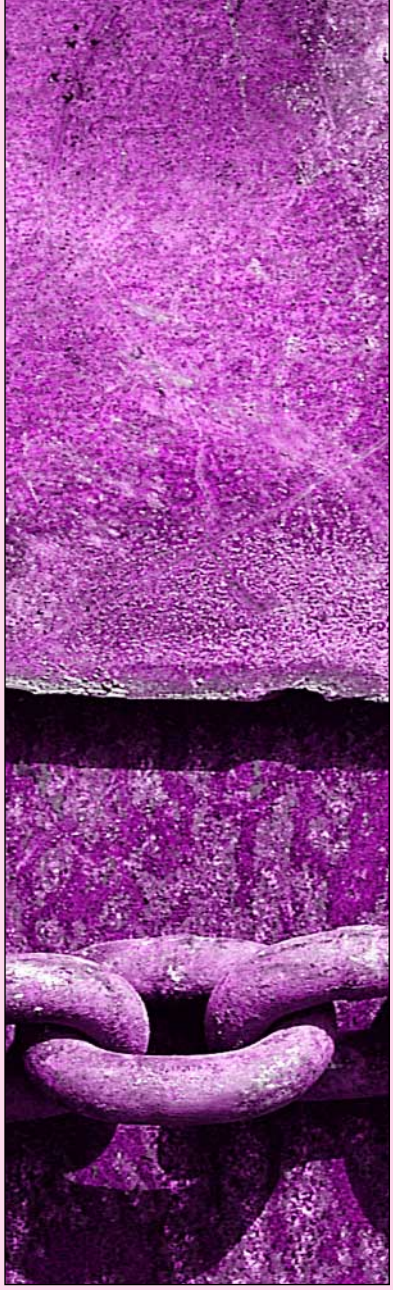
2.3 Reglamentismo.

Cuando se habla de dotar de un régimen jurídico al fenómeno de la prostitución existen dos corrientes radicalmente diferentes y para las que se emplea el mismo término de "regulación". Para diferenciarlas, hemos optado aquí por llamarles regulacionismo y reglamentismo. Éste último asienta sus tesis sobre dos principios fundamentales: la necesidad de que la prostitución sea ejercida en lugares que no sean la calle, y la necesidad (subsidiaria en ocasiones, concurrente en otras) de que se controle administrativamente a quienes desempeñen la actividad. En él, la prostituta no es víctima sino una persona potencialmente conflictiva.

Las personas partidarias de las tesis reglamentistas parten del derecho, constitucional a menudo (y también en nuestro sistema: 17 CE) de la seguridad ciudadana. Es imprescindible para ellas, por mera transitabilidad y mayor urbanidad, que la prostitución no se ejerza en la vía pública, y la máxima legitimación dogmática del derecho fundamental en que se basan permite, por colisión de derechos, medidas incluso francamente radicales, donde el derecho a la intimidad de quien se prostituye constituiría ciertamente un límite, pero no tan insoslayable. Sin embargo, y esgrimiendo los derechos de libre transitabilidad e intimidad de que también son titulares las prostitutas, hay quien ha elevado sus voces críticas contra estas posturas. En primer lugar, en el estatuto básico de libertad garantizado por las constituciones occidentales a su ciudadanía, la evolución de la prevención médico-ginecológica hace que ya no se justifique el reglamentismo en términos de salud pública: la experiencia demuestra que la prostituta, primera interesada en mantener su cuerpo sano, es con mucha mayor frecuencia la agredida por una enfermedad de transmisión sexual. Además, la desmedida actuación administrativa (sobre todo cuando se traduce en apertura de fichas, etc.) puede acarrear tremendos costes y renuncias en su derecho a la intimidad, tan fundamental como cualquier otro que se esgrima.

Qué duda cabe, para estas corrientes críticas, que las prostitutas son las primeras interesadas en que se mantenga la seguridad ciudadana (para no ser víctimas de robo ni agresiones, huir de la rueda de delincuencia que a menudo se desarrolla en la calle y preservar, hasta cierto punto, también a los clientes de la misma), pero esconderlas de la calle cuando la dañosidad no está en ellas es, para estas posturas, esconder el problema golpeando al más frágil. También es evidente que el reglamentismo, lo pretenda o no, acaba respondiendo a intereses poco confesables rayanos en lo meramente estético o (y esto es más innoble aún) económicos.

Va a ser **Francia** con la Ley para la seguridad interior, de marzo de 2003 [15], la que inaugura, al máximo nivel legislativo, el modelo reglamentista actual. Esta intervención tiene su origen en una situación de orden público (quejas y protestas en la ciudadanía por el auge de la prostitución de calle y la insuficiente respuesta



15 Ley nº 2003-239, de 18 de marzo, para la seguridad interior (JO 19-3-2003), que había sido precedida por la Ley nº 2002-1094, de 29 de agosto, de orientación y programación para la seguridad interior (JO 30-8-2002).

16 Según los datos del OCRTEH, Office central pour la repression de la traite des êtres humains, recogidos en el Informe del Senado francés, nº 34 de 29 de octubre de 2002, las prostitutas de calle viven una situación de auténtica explotación puesto que de los 450 a 760 € que ganan al día sólo se quedan con 45 €, estimándose que los beneficios de los proxenetas son similares a los de los traficantes de drogas (de 2,3 a 3 Millones € de los cuales el 70% iría a manos de los proxenetas).

17 Le Monde, 9 de mayo de 2003.

18 Libération, 12 de mayo de 2003.

19 La Ley Merlín de 20 de febrero de 1958 que adapta el Tratado de Lake Success al ordenamiento italiano, contiene tesis abolicionistas, clausura las "casas de tolerancia" e inicia una filosofía punitiva de la prostitución.

de la legislación anterior), dotando, por esta Ley, a las Fuerzas de Seguridad de medios para combatir, con mayor eficacia, la inseguridad, la delincuencia, el tráfico de personas y por tanto, implícitamente, el imparable desarrollo de la prostitución de calle [16], todo ello en aras del mantenimiento de la paz social y del orden público y de la protección de las personas.

El art. 50 de la Ley de seguridad interior realiza importantísimas modificaciones en el art. 225 del CP. Tipifica el delito de "racolage" (captación de clientes para transaccionar relaciones sexuales a cambio de dinero) en sus dos tipos: el "*racolage actif*" (ofrecer abiertamente relaciones sexuales a cambio de dinero) y el "*racolage passif*" (consistente en el mero hecho de incitar en la vía pública, o ubicarse permanentemente en una determinada calle o llevar una indumentaria peculiar y provocativa), sancionado el delito con pena de dos meses de prisión y 3.750 € de multa. Este mismo artículo 50 introduce al art. 225. CP otro apartado, el nº 12, sancionando con la misma pena al cliente que yazca con personas vulnerables, entendiendo la vulnerabilidad en un sentido amplio (personas incapaces, enfermas, mujeres embarazadas).

Por su parte, el art. 51 de la Ley añade un nuevo apartado al art. 225.10 CP sancionando, por primera vez en la legislación francesa, a toda persona que arriende o ponga a disposición cualquier clase de vehículo cuando el arrendatario o disponente vaya a destinarlo a fines de prostitución. Se mantiene intacto el art. 225-6 CP que tipifica una figura delictiva asimilada al proxenetismo, referida a aquella persona que, sin poder justificar sus ingresos, conviva o se relacione con otra persona que ejerza habitualmente la prostitución. Finalmente, la Ley prevé la posibilidad, en base al CP, de que a las prostitutas extranjeras, necesitadas de permiso de residencia y/o visado según los casos, se les retire el permiso de residencia, o se les ponga en la frontera o se les expulse directamente a sus países de origen, por delito de "*racolage*".

Choca y decepciona que un país que se proclama abolicionista y por tanto acorde con la legislación internacional y sobre todo defensor histórico de la igualdad y la libertad, penalice a aquellas que considera víctimas y que quiera volver a controlarlas (aunque esto esté internacionalmente prohibido), devolviéndoles al estatus de delincuentes que tenían con la regulación prohibicionista.

Esta valoración que hacemos de la regulación francesa sobre la arquitectura institucional de la seguridad interior, se ve corroborada por las primerizas decisiones judiciales que, en menos de dos meses de vigencia de la ley, se están produciendo. A título meramente ejemplificativo y, por el momento, en base a noticias de prensa, han sido detenidas sólo en París 103 prostitutas por el delito de "*racolage passif*". De las cuales, 19 han sido conducidas ante los tribunales penales, los cuales se han pronunciado de la siguiente manera: se han dictado 10 resoluciones, se ha retirado el permiso de residencia a 4 de entre ellas, dos han sido multadas y se han desestimado los otro cuatro casos por falta de elementos probatorios suficientes. Las otras 84 prostitutas se han beneficiado de lo que el Prefecto de París llama "un trato administrativo y social". Es decir que: 15 han sido expulsadas a su país de origen, 26 serán reconducidas a la frontera, 31 quedan autorizadas a permanecer temporalmente en el territorio, gracias a la colaboración de las asociaciones especializadas en la materia. Las 12 restantes han solicitado asilo y están a la espera de la decisión administrativa del Organismo de protección de refugiados y apátridas [17], siendo, en nuestra opinión, casi el 100% extranjeras. La primera prostituta, kosovar y en situación irregular, condenada a dos meses de prisión ha ingresado en el penal de Gradignan (Burdeos) el pasado 9 de mayo por sospecha de prostitución puesto que su apariencia no denotaba su ejercicio [18]. Ya se alzan voces, insistimos a sólo dos meses de vigencia de la ley, que denuncian los procedimientos sintomáticos de la "política higienista de Sarkozy" (Ministro de Interior, de Seguridad interior y de Libertades locales).

En **Italia** la prostitución es tratada por leyes de carácter sancionador [19], penando el *adescamento* o actitud de captación de clientes, análogo del *racolage francés*, y, a pesar de estar despenalizada totalmente a estos efectos se halla todavía hoy sumida en una total desregulación, viéndose ésta siempre como un fenómeno corrosivo, asocial, irregulable.

Los elementos que han hecho replantearse la validez de este estado de la cuestión son muy similares a lo ocurrido en el resto de Europa y, muy especialmente, en Francia. La progresiva superación de tabúes sexuales según se desarrollaba el concepto de libertad sexual, la estratificación de quienes desempeñan esta actividad, mereciendo, en cada caso, consideraciones sociales divergentes, y sobre todo, las nuevas formas organizadas de tráfico de personas para su explotación sexual, cuya llegada a la península italiana es punto menos que masiva, muestran la insuficiencia de su legislación interna (Ley Merlín y sus sucesivas modificaciones) para dar una respuesta jurídica satisfactoria ante estas nuevas formas de prostitución. Lo que ocurre es que es muy diferente lo que se entiende por satisfactorio a lo largo del arco político italiano. Y así, la izquierda italiana reproduce el debate progresista europeo de abolicionismo *versus* regulacionismo, no faltando modelos eclécticos y rodeando siempre la problemática con medidas de integración social de quienes se dedican a la prostitución. Por su parte, la derecha (que tampoco es unitaria) oscila en parámetros diferentes a los anteriores, proporcionando tan sólo discursos prohibicionistas o basados en un reglamentismo feroz En todo caso y al amparo de la seguridad ciudadana, la derecha italiana se preocupa tan solo por la prostitución ejercida en la vía pública.

En **España**, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, Violencia doméstica e Integración social de los extranjeros respondía al Plan de Lucha contra la Delincuencia (septiembre 2002) encaminado hacia el mismo tipo de medidas de Francia e Italia. Se modifica el artículo 318 bis CP "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extran-

jeros" (adaptándose técnicamente el artículo 188 "De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores"), cuya finalidad, en palabras de la Exposición de Motivos, es la de "combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino, al obligarles a soportar condiciones de auténtica esclavitud... el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años… En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan notablemente las penas cuando el tráfico ilegal ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz, pudiendo llegar en estos casos la pena de prisión hasta los doce años en el tipo básico, o quince años si el propósito del tráfico es la explotación sexual de los inmigrantes". En suma, se reforma el Código Penal "para luchar con más eficacia como lo hace el conjunto de los países de la Unión Europea contra quienes trafican con seres humanos, destinados muchas veces a la explotación sexual" (Ministro de Justicia, Debate parlamentario del 10 de abril 2003). La redacción final apenas ha cambiado esta dicción, pero ni ésta ni su Proyecto explicaban las reformas que se han operado en los tipos de los delitos relativos a la prostitución que hemos visto anteriormente.

Sin embargo, con anterioridad a marzo de 2003 se produjeron dos intervenciones sobre la prostitución de inspiración puramente reglamentista. Una primera relativa a las Ordenanzas Municipales promulgadas en junio de 1999 por el **Ayuntamiento de Bilbao** que fueron, en su día, objeto de airadas reacciones por parte de quienes se rasgaban las vestiduras ante el hecho de que el Ayuntamiento bilbaíno había "legalizado" la prostitución. Semejante disparate sólo puede concluirse por la incomprensión del rango de la norma aludida y de su contenido material ya que es impensable que un mero ayuntamiento modifique, unilateralmente, las normas laborales y de seguridad social que son de competencia estatal [20]. Lejos de aquellas afirmaciones excedidas, conviene explicar que lo que realizó el Ayuntamiento de Bilbao fue una reglamentación administrativa de los locales (no pisos ni prostitución de calle) en que se ejerce la prostitución, imponiendo, en especial, requisitos de higiene y distancia entre sí cuya no observancia puede conllevar el cierre del local. Sin perjuicio del debate sobre su idoneidad política para abordar la materia, esta tímida intromisión administrativa que, como categoría genérica, miramos con desconfianza por su poco respeto con los derechos fundamentales de quienes se prostituyen, no ha incidido en ellos esta vez de manera significativa de tal modo que solo podemos, sistemáticamente, respetar la autonomía del Ayuntamiento de Bilbao para dictarlas.

La segunda intervención reglamentista se refiere a **Cataluña** cuando en el verano del 2002 la Generalitat promulgó, en desarrollo de una ley de 1990 [21] sobre establecimientos de pública concurrencia, un decreto [22] que regulaba análogas materias desde una perspectiva más amplia y ambiciosa que la anterior. El decreto se centró en los locales donde se ejerce la prostitución, reglamentando las condiciones que éstos debían reunir: horarios, instalaciones, ubicación, condiciones higiénicas, etc. y ofrece aspectos técnicamente interesantes como la definición de prestación de servicios de naturaleza sexual (art. 2), pero una valoración más cautelosa es de obligada referencia. Por un lado, artículos como el 12.1 que establece la obligatoriedad de los dueños de garantizar que las personas que ejercen la prostitución en sus locales estén sujetas a control sanitario de tipo preventivo o asistencial, siembran serias dudas sobre la intensidad de la protección de los derechos humanos (entre ellos, y sobre todo, el derecho a la intimidad) que ofrece el decreto. Por otro lado, la apuesta por el enfoque jurídico por el que opta el decreto merece cierta desconfianza. La normativa no pretende regular las condiciones de trabajo de las prostitutas y, en tanto en cuanto supone un duro golpe a la prostitución callejera, viene a reforzar la posición en esta particular competencia de la parte más fuerte de la relación, el dueño del local de alterne, en detrimento de la más frágil, para cuya adquisición y ejercicio real de propia autonomía ninguna medida se adopta.

La inercia de delegar en normas administrativo-policiales para la lidia con este sector de la sociedad está teniendo un gran éxito en otras Comunidades Autónomas [23]. Pero, desde una óptica de justicia material y de derechos humanos, no podemos aplaudirla incondicionalmente. Por otro lado, la reforma operada por la Ley 11/2003 nos sumerge de lleno en la duda del encaje sistemático de todas estas iniciativas autonómicas ¿cómo pueden las CC.AA. reglamentar los prostíbulos al tiempo que el Estado criminaliza el lucrarse con la prostitución ajena?

2.4 Regulacionismo.

La segunda forma de dotar a la prostitución de un régimen jurídico es el regulacionismo como vía para garantizar la protección de las mujeres, regulándola como una actividad laboral más y reconociendo a las prostitutas los mismos derechos y la misma protección social y jurídica que al resto de los trabajadores. La prostituta no es ni una delincuente, ni una víctima, ni una persona conflictiva, sino que es una trabajadora.

El bien jurídico protegido son los derechos de las prostitutas no como en el reglamentismo donde impera más la protección de la salud pública y del orden público o incluso el acceso de otros ingresos para el Estado a través de impuestos que graven el ejercicio de la prostitución. Para el regulacionismo la prostitución es un trabajo libre y voluntariamente prestado en el que se reivindica el estatus de sujeto jurídico de las prostitutas como personas capaces de asumir su autonomía y su responsabilidad en su ejercicio. Como tal trabajo, no puede ser analizado como un fenómeno

aislado del resto de la sociedad sino "directamente relacionado con las estructuras económicas y sociales y con los sistemas de género. El reparto de los recursos económicos está directamente relacionado con la prostitución, consecuentemente también [con] los procesos migratorios" [24].

El reconocimiento de la prostitución como un trabajo permite a las prostitutas tener el derecho a trabajar, a sindicarse, a la acción protectora de la Seguridad Social, mejorando las condiciones en las que trabajan las prostitutas reduciéndose, en consecuencia, los riesgos y la violencia a la que pueden estar expuestas. En un recientísimo estudio [25] se aboga por la regulación de la actividad, insistiendo en que sean las mujeres prostitutas las que hablen y digan cómo quieren esa regulación y qué tipo de obligaciones deberían incluirse. En todo caso, en este informe se considera que "hoy en día y tal como están las cosas, las mujeres que se prostituyen están dando un servicio a cambio de dinero, y creemos que eso debería considerarse como un trabajo. Sobre todo porque afirmamos que, en esta sociedad, muchos de los derechos vienen ligados al trabajo y estar fuera de ese círculo empeora la situación en la que estas mujeres están viviendo y hacen que no sean sujetas de derecho" [26].

Este enfoque regulacionista obliga a diferenciar la prostitución de la trata de personas puesto que aquellas normas que ligan ambas categorías acaban criminalizando la prostitución y, en vez de proteger los derechos de las prostitutas y reducir la violencia que pueden sufrir, hacen que las mujeres cada vez dependan más de terceras personas, al igual que sucede con las leyes de extranjería que dificultan la entrada y el acceso a los permisos de trabajo y de residencia.

Consideramos que aquellos ordenamientos que "penalizan convirtiendo en ilegal el ejercicio de la prostitución, o los que sin penalizar no regulan tal actividad, dejándola en la alegalidad, contribuyen, precisamente, a incrementar la vulnerabilidad de las prostitutas a abusos de todo tipo, incluido el desarrollo de mafias y redes de tráfico internacional ilegales" [27].

En este sentido, diversas instancias internacionales vienen tratando la prostitución desde esta perspectiva. Así, el Parlamento Europeo reconociendo que, en la mayoría de los Estados miembros, está vigente un régimen de prohibición directa o indirecta de la prostitución que crea un mercado clandestino monopolizado por la delincuencia organizada que expone a las mujeres implicadas, sobre todo a las inmigrantes, a la violencia y a la marginación [28], y constatando que, cada año, alrededor de medio millón de mujeres procedentes de Europa Central y Oriental son trasladadas a la Unión Europea para su venta en el mercado de la prostitución, considera esencial intensificar los esfuerzos por combatir la inmigración ilegal ya que, con gran frecuencia, constituye un suministro de mano de obra privada de derechos que se ve sometida a condiciones inaceptables de contratación y explotación [29].

Asimismo, las Naciones Unidas en su lucha contra la delincuencia organizada internacional ha establecido últimamente [30] varios instrumentos que pretenden abordar con carácter universal todos los aspectos de la trata de personas, promoviendo la cooperación entre los países de origen, tránsito y destino para combatir eficazmente la trata de personas y el tráfico ilícito, previendo medidas encaminadas a sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de ese tráfico amparando especialmente sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró en 1998 un Informe [31] que pasa revista a las fuerzas sociales y económicas que impulsan el desarrollo de la industria del sexo en el Sudeste Asiático, afirmando que la prestación de servicios sexuales ha alcanzado las dimensiones de un pujante sector comercial, que emplea directa e indirectamente a millones de trabajadores y que aporta una contribución significativa a los ingresos nacionales de los países de la zona. Considera que el creciente auge de la prostitución plantea alarmantes cuestiones, no sólo de sanidad pública, de moralidad y de discriminación de las personas en función de su sexo, sino también en relación con los derechos humanos fundamenta-

20
El art. 149. 1. CE establece que "El Estado tiene competencia exclusiva sobre… ap. 7º. La Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas y ap. 17º. La Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus Servicios por las Comunidades Autónomas".

21
Ley del Parlamento de Cataluña, 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, actividades recreativas y establecimientos públicos.

22
Decreto 217/2002, de 1 de agosto del Departamento de Interior por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.

23
Andalucía, Baleares, Canarias, Galicia, Valencia, a instancia de los Defensores del Pueblo o a iniciativa de Gobiernos y Ayuntamientos, se están estudiando políticas de intervención pública en la prostitución.

24
Proyecto CLES, op. cit. p. 48.

25
"El oficio de la prostitución en Navarra: estigmas y modos de vida", estudio realizado por un grupo de profesionales que trabajan el fenómeno de la prostitución, presentado en Abril de 2003 y cuya referencia la hemos entresacado en *ANDRA, Emakumeon ahotsa*, nº 27 de mayo 2003, pp. 8 y 9.

26
Gráficas palabras de Maite Huarte (SOS Racismo de Navarra), coautora del estudio citado, *ANDRA*, nº 27 de mayo 2003, p.8.

27
LÓPEZ MÉNDEZ, IRENE, cit. p. 44.

28
Lucha contra la trata de mujeres, Informe de Patsy Sörensen, aprobado por el pleno del Parlamento Europeo el 19 de Mayo de 2000.

29
Situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001), Informe de Joke Swiebel, aprobado por el Parlamento Europeo el 12 de diciembre de 2002.

30
Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada en la Asamblea General de 15 noviembre 2000), completada por dos Protocolos (Palermo 2000), uno para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el otro, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

31
LIM, LIN LEAN (OIT), "*The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia*", 1998.

les de las personas con ocupación en el sector del sexo, afirmando que algunas personas entran al mercado de la prostitución por decisión propia o por reafirmar su libertad sexual, otras lo hacen como consecuencia de presiones económicas o por falta de alternativas y otras son obligadas a hacerlo mediante engaño, violencia o el chantaje de una deuda. El Informe concluye de forma categórica que corresponde a los gobiernos y no a la OIT, decidir su política legislativa de prohibir, criminalizar, despenalizar, reglamentar o regular la prostitución.

El modelo regulacionista ha tenido, por el momento, su expresión en los ordenamientos jurídicos holandés y alemán que han regulado laboralmente el ejercicio de la prostitución, coincidiendo ambos en reconocerlo bien como trabajo asalariado bien como trabajo autónomo y en establecer requisitos de nacionalidad.

Holanda es el primer país que regula la prostitución como una actividad laboral más, optando la Ley de octubre de 2000 por adaptar su contenido a la realidad y con el objetivo de poner fin a las situaciones injustas e inadmisibles que se dan en el sector de la prostitución [32]. Se han regulado los derechos y obligaciones de la prostitución ejercida voluntariamente por personas mayores de edad, se ha endurecido considerablemente el tratamiento penal de la explotación de las personas que se prostituyen y ha eliminado la prohibición que pesaba sobre los burdeles [33] por lo que el regentar un burdel deja de ser punible.

La esencia de la ley radica en sacar de la esfera criminal la prostitución como actividad económica y en reconocer la legalidad de su ejercicio como trabajo asalariado o trabajo autónomo. Para ello, el nuevo art. 250 del Código Penal holandés define la prostitución como "ofrecerse para la práctica de actos sexuales con un tercero a cambio de pago" y, al mismo tiempo, penaliza la trata de personas, la explotación de la prostitución forzosa y la prostitución de menores con una pena máxima de ocho años de privación de libertad.

La política holandesa sobre la prostitución contiene numerosas improntas reglamentistas en el sentido de que las empresas dedicadas a la prostitución (burdeles y otras formas de organización empresarial) requieren de licencias municipales para su establecimiento [34], instalación [35] y gestión empresarial [36]. En virtud de esta nueva Ley, los Ayuntamientos no pueden establecer una prohibición municipal general de los burdeles, pues sería contraria a la Constitución holandesa que reconoce el derecho a la libre elección de trabajo y a la libertad de empresa. Lo que sí puede hacer un Ayuntamiento es impedir determinadas formas de prostitución, como la prostitución de escaparate. El emplear personas extranjeras "ilegales" lleva aparejado el cierre del negocio y la retirada de la licencia municipal.

¿Qué personas pueden ejercer la actividad laboral de prostitutas? Como trabajadoras asalariadas o trabajadoras autónomas las prostitutas holandesas, las comunitarias –siempre que los ingresos no sean marginales y secundarios– y las extranjeras con permiso de residencia vigente que les permita trabajar en Holanda. Las prostitutas originarias de los países candidatos a la UE podrán establecerse solamente como trabajadoras autónomas siempre que cumplan las condiciones aplicables al empresariado autónomo –poseer un capital propio, un plan empresarial y hacer una aportación propia de conocimientos y experiencia profesional–. En este caso nunca podrá tratarse de un trabajo por cuenta ajena, aunque sea a tiempo parcial.

Las prostitutas extranjeras que residen ilegalmente en Holanda, trabajen o no, pueden ser expulsadas conforme a la Ley de Extranjería pero tienen derecho a recibir ayuda de la Administración: si denuncian la trata de personas, obtienen un permiso de residencia por el periodo de duración del procedimiento judicial y, si las circunstancias personales dan lugar a ello, tienen posibilidad también de conseguir un permiso de residencia por razones humanitarias –argumento alegado en el caso Malgorzata Jany, como veremos más adelante–.

Las prostitutas van a ver mejorada su posición en el desempeño de su prestación de servicios, pudiendo imponer condiciones laborales y exigir a su empresario que cumpla los requisitos exigidos a los locales –a su centro de trabajo–. La rela-

32
Vid. Documento elaborado por los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia de los Países Bajos, 2000.

33
La prohibición general sobre los burdeles se introdujo en Holanda en 1912, aunque desde hace bastante tiempo esta prohibición no era efectiva y sólo se procedía penalmente contra los burdeles que perturbaban el orden público o en los que las prostitutas hacían trabajo forzoso o eran menores de edad.

34
No debe perturbar el ambiente y el entorno vital del vecindario y debe ser conforme a las normas urbanísticas.

35
Los burdeles deben cumplir normas de higiene –disponibilidad de preservativos, agua caliente y fría–, de seguridad –medidas contra incendios– y de tamaño –medidas mínimas que debe tener el local–.

36
Los Ayuntamientos contarán con una persona de contacto a la que puedan acudir las prostitutas para pedir asesoramiento y presentar quejas sobre la gestión del negocio.

37
Informe elaborado por el Centro de Investigación y Documentación, octubre 2002, ACE-PRENSA Servicio 142/02 de 30 de octubre 2002.

38
"Derechos para las trabajadoras sexuales", entrevista a Cristina Garaizabal realizada por Manuel Lluvia, *Página Abierta*, nº 132-133, diciembre de 2002/enero de 2003.

39
A iniciativa de la ministra socialdemócrata de Familia y Mujer, Sra. Christine Bergman. Su colega, la ministra de Justicia, Sra. Herta Daeubler-Gmlim, subrayó la necesidad de acabar con la miserable hipocresía que acepta la prostitución y exige el pago de impuestos, pero condena a las mujeres y favorece a los clientes.

40
Diversas asociaciones de mujeres mostraron su disconformidad ya que consideraban que, antes de legislar, es necesario garantizar que las prostitutas lo son por voluntad propia y que pueden abandonar la prostitución si así lo desean. Las organizaciones de ayuda y asesoramiento a las prostitutas manifestaron su satisfacción por la iniciativa y recalcaron que una nueva legislación facilitaría a muchas a abandonar el oficio. Las organizaciones de prostitutas saludaron, en general, favorablemente la ley, otras esperaban que se incluyeran medidas más radicales como la supresión de las zonas prohibidas y que se permitiera la publicidad y todas consideraron imprescindible legalizar también la situación de las más de 200.000 extranjeras que ejercen la prostitución.

41
Políticos de la oposición demócrata y socialcristiana se apresuraron a advertir que el comercio con el sexo no puede ser visto como un servicio similar al "del mostrador de correos". Los Verdes pedían que la doble moral cesara y los Conservadores (CDU) estimaban que convertir la prostitución en una profesión atentaría contra la dignidad humana y contribuiría a reforzar los ataques contra los derechos de la mujer.

42
La Ley había sido aprobada en la Cámara Baja (Bundestag) el 19 de octubre de 2001.

ción jurídica entre la prostituta y el titular de la empresa de prostitución se rige por las reglas del derecho laboral, siendo decisivo el consentimiento libre en su prestación de servicios, en el modo de prestar su trabajo y en la decisión extintiva de su relación laboral.

A efectos de la Seguridad Social, las empresas de prostitución deberán afiliarse y respetar las normas sanitarias y de salud laboral. Las prostitutas reciben la acción protectora de la Seguridad Social al estar dadas de alta en su sistema sanitario. Sin embargo, las prostitutas no tendrán derecho a subsidio de desempleo cuando decidan dejar de ejercer la prostitución, tanto como autónoma o como asalariada, ya que se considera que pasan a estar desempleadas de forma voluntaria (no con ocasión de despido), pero sí podrán inscribirse en la oficina de empleo como demandantes de trabajo, teniendo la obligación, como cualquier desempleado más, de buscar trabajo.

Tanto las prostitutas como los empresarios de prostitución estaban y están obligados a pagar impuestos. Ellas, como cualquier trabajador, tienen que realizar su declaración de renta y si son autónomas pagarán el IVA correspondiente. Los burdeles, como cualquier otra empresa, están obligados al pago del IVA si su titular es persona física o el Impuesto de Sociedades si es persona jurídica, además de todos los demás impuestos que rijan en su sistema tributario.

El balance de estos dos años de vigencia de la ley no es lo positivo [37] que se esperaba, lamentablemente no se han alcanzado sus objetivos de erradicar la clandestinidad que lleva al proxenetismo, a la explotación de menores y al tráfico de inmigrantes ilegales. No sólo no ha disminuido el número de prostitutas ilegales de los países del Este sino que las que tenían permiso de estancia o eran nacionales han pasado, en gran mayoría a la clandestinidad, especialmente por el aspecto salarial ya que sus ingresos disminuyeron enormemente al pasar a ser equiparadas a empleadas de servicios o a empleadas de compañía.

Siendo la ley holandesa la más progresista, su regulación y puesta en práctica no ha dado la respuesta adecuada a las necesidades y derechos de las prostitutas. Cristina Garaizabal [38] destaca, en este sentido, tres problemas: "Uno, que no es suficiente que se den de alta como trabajadoras y paguen impuestos: esto es necesario, pero se deben contemplar una serie de derechos paralelos, si no las trabajadoras no se dan de alta porque no ven las ventajas que se puedan derivar de ello. Dos, el problema específico que viven las inmigrantes: la necesidad de que se contemple la concesión de permisos de residencia para poder seguir ejerciendo este trabajo, incluyendo a las víctimas del tráfico, pues para muchas es la opción más realista que tienen. Tres, los problemas en la concesión de licencias: lentitud, boicot de algunos ayuntamientos, etc.".

Bajo la influencia holandesa, **Alemania** es el segundo ejemplo de ordenamiento regulacionista de la prostitución. En efecto, a partir del 1 de enero de 2002 la prostitución deja de ser considerada como atentatoria contra las buenas costumbres y entra de lleno en el mundo jurídico como una relación social a regular. Deja de ser un negocio jurídico nulo en el ámbito privado (se modifica el Código Civil), se despenaliza la práctica de la prostitución y deja, por tanto, de ser punible (se modifica el Código Penal) siempre que su ejercicio no se realice por coacción o enmarcada en acciones delictivas. Al mismo tiempo, la prostitución ya no es una actividad inmoral e indigna, por lo que su ejercicio da lugar a la relación jurídica laboral que otorga a las prostitutas los mismos derechos que a los demás trabajadores.

La apuesta alemana por normalizar el sector del sexo y reconocer la prostitución como una actividad profesional, con todos los derechos laborales y sociales, se inicia cuando el Gobierno federal [39] presenta su proyecto de ley, regulador de la actividad de las prostitutas, en el que se equipara su trabajo a cualquier otra actividad y con las mismas prestaciones que el resto de asalariadas. Su tramitación no estuvo ausente de polémica tanto en el ámbito social [40] como en los debates parlamentarios [41] hasta la aprobación definitiva de la ley por la Cámara Alta del Parlamento alemán (Bundesrat) [42] el 20 de diciembre de 2001. La Ley pretende conciliar el marco jurídico y la realidad social, aportando transparencia al sector y reduciendo la dependencia de las prostitutas de los proxenetas. En Alemania, no pesa una prohibición legal sobre la prostitución pero se persigue y sigue siendo tipificado como delito el proxenetismo y la incitación a la prostitución. Este matiz impide que las mujeres que trabajan en burdeles puedan legalizar su situación, ya que sus lugares de trabajo se consideran pensiones y no prostíbulos. De ahí, que la Ley modifica el CP haciendo desaparecer, parcialmente, el delito de apoyo o fomento de la prostitución: los dueños de los prostíbulos no serán procesados pero sí aquellas personas que inciten a la prostitución, sancionados con tres años de prisión. Podemos decir que la postura alemana, en este aspecto, representa un punto intermedio entre la ley holandesa que legaliza los burdeles y la ley sueca que penaliza a la clientela.

Se calcula que en Alemania ejercen la prostitución unas 400.000 mujeres, algunas de manera ocasional en un intento de completar los ingresos del hogar y otras como única profesión a tiempo completo, unas dependientes y otras autónomas. Con esta Ley las prostitutas asalariadas tendrán un contrato de trabajo, unas condiciones laborales mínimas (horario reglamentado, sueldo básico, vacaciones, etc.) y una cobertura social que mejore su situación respecto a los abusos de que son víctimas en manos de los proxenetas.

Las prostitutas que trabajan autónomamente o como empleadas en un burdel tienen derecho a las prestaciones de la seguridad social (previa cotización correspondiente), recibir atención médica de la sanidad pública, cobrar el subsidio de paro y la pensión de jubilación y la posibilidad de buscar una readaptación profesional. Están obligadas al pago de impuestos aunque resulte difícil que este deber se cumpla.

La ley contempla la relación prostituta-cliente como un contrato unilateral de obligatorio cumplimiento para las partes por lo que las prostitutas podrán

elegir libremente a sus clientes y decidir los servicios que deseen proporcionar sin que ni éstos últimos ni los dueños de los prostíbulos –su empresario– puedan exigir más de lo acordado. Asimismo, pueden reclamar ante el juez sus honorarios en caso de impago.

Al igual que en Holanda, la ley alemana no da acceso a las prostitutas extranjeras pues rige el binomio "sin trabajo no hay permiso de residencia - sin permiso de residencia no hay trabajo", por lo que, desde un aspecto crítico, este es uno de los puntos en que aflora el déficit de la ley alemana. Se dice "redadas contra las prostitutas extranjeras en vez de derechos" [43]. Aparentemente fueron excluidas de la ley para que su regulación se hiciera de manera internacional. Pero bien sabemos que sí Europa regulase aspectos de la migración para la prostitución, la hará para dotar de mayor efectividad a las acciones policiales, o en una dirección de colaboración policial, o en un sentido de "repatriación humanitaria" para deportar a las prostitutas a su país de origen. Mientras tanto, en Alemania continúa la discriminación legal y social de las prostitutas extranjeras.

3. LEGALIZACIÓN LABORAL DE LA PROSTITUCIÓN

Habiendo reconocido que el ejercicio de la prostitución pertenece al ámbito de la libertad individual de la persona dentro de las coordenadas de nuestro Estado social y democrático de Derecho y habiendo recorrido, asimismo, los modelos de intervención sobre el fenómeno de la prostitución, llegado es el momento de enfatizar sobre las vías que ofrece el ordenamiento jurídico para dotar a la prostitución de una regulación laboral en la que las prostitutas tengan el pleno reconocimiento de los derechos que comporta su prestación de servicios.

En este sentido, el modelo democrático de relaciones laborales se encuadra en el marco general de derechos, tanto individuales como colectivos, caracterizando al trabajo como un derecho y un deber y reconociendo, expresamente, los derechos a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de los/las trabajadores/as y las de su familia (art. 35 CE) [44]. Será la legislación el que ha ido conformando, en cualquier época y en cualquier sistema de producción, los instrumentos jurídicos necesarios para que la actividad humana, libremente consentida y productivamente realizada, se exteriorice y entre en el mundo de las relaciones jurídicas como trabajo asalariado, como trabajo autónomo o como trabajo asociado. No cabe duda que las prostitutas, en su trabajo, están llevando a cabo esta actividad así caracterizada. Sin embargo, jurídicamente sigue sin exteriorizarse, lo que obliga a ir abriendo los cauces para que esta actividad pueda encuadrarse en alguna de las fórmulas de trabajo indicadas y, por ende, reconocer técnicamente a las prostitutas su condición de trabajadoras.

Sin embargo, la reforma del CP obliga a una reflexión sobre la utilización de la vía del trabajo asalariado dado que *prima facie* la figura del eventual empresario quedaría criminalizada.

3.1 Trabajo asalariado.

Se configura el trabajo asalariado como un trabajo libre y voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y remunerado. Es también productivo puesto que despliega una actividad dirigida a la producción de bienes y servicios no solo para la subsistencia y adquisición de medios de vida de quien trabaja sino también para la sociedad en cuyos mercados se intercambian esos bienes y servicios. El trabajo asalariado conforma una relación jurídica –la relación laboral– que nace por y en función de la prestación de un trabajo, consentida libremente y que tiene que hacerse por cuenta ajena, para un tercero –la empresa–, dependientemente –bajo su dirección– y remunerado –salario–.

La regulación del trabajo libre y por cuenta ajena ha sido una constante en la evolución de los modos de producción y actualmente el trabajo asalariado viene regulado por la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás reglamentación laboral, que sitúa el núcleo de la relación laboral en el contrato de trabajo, delimitando claramente las dos partes del contrato –trabajador/a y empresa–, con una finalidad concreta: equilibrar y compensar a la parte más débil de la relación por las diferentes posiciones jurídicas, económicas y sociales en que se encuentran las partes en su relación. Sin embargo, no hay que olvidar que esta misma regulación tuitiva también "legaliza" en el ámbito laboral los poderes empresariales de organización, dirección y de sanción.

Veamos cómo puede responder la regulación del trabajo asalariado a la "alegalidad laboral" en que se encuentra la prostitución. Dado que el derecho a prostituirse pertenece a la esfera de la autonomía de la persona y por ello tiene la libertad para elegir la profesión que quiera, la regulación que ofrece el trabajo asalariado a las prostitutas, en nuestra opinión, no responde, hoy en día, al desarrollo de su dignidad como trabajadora ni a la eficaz protección jurídica en la prestación de sus servicios.

Así, la mayoría de las prostitutas, sobre todo las inmigrantes, son conducidas al mercado del sexo por organizaciones que, en el mejor de los casos, las transforman en "trabajadoras asalariadas", dándoles de alta en actividades como hostelería o clubes de alterne o, incluso, como empleadas al servicio del hogar familiar, con escasísimos márgenes de decisión individual en el modo, forma y tiempo de cómo cumplir su obligación de trabajar, quedando, por tanto, reducidas a una condición de total subordinación. Estamos, pues, en presencia de unos intermediarios en el mercado de trabajo que no son aquellos previstos legalmente (Empresas de Trabajo Temporal y Servicios Públicos de empleo) y en presencia de unos empresarios socialmente "atípicos" y penalmente "típicos". Quiere decirse, que independientemente de la penalidad sobrevenida del lucro inherente a esta actividad "empresarial", la misma tampoco se revelaba incluso sin la sanción penal, la mejor y más efectiva para proteger los derechos sociales y laborales de las personas que se prostituyen.

En el sector del "alterne" también las relaciones laborales están cambiando rápidamente. Tan es así, que, desde

hace dos años, una de las partes de la relación laboral, los empresarios de clubs de alterne, ya han formalizado su representación (ANELA) garantizando su acción y defensa como asociación empresarial en el campo del trabajo asalariado, previendo, quizás, que éste pueda ser el camino por el que se encamine una regulación laboral de la prostitución. Sin embargo y vista la reforma "septembrina" suponemos que o bien esta Asociación se desintegrará por la ilegalidad de su objeto o bien mutará en otras formas de colaboración con el mercado de la prostitución que eviten la reproducción del esquema empresario-trabajador en el mundo de la prostitución. Claro está que estas fórmulas habrán de ser miradas con lupa por el Ministerio Fiscal para evitar el fraude de la ley penal.

Últimamente el sector del alterne está de actualidad, por tres sentencias de diferente trascendencia, coincidentes en que las demandantes en los litigios son trabajadoras asalariadas de las denominadas "chicas de alterne".

La primera de ellas, sentencia dictada el pasado mes de abril por el Juzgado nº 1 de lo Social de Granollers [45], reconoce el alterne como una actividad laboral y por ende la relación laboral asalariada que une a la trabajadora –la chica de alterne– y el empresario –titular del club de alterne–. Se la ha calificado en medios periodísticos como la primera vez que se reconoce esa relación laboral, sin embargo y en honor a la verdad, esta sentencia sigue la tendencia ya iniciada en otras instancias [46] en las que se declara la existencia de relación laboral en quienes prestan servicios realizando la actividad de alterne de forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de dirección. El juez, como lo han hecho las sentencias mencionadas, no reconoce la relación laboral de la demandante por la actividad de prostitución sino que regulariza laboralmente la relación por la vía de la prestación de servicios de alterne, eufemismo que encubre el ejercicio de la prostitución.

Las otras dos sentencias han sido dictadas en casación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo también el pasado mes de abril, que anulan las resoluciones administrativas de expulsión de dos ciudadanas extranjeras basándose dichas resoluciones en que ejercían la prostitución y, por ende, carecían de medios lícitos de vida por lo que se les expulsaba en virtud del artículo 26. 1 f) de la LO 7/1985 de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, aplicable a la sazón en el momento de los recursos.

La primera sentencia [47] deniega la resolución del Subdelegado del Gobierno en Lugo que decretó la expulsión de España de una ciudadana dominicana por carecer de medios lícitos de vida, ya que se le localizó en un club de alterne en ropa interior, deduciéndose, por tanto, que vivía del ejercicio de la prostitución [48]. El Tribunal Supremo revoca la orden de expulsión al entender que su trabajo en un club de alterne no puede ser considerado una actividad ilegal y recuerda que, en reiterados pronunciamientos [49] ha declarado que la llamada actividad de alterne no puede ser reputada ilegal a los efectos de configurar con ella el específico supuesto de expulsión, ni en el caso en que "dicha actividad encubra el deliberado propósito del trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues con independencia de la valoración ético-social que tal actividad pueda merecer, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal" siempre que no se produzca bajo las circunstancias tipificadas como delitos relativos a la prostitución.

La segunda sentencia [50] anula la orden de expulsión del Gobierno de Cantabria de una ciudadana colombiana que se ganaba la vida ejerciendo la actividad de alterne en un Hostal, en el que vivía desde su llegada a España y en el que fue detenida en ropa no adecuada para transitar por la calle, sin disponer de permiso de trabajo y careciendo de medios lícitos de vida. Nuevamente el Tribunal Supremo [51] aduce que el "alterne" es una actividad lícita por lo que la orden de expulsión vulneró el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la recurrente. En cuanto a la carencia de permiso de trabajo entiende la Sala que es una cuestión de mera legalidad no susceptible de ser enjuiciada en el procedimiento previsto para la tutela judicial de los derechos fundamentales. Finalmente la convicción reflejada en la resolución de expulsión

43
"La Muchacha", Zeitung von Doña Carmen e.V, nº 4/2003. En Berlín, anualmente se realizan más de 500 redadas y en el 95% de los casos se trata de prostitución ilegal. Por el contrario, en Frankfurt en los años 2000 y 2001 en unas 90 acciones policiales, entre ellas 20 grandes redadas, fueron detenidas casi 800 mujeres extranjeras y más de 300 de ellas fueron deportadas.

44
"Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

45
Al no disponer del texto original de la sentencia hemos utilizado las noticias de prensa.

46
Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4-2-1988, 14-5-1985, 25-2-1984 y 3-3-1981. En todas ellas constaba que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares del establecimiento y a cambio de retribución. Vida también sobre este particular las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de julio y 24 de noviembre de 1998 en las que se declara la inexistencia de relación laboral de las mujeres dedicadas a la actividad del alterne porque no se había demostrado que percibieran retribución alguna del titular del establecimiento. Por el contrario, esta misma Sala en sus Sentencias de 21 de abril de 1998 y 7 de septiembre de 1999 sí declara la relación laboral de alterne (de 7 y de 4 mujeres, respectivamente) porque los servicios los prestaban a cambio de una retribución, por cuenta de la empresa que era quien corría con el riesgo de la explotación del local en el que ellas prestaban su trabajo sin que fuesen ellas las que convenían con los clientes el importe de las copas y demás servicios que realizaban en otras dependencias del establecimiento, hay dependencia al carecer las trabajadoras de cualquier poder de disposición en el modo de realizar su trabajo (lo prestaban en las horas en que el local estaba abierto al público y se les exigía un determinado modo de vestir).

47
TS 3ª Secc. 7ª S. 7 Abril 2003, Ponente: Sr. Murillo de la Cueva.

48
"Se dedicaba al ejercicio de la prostitución después de obtener un permiso de trabajo para una actividad, el servicio doméstico, que nada tiene que ver con ella".

49
TS 3ª Sentencias de 28-5-1996, 24-5-1997 y 20-11-2000.

50
TS 3ª Secc. 7ª S. 28 Abril 2003, Ponente: Sr. Murillo de la Cueva.

51
El presente recurso es idéntico a los resueltos por las Sentencias de esta Sala y sección de 18-10-2002, tres sentencias de 24-10-2002, 28-10-2002 y dos sentencias de 4-11-2002.

impugnada se apoyó en actuaciones policiales en las que, efectivamente, se dice que la ciudadana colombiana "se hospeda en el Hostal, donde tiene su habitación en la que guarda su documentación y su ropa de calle y que, vestida de la forma que la situación requiere, en absoluto adecuada para el tránsito urbano y mediando una contraprestación por el trabajo que realiza, se dedica a alternar con los clientes". Sin embargo, dado que "no se precisa el período de esa regular práctica que se atribuye a la interesada, ni las fechas en que tuvo lugar, ni por qué medios se conoció la contraprestación a que se hace referencia, lo verdaderamente decisivo aquí es que tampoco se expresa si fue constatado directamente por los funcionarios que la interesada acompañaba en sus consumiciones a los clientes del establecimiento, con tal variedad de éstos, de manera tan reiterada y prolongada en el tiempo, que fuera lógico deducir que realizaba esa actividad con carácter profesional y remunerado". En consecuencia esos únicos hechos son insuficientes para tener por válidamente demostrada su dedicación, siendo iniciales sospechas que, por sí solas, no tienen valor de prueba "si no se ven acompañadas de otro elemento de conocimiento referido directamente a la conducta básica que constituye esa actividad de alterne".

Por su parte, la acción protectora de la Seguridad Social no podrá desplegar los efectos privativos de la trabajadora asalariada en tanto se mantenga la ilicitud "septembrina", con lo que quedaría limitada a cuanto de universal tienen sus prestaciones, salvo que las trabajadoras opten por alguno de los otros dos modelos que seguidamente veremos.

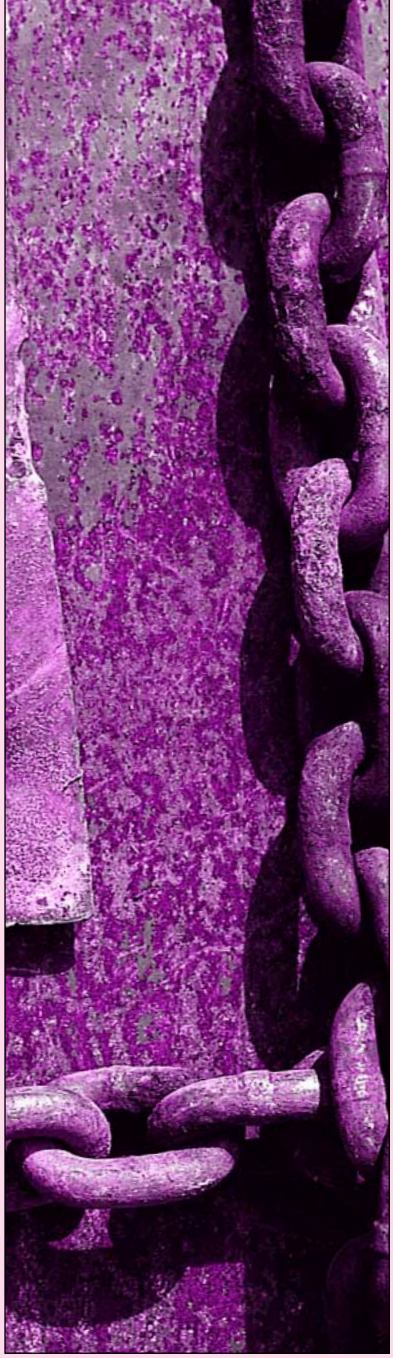
3.2 Trabajo autónomo.

Pasando al análisis de la segunda fórmula de trabajo, nos encontramos ante el trabajo autónomo que presupone una actividad de carácter independiente, tanto en su desarrollo como en su relación con el mercado. Podemos caracterizar el trabajo autónomo como aquél en que no existe intervención ajena que determine su modo de ejecución y que carece de condicionamientos jurídicos en su realización; obviamente no está exento de los condicionamientos económicos del mercado, de los imperativos de la racionalidad técnica y de las preferencias del público. La trabajadora o el trabajador autónomo es propietario de los bienes y servicios por él producidos, ofreciéndolos directamente al público sin intermediación de una empresa, sin la ligazón característica del contrato de trabajo ni la sujeción a las órdenes empresariales. Por ello, su relación se entabla directamente con el cliente mediante un contrato civil o mercantil.

La fórmula del trabajo autónomo es una vía jurídica a tener en cuenta por las prostitutas. Este trabajo libre y voluntario, personal, por cuenta propia, independiente y con precio, establece una relación jurídica civil mediante un contrato de arrendamiento de servicios en el que la prostituta es la arrendadora y el cliente el arrendatario (art. 1544 Código Civil).

La prostituta autónoma consiente libre y voluntariamente en dedicar su actividad a la producción de unos servicios, presta, por tanto, su trabajo sin ceder a un tercero –el empresario– sus frutos. No hay ajenidad, es la propietaria de su actividad. Es independiente en el modo de prestar su trabajo y no está subordinada a la dirección del empresario y, finalmente, el precio del servicio se fija y se acepta por ambas partes de la relación. Esta fórmula ya se utiliza aunque, desde una vertiente crítica, podemos reseñar que posiblemente queda reservada a una minoría de prostitutas.

En este punto resulta imprescindible comentar la Sentencia del 20 de Noviembre de 2001, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto C-268/99 *Malgorzata Jany y otras*. Seis ciudadanas polacas y checas establecieron su residencia en los Países Bajos entre 1993 y 1996, conforme a la ley de extranjería y trabajaban en Amsterdam como "prostitutas de escaparate", unas pagando una renta al propietario del local en el que ejercen su actividad y otras ejerciendo su actividad tres o cuatro veces por semana en un lugar arrendado por ellas. Solicitan, en su momento, el permiso de residencia para trabajar como prostitutas por cuenta propia, alegando "razones imperiosas de carácter humanitario", solicitudes que fueron denegadas por el Secretario de Estado de Justicia.



52 Acción protectora del RETA reformada ampliamente por el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. A su vez se modifican los epígrafes de cotización por contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA y entre ellos, destaca el epígrafe 93, independiente de la hostelería, que bajo la denominación común de actividades diversas de servicios personales mezcla la tintorera, las pompas fúnebres, la peluquería y otros tratamientos de belleza, las actividades de mantenimiento físico corporal y otras actividades de servicios personales que, como cláusula residual y abierta, puede amparar a la prostituta autónoma.

53 Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluídos en el RETA y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia (BOE 22-10-2003).

La sentencia del TJCE, analiza extensivamente el concepto de actividades no asalariadas en los Tratados de la CEE y en los Acuerdos de Asociación entre la CE y las Repúblicas Checa y Polonia, y determina en su fallo que la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente a las que se refieren dichas disposiciones, siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce:

a

sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución,

b

bajo responsabilidad propia y

c

cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente.

Correspondiendo al juez/a nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, sí se reúnen estas condiciones.

Saludamos esta sentencia que ha permitido aplicar, por primera vez a la prostitución, las dos libertades comunitarias fundamentales consagradas para las personas trabajadoras por cuenta propia: la libertad de prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico las prostitutas autónomas gozan del derecho de afiliación a un sindicato ya constituido (art. 28.1 Constitución) pero por prescripción legal se les impide el derecho de fundar un sindicato que tenga precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares (art. 3.1 Ley Orgánica de Libertad Sindical). En todo caso tienen capacidad para constituir asociaciones profesionales (art. 22 Constitución).

Al mismo tiempo, la prostituta autónoma garantiza su protección en la Seguridad Social dándose de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) [52], corriendo a su cargo las cotizaciones para tener derecho a las correspondientes prestaciones económicas por las contingencias que se produzcan (incapacidades temporales o permanentes, jubilación, etc.) incorporándose, también, a la protección por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [53], teniendo siempre derecho a la asistencia sanitaria. Por supuesto no entra en la cobertura de la asistencia social ni, tiene prestaciones económicas no contributivas.

3.3

Trabajo asociado.

El trabajo asociado aparece como un *tercius genus* en las formas jurídicas de trabajar. Desde una perspectiva histórica recordamos que ya desde finales del Siglo XIX los trabajadores/as habían recurrido al trabajo asociado, organizándose en cooperativas, para acceder a servicios económicos y sociales esenciales, mediante la autoayuda en ámbitos como el ahorro, el crédito, la vivienda y la venta de artículos de consumo. De este modo, las cooperativas ofrecen a los segmentos desfavorecidos de la población una oportunidad de hacer oír su voz, proporcionándoles los medios para poner sus recursos en común, creando oportunidades económicas, de empleo y de protección. Su acción sigue siendo muy eficaz en la mejora de la suerte de los trabajadores marginales y desprotegidos que operan en el sector informal de la economía.

Hoy en día, el trabajo asociado, elemento caracterizador de la Economía Social, viene siendo motor en la creación de empleo, en la creación de riqueza y en la cohesión social. Pues bien, el trabajo asociado es un trabajo personal, libre y voluntariamente elegido, remunerado, carente de ajenidad y con cierto grado de dependencia por mera exigencia funcional de la organización en que se realice. Tomando a las cooperativas como organizaciones características de este tipo de trabajo, sus miembros, los socios-cooperativistas, son propietarios de la cooperativa, que se vinculan con ella mediante una relación societaria y no laboral, por más que ésta nazca por y en función de la prestación de un trabajo.

La cooperativa, entresacando aspectos de la ley vasca, se presenta como una sociedad que va a desarrollar una empresa, que tiene por objeto prioritario la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno. Además, las cooperativas pueden realizar cualquier actividad económica o social salvo expresa prohibición legal basada en la incompatibilidad con las exigencias y principios básicos del cooperativismo (Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi). De ahí que el cooperativismo permita incorporar el trabajo asociado como una vía más para alcanzar la legalización laboral de la prostitución.

En nuestra opinión, y dado que la prostitución no tiene la consideración de actividad económica ilícita, nada obsta en el plano jurídico para que ellas autogestionen su actividad, para que entre varias organicen cómo quieren realizar su trabajo, en qué condiciones, con qué horarios, con qué contraprestación económica, etc. En suma, serían ellas mismas las que se dotarían de las reglas que estimaren oportunas para prestar sus servicios de una manera independiente y sin intermediación ajena, creando su empresa bajo la forma jurídica más conveniente, sabiendo que, en cuanto a protección social, en el caso de que fuera una cooperativa las socias-trabajadoras quedan asimiladas a trabajadoras por cuenta ajena o a trabajadoras por cuenta propia correspondiendo a los estatutos de la cooperativa la opción por darles de alta en el régimen general o en el régimen especial de autónomos.

En definitiva, dado el éxito que están teniendo las políticas y medidas de fomento del autoempleo, tanto a nivel estatal como autonómico, que permiten la inserción directa y sin intermediarios de cualquier tipo de colectivos expulsados del mercado de trabajo ¿por qué no ha de pensarse estas medidas también para las prostitutas? ¿Acaso no ayudarían a que el ejercicio de la prostitución no se lleve a cabo en fraude de ley o bajo el maquillaje de cualquier otra actividad? El tiempo nos lo dirá.

Impacto de género. Ley 30/2003, de 13 de octubre

El Martes 14 octubre de 2003 en el BOE núm. 246 se publicó la ley 30/2003, de 13 de octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno de la nación, lo cual supone que en cada proyecto de ley o reglamento (cualquiera que sea su materia) deba existir un informe específico sobre el impacto por razón de género.

A continuación reproducimos el texto de la Ley

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995 renovó el compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros, así como el desarrollo y la paz para todas las mujeres. En la misma se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a «integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones».

Los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas y la sociedad civil han ido realizando considerables esfuerzos a fin de lograr la equidad entre los géneros en todos los ámbitos. No obstante, el proceso ha sido lento y errático, las preocupaciones de la mujer aún tienen una prioridad secundaria en algunas partes del mundo.

Por ello, del 5 al 9 de junio de 2000, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General a fin de hacer una evaluación quinquenal, conocida como Beijing+5, cuyo tema fue «La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI», y durante la misma se analizaron los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción, reiterando la necesidad de aplicar de manera completa y rápida dicha Plataforma.

En el ámbito de la Unión Europea, con la entrada en vigor el día 1 de mayo de 1999 del Tratado de Amsterdam, se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europea y especialmente en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este contexto la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas y la eliminación de las desigualdades constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión Europea.

Posteriormente, la proclamación solemne por el Parlamento, el Consejo y la Comisión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con ocasión de la Cumbre Europea que tuvo lugar en Niza, supuso un avance más en la consecución de la igualdad respecto al Tratado de Amsterdam.

En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), destacando que en la misma se articula la evaluación del impacto en función del sexo en distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa.

Por otro lado, la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó una comunicación sobre la transversalidad «mainstreaming» como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una «Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género» diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias.

Artículo primero

Modificación del artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Se modifica el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que quedará redactado de la siguiente forma:

2

«El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica».

Artículo segundo

Modificación del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Se añade un segundo párrafo en el apartado 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, con la siguiente redacción:

«En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo».

Disposición derogatoria única

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta ley.

Disposición final única

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY 11/2003, de 29 de septiembre

DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, contemplaba un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas. Entre estas últimas se ponía un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

Esta ley orgánica viene a completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo a dicho plan y, por ello, no debe considerarse aisladamente, sino en el conjunto de iniciativas del Gobierno para mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia.

Alcanzar estos objetivos exige abordar una serie de reformas en las materias mencionadas para lograr un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, cuyos elementos esenciales se exponen a continuación.

II

La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo,

la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada.

El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales.

Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.

Por otra parte, se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados. Así, los artículos 147, respecto a las lesiones, 234, respecto al hurto y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

III

El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 61 7.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

IV

Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas:

1º

La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos.

Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión.

De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Paralelamente se reforma el artículo 108 del Código Penal para establecer, con carácter general, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el juez o tribunal a consecuencia de la comisión de un delito.

2º

La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.

La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.

Por último, se ha incluido en el artículo 318 la posibilidad de que los jueces o tribunales impongan alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal.

3º

La existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina.

En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a doce años.

Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

4º

La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país.

Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutan de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.

El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España.

Para ello, se reforma el artículo 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

5º

Por último, la adaptación de la Ley de extranjería a la realidad delictiva y procesal existente.

Esta ley orgánica reforma también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

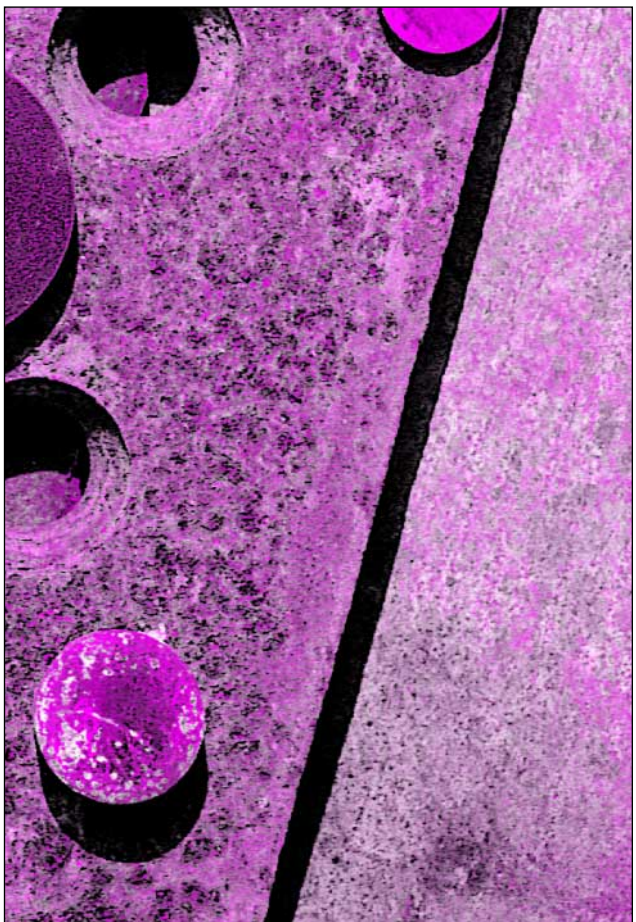
La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para mejorar el régimen jurídico de entrada y permanencia en territorio español de los extranjeros.

Se trata ahora, mediante la reforma de los apartados 4 y 7 del artículo 57 y del artículo 62.1, de mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal.

Con la nueva redacción del apartado 4 del artículo 57 se mejora el texto actual, aclarando que la expulsión, además de conllevar "en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado", implicará también "el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España".

Igualmente, esta ley orgánica, al modificar el artículo 57.7 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión.

La nueva redacción del artículo 57.7 establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial es muy breve, pues no podrá pasar de los tres días.



Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. También se prevé el modo de actuar cuando sean varios los órganos judiciales que están conociendo procesos penales contra un mismo ciudadano extranjero. En este caso, como es lógico, se impone a la autoridad gubernativa el deber de solicitar la autorización de la expulsión a todos esos órganos jurisdiccionales.

Por último. esta reforma también mejora la regulación de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. Con ella se trata de garantizar que las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión no queden sin efecto por la imposibilidad de hallar al extranjero.

Artículo primero

Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1

Se modifica el artículo 23, que queda redactado como sigue:

«Artículo 23

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.»

2

Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

«Artículo 66

1

En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos. los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4ª Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6ª Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7ª Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2

En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.»

3

Se modifican los apartados 1.2 y 3 del artículo 89, que quedan redactados como sigue:

«1

Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales. a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3

El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.»

4

Se modifica el artículo 108, que queda redactado como sigue:

«Artículo 108

1

Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma moti-

vada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3

El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.»

5

Se añade un párrafo al apartado 1 y se modifica el apartado 2 del artículo 147, con la siguiente redacción:

«Con la misma pena será castigado el que. en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2

No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.»

6

Se modifica el artículo 149, que queda redactado como sigue:

«Artículo 149

1

El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.

2

El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.»

7

Se modifica el artículo 153, que queda redactado como sigue:

«Artículo 153

El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores. o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.»

8

Se modifica el artículo 173, que queda redactado como sigue:

«Artículo 173

1

El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a 105 delitos o faltas en que se hubieran concretado 105 actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de 105 actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»

9

Se modifica el artículo 188, que queda redactado como sigue:

«Artículo 188

1

El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2

Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a 105 que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3

Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4

Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida,»

10

Se añade un párrafo segundo al artículo 234, que queda redactado como sigue:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.»

11

Se añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 244, que queda redactado como sigue:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.»

12

Se modifica el artículo 318, que queda redactado como sigue:

«Artículo 318

Cuando los hechos previstos en 105 artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

13

Se modifica el artículo 318 bis, que queda redactado como sigue:

«Artículo 318 bis

1

El que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2

Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.

3

Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4

En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5

Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6

Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.»

14

Se modifica el párrafo 1.° del artículo 515, que queda redactado como sigue:

«1

Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.»

15

Se deroga el último párrafo del apartado 2 del artículo 617.

Artículo segundo

Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

1

El apartado 4 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

«4

La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.»

2

El apartado 7 del artículo 57, tendrá la siguiente redacción:

7

a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal. autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.8, 517 y 518 del Código Penal.»

3

El apartado 1 del artículo 61 queda redactado como sigue:

«1

Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el

instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.

b) Residencia obligatoria en determinado lugar.

c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.»

4

El apartado 1 del artículo 62 tendrá la siguiente redacción:

«1

Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.

El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial. el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.»

Artículo tercero

Modificación del Código Civil.

1

La rúbrica del capítulo XI del título IV del libro I del Código Civil quedará redactada del siguiente modo:

«Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio.»

2

El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil quedará redactado del siguiente modo:

«La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.»

3

El artículo 107 del Código Civil quedará redactado del siguiente modo:

«Artículo 107

1

La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2

La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.»

Disposición final primera

Carácter de esta ley.

El artículo tercero de esta ley tiene carácter ordinario y se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.a de la Constitución.

Disposición final segunda

Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 29 de septiembre de 2003.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno.
JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

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

1. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Regulado en el artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y conforme a la redacción dada a través del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica, el Programa de Fomento del Empleo de 2003 contiene dos medidas de fomento del empleo de las madres recientes, a saber:

1ª

Una, introducida en el Programa de Fomento del Empleo de 2001 a través del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad [1], y mantenida hasta la actualidad con la única modificación relevante contenida en el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad [2], se refiere a las "mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto" –artículo 47.1.1.1.i) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

La medida de fomento se concreta en una bonificación en "los contratos indefinidos iniciales, incluidos los fijos discontinuos, a tiempo completo o parcial... (del) 100 por 100 (de la cuota empresarial por contingencias comunes) durante los doce siguientes meses al inicio de la vigencia del contrato" –artículo 47.3.1.i) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

2ª

Otra, introducida en el Programa de Fomento del Empleo de 2003 a través del citado Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, en cumplimiento del Apartado XII del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, firmado el 9.4.2001, siendo partes el Gobierno de la Nación, la CEOE y la CEPYME –del lado empresarial–, y CCOO –del lado sindical– [3], se refiere a "la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto", reincorporación debida a que "los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras... (fueron) suspendidos por maternidad y (sic, o, sino parece exigir ambas cosas) por excedencia por cuidado de hijo, así como (a) la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos" –artículo 47.1.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

La medida de fomento del empleo se concreta en una bonificación, semejante a la anterior, "durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el periodo de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo", con las especificaciones añadidas de

1

que "en el supuesto de contratos de duración determinada o temporales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril... cuando se produzca la reincorporación... y, antes de haber transcurrido un año desde la misma, se transforme el contrato en indefinido, la duración de la bonificación a que se refiere el párrafo anterior será de dieciocho meses",

2

que "la bonificación... no será acumulable a otras bonificaciones previstas por transformación de contratos", y

3

que "no serán aplicables a las aportaciones empresariales relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los Organismos Públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado" –artículo 47.3.9 y 47.5.3 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

Beneficiarios de las bonificaciones, tanto la una como la otra, son, además de las empresas, las cooperativas y las sociedades laborales cuando, en los términos expuestos, contraten con carácter indefinido a una desempleada o reincorporen a una trabajadora "siempre que la entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena" –de acuerdo con el artículo 47.1.1.4 y 47.1.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–.

2. COMENTARIOS CRÍTICOS SOBRE EL PRESUPUESTO DE HECHO DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Ambas medidas de fomento del empleo se construyen sobre un presupuesto de hecho sustancialmente idéntico: la contratación o la reincorporación deben acaecer "en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto". Tal literalidad genera un comentario doble de antitética valoración. Uno positivo, en cuanto la bonificación se genera con el parto al margen de la viabilidad del nacido [4]. Para distinguir el aborto del parto de una niña/o muerto es criterio idóneo el de la ciencia médica: la frustración del embarazo durante los 180 primeros días de gestación es un aborto y, a partir de ese momento, estamos ante un parto prematuro, aunque la niña o el niño nazca muerto. Criterio médico acogido a efectos del subsidio de maternidad en el artículo 7.2 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

Otro negativo, en cuanto la exclusiva referencia al parto expulsa de las medidas incentivadoras a la maternidad adoptiva. No se entiende la no inclusión. Tales medidas de fomento del empleo de las madres recientes intenta superar sus dificultades de empleo ocasionadas, no tanto en causas fisiológicas –las cuales, efectivamente, sólo se dan en la maternidad natural–, como en causas sociales de vinculación de las madres al cuidado de los hijos –las cuales tanto se dan en la maternidad natural como en la adoptiva–. Cuestión diferente y que sí encontraría una mejor justificación, es que, de asimilarse ambas maternidades, la adoptiva se incluyese sólo si la hija o hijo adoptivo no supera una determinada edad.

3. COMENTARIOS CRÍTICOS SOBRE LA CONSECUENCIA DE DERECHO DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

La bonificación se extiende a "los doce siguientes meses" a la contratación de la desempleada o a la reincorporación de la trabajadora, lo que, si lo conectamos con el presupuesto de hecho de contratar a la desempleada o de reincorporar a la trabajadora "en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto", determina una disfunción al aplicar la bonificación, ya que, si una madre es contratada o se reincorpora a los 24 meses, la empresa genera derecho a la bonificación durante 12 meses, pero si la contrata o se reincorpora sólo un día después, no genera derecho a bonificación alguna. Disfunción que, tratándose de la reincorporación desde una excedencia por cuidado de hijo, se convierte, si la reincorporación es posterior a los 24 meses siguientes a la fecha de parto, en una penalización, calificada de "llamativa" [5], del ejercicio de un derecho de conciliación dentro de sus términos legales –el artículo 46.3 ET lo reconoce hasta los 3 años del hijo–. Solventaría en buena medida esta crítica que, en las contrataciones o en las reincorporaciones posteriores a los 24 meses siguientes a la fecha del parto, se generase la bonificación en el tiempo restante hasta los 36 meses siguientes a la fecha del parto –es el término máximo al cual la bonificación ha podido llegar–.

1

Un análisis de los incentivos entonces vigentes, bastante similares a los actuales vigentes, lo realiza Luis Miguel Camps Ruiz, "Los incentivos a la contratación tras el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo", dentro del libro de Ignacio Albiol Montesinos, Luis Miguel Camps Ruiz y José María Goerlich Peset *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, páginas 111 a 132. Respecto a los incentivos actualmente vigentes, es verdaderamente interesante el estudio de Guillermo Leandro Barrios Baudor y Carmen Sánchez Trigueros, *Notas sobre el fomento estatal del empleo en 2003*, Aranzadi Social, núm. 5, 2003, páginas 49 a 107, verdaderamente interesante porque, aparte de ser muy completo, se ha prestado una especial atención a las medidas de fomento del empleo de las madres recientes, al respecto véanse las páginas 91 a 95.

2

Hasta entonces se exigía a la desempleada una inscripción como demandante de empleo "durante un periodo de doce o más meses", inciso eliminado, según la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, porque "se aumentan las posibilidades de acogerse a bonificaciones cuando se contrata a mujeres paradas que han dado a luz en los últimos veinticuatro meses". Modificación a valorar positivamente, ya que, al exigirse una antigüedad en la inscripción como desempleada, la medida de fomento de empleo no era idónea a los efectos de reintegrar a la madre reciente al mercado de trabajo, "más bien... (beneficiaba a) la mujer parada de larga duración en la que coincidía el dato de la maternidad", como dice Sebastián de Soto Rioja, "Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la Reforma de 2002", Relaciones Laborales, número 4, 2003, página 203.

3

Apartado XII sobre "reducciones y bonificaciones en la cotización" donde, como dice Jesús Martínez Girón, "lo que ostensiblemente prevalece es... el interés empresarial", "Orientaciones del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social de abril de 2001", dentro del libro colectivo, coordinado por Javier Gárate Castro, *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 2002, p. 12. Tal Apartado XII establece, en lo que ahora interesa, que "en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, los empresarios, cuando se produzca la reincorporación al puesto de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100% de la aportación empresarial de la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante el periodo máximo de un año".

4

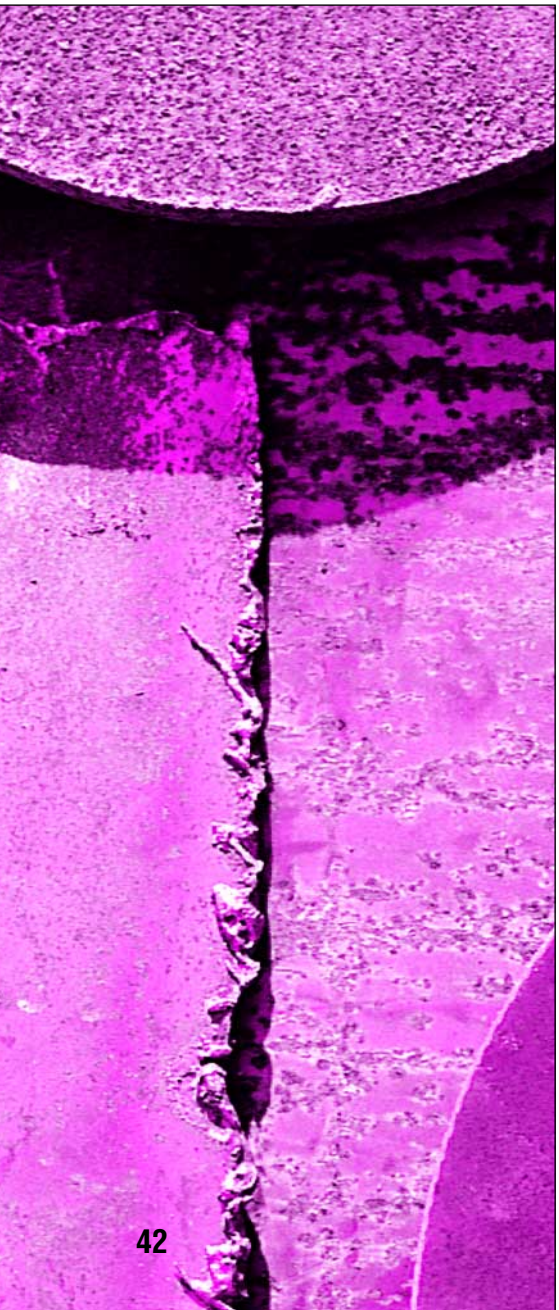
En idéntico sentido Guillermo Rodríguez Iniesta, "Plan de Fomento del Empleo para el año 2001", en el libro colectivo, coordinado por Antonio Vicente Sempere Navarro, *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, p. 206. También Carmen Sánchez Trigueros, "Otras medidas de fomento del empleo", en el libro colectivo *Empleo, despido y desempleo tras las Reformas de 2002*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 326, nota 61. Opinión que reitera en "Notas...", obra citada, pp. 91 y 92.

5

Guillermo Leandro Barrios Baudor y Carmen Sánchez Trigueros, "Notas...", obra citada, p. 94.

4. DIFICULTADES DE COORDINACIÓN DE LA MEDIDA DE FOMENTO DEL ACCESO AL EMPLEO DE LAS DESEMPLEADAS MADRES RECIENTES CON SU ENTORNO NORMATIVO

Los Programas de Fomento del Empleo establecen la exclusión de la bonificación de "(las) contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato indefinido" –artículo 47.5.1.c) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre–. Pero esta garantía frente al fraude resulta insuficiente en relación con la medida de fomento del acceso al empleo de las desempleadas madres recientes, acaso porque sólo se contempla el fraude de subvenciones, pero no el de la legislación antidiscriminatoria. Si la empresa ha despedido a la trabajadora durante el embarazo y si la trabajadora no ha impugnado judicialmente la extinción del contrato –una actitud de pasividad que, en no pocas ocasiones, obedece a una promesa de nueva contratación después del parto–, la empresa, si la vuelve a contratar más allá de los 24 meses desde la extinción del contrato y antes de los 24 meses desde el parto, ostenta derecho a la bonificación. De este modo, la empresa ostenta derecho a la bonificación sin dilucidar si el consentimiento de la trabajadora despedida es libre y si el despido ha sido contrario a la prohibición legal de despido durante el embarazo[6]. El fraude se evitaría si, con relación a la medida de fomento de acceso al empleo de las desempleadas madres recientes, se excluyese la bonificación en los 34 meses desde la extinción del contrato –los 24 meses más otros 10 meses más, duración médica máxima de un embarazo–.



5. UNA NECESARIA APRECIACIÓN SOBRE LA INSUFICIENCIA, EN ATENCIÓN A SU FINALIDAD, DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Si la finalidad de las medidas de fomento del empleo de las madres recientes es la superación de sus dificultades reales de empleabilidad, debemos concluir que, fomentando el empleo por cuenta ajena, en la doble vertiente de acceso al empleo de las madres desempleadas y de mantenimiento del empleo de las madres trabajadoras, se producen lagunas con relación al empleo por cuenta propia, en la doble vertiente de acceso al empleo de las madres desempleadas y de mantenimiento del empleo de las madres trabajadoras. Las madres recientes no disfrutan de ventajas especiales, en cuanto al fomento del empleo por cuenta propia, con relación a cualquier otra persona trabajadora, y, si las disfrutan –o, mejor dicho, las disfrutan, en este caso, quienes las contratan o quienes las reincorporan– en cuanto al fomento del empleo por cuenta ajena, no se acaba de entender porque sí las tienen sus empresas y porque no las tienen ellas mismas.

6. RECAPITULACIONES FINALES Y CONSIDERACIONES LEGE FERENDA SOBRE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS MADRES RECIENTES

Lo artificioso de su presupuesto fáctico –se excluyen las madres adoptivas– y de su consecuencia jurídica –no se bonifican, a lo menos en lo restante hasta los 36 meses, las contrataciones o las reincorporaciones posteriores a los 24 meses desde el parto–, las deficientes garantías frente al fraude de la legislación antidiscriminatoria –en cuanto el despido durante el embarazo no impide el derecho de la empresa a la bonificación de contratación de madres recientes desempleadas–, y la insuficiencia de las medidas en relación con su finalidad –no se fomenta el empleo autónomo de las madres recientes, sino sólo el empleo por cuenta ajena–, no sólo son defectos técnicos de las medidas de fomento del empleo de las madres recientes, sino que, en cuanto generan situaciones de injusticia o de fraude, redundan en su legitimidad, de ahí la necesidad de su corrección, cuanto más si consideramos su financiación pública, lo cual obliga a la mayor eficacia, y, si está no se consigue, el dinero de la ciudadanía se estaría despilfarrando en un mero abaratamiento de los costes empresariales.

6 Sobre la prohibición legal de despido durante el embarazo, me permito remitir al lector/a a mi libro "El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora", Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, páginas 141 a 177.

VIOLENCIA FAMILIAR EJERCIDA CONTRA LA MUJER INMIGRANTE

DERECHO ESPAÑOL

POR ROSARIO ANA GASPAR BLANCH.
Jueza sustituta de los Juzgados de Gandía.

I.- LA SITUACIÓN JURÍDICO-SOCIAL DE LA MUJER INMIGRANTE EN ESPAÑA

En las últimas décadas hemos pasado de ser un país de emigrantes a ser un estado receptor de inmigración, de momento el volumen de población de terceros países que se han instalado en España no es tan numeroso como en otros países de la Unión Europea, pero ello no resta importancia a la presente realidad.

El número de inmigrantes residentes en España ha aumentado progresivamente siendo el flujo de mujeres inmigrantes cada vez más frecuente, por lo reciente del fenómeno no hay cifras exactas pero se ha constatado, que la mujer ya no sólo emigra como un componente más de la familia, además lo hace como persona independiente [1].

Una de las principales causas de llegada a España de la mujer inmigrante ha sido la "reagrupación familiar", esta situación limita su libertad, quedando condicionada su presencia en el país al permiso de su marido.

La presencia de mujeres inmigrantes es cada vez mayor pero hasta hace poco había pasado desapercibido ese incremento, debido entre otras causas, a que la mayoría realizan trabajos de economía sumergida, en los que normalmente no se cotiza a la seguridad social, careciendo de contrato y de condiciones salariales, sin olvidar las que llegan a nuestro país en situación de irregularidad, y muchas desconociendo el idioma.

A las dificultades personales (escasez de medios económicos, desconocimiento del idioma, falta de información de sus derechos,...) que conlleva ser mujer inmigrante, hay que añadir que nuestra legislación apenas ha previsto la llegada masiva de emigrantes y existe una insuficiente protección jurídica que se hace especialmente palpable respecto de la mujer inmigrante, en todos los ámbitos, y especialmente son dignos de un tratamiento más detallado los siguientes:

1

Ámbito familiar.

El Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 en el artículo 8 consagra el derecho a la vida familiar, en nuestra Constitución en el artículo 18.1º se garantiza "el derecho a la intimidad personal y familiar", en el artículo 39.1º "*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*" derecho humano que ha sido recogido por primera vez en la Ley Orgánica 4/2000 donde se reconoce expresamente el derecho a la vida familiar y a la intimidad de las personas extranjeras en España.

Si por familia entendemos normalmente la que forman padre, madre, hijas e hijos, en países menos desarrollados se concibe como todas las personas unidas por vínculos parentales más o menos próximos (abuelos y abuelas, hermanos y hermanas, cuñados y cuñadas, primos y primas…) y vinculados además económicamente.

En los países latino-americanos y países africanos se concibe la familia desde un punto de vista amplio, y cuando un miembro se desplaza como inmigrante, suele ser el hombre quien a la vez va a ser el sujeto de la reagrupación familiar, son la mujer y los hijos e hijas quienes se reagrupan en el país en torno a él. En los últimos años la mujer está siendo cada vez más sujeto reagrupante de la familia, algo que hasta hace poco era la excepción.

Actualmente la situación de las mujeres reagrupadas ha mejorado sensiblemente, en parte por la evolución positiva que ha experimentado la legislación sin embargo, siguen estando en una situación de dependencia del marido [2].

2

Ámbito laboral.

A través de los medios de comunicación han comenzado a denunciarse situaciones laborales lamentables, de explotación sufrida por las mujeres inmigrantes en algunos sectores concretos como el doméstico faltos de regulación donde no es preceptiva la afiliación a la seguridad social, salvo a partir de cierto número de horas de trabajo, y que realmente no se reconoce nunca por el contratante el número real de horas que trabaja la empleada del hogar, llegando a trabajar incluso muchas más horas de las legalmente permitidas, con una remuneración sensiblemente menor a la que tiene derecho, y en estas circunstancias tampoco puede acceder al desempleo.

1

BERNARDO RODENAS, SOFÍA. "Mujer e inmigración" de *Aequalitas*. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres nº 6 de enero-abril de 2001. Zaragoza, p. 34.

"Una circunstancia destacable, en esta creciente presencia de mujeres que emigran, es que muchas de ellas están llegando a los países receptores, no como parte de su entidad familiar sino como personas con plena autonomía, dejando a marido e hijos e hijas en el país de origen hasta ser ellas la pieza de la subsistencia común,... las mujeres en estos casos envían recursos a los suyos..."

2

CUADRA FERNÁNDEZ, LUZ. "Derecho a la reagrupación familiar en la legislación española" de *Aequalitas*. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, nº 6 enero-abril de 2001. Zaragoza, p. 33.

"El estatus jurídico de las mujeres reagrupadas, a pesar de las mejoras establecidas, sigue siendo discriminatorio, creando una situación de dependencia, que podría evitarse concediendo desde el principio un permiso de trabajo junto con el de residencia, y que tuviera su propia vigencia como en un permiso de trabajo por cuenta ajena".

3

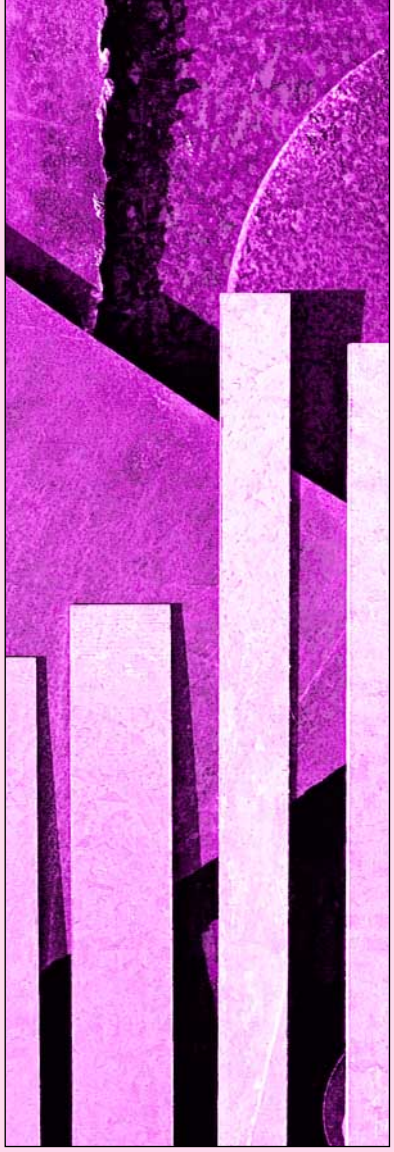
BERNARDO RODENAS, SOFÍA. Obra citada. Pág. 35.

"El cuidado de personas enfermas es otra de las actividades de preferente presencia. Con una falta también de regulación legal, en este caso hasta inexistente en su mínima expresión, el cuidado de personas enfermas, en toda Europa, se ha convertido en un medio complementario asistencial, que palia las escasas dotaciones y medios que se aplican por los poderes públicos a estas necesidades, y que posibilita un nivel de protección que nunca, sin este personal marginado, podría otorgarse. Estamos ante una explotación que se integra en las necesidades del sistema y que, dicho sin eufemismos, se acepta como uno de los recursos del propio estado del bienestar, con toda la carga ética y trágica que ello conlleva, y con todo el cinismo, que de tal aceptación se desprende".

4

ORTEGA ESCANDELL, ANA MARÍA. "Problemática del trabajo de la mujer extranjera en España" de *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III 2000* (Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España. Delitos contra la libertad sexual y tráfico ilícito de personas. Especial referencia a las últimas reformas legislativas). Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. Madrid 2000, pp. 224 y 225.

"En España existen casi 30.000 mujeres prostitutas, muchas de estas proceden de Asia, África, y también de Europa del Este. La mayoría son víctimas de la miseria, la promesa de un mundo mejor, previo engaño y la explotación y en muchos casos son violadas y maltratadas como verdaderas esclavas."



Otro sector cada vez atendido por la mujer inmigrante es el cuidado de personas de la tercera edad, menores y enfermas, no sólo en domicilios particulares, también en residencias, clínicas y guarderías privadas, y si las mismas están en situación irregular, se propicia igualmente una falta de cumplimiento de los mínimos exigibles a cualquier empresa.

No hay regulación de estas actividades, las propias instituciones públicas tienen conocimiento de esta realidad y se acalla el problema esencialmente por las escasas dotaciones económicas que dedica el gobierno al cuidado de personas enfermas, ancianas y menores calificándose por algunos críticos como "pacto tácito de silencio" a pesar de conocer esta intolerable situación [3].

La precaria situación de las trabajadoras de este sector se da en primer lugar por la laguna legal existente y fundamentalmente por la falta de voluntad desde los operadores políticos de enfrentarse al problema de base, la falta de inversión necesaria en el ámbito de bienestar social y sanidad, así como una regulación legal adecuada a las presentes circunstancias que contemplen al trabajador y trabajadora española o extranjera, en un plano de igualdad, de dignidad, no permitiendo que se sigan realizando estos trabajos desde la economía sumergida tolerando situaciones difícilmente controlables por la inspección de trabajo y que traen como consecuencia la explotación de la inmigrante, más aún si esta residiendo ilegalmente en el país.

Los problemas que presenta la inmigración en España no se han planteado sólo por la falta de legislación, el conflicto se ha planteado al no cumplir la normativa vigente la empresa del sector primario y por la inexistencia de un control de las autoridades competentes.

3
Ámbito sanitario.

Hasta la entrada en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, no se había regulado el derecho a prestaciones sanitarias, anteriormente quienes no estaban residiendo legalmente no disponían de este derecho, los hombres y mujeres inmigrantes aún estando sometidos a la misma legislación sanitaria, quienes más han sufrido la carencia de asistencia sanitaria han sido las mujeres y los menores, por ser estos grupos los más necesitados de asistencia médica y sanitaria.

Una manifestación del abandono sanitario en que se encontraban hasta hace poco las mujeres embarazadas sin asistencia durante todo el embarazo y el posterior parto, quedando el ser recién nacido sin ningún derecho sanitario, esta grave situación ha sido subsanada.

No se debe obviar el grupo cada vez más numeroso de mujeres ilegalmente llegadas a España que se dedican a la prostitución, para subsistir, o por que han sido traídas por las redes mafiosas esclavizándolas y sometiéndolas a situaciones involuntarias de prostitución [4].

A esta cruda realidad hay que unir el desamparo que suponía el no tener derecho a las prestaciones sanitarias por cualquier enfermedad común y por supuesto el peligro añadido que entraña el contagio de enfermedades venéreas.

4
Ámbito jurídico.

Para una mejor comprensión del estatus de la mujer inmigrante, es necesario hacer una breve referencia sobre la legislación de extranjería en España y su evolución en estos últimos años:

1

La Constitución Española de 1978 el Título I, y especialmente el Capítulo I, "*De los españoles y extranjeros*", en su artículo 13 establece que los extranjeros gozarán de las libertades públicas garantizadas en el Título I en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, lo que supone una remisión a la Ley para regular los mencionados derechos de los extranjeros, la doctrina del Tribunal Constitucional equipara a las personas españolas y extranjeras [5].

5

FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL. "Entrada y establecimiento de extranjeros" de *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III 2000* (Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España. Delitos contra la libertad sexual y tráfico ilícito de personas. Especial referencia a las últimas reformas legislativas). Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Centro de Estudios Jurídicos de la Administración e Instituto de la Mujer. Madrid, pp 12 y 13.

"El Tribunal Constitucional, en sentencias 99/1985, de 30 de septiembre y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 C. E.); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos, como los que reconoce el artículo 23, según el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene, y finalmente existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y en las Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias con respecto a los españoles.

El Parlamento se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la política de inmigración en España… apuesta por una política de inmigración basada en el control de los flujos, la integración social de los inmigrantes y la cooperación con los países emisores de emigración".

2

rgánica 7/1985, de 1 de julio, regula por primera vez los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se criticó su carácter policial y su carencia de finalidad integradora de los inmigrantes, adoleciendo de regulación sobre la reagrupación familiar.

3

Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, aprueba el Reglamento de Ejecución que regula el derecho de reagrupación familiar, establece condiciones estrictas y permiso de residencia sin derecho a trabajar, su vigencia quedaba condicionada al permiso de residencia del reagrupante y al vínculo matrimonial, la mujer reagrupada, quedaba bajo la total dependencia del marido.

4

Circular 7/94 de 28 de julio, establece en circunstancias excepcionales la exención de visado.

5

Resolución de 15 de febrero de 1994 contiene instrucciones generales y de procedimiento en materia de tramitación de visados para la reagrupación de familiares de los no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

6

Real Decreto 155/96 de 2 de febrero, era más garantista de los derechos y libertades de los extranjeros y acorde con el marco constitucional y con el contexto normativo internacional, se dictó al no poder modificar la Ley Orgánica 7/85 por no ser el momento políticamente adecuado y ante el aumento de población extranjera residente en España.

7

Orden de 11 de abril de 1996, regula exenciones de visado tanto para los nacionales de terceros estados como para los comunitarios.

8

Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, establece normas generales de tramitación de los expedientes de visado y de permisos de residencia por reagrupación familiar, fue duramente criticada por la mayoría de la doctrina al no proteger suficientemente el derecho de reagrupación familiar, la jurisprudencia por el contrario se ha mantenido favorable a la reagrupación familiar [6].

9

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. Tras 15 años desde que se dictó la primera ley en esta materia, era acuciante dictar una nueva ante la realidad social del país, aún así fue necesario modificarla inmediatamente por otra ley posterior ya que el fenómeno migratorio había superado las previsiones, además era necesario adecuar y armonizar la normativa española en materia de extranjería a los compromisos asumidos por España [7].

10

Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, aspira a equiparar los derechos de los extranjeros con los de los españoles entre otras materias en educación, servicios y prestaciones básicas, asistencia sanitaria pública de urgencia, tutela judicial efectiva, asistencia jurídica gratuita e intérprete en caso de denegación de entrada, devolución expulsión, y asilo, matizándose en el texto jurídico los residentes legales e ilegales, regula la reagrupación familiar, derechos de los trabajadores, infracciones graves y las correspondientes sanciones.

Especial mención merece que el Derecho Privado sea más favorable a los inmigrantes que el Derecho Público, el motivo es esencialmente económico; se favorece y se aspira a traer inversión extranjera. Con las prohibiciones, restricciones y limitaciones del Derecho Público se pretende impedir la adquisición de la nacionalidad y legalizar situaciones adquiridas, no permitiendo la integración social no por cuestión de nacionalidad sino de pobreza [8].

II.- LA MUJER INMIGRANTE: PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Una de las manifestaciones de la violencia de género es la doméstica que tiene lugar en el propio domicilio de la víc-

6

CUADRA FERNÁNDEZ, LUZ. Obra Citada. Pág. 30.

"Esta regulación tan poco protectora del derecho a la reagrupación familiar se ha visto paliada por la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo,... en reiterada jurisprudencia ha considerado el "reagrupamiento familiar legítimamente acreditado como una de dichas circunstancias excepcionales que hacen que la Administración esté ante un deber de otorgar la dispensa de visado a fin de obtener permiso de residencia cuando el demandante ya se encuentra en territorio español por concurrir una razón tan importante o trascendental como la de no quebrar la unidad familiar"... El Tribunal Supremo ha tenido en consideración de los vínculos familiares: 1) Relaciones paterno-filiales, 2) Vínculo matrimonial con nacional español, 3) Conviviente con nacional español, 4) Hijos nacidos en España, 5) Hijo o hija de española de la que depende económicamente y 6) Vínculos fraternales".

7

GÓMEZ ALONSO, JULIO. "Derechos Fundamentales de los extranjeros. Cuestiones actuales" de *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III 2000* (Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España. Delitos contra la libertad sexual y tráfico ilícito de personas. Especial referencia a las últimas reformas legislativas). Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. Madrid, p. 105.

"La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero… favorece en mayor medida a los nacionales de los países miembros de la Unión Europea que a los anteriores. Es cierto que existe una ciudadanía europea y un impulso claro a una nacionalidad europea, pero ello no era óbice para que España, hubiese negociado con mayor generosidad la integración de los anteriores, como lo hizo el Reino Unido respecto a sus ciudadanos de las antiguas colonias".

8

GÓMEZ ALONSO, JULIO. Obra citada, pp. 103 y 104.

"La incorporación a la Comunidad Económica Europea,… ha provocado un cambio en la política de inmigración y en la mentalidad de los españo-

tima, con toda la carga de miedo e inseguridad que crea para la víctima, al no sentirse a salvo ni en su hogar, sumando a las dificultades de estar en otro país en muchos casos una cultura, idioma,... distintos y privada de amistades o familiares a quienes recurrir.

Todavía hoy estas situaciones quedan sin denunciar silenciadas, siendo un gran número de mujeres en España (tanto españolas como extranjeras) las que sufren la violencia en su propia casa inflingida por los seres más queridos, que forman su núcleo familiar, con quienes convive diariamente, y en la mayoría de ocasiones es el propio maltratador con la única persona que cuenta la víctima en un país que no es el suyo quedando en situación dramática de absoluto desamparo [9].

La inmigrante maltratada en el ámbito familiar debe añadir a su condición de mujer una nueva discriminación que es si cabe más grave precisamente por su condición de persona no nacional que en la mayoría de casos carece de los medios económicos y de recursos tan básicos como la información para defender sus derechos como víctima de una infracción penal.

La sensibilización social ha sido fundamental para tener datos fiables de la situación real y que la víctima sea informada de los derechos que le asisten, entre ellos su derecho a denunciar, esta tarea entraña más dificultades si la mujer agredida es inmigrante, normalmente sólo se llega a saber de su situación cuando se producen casos tan dramáticos como graves palizas que obligan a llevar a la víctima al hospital y en el supuesto más dramático la muerte de la mujer [10].

Según la opinión mayoritaria de prestigiosos penalistas no basta el derecho penal para solventar un problema tan complejo la solución debe afrontarse conjuntamente con otros sectores, el Consejo General del Poder Judicial llega a esta misma conclusión en su Informe sobre "La problemática Jurídica derivada de la violencia doméstica" emitido en el 2001:

"El Derecho Penal es el último remedio al que ha de acudir dentro del ordenamiento jurídico para combatir conductas indeseables, pero que la eliminación de causas que la generan ha de provenir principalmente de otros ámbitos".

El Acuerdo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 establece unos criterios de actuación jurisdiccional a través de los medios que previstos en la legislación vigente, que el Consejo General del Poder Judicial ha sistematizado a fin de potenciar la eficacia de la actuación judicial, siempre con el respeto al principio de independencia judicial y dentro del marco previsto en la Constitución y las Leyes. Estos criterios deben de ser aplicados tanto a los malos tratos cometidos contra la mujer española como contra la mujer inmigrante sin distinción:

1

Primeras actuaciones ante el juzgado de guardia:

A

Denuncias por malos tratos:

La denuncia se documentará por escrito y si es posible por medios audiovisuales de grabación, se comunicará inmediatamente al Ministerio Fiscal, para que asista a la víctima desde el primer instante, se prestará la denuncia en presencia del Juez y Fiscal, se recabará de la respectiva Fiscalía los antecedentes que figuren en el Registro informático de violencia doméstica sobre denunciante-denunciado. Se comunicará la denuncia a la Oficina de Atención a la Víctima.

Se le facilitará a la víctima asistencia técnico-jurídica, si no tiene abogado/a y si no dispusiera de recursos se le facilitará la asistencia jurídica-gratuita para presentar la denuncia.

B

Comparecencia de las personas implicadas:

El propio Juez o Jueza de Guardia debe de ordenar que comparezcan inmediatamente a su presencia víctima y presunto agresor, testigos si hubiere y fuera posible y proceder de forma inmediata al examen médico, físico y psicológico de la víctima y el agresor.

Si existieran antecedentes de maltrato en los respectivos Servicios Sociales, se ordenará un primer informe urgente sobre

les...resulta paradójico observar que en España los grupos normativos de Derecho Privado resultan más favorables a la extranjería que la legislación administrativa de Derecho Público. El artículo 25 del Código Civil preceptúa que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos que los españoles, salvo lo dispuesto en leyes especiales y en los Tratados.

El artículo 15 del Código de Comercio reconoció como regla general que los extranjeros podrán ejercer el comercio en España, con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiere a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación… la legislación sobre inversiones extranjeras o participación en sociedades mercantiles... (es) predominantemente liberal y favorable".

9

ABELLÁN GARCÍA, CLARA. "Guía de información para la mujer, en situación de abuso" de *Manual sobre violencia contra las mujeres.* Generalitat Valenciana. Conselleria de Benestar Social 2001, p. 9.

"Afortunadamente cada vez se tiene más presente este problema y se están creando medidas eficaces para combatirlo. Las campañas de sensibilización y prevención son medidas importantísimas de concienciación social. No obstante deberemos seguir incidiendo en ellas ya que pese al elevado número de denuncias efectuadas por las víctimas ante los organismos oficiales, se estima que los casos denunciados suponen tan sólo entre un 10% y un 15% de los casos realmente existentes".

10

"La violencia doméstica un problema de concienciación" de la sección Temas de Actualidad de la Revista *Abogacía española* nº 20. Nueva Época, de septiembre y octubre de 2001 Madrid, p. 20.

"En España muere una mujer cada cinco días víctima de malos tratos. Por otra parte, en los cinco primeros meses de este año (2001) se han presentado 9.359 denuncias de mujeres por malos tratos, 2.428 han correspondido a delitos y 6.931 a faltas, un 6,89% más que en el mismo período del año pasado".

las condiciones sociales, económicas, laborales y de otro orden que resultasen relevantes para la adopción, en su caso, de medidas cautelares.

C

Declaración de la víctima:

Durante la declaración de la víctima se recogerán datos relativos a agresiones anteriores, a las circunstancias en que se produjo la agresión que motivó la denuncia, los testigos, vestigios de las mismas, las consecuencias físicas y psíquicas de la agresión para la persona y bienes de la víctima o para los miembros del núcleo familiar y se recabará la opinión de la víctima sobre las medidas de protección que considera necesarias.

D

Declaración del denunciado:

Se le tomará en calidad de imputado sobre su versión de los hechos y la realidad de la agresión, los motivos, antecedentes de violencia en el seno familiar y sus circunstancias personales (paro, alcoholismo, drogadicción etc...) relevantes.

E

Recogida de pruebas:

Se ordenará a las fuerzas policiales la recogida de pruebas y vestigios de la agresión de forma inmediata y completa, en previsión de una posterior retractación de la víctima, expidiendo si fuera procedente mandamiento de entrada y registro. La recogida de pruebas se documentará cuando sea conveniente por medios audiovisuales, en sustitución o complementando el atestado, por su exactitud y eficacia probatoria, las pruebas se entregarán inmediatamente en el Juzgado de Guardia.

F

Adopción de medidas cautelares:

A la vista de las declaraciones, Informes y Pruebas se dicta por el Juez de Guardia Auto adoptando o no medidas cautelares teniendo presente la peligrosidad del agresor, la gravedad del hecho denunciado y la necesidad de protección de la víctima y de los demás miembros de la familia. El Auto estará motivado y fundamentado en relación al caso concreto, sobre la proporcionalidad de las medidas que se adopten o explicando las causas que justifican la decisión de no adoptar medidas cautelares.

Las medidas cautelares se comunicarán personalmente por el Juez/a a la víctima y al denunciado, haciéndole a éste las advertencias y prevenciones procedentes, de ahí la importancia de que se realice esta comunicación por el Juez o la Jueza personalmente.

Entre otras medidas las más frecuentes son la prisión preventiva, prohibiciones del artículo 544 de la LECrim., aprehensión de armas, comparecencia apud acta del denunciado con periodicidad acorde a las circunstancias, medidas de protección física de la víctima, etc... prestando especial atención a la concurrencia de factores adicionales de riesgo, habitualmente concurrentes en los casos de maltrato familiar (alcohol, drogas, armas...) y la adopción de las medias cautelares o definitivas que procedan.

Cuando las circunstancias del caso lo permitan, potenciar la utilización motivada y razonablemente las medidas alternativas a la prisión valorando la posibilidad legal de su aplicación antes y después de sentencia, siempre con respeto a los derechos constitucionales del denunciado (la libertad provisional con comparecencia apud acta, sometimiento del presunto agresor a control medico y de los equipos de tratamiento,...) para ello es necesaria una previa ponderación de las circunstancias particulares y de los posibles riesgos para la víctima. La imposición de medidas de alejamiento y posterior control de su cumplimiento se ejercerá mediante la coordinación entre los órganos judiciales, Ministerio Fiscal y autoridades policiales.

G

Remisión de lo actuado por el Juzgado de Guardia al Juzgado correspondiente:

Concluidas estas primeras Diligencias practicadas por el Juzgado de Guardia éste debe remitir con carácter urgente todo lo actuado al Juzgado especializado, o en su caso, al Juzgado Decano para su reparto.

Las Juntas de Jueces y Juezas es conveniente que aprueben previamente normas de reparto, otorgándose la máxima preferencia y rapidez a estos procedimientos. Para una actuación coherente se elaboraran pautas a seguir en los supuestos de retractación y de incomparecencia de la víctima al acto del juicio (que se da con mucha frecuencia), averiguando las causas de la incomparecencia de la víctima, eliminar las dilaciones en la celebración de estos juicios, a fin de evitar desaparición de las pruebas y la desprotección de la víctima.

2

Trato a la víctima en las dependencias judiciales:

El trato a las víctimas ha de ser en todo momento especialmente considerado, evitando que al perjuicio derivado de la agresión se añada la "victimización institucional". El lenguaje que se empleé con la víctima será asequible a esta de forma que entienda en todo momento que se le pregunta o de que se le informa, y si fuere preciso o conveniente se requerirá la intervención de intérprete (en el supuesto de mujer extranjera).

Se facilitará a las víctimas la asistencia jurídica, médica, psicológica y socio-económica que precisaren, comunicando el hecho a la Oficina de Atención a la Víctima.

En las citaciones a la víctima se evitará el tono imperativo, estimulando su colaboración, se le debe informar de la importancia de que comparezca al acto del juicio. Las notificaciones a la víctima de todas las decisiones procesales que le afecten se harán con la máxima rapidez, sobre todo las de adopción o levantamiento de medidas cautelares del presunto agresor o de protección de la víctima o de los demás miembros de la unidad familiar.

3

Relaciones entre denunciante y denunciado:

Se evitará la coincidencia física entre denunciante y denunciado en las dependencias judiciales, si es inevitable se

prestará especial atención a la víctima, utilizando los recursos previstos en la Ley de Protección de Testigos, y la víctima estará siempre acompañada. Si fuera de las dependencias judiciales es imprescindible la relación del denunciante y del denunciado se fijarán judicialmente puntos de encuentro seguros y facilitando lo necesario para que la víctima esté siempre acompañada y asistida si lo precisare.

Habrá un control riguroso del cumplimiento de las medidas de protección a la víctima que se hubieran acordado, mediante la adecuada coordinación entre las autoridades Judiciales, Fiscales, Policiales y demás Organismos que intervengan.

Tanto en el proceso penal o en el proceso civil que siguiere a la denuncia, habrá absoluta reserva respecto de los datos relativos al domicilio de la víctima, centro de acogida, centro de trabajo... y cualquier información que pudiera poner en riesgo su seguridad o la de los demás miembros del grupo familiar, o posibilitar su localización por el agresor. El Juzgado adoptará medidas precisas, cuidando que no se incluyan en los documentos de los actos procesales.

4

Coordinación entre el proceso civil por nulidad, separación y divorcio y el proceso penal por malos tratos:

Se remitirá a la Fiscalía correspondiente los datos procedentes de los Juzgados civiles donde se tramiten procedimientos de nulidad, separación y divorcio que fueren relevantes para incorporarlos al Registro informático sobre violencia doméstica existente en todas las Fiscalías.

En los procesos civiles y penales se debe potenciar la audiencia de las partes ante el Juez, así como una mayor coordinación entre los Juzgados civiles y penales en la aplicación de las medidas cautelares adoptadas por cada uno de ellos si se sustancian simultáneamente, los procesos civiles de nulidad separación o divorcio y procesos penales de maltrato.

III.- LA DENUNCIA INTERPUESTA POR LA MUJER INMIGRANTE CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR: DIFICULTADES ESPECÍFICAS

Las mujeres inmigrantes igualmente víctimas de malos tratos aunque cada vez son mayores las medidas institucionales y concretamente judiciales previstas, sin embargo merecen una especial mención el sector de las inmigrantes irregulares las cuales no gozan de atención de los servicios de apoyo de la Administración [11], ni tampoco tienen o cuentan con el asesoramiento de abogado o abogada de oficio, ni de justicia gratuita, es muy difícil en esta especial situación de desamparo jurídico e institucional, denunciar, partiendo de que no cuentan normalmente con una economía saneada o están en la mayoría de casos trabajando en precario, difícilmente pueden acudir a un abogado/a y pagar sus honorarios, por esa misma precariedad económica e inseguridad en que viven ilegales, no se atreven a acudir a denunciar ante la policía por temor a ser expulsadas del país. Este panorama se agrava con la vigente Ley de extranjería que propicia la expulsión por carecer de permiso de residencia.

No se puede obviar el gran número de mujeres residentes en España por reagrupación familiar, quedando en este supuesto bajo la dependencia total y absoluta del cabeza de familia o marido, difícilmente se pueden denunciar malos tratos en esta situación de subordinación [12].

Situación distinta pero igualmente grave la de las mujeres extranjeras casadas con español si son maltratadas y se las amenaza con denunciarlas para anularles el permiso e iniciar así el expediente administrativo de expulsión.

11

BERNARDO RODENAS, SOFÍA. Obra citada, p. 36.

"Según el informe anual de 2000 de la Organización SOS Racismo, durante 1999 se produjeron varios casos de negativa a la entrada de mujer inmigrante irregular en pisos de acogida por malos tratos, así como falta de denuncia de éstas por temor a la expulsión".

12

BERNARDO RODENAS SOFÍA. Obra citada, p. 36.

"No es tampoco una mera forma de hablar, saber que las condiciones de precariedad en la vivienda y vida, generan un caldo propio más proclive a la violencia doméstica, y no precisa de muchos esfuerzos deducir de los datos disponibles que los malos tratos a mujeres inmigrantes trascienden menos que los malos tratos de las mujeres en situación de normalidad, a pesar de que estamos, en todos los casos, ante un problema tradicionalmente escondido".

Las inmigrantes legalmente residentes en España tendrán la posibilidad de tener una asistencia institucional y jurídica igual a la mujer española, con los inconvenientes propios y peculiares de su situación particular, idioma, creencias, miedo, cultura, desconocimiento del ordenamiento jurídico español,... pero no por ello debe renunciar a sus derechos y dejar de denunciar los malos tratos.

IX.- CONCLUSIONES

La grave problemática de la violencia contra las mujeres llamada violencia de género comprende cualquier acción abusiva contra la mujer por el hecho de serlo, resultado de siglos de desigualdad en las relaciones mantenidas entre el hombre y la mujer. La violencia doméstica es una manifestación más de la violencia de género, que se desarrolla en la intimidad del seno familiar y entre las personas que pertenecen a ese círculo.

Las mujeres inmigrantes tienen en muchos casos otros obstáculos añadidos al problema del maltrato que sufren sobretodo si están en situaciones de ilegalidad les es más difícil el acceso a los recursos sociales y a los servicios jurídicos, generalmente padecen una discriminación a la hora de acceder a un puesto de trabajo, a una vivienda,… por su nacionalidad o condición social, es frecuente que desconozcan el idioma y la cultura en España y soporten un aislamiento familiar, social y tengan escasez de relaciones.

La mujer extranjera sufre una doble discriminación como mujer y como inmigrante en un país que no es el suyo, necesitando información y ayuda que le facilite presentar la denuncia, puesto que si difícil es para la mujer española que está en su patria y rodeada de su familia, más lo será para una persona que normalmente no tiene familiares ni amistades, aparte de su núcleo familiar que le es hostil y donde se la maltrata.

Se debe procurar sensibilizar a la sociedad para incentivar mecanismos de ayuda no sólo desde Organizaciones no gubernamentales sino desde instancias oficiales y conseguir una protección y apoyo igual con independencia de raza, sexo, religión..., o cualquier otra condición, circunstancia personal o social de acuerdo con la vigente Constitución.

A pesar de la dificultad y complejidad del fenómeno de la violencia doméstica se está produciendo un cambio positivo pero es imprescindible coordinación entre las Fuerzas de Seguridad del Estado, Jueces, Fiscales, Administración de Bienestar Social, Médicos, Psicólogos y Psiquiatras, Colegios de Abogados, y desde el resto de instancias públicas implicadas directa o indirectamente, pero sobre todo concienciar a cada ciudadano/a de que la justicia y la igualdad deben de estar presentes en el ámbito público y social, para ello será necesario que existan previamente en el ámbito familiar permitiendo a sus miembros el desarrollo de la personalidad a través del respeto a la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, principio que no es de exclusiva aplicación a las personas españolas sino a cualquier persona que esté en nuestro país y para que sea efectivo y real no basta la regulación y protección que se haga desde cualquier rama del derecho, es necesario un cambio más profundo que va más allá de la ley y que debe ser incluso anterior a ella y es precisamente la concienciación de cada ser humano de que los demás sea cual sea su condición, origen etnia, sexo, creencias o nación merece el mismo respeto y consideración que uno mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN GARCÍA, CLARA. "Guía de Información para la mujer en situación de abuso" de *Manual sobre violencia contra las mujeres.* Generalitat Valenciana. Consellería de Benestar Social 2001. Valencia.

BERNARDO RODENAS, SOFÍA. "Mujer e Inmigración" de *Aequalitas.* Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, nº 6 de enero-abril de 2001. Zaragoza.

CUADRA FERNÁNDEZ, LUZ. "Derecho a la reagrupación familiar en la legislación española" de *Aequalitas.* Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, nº 6 enero-abril 2001. Zaragoza.

FERNÁNDEZ MONTALVO RAFAEL. "Entrada y establecimiento de extranjeros" de *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III 2000* (Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España. Delitos contra la libertad sexual, tráfico de personas. Especial referencia a las últimas reformas legislativas). Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. Madrid, 2000.

GÓMEZ ALONSO, JULIO. "Derechos Fundamentales de los extranjeros. Cuestiones actuales" de *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III 2000* (Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España. Delitos contra la libertad sexual y tráfico ilícito de personas. Especial referencia a las últimas reformas legislativas). Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. Madrid.

"La violencia doméstica un problema de concienciación" de Sección de Temas de Actualidad de la Revista *Abogacía española NC 20*, Nueva Época de Septiembre-octubre de 2001. Madrid.

ORTEGA ESCANDELL, ANA MARÍA. "Problemática del trabajo de la Mujer Extranjera en España" de *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III 2000* (Derecho de Extranjería. Problemática de la Mujer extranjera en España. Delitos contra la libertad sexual y tráfico de personas. Especial referencia a las últimas reformas legislativas). Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centro de Estudios Jurídico de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. Madrid, 2000.

"Violencia Doméstica. Algo más que una denuncia" (Reportaje) de la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de Valencia "*El legajo*", n º 19 de marzo de 1999. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

REFLEXIONES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ACTITUDES DE LA POLICÍA JUDICIAL

POR MANUEL GUILLERMO ALTAVA LAVALL.
Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón.
Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Procesal
en la Universidad Jaume I de Castellón.

1. INTRODUCCIÓN

La agresividad no es algo innato ni algo propio de sociedades primitivas. De hecho, en los albores de este nuevo siglo debemos seguir abordando un problema que, lamentablemente –y en un sociedad avanzada como es la española– acapara portadas en prensa, radio y televisión. Y, en concreto, en casos cuyas víctimas son mujeres.

Quizás debamos comenzar por preguntarnos el origen del problema: no, desde luego, desde una óptica religiosa –en cuanto a si Eva era, o no, el resultado de una transformación divina a partir de una costilla de Adán– pero sí respecto del trato dado a la mujer en las primitivas sociedades, o cuando en definitiva, se comienza a convivir en sociedad entre hombres y mujeres con arreglo a unas determinadas reglas. Situando pues, la vista en la Prehistoria, la sociología entiende que es en el momento en el que el hombre siente la imperiosa necesidad de proteger a sus crías indefensas que tardan varios años en valerse por sí mismas cuando forma la familia mediante la pareja monógama, organizándose así para defenderse y sobrevivir.

Aparece así la racionalización en la organización de la familia primitiva pero partiendo del gran descubrimiento que hace el hombre: la mujer puede trabajar para él y para ello sólo tiene que obligarla a través del atributo natural –y masculino– que es la fuerza.

Surge así la primera violación de los derechos naturales –los que hoy día llamamos derechos fundamentales– que se encuentran recogidos en nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978 y de los que gozan tanto el hombre como la mujer por el hecho de ser personas, y que han de ser consagrados y garantizados por la sociedad, en palabras de Truyol Serra.

2. ORIGEN Y CAUSAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

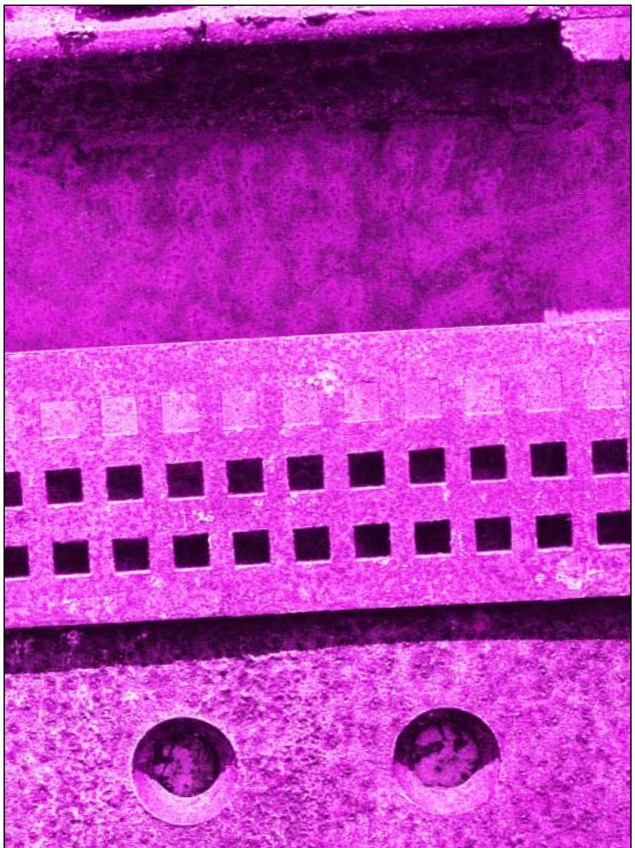
El mando o dominio paterno, es decir, el patriarcado, el dominio ejercido en la sociedad por los varones, los jefes de la familia, es lo que se encuentra en el fondo remoto de la estructura de nuestras sociedades modernas y, por ende, ello conduce a que la concentración de todo el poder se de, principalmente, en manos de uno sólo de los sexos, el masculino, con la consiguiente supeditación a éste del sexo femenino. Tradicionalmente, esta circunstancia se ha encontrado en la base del desarrollo social de la humanidad hasta el día de hoy.

La organización patriarcal procedió históricamente a dividir las funciones que habrían de desempeñarse dentro de la sociedad, determinándolas en relación con el sexo, es decir, distinguiendo de modo radical aquellas cosas u obligaciones que debían atribuirse a los hombres de aquellas otras que debían adjudicarse a las mujeres. Pues bien, esta división sexista de la humanidad así configurada socialmente constituye el germen de la desigualdad que hoy padecemos entre hombres y mujeres.

Sin embargo, para que tal división pudiera sostenerse y prevalecer, hubo que dotarla de unos contenidos ideológicos que los justificaran los cuales se fundaron en las diferencias biológicas que, por lo que respecta a la mujer sirvieron de pretexto para organizar el esquema de una esencia femenina y llegar a la conclusión de que su personalidad impedía a las mujeres desarrollar las cualidades o capacidades que se consideraban indispensables para ejercer el poder. Por lo que refiere al varón, venía a configurar una esencia propia o singular que sí permitía el ejercicio del poder en virtud de las cualidades del mismo y también sobre la base biológica que se le atribuían.

Hoy se puede afirmar con toda rotundidad que la Biología no es responsable de la supeditación social de la mujer, obedeciendo por el contrario esta inferioridad y debilidad femeninas a razones culturales, las cuales se transmiten por tradición oral y de costumbres y no por herencia biológica.

Si como consecuencia de la división de sexos en las funciones y la cultura patriarcal, se conceptúa a la mujer como un ser artificial, falso y mundano que por virtud de la llamada esencia femenina sólo ha de alcanzar la categoría de ser corporal, intuitivo, sensible, débil e inepto para la lógica de la razón –en palabras de Rousseau– o si se determina que la mujer es hembra precisamente por su falta de cualidades –como pretendía Aristóteles–, y que por ello se la debe considerar como incapaz de formar criterios o de tener juicio propio, de sobrepasar siquiera la mentalidad de un niño, y se la define por ello como un ser ocasional –que es lo que expresó Santo Tomás– de tales razones forzosamente se ha de concluir que la mujer deba atener por funciones exclusivas a las que correspondan como esposa y madre.



Si a todo ello se le une la posibilidad de haber soportado un desarrollo infantil deficitario en una familia disfuncional, en la que reinaba la violencia, el abandono afectivo y la rígida confrontación, habremos configurado las circunstancias precisas para hacer del hombre un maltratador.

La violencia supone frecuentemente, para este hombre, el intento desesperado por recuperar el control en el único plano donde realmente puede demostrar en forma violenta con toda impunidad su superioridad, o sea, en la intimidad del hogar. El hombre ha recibido en esta sociedad un mensaje básico; ser hombre es ser algo importante, todo hombre debe encontrar la manera de demostrar esa importancia, y en el caso del hombre violento la única forma de demostrar ese privilegio es a través de su papel como cabeza de familia, o como cabeza de su pareja, donde la mujer le está totalmente subordinada.

Así pues, no se necesitan condiciones especiales de patología en el agresor, basta con que concurran en él causas tan comunes y corrientes como la inseguridad e incapacidad de su parte para encajar sus propias frustraciones frente a las dificultades normales de la vida. De esta manera, se le ofrece la oportunidad de mostrar su agresividad, claro está, entendida como muestra de virilidad.

Se comprende así que esta forma de entender la masculinidad se encuentra presente en todo nivel intelectual y educativo, razón por la cual, en contra de lo que muchas veces se cree, el fenómeno de la violencia doméstica no se puede propiamente asignar a un estrato social determinado sino que se encuentra presente en todos ellos.

Por tanto, resulta falsa y es un tópico la idea que asocia al hombre violento con la no educación, la pobreza de recursos materiales y la brutalidad. Esta idea no tiene otro punto de apoyo sino el hecho cierto y fácilmente explicable de que sean por lo general las mujeres de estos hombres las que acuden en petición de ayuda gratuita a los servicios sociales y también las que con más frecuencia acuden a denunciar los hechos ante la Policía Judicial y en los Juzgados.

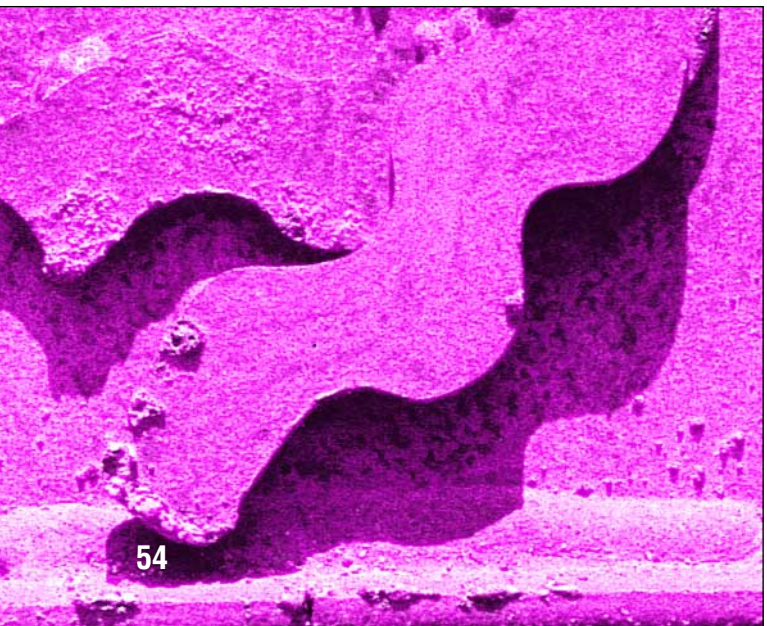
La holgura económica, el prestigio social y el alto nivel cultural, no son en modo alguno factores que eliminen la violencia doméstica. Estas mujeres no suelen acudir a los servicios sociales gratuitos ni a las comisarías de policía, sino que acuden buscando ayuda a los recursos de atención privada (psicólogos/as, abogados y abogadas de libre elección) y también a organizaciones y centros al efecto establecidos, pero siempre con el ruego insistente de la máxima discreción, por el sentimiento de vergüenza que su situación les produce.

Cierta confusión de valores, que de una u otra forma todos padecemos en esta sociedad de culto al dinero y al poder social, puede inducirnos a pensar como prototipo de maltratador en un sujeto malencarado, o de aspecto pendenciero, hosco y de formas descaradas, por cuyos ademanes chulescos desde lejos se puede adivinar su forma de ser. Nada más lejos de la realidad. No digo que individuos así no puedan ser maltratadores en sus casas, pero esa no es la descripción que corresponde por principio al verdadero perfil del hombre maltratador.

La figura que el maltratador muestra al exterior es la de un hombre de apariencia enteramente normal, es incluso agradable en su porte general, por la amabilidad que muestra hacia las demás personas, en suma una persona a la que no se dudaría en calificar de atractiva, un tipo brillante; en una palabra, su personalidad puede fácilmente ser la de un triunfador. Esa es su gran coartada, ¿cómo una persona tan sobresaliente y competente, dueño de una personalidad tan fina y seductora, puede ser el autor de los hechos que en la denuncia policial o en la consulta profesional se le atribuyen?

Pues bien, una vez conocido a fondo se observa una especial habilidad para la tergiversación, grandes fallos en su personalidad que esconden hábilmente su inmadurez afectiva, y cuya inseguridad infantil se oculta bajo el manto que gratuitamente les brinda –a cuenta de su condición masculina– su papel aprendido de detentores del poder sobre la mujer y sobre los hijos e hijas.

El hombre maltratador es al principio tremendamente cauto, su actitud y su conducta previa le hace comportarse, con la que ha de ser su mujer, con la misma amabilidad y elegancia que suele usar con las personas extrañas. Para las mujeres, futuras víctimas, esta relación preliminar suele ser una pura ficción ya que el hombre pone entonces todo su empeño en no perjudicar su objetivo de mayor alcance que es el del compromiso y la boda. Así, el noviazgo será en consecuencia corto, el maltratador desea que esta fase sea breve, y si no hay más remedio que la duración hasta la boda sea más prolongada, hará que los encuentros sean breves y discontinuos. La razón es clave, una vez elegida la persona con quien desea unirse afectivamente, el hombre quiere formalizar la unión y emprender la convivencia, ante el temor que consciente o inconscientemente debe sentir el sujeto violento de que pueda quedar prematuramente al descubierto su falta de control emocional.



A veces, a pesar de estas precauciones, hay indicios que revelan la condición violenta del varón como su afán de control, su obsesión por dominar, etc., síntomas todos ellos de su insegura personalidad que suele percibirlos sin duda la mujer, conteniendo el error de aceptar que ello se deba a un exceso de atención amorosa por parte de él. Y éste, de forma habilidosa, así se lo explica.

También suelen aparecer las explosiones de celos del maltratador (consecuencias del afán de dominio) o de su inflexibilidad en el sostenimiento de sus propios criterios, su incapacidad para ceder en las discrepancias, su convencimiento de estar siempre en posesión de la verdad (y así irá la relación de pareja en lo sucesivo).

Cuando la convivencia se ha instaurado, la mujer que es víctima de la violencia en su relación de pareja, tratará nuevamente de hallar una explicación a la conducta agresiva del que es, a un tiempo, su agresor y su marido. Empeño en vano. El desconcierto de la mujer lo aprovecha el hombre maltratador para trasladar la responsabilidad de sus actos violentos a la actuación de terceros, personas ajenas a la pareja. Ahora serán el padre, la madre o los hermanos y hermanas de ella, luego las amistades que ella pueda tener o el vecindario de la finca. Nunca falta la persona ajena a la que achacar el progresivo deterioro de la relación para pasar el agresor a sostener con toda firmeza que la solución a los males que les afectan está en romper abiertamente con todas esas personas, un sacrificio exigido a la mujer para salvar la unión, y así entre promesas de felicidad, comienza el asedio sobre la víctima mediante la táctica del aislamiento y la desconexión. Ella finalmente, ha quedado a merced de él, incomunicada de toda relación ajena.

El norteamericano Walker, gran estudioso de la cuestión, lanzó en 1984 la teoría cíclica de la violencia. El proceso discurre en tres fases consecutivas:

1ª

En la primera el abusador comienza por instaurar una tensión en la relación sin que la mujer haya perdido todavía enteramente el control sobre la frecuencia y la severidad de los incidentes violentos. La mujer empieza a comprobar que si se enfrenta abiertamente no consigue sino acelerar y agravar la producción de tales actos.

2ª

La segunda fase del ciclo es la fase de agresión aguda. El agresor hace uso del castigo físico sin ningún motivo aparente, porque sí. Se producen agresiones físicas importantes. Ahora la mujer ha perdido todo el control sobre la situación, pues el maltratador una vez desencadenado el ataque físico, y cuando éste ha acabado, inmediatamente da muestras de arrepentimiento, un arrepentimiento que en apariencia es sincero, y así alterna agresiones y arrepentimientos, ataques físicos con suplicas y promesas de corrección, escenas violentas con llantos y declaraciones de amor. Y,

3ª

el resultado, en esta tercera fase, es que la víctima acaba psicológicamente asociando el castigo con las manifestaciones de amor, y bajo el ciclo de agresión–arrepentimiento–amor y la promesa de reformarse llega a esperanzarla con la posibilidad de la transformación; el cambio que ella espera. El círculo de la violencia se ha cerrado, atrapando en su interior a la pareja que ya ha quedado aislada y desconectada de familiares y amistades.

Cuando por fin la víctima decide por el medio que sea –muchas de ellas no son capaces por sí mismas– romper la relación, siquiera sin llegar a denunciar, se encontrará con la más firme oposición del agresor, quien a partir de ese momento tendrá como todo propósito retener a toda costa junto así a su mujer. No dudará en presionarla con la cuestión crematística "pero donde iras tú, con una mano delante y otra detrás; no olvides que no sabes hacer nada", o con el argumento de que le quitará a los hijos si persiste con la idea de la separación. Si la separación sigue adelante, la convertirá en un calvario. De pronto, aquél padre que permaneció durante el matrimonio inhibido de sus obligaciones para con sus hijos e hijas, ya que ésta –pensaba– era responsabilidad de la madre, aparecerá como un padre amantísimo para discutir ardorosamente la guarda y custodia de su descendencia si llega la separación. Es una nueva estrategia. Su objetivo desde luego no son los hijos e hijas, sino que la madre, con tal de no perderlos, desista de su decisión de separarse. Si su ardid triunfa –circunstancia realmente difícil– habrá ganado de nuevo y se sentirá poderoso como siempre.

4. CUESTIONES QUE CONTRIBUYEN A HACER DE LA MUJER UNA VÍCTIMA

Desde varias generaciones atrás la mujer aprendió desde niña –eso nos enseñaron a todo el mundo– que tiene que casarse, formar un hogar y ser feliz. El matrimonio le dijeron le dará comprensión, felicidad, ayuda, respeto y amor.

Cuando ella desolada comprueba que todas esas cosas por las que tan ilusionada se casó, lejos de cumplirse han convertido su vida en un infierno, cuando se da cuenta con desconsuelo que en vez de tener protección y ayuda por parte de su marido, en lugar de proporcionárselas ha venido a ser para ella un verdugo, defraudada se niega a admitirlo.

Cualquier excusa intenta convertirla en justificación. Busca afanosamente la solución al conflicto en causas externas, ajenas a la propia personalidad del maltratador. Es natural que haga esto, que proceda así. Si aprendió desde niña que el ideal de vida era la felicidad en su matrimonio, ella debe ante todo salvar la unión. El fracaso en el matrimonio y la ruptura familiar, se convierten en su propia responsabilidad, es una cuestión de conciencia personal, piensa que es ella quien no está a la altura de las circunstancias, quizá no sabe como tratar a su marido deviniendo las inculpaciones.

Lo que está sucediendo le resulta incomprensible, es mejor que nadie lo sepa, no la comprenderían, no la creerían. Su marido es otra persona fuera de casa, tiene prestigio, la gente lo considera, hasta lo admiran, sin duda es ella la responsable de la situación, no sabe callarse, no tiene el tacto necesario para no ponerle nervioso, y ¿si fuera ella quien no supiera comprenderlo?

Y, seguidamente, vienen las exculpaciones hacía su marido: "Él no es malo, es su carácter, son las copas, es mi familia, es mi madre, es el negocio, las responsabilidades que tiene con las causas, su jefe le exige mucho, fue esa mujer que se le cruzó en su camino...".

Estas ideas le bullen y martirizan en su cabeza, es la manera de justificar su permanencia al lado de alguien que, sin embargo, abusa de ella. Pero esto es lo que se corresponde con las ideas que desde niña le inculcaron, es la famosa trampa del sacrificio.

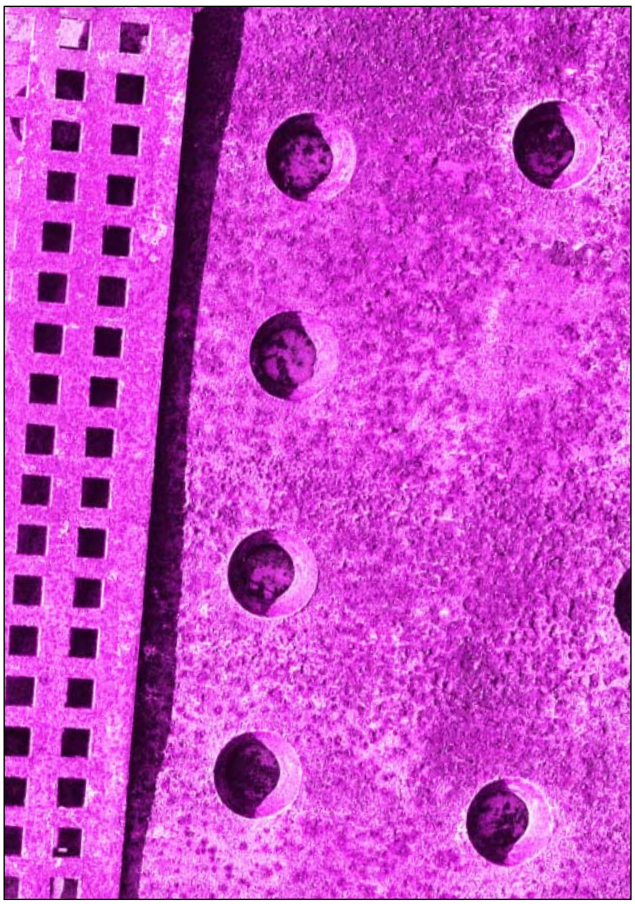
En un principio el silencio de las víctimas es cómplice de su negación ante lo evidente: lo que no transciende no existe. Los golpes, que en ella son visibles, delante de los ajenos los atribuye a fortuitos accidentes: se dio un golpe en la puerta cuando salía de la habitación, dio un traspies al bajar las escaleras, estaba jugando con el niño y tropezó, resbaló en la ducha y abortó, etc.

El silencio de las víctimas sirve de encubrimiento al hombre que las martiriza y que más tarde obedecerá no ya a ese propósito de encubrimiento sino al impulso más terrible del terror que el violento inspira en sus víctimas.

Durante la convivencia el agresor ha ido despojando a la mujer del menor motivo para la propia estima, ha logrado convencerla de su falta de valía, de su inutilidad para todo.

La inseguridad de la mujer es ya patente y el desorden que toda violencia implica rige ya por completo en su vida. Los golpes, las palizas, los insultos, las humillaciones son brutales y se han vuelto imprevisibles. Ella no puede controlar la furia de su agresor ni sabe qué causas la motivan pues lo mismo puede verse de pronto golpeada estando despierta como dormida, dándole el pecho al niño/a o cuando está haciendo –también ella– la comida.

La mujer no ve salida, el diálogo no existe, el razonamiento tampoco. Desconcertada, pues, y llena de temor, no acierta la víctima a tomar decisiones. Todavía resuenan en sus oídos la amenaza "si te vas, te juro que te quito a los hijos". No son bravatas, la amenaza se pondrá en práctica, cuando el violento vea que no va a mantener a la víctima a su lado, y no dudará en lanzar a la vez su última amenaza: "no voy a consentir que te salgas con la tuya, que rompas la familia... si te vas te mato; no vas a vivir para contarlo; de la cárcel se sale pero de la tumba no, etc." Frases que no se deben tomar a broma si sabemos que más del 55 por 100 de las mujeres muertas por sus maridos o convivientes, lo fueron cuando habían iniciado los trámites de separación, o la mujer había decidido romper la relación o ya vivían separados durante un largo tiempo.



Siendo este el dolor y la desolación, mucha gente aún se hace la pregunta siguiente ¿Por qué aguantan en esta situación estas mujeres? Seligman, psicólogo norteamericano, ha descrito la investigación que llevó a cabo, llamada la teoría de la indefensión aprendida, según la cual, los perros y hamsters con los que experimentaba, eran sometidos dentro de una jaula a sucesivas descargas eléctricas cada vez que se movían para alcanzar el cebo; el animal quedaba en principio paralizado y seguía intentando hacerse con el alimento pero al cabo de varios intentos renunciaba a comer, quedaba totalmente paralizado, bloqueado en sus reflejos, no se atrevía a escapar de la jaula, y cuando se le volvía a introducir para repetir el experimento, el pobre animal se colocaba en el centro y allá permanecía quieto, sin moverse. El animal había aprendido la conducta de la indefensión.

Detrás de cada mujer maltratada, hay un niño maltratado. La experiencia que más predispone a recurrir a la fuerza despiadada para aliviar las frustraciones es el haber sido repetidamente objeto o testigo de actos de agresión durante la infancia. Son muchos los estudios y los casos que demuestran que las criaturas que crecen entre abusos, humillaciones y crueldades, tienden a volverse en el terreno emocional insensibles a estos horrores. Con el tiempo optan por el camino de la agresión como medio para resolver los conflictos y una vez alcanzada la madurez reproducen el ciclo aprendido de la violencia. En definitiva, estos niños pueden llegar a ser padres maltratadores y las niñas nuevas esposas maltratadas, encontrándonos así con una cadena sin fin.

5. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA

El ejercicio de la violencia daña a la víctima en su integridad psicofísica, tanto si el acto es de índole físico como si se trata de agresiones psíquicas, porque en el plano humano no cabe dañar a la persona en el sentido físico sin que el daño afecte al orden emocional y afectivo de su personalidad, ni tampoco es posible agredirla afectivamente sin que de ello se deriven consecuencias funestas en el orden físico. Así es la integridad psicofísica de la naturaleza humana como ya la ciencia sabe desde hace mucho tiempo.

Para comprenderlo basta con enumerar las consecuencias que a menudo se siguen por cualquier tipo de maltrato: En primer lugar el llamado estrés postraumático. La mujer se encuentra afectada de una depresión resistente. Sus síntomas, ansiedad, aturdimiento, balbuceos, sensación de inseguridad y el mutismo; un silencio sólo interrumpido por las lágrimas, o el extremo contrario, la verborrea incontenible. También la bulimia, muy común en el maltrato continuado, cefaleas persistentes, taquicardias, alteraciones del ritmo respiratorio, trastornos en la menstruación y ataques de pánico.

La mujer golpeada suele mostrarse en actitud de máxima alerta, desconfiada, la sola idea de que el maltratador llegue a enterarse de que ella ha acudido en petición de ayuda, o de información a algún centro público o policial, la paraliza, su cuerpo se estremece bajo temblores incontrolables. Es la viva imagen de la desolación.

Decimos malos tratos y quizás el concepto resulte demasiado pobre para el martirio en que viven muchas mujeres, que sin duda aceptarían como más realista el calificativo y el significado de terrorismo familiar en la propia casa que no en contadas ocasiones acaba con su muerte. Palizas brutales con fracturas de huesos, la más frecuente la del tabique nasal, quemaduras, agresiones con arma blanca, violaciones, secuestros domiciliarios en la impunidad, amenazas de muerte esgrimiendo pistola o escopeta, intentos de estrangulamiento, amenazas de quemar la casa llevando un bidón de gasolina en la mano y en la otra un encendedor,... son unos pocos de los episodios que viven las mujeres maltratadas. Y, por supuesto, todos estos actos violentos van acompañados de gritos, insultos, improperios, ante la aterrorizada presencia de la mujer y la de los hijos e hijas, en las que algunas veces el maltratador llama y hace salir de la cama para obligarlos a presenciar la escena. Puede parecer un panorama pesimista y desolador pero, por desgracia, todavía es común en nuestra sociedad.

6. MITOS Y MENTIRAS SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

A pesar de haberse encontrado el origen último de la violencia hacia las mujeres, la sociedad sigue manteniendo ciertas reticencias a la hora de reconocer el problema. Son una serie de mitos y mentiras que lo único que hacen es justificar el problema. Podemos encontrar los siguientes:

A

El maltrato es un hecho aislado.

Más de 18.000 denuncias, más todas las agresiones que se silencian, y las muertes a mujeres que cada año oscilan entre 50 y 100 mujeres asesinadas, no son ni mucho menos, un hecho asilado.

B

A las mujeres les gusta, sino se marcharían.

Son otros muy distintos los factores que llevan a las mujeres a no abandonar el hogar familiar: falta de recursos económicos, falta de apoyo, miedo a las amenazas de muerte y miedo a la pérdida de los hijos e hijas.

C

Ocurre en las familias de bajos ingresos y de bajo nivel cultural y social.

La violencia doméstica no conoce razas, religiones, ni niveles económicos o sociales. Afecta a las mujeres de cualquier familia, sin tener en cuenta ni ingresos ni estatus social. Lo que sí hay que tener en cuenta es que son las mujeres de menores ingresos las que más acuden ante la Policía Judicial.

D

Las agresiones físicas son más peligrosas que las psíquicas.

Las agresiones psíquicas pueden suponer un mayor riesgo teniendo en cuenta que la mujer pierde toda autoestima y capacidad para hacer cosas por sí misma.

E

Son incidentes derivados de una pérdida de control momentánea.

Esta violencia es sistemática y no es producto de ningún problema ocasional pues, superados todos los obstáculos, la violencia sigue estando presente en el hogar. No hay ningún motivo que haga que la desencadene.

F

La violencia doméstica es un asunto de la familia que no debe trascender.

La privacidad que rodea al ámbito familiar otorga al agresor un espacio de impunidad a la hora de cometer estos actos. Es necesario romper con esta idea de secreto y tomar el ataque a una mujer como un hecho social pues el origen no es un problema familiar, sino el dominio que los hombres creen tener frente a las mujeres.

G

Cuando las mujeres dicen no, quieren decir sí.

Los hombres violentos creen que la mujer no es capaz de manifestar sus deseos sexuales y conciben el no como un sí. Pero en realidad cuando una mujer dice no, quiere decir eso simple y llanamente y lo demás es una violación o agresión.

H

Lo mejor es que aguanten si tienen hijas o hijos.

No es mejor que aguanten en ningún caso haya o no hijas o hijos. Pero si existen éstos es preferible que la mujer abandone lo antes posible el hogar familiar pues la violencia del hombre termina recayendo sobre los descendientes y lo peor, éstos aprenden a vivir con esa violencia que va a hacer de ésta un instrumento de vida cotidiano.

I

El agresor es un enfermo y no es responsable de lo que hace.

El agresor no es, por norma general, ni un enfermo, ni un alcohólico, ni un drogodependiente. Existen casos en que el agresor presenta estas adicciones, pero esto no significa que todos lo sean. El alcohol y las demás sustancias actúan como desinhibidores, como excusa para el agresor y como un elemento que justifica su conducta, pero en ningún caso es un factor originario de la violencia.

J

La mujer es la que provoca la agresión.

La mujer no provoca ninguna de las agresiones, es más, está en constante alerta de que todo vaya bien y que no haga ni diga nada que pueda molestar a su marido. Pero generalmente el hombre necesita reafirmar su personalidad o autoestima imponiendo su voluntad y su fuerza sobre alguien más débil y que siempre es su mujer y los hijas o hijos.

De todo ello pues, cabría preguntarse:

¿Qué impide a las mujeres maltratadas denunciar los malos tratos?

De forma muy resumida cabría señalar que la característica fundamental de los malos tratos es el ocultamiento o la negación de la agresión por parte de la víctima circunstancia que es debida a los siguientes factores:

a

pérdida de la capacidad de reacción de la mujer maltratada

b

que está aislada e incomunicada

c

dependencia económica y sentimental

d

miedo a amenazas y situaciones de terror

e

miedo a la pérdida de los hijos e hijas

f

miedo a la soledad, por cuanto que la ruptura se vive como un fracaso definitivo

g

falta de apoyo de la familia y de los poderes públicos

h

que asume como propia la culpabilidad

i

aceptación de su diferente estatus frente al hombre

j

sentimientos de vergüenza y de protección de la intimidad familiar

k

pérdida total de la autoestima

7. LA ACTUACIÓN POLICIAL ANTE LOS MALOS TRATOS

Cuando se habla del padecimiento de los malos tratos domésticos, nos referimos a las mujeres y a los hijos e hijas. Todas las investigaciones realizadas desde el año 1978 hasta nuestros días en diferentes países así lo demuestran. La mujer como maltratadora de su marido alcanza en estas estadísticas tan solo un 1 por 100; en un 23 por 100 las agresiones eran mutuas y en relativa igualdad de condiciones, es decir, sin que se produjesen situaciones de sometimiento de una parte a otra; pero el porcentaje restante, el 76 por 100, corresponde a malos tratos del marido a la mujer sin que ella repela la agresión y en franca situación de indefensión para ésta.

Los malos tratos hacia la mujer son los que se producen en el ámbito familiar o doméstico, privado por tanto y en el contexto del propio domicilio, por parte de un agresor que tiene un vínculo afectivo con la mujer maltratada y de acuerdo con las estadísticas son el cónyuge o pareja, padre, hijo o hermano.

Si contamos que existe una mentalidad social tradicional de ocultar la violencia familiar, unido al desconocimiento de muchas mujeres de sus derechos como ciudadana, su falta de recursos económicos y los problemas que como consecuencia de la denuncia pueden recaer sobre los hijos, encontraremos la explicación al hecho comprobado estadísticamente de que todavía tan sólo un 10 por 100 de los malos tratos reales sean denunciados ante la Policía Judicial y Juzgados de Instrucción.

Todo ello supone que cuando la mujer maltratada se decide a denunciar, el problema de los malos tratos se ha convertido en una situación crítica y crónica de gran duración (9 ó l0 años, o incluso más) con el grave deterioro psicológico que ello supone.

La mujer que decide denunciar malos tratos suele encontrarse en una situación psicológica que se caracteriza por el miedo, aislamiento, deterioro de su propia estima, culpabilidad, por lo que hay que intentar que se sienta ante

la Policía Judicial cómoda, segura y confiada a la hora de materializar la denuncia. Debemos entender que lo primero que la víctima necesita en este caso es una gran dosis de comprensión por parte del Juzgado, de la Policía o de la persona que se disponga a auxiliarla; pero no una mera compasión plena de actitudes emotivas (pobrecita, que mal lo habrás pasado,...), ni siquiera aún la filosófica del altruismo. No es eso. El ejercicio de comprender no se alimenta con prácticas ñoñas y otras blandenguerías al uso sino con el sencillo esfuerzo de abrir nuestra mente –dejando a un lado los prejuicios– a la situación que ante nosotros se exhibe, la cual requiere más de la serenidad, la inteligencia y en conocimiento profesional que de una pena, compunción inoperante.

Por todo ello, y desde la institución policial, desde los Servicios de Atención a la Mujer, o desde cualquier Oficina de denuncias de las Comisarías de Distrito de la Policía Nacional, Guardia Civil o de la Policía Local donde todos sus integrantes deben haber recibido cursos de reciclaje sobre delitos de malos tratos y contra la libertad sexual, se han de tener muy en cuenta y cuidar los siguientes aspectos:

1º

Las condiciones físicas en que se desarrolle la atención a la mujer deben garantizar la discreción, intimidad y confianza, evitando en lo posible el contacto con otros denunciantes. En ocasiones, la realización del interrogatorio por mujeres pertenecientes a la Policía Judicial se presenta muy conveniente.

2º

Mostrarle que no se tiene prisa, que dispone de todo el tiempo que necesite para ser atendida.

3º

Al igual que cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, deben evitarse todo tipo de juicios condenatorios o de reproches y sobre todo no hacer comentarios que puedan hacer desistir a la denunciante de formular la denuncia –para evitarse trabajo– obviando todo tipo de observaciones sarcásticas y la adopción de posturas paternalistas para convencer a la víctima de que olvide el accidente, pues de esta forma se legitimiza la violencia contra las mujeres.

4º

La declaración deberá contener todos los datos que se estimen de interés y deberá ser lo más minuciosa posible, narrando paso a paso todo lo sucedido.

5º

Se prestará mucha atención a las pruebas que puedan aportarse y a las que nos referiremos infra, especialmente si presenta lesiones, debiendo ser trasladada a un centro médico, no dejándola ir sola y donde se deberá recoger la oportuna certificación facultativa o parte de lesiones.

6º

La Policía Judicial debe tener muy presente que el momento de mayor riesgo es cuando se plantea el problema de la separación o divorcio o después. Una vez separados existe un riesgo muy elevado cuando la mujer después de algún tiempo rehace su vida con un nuevo trabajo, nuevos comportamientos, se siente válida y sobre todo cuando comienza una nueva relación sentimental; en definitiva, cuando el exmarido o excompañero comprueba que le va bien sin él.

7º

Si la mujer decide huir y dejar el domicilio familiar, ha de ir acompañada siempre por los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No se le debe dejar sola en ese trance, aprovechando que el agresor está ya detenido o que está en el trabajo. Se debe realizar un Acta, ya en Jefatura o Comisaría, de los enseres y documentación que ha retirado, que firmará ella con los policías o guardias civiles que le hayan acompañado. Y, en evitación de que luego el imputado no pueda aducir que su mujer le ha abandonado robándole todo, incluso llegando a poner denuncia por ello contra la mujer. Se ha de informar a las víctimas, pues el agresor siempre las amenaza con esta cuestión de que si denuncian agresiones físicas y psíquicas, ella puede abandonar la casa familiar solicitando la adopción de las medidas previstas en el art. 771 de le Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Y,

8º

también se ha de tener muy en cuenta qué va a ser del agresor tras realizar la agresión, cuando dice que no le importa ir a la cárcel, o que después él se va a suicidar. Desde un punto de vista policial, la localización, identificación y detención del autor de los hechos no será complicada al pertenecer éste al círculo familiar. No obstante, la investigación debe ser muy minuciosa.

En las denuncias hay que evitar cualquier lenguaje artificioso; después de hacer un detallado relato hay que intentar siempre que existan datos, contrastar lo manifestado por la víctima y no limitarse a detener al presunto autor dando así por finalizadas las diligencias. Partiendo de que cada delito de malos tratos es diferente e intervienen variables distintas, por lo general, la Policía Judicial debería:

a

Hacer fotografías a la víctima si presenta alguna lesión o si las ropas las llevara destrozadas.

b

Llevarla al centro médico más próximo o concertado para que el facultativo evalúe las posibles lesiones que, en ocasiones, no se pueden observar a simple vista.

c

a manifiesta que ha existido gran violencia en , desplazar de forma urgente a funcionarios/as ientífica para hacer el correspondiente reportaje fotográfico.

d

Tomar declaración a los hijos e hijas mayores o ascendientes si tuvieran conocimiento de los hechos y si han sido testigos de algún episodio violento.

e

Tomar declaración a los vecinos y vecinas dentro de la colaboración ciudadana y, si no fuera posible, hacer una diligencia de informe plasmando sus manifestaciones dando filiación de los mismos.

f

Si en alguna ocasión hubiera acudido un vehículo policial al domicilio de la víctima, al ser llamados por algún miembro de la familia, hijo, hija o alguien del vecindario, al oír chillidos o golpes, pero luego la mujer les manifiesta que no ha pasado nada, y que no va a presentar denuncia –puede ser que ocurra al estar el agresor presente–, se deben localizar los oportunos partes de intervención, que en muchos casos son numerosos, debiéndose remitir junto a las diligencias de investigación al Juzgado competente.

g

Si la víctima ha sido curada en alguna ocasión por alguna persona vecina, conocida o por algún farmacéutico/a, deberán ser oídos en declaración, especificando todo lo que recuerden del suceso, número de veces, como era la lesión, los golpes, su forma y los fármacos con que le auxiliaron.

h

Si la víctima relata que en alguna ocasión ha ido a curarse a algún ambulatorio o centro médico de algún golpe, herida o fractura, realizadas por su agresor, deberá desplazarse la Policía Judicial a dichos centros y recuperar esos partes de asistencia donde se aprecien las lesiones que en esas fechas presentaba la mujer así como el tratamiento a seguir, señalando que la víctima siempre relata en los mismos que las lesiones se las ha causado de forma accidental, caídas de escaleras, golpes en alguna puerta, etc.

i

Si la mujer relata también malos tratos a sus hijos e hijas, hay que explorar a estos menores de la forma que psicológicamente menos sufran, haciéndoles ver que ellos no son para nada los culpables de la situación. Habrá que dar cuenta a la Fiscalía de Menores así como al correspondiente Grupo Policial de Menores.

También a veces es conveniente hablar con su profesorado, ya que éste puede observar a la niña o al niño triste y solitario o, por el contrario, irritable y agresivo, debiéndose adjuntar todas estas manifestaciones en el atestado.

j

Si las amenazas que recibe la mujer son por escrito, anónimos en el buzón, o por correspondencia, o pegadas con adhesivo muchas veces en la puerta de la casa, se deberán guardar las cartas o misivas pues sirven como medio de prueba y, si se ha desvirtuado la letra, se deberá realizar un análisis grafológico para determinar que pueden ser las del agresor. Igualmente si hay amenazas verbales realizadas por teléfono, práctica muy usual, se puede solicitar al Juez de Instrucción competente la intervención telefónica o simplemente autorización para grabar únicamente estas llamadas pudiéndose incluso llegar a efectuar una prueba fonológica. Y, por último,

k

se establecerán los dispositivos y vigilancias necesarias para probar las manifestaciones de la víctima y comprobar las acciones de la conducta del agresor (v. gr.: cámara de video grabando el portal de la víctima, etc.).

Así pues, podemos concluir que se deberán realizar cuantas gestiones sean oportunas y eficaces para el esclarecimiento de los hechos, aunque no sean muy agradables y lleven su tiempo. Pero no basta con remitir el atestado al Juzgado únicamente con la declaración de la mujer y la declaración del marido o compañero.

Es una novedad el tratamiento que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) da al problema de los malos tratos en el ámbito familiar, quedando redactado el art. 153 así: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se acuse".

Ahora bien, no nos encontramos ante un delito de lesiones, sino ante un delito de malos tratos al que la habitualidad y el ámbito familiar convierten en delito. El bien jurídico protegido no es la salud ni la integridad personal, propio del delito de lesiones, sino el de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y más concretamente su derecho a no ser sometido a trato inhumano ni degradante. Ahora bien, en el caso de registrarse también lesiones, obligaría a aplicar el correspondiente concurso de delitos.

La conducta típica del art. 153 CP es ejercer violencia física –se olvida de la psicológica– sin precisar que el resultado sean unas lesiones; sin embargo, la experiencia nos enseña que si la mujer interpone una denuncia, el día que ha tenido suficiente valor para hacerlo, que ha roto el círculo de la violencia que comentábamos al principio, y ese día con-

cretamente no tiene ninguna lesión, aunque la narración de los hechos sea que está siendo víctima de un delito de malos tratos, de forma inconsciente, al no verse los golpes ni las lesiones no puede pensarse que el asunto reviste menos gravedad. Se requiere eso sí habitualidad, entendiéndose un mínimo de tres actos o comportamientos violentos en un tiempo razonable que haga pensar en una conducta cotidiana o permanente circunstancia que distingue este comportamiento delictivo de la falta de los malos tratos sin lesión del art. 617.2 CP. Así lo entiende también la jurisprudencia (STEDH 1988/55, de 23 de septiembre; SAP Murcia de 4 de junio de 2001; SAP Toledo de 29 de mayo de 2001; SAP Alicante de 28 de mayo de 2001 y SAP Zaragoza de 6 de marzo de 2001, entre otras).

La habitualidad, no debe confundirse con la reincidencia, por lo que no es preciso previa sentencia condenatoria, ni la existencia de tres denuncias anteriores, sino que consiste en la repetición por el sujeto activo de actos de violencia física con o sin resultado lesivo, que consten en la declaración de la víctima por el contenido del parte pericial médico o por cualquier otro medio probatorio.

En cuanto a la violencia psíquica, olvidada en el art. 153 CP, se encuentra recogida en los arts. 147 y 173 CP, y, respecto a las faltas, en los arts. 617.1 y 620.2º CP.

Por último, como quiera que el art. 173 CP no contempla como elemento de tipo, a diferencia del art. 153 CP, la existencia de relación de parentesco entre ofendido y ofensor, cuando se produzca un trato degradante en el ámbito familiar habrá que apreciar la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 de dicho cuerpo legal en calidad de agravante.

8. MEDIDAS Y REMEDIOS CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Queremos hacer hincapié en que, quizá el término doméstico (del latín domesticus, de domus, casa) no sea el más apropiado para denominar este tipo de agresiones pero, por encontrarse tan arraigada esta acepción, la hemos aceptado como definitoria de la lacra que tratamos aun a riesgo de que nos pueda llevar a pensar en una violencia que sólo se comete en el interior del domicilio y que no se prolonga a lo largo de la jornada, circunstancia que diariamente se comprueba así ocurre.

No nos engañemos. La responsabilidad sobre la violencia de género compete a la sociedad en su conjunto. Frente a un fenómeno de tal envergadura, la presunta neutralidad no es sino complicidad y complacencia. A tal efecto, apuntamos los siguientes aspectos en los que entendemos que debe ir orientada una mejora en esta cuestión:

1º

En cuanto al Poder Legislativo, para que elaboren medidas reales de protección a la integridad a la víctima desde el momento de la denuncia, y sobre todo medidas de distanciamiento y alejamiento del agresor desde el momento de la denuncia, para que éste no pueda acceder al domicilio, ni acercarse a la persona agredida ni a su entorno.

A este respecto, se ha de resaltar la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE del día 1 de agosto) –en vigor desde el día 2 de agosto de 2003–, por la que se crea una nueva figura jurídica pactada por todos los grupos parlamentarios y que permite activar de forma rápida distintas medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. Los Jueces de Instrucción, a instancias de la víctima, del fiscal o por la información facilitada obligatoriamente por los servicios sociales, serán los encargados de dictarla en un plazo de 72 horas pudiendo atribuir a la víctima de forma cautelar el uso del domicilio familiar, la custodia de los hijos o el derecho a percibir una pensión alimentaria del agresor. Al tiempo, podrá adoptar otras decisiones de índole penal, como el alejamiento del maltratador e, incluso, su prisión provisional. Las medidas adoptadas estarán en vigor hasta la celebración del juicio rápido en el que, en su caso, se sentencie penalmente sobre los malos tratos físicos o psíquicos denunciados. Las medidas cautelares civiles se encontrarán en vigor al menos por un mes y dicha orden de protección llevará aparejada una ayuda de 300 € durante 10 meses para las víctimas que carezcan de ingresos.

2º

Respecto al Poder Judicial y los Fiscales, sería aconsejable establecer prioridad en la instrucción de las causas por estos delitos. Viene dando gran resultado la adopción de medidas de distanciamiento. Así, la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales y atendiendo al profundo temor causado en la víctima y no siendo viable la protección policial continuada, puede acordarse una medida protectora de restricción de movimientos del imputado al amparo de lo establecido en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretendiendo que el agresor no se presente en casa de la víctima, de su lugar de trabajo, o en los lugares donde pueda encontrarse, aunque sea de forma temporal, aquella. Así, se debe expresar claramente al agresor que si incumple esta orden judicial podrá incurrir en un delito de desobediencia grave. Para lograr el cumplimiento de lo acordado la víctima debe proporcionar un teléfono de contacto permanente, debiéndosele explicar cómo ha de ser su manera de proceder si detecta la presencia del imputado de forma intencionada, y dando aviso telefónico urgente a la policía que debe desplazar de forma urgente una dotación policial para proceder a la detención e instrucción de un atestado por un delito de desobediencia.

Estas medidas que son temporales han mostrado que tienen un resultado excelente, las mujeres se han sentido por fin tranquilas, pueden descansar y organizar sus ideas, “por primera vez en muchos años he dormido tranquila; ya no cojo el cuchillo al salir de casa; he dejado de vigilar por la ventanas, al salir de casa; he podido salir de

casa después de tanto tiempo", etc. No quiere decir que estas medidas sean el fin del problema pero sí conceden una gran tranquilidad a la mujer y, el agresor, por primera vez, es consciente de que el asunto va en serio, y que su mujer no está sola. La Policía Judicial podría seguir llamando todos los días por teléfono a la mujer, o podría pasar por su casa cada cierto tiempo, para comprobar que se siguen cumpliendo dichas medidas y, a la vez, establecer así una relación muy estrecha entre las Fuerzas de Seguridad y la persona agredida.

A tal efecto se ha de resaltar la creación el pasado día 26 de septiembre de 2002 del Observatorio de la Violencia Doméstica entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para analizar todas las sentencias que dictan los órganos jurisdiccionales en España en los procesos sobre malos tratos y, a tenor de los resultados, tomar las medidas que sean pertinentes en aras a «*dar una respuesta eficaz y contundente desde el ámbito judicial*» como señaló el Presidente del Consejo General, velando, asimismo, por la aplicación de la Guía Práctica de Actuación contra la Violencia Doméstica, editada el pasado año por dicho Consejo.

Y, en este orden de cosas y para la aplicación de la Orden de protección, el día 22 de julio de 2003 se ha creado la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España quienes han confeccionado un Protocolo para la implantación de dicha Orden.

3º

Es necesario involucrar a los médicos en el problema. Si éstos denotan la agresión, aunque la mujer no lo cuente, simplemente por su actitud, no deben limitarse a poner remedio sanitario a las heridas y cerrar los ojos a las causas que produjeron estos males. Deben remitir el parte de lesiones al Juzgado de guardia manifestando que sospechan que las lesiones pueden provenir de una agresión. La Policía Judicial deberá realizar la investigación pero los apuntes médicos pueden servirles de gran ayuda.

4º

La Policía Judicial debe tener una gran relación con las Asociaciones de mujeres y de vecinos. A este respecto, es una novedad el proyecto que se está llevando a cabo, firmado por el Ministerio del Interior y la Confederación de Asociaciones de Vecinos del Estado Español (C.A.V.E.) en materia de asistencia a mujeres víctimas de estos delitos y de agresiones sexuales. Este convenio se firmó en Madrid el día 1 de marzo de 1999, creándose las mediadoras sociales, a quienes tras la realización de un cursillo se les entrega un carné acreditativo, siendo su misión:

a

Difundir en los barrios las políticas y acciones en favor de las mujeres víctimas de esta violencia. Convocar a las vecinas en pequeños grupos y tertulias en sus casas. Promover conferencias y mesas redondas en la Asociación, pero también en colegios, centros asistenciales, centros de salud, etc. y, de esta forma crear una red de mediación para hacer posible uno de los objetivos: Si te pega no te quiere. Quiérete tú, y denúnciale.

b

Atender en sus Asociaciones de vecinos las consultas de estas mujeres orientándolas en aspectos jurídicos, psicológicos y socio-laborales que precisen.

c

Acompañar a las mujeres que así lo deseen a la Comisaría de Policía a realizar la denuncia, o a que la asesoren, y luego derivar a estas mujeres hacia los servicios sociales específicos, con gran experiencia en estos temas.

d

Poner en conocimiento de la Policía Judicial cualquier información relacionada con la materia de que tenga noticia, y realizar un seguimiento de la mujer que ya ha dado el paso de la denuncia.

5º

Es necesario crear más centros de atención integral para las víctimas de esta violencia, mujeres e hijos/as, pues resulta evidente que estas personas necesitan una asistencia que va más allá del simple acogimiento. No obstante, realmente considero que quienes necesitan de centros para su tratamiento son los hombres maltratadores y no las mujeres maltratadas.

6º

Deben realizarse campañas de duración sostenida en prensa y televisión para informar a la sociedad y romper el silencio de la víctimas, que es el poder del agresor.

7º

Es urgente, –educando desde los comienzos de la escuela hasta el término de la formación académica–, la enseñanza de la igualdad y el trato dialogante y democrático entre iguales. Y, por último,

8º

es preciso crear más Servicios de Atención a la Mujer (SAM) en la Policía Judicial ya que en muchas ciudades no existe este servicio, debiendo estar compuesto por hombres y mujeres igualmente capacitados para afrontar estos delitos de género teniendo en cuenta que, existe una violencia de género, no una investigación de género.

POR MARÍA DE ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR.
Licenciada en Derecho.
Investigadora del Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer de la Universidad de Zaragoza.

LAS NUEVAS LEYES AUTONÓMICAS DE IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

I. DE PLANES A LEYES DE IGUALDAD

Hasta la fecha, en nuestro país, el único instrumento utilizado en los ámbitos estatal y autonómico para la implantación de políticas igualitarias ha consistido en la elaboración de Planes de Igualdad y de Acción Positiva, aprobados al comienzo o durante cada legislatura, y comprensivos de las directrices de orientación de las administraciones públicas en materia de igualdad. Con la mirada puesta en la experiencia obtenida, y recién aprobado, a nivel nacional, el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006), las Comunidades Autónomas están dando un paso más al elevar el rango de las herramientas a utilizar en el arduo camino hacia la igualdad. De este modo, se muestran proclives a promulgar no ya planes sino leyes de igualdad, que deben tener en cuenta la coherencia y complementariedad con los citados Planes Generales de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres aprobados por los órganos legislativos autonómicos.

La ejecución de los planes existentes hasta ahora ha permitido la creación de programas y estructuras para el fomento de la igualdad, la formación de profesionales y la colaboración interinstitucional en la materia, entre otros resultados. Pero además, ha facilitado la existencia de un amplio consenso social y político en torno a la necesidad de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad de mujeres y hombres sea real y efectiva. En este marco, es de esperar que los nuevos textos legislativos que se están elaborando profundicen en la labor llevada a cabo hasta ahora, y den respuesta adecuada a las exigencias derivadas de la normativa comunitaria de integrar en todas las políticas y acciones el objetivo horizontal de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres [1].

A día de hoy, los textos normativos elaborados son los siguientes: Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, del Parlamento de Navarra, (BOE nº 13, de 15 de enero 2003), Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, (BOE nº 71 de 24 de marzo), Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, de la Comunidad Autónoma Valenciana, (BOE nº 10 de 8 de mayo), Primer borrador de Anteproyecto de Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer [2] (las propuestas al primer borrador deberán enviarse antes del 1 de septiembre). El resto de las Comunidades Autónomas que integran el Estado español todavía no cuentan con leyes generales de igualdad, aunque sí con leyes sectoriales sobre materias específicas, en especial, sobre violencia doméstica [3].

II. CONTENIDO DE LAS NUEVAS LEYES AUTONÓMICAS DE IGUALDAD

Las leyes de igualdad suelen comenzar con un Preámbulo en el que se perfila el marco jurídico normativo constitucional, internacional y comunitario en el que se elabora la ley, así como el entorno competencial nacional y autonómico, y lo relativo a la financiación. La Ley Valenciana 9/2003, incluye, además, una referencia al "Marco sociológico de la ley" en el que se deja constancia de los logros y deudas pendientes en materia de igualdad en ese territorio autonómico [4]. Con este anclaje en lo concreto, se contribuye a luchar contra una de las mayores lacras de los problemas de género, esto es, la ocultación de las mujeres, y con ellas, del perjuicio que les ocasiona la restricción de la lucha por la igualdad, en el terreno normativo, a declaraciones formales de principio porque, aisladas bajo el velo de la autosuficiencia, objetividad, neutralidad e imparcialidad, contribuyen a consolidar el *statu quo* en la práctica social [5], el cual sigue mostrando una brecha considerable (que existe, a decir verdad, en el conjunto de las sociedades europeas) entre la situación de las mujeres y la de los hombres que, en muchos casos, condiciona el ejercicio pleno de los derechos inherentes a la ciudadanía por parte de ellas [6]. Dicho lo anterior en el convencimiento de que la igualdad de mujeres y hombres, además de ser un derecho humano, es una necesidad estratégica para profundizar en la democracia y para la construcción de sociedades más sanas, justas, cohesionadas y desarrolladas social y económicamente.

1
Destaca especialmente la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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.

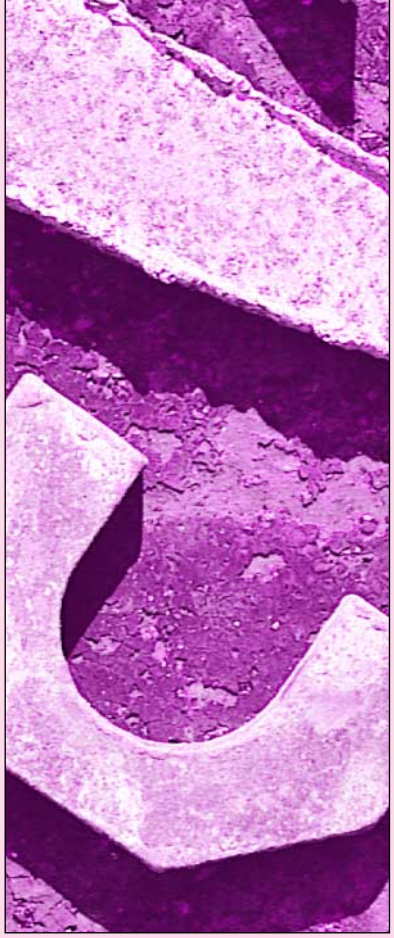
2
Futuro Instituto Vasco para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

3
Sin ánimo exhaustivo, puede citarse la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha, la Ley Foral navarra 22/2002, de 2 de Julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (BOE nº 199, de 20 de agosto), la Ley Foral navarra 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la anterior, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (BOE nº 99, de 25 de abril) y la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, de Canarias (BOE nº 162, de 8 de julio).

4
"La situación de las mujeres en la Comunidad Valenciana ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas. Sin embargo, todavía persiste un nivel de desigualdad que pone en entredicho los valores que fundamentan el orden democrático. En este sentido, la participación política de las mujeres, teniendo en cuenta todos los órganos de decisión, se mantiene con índices inferiores a los recomendados por la Unión Europea. El salario que perciben las mujeres es inferior al salario medio que perciben los hombres, las mujeres soportan frecuentemente la acumulación de su jornada laboral al trabajo doméstico no remunerado, y éste es mayoritariamente la única actividad que realizan las mujeres. En el caso de las familias monoparentales, éstas tienen generalmente como cabeza de familia a las madres, que a su vez representan el porcentaje más alto de parados en esta situación. Finalmente, las mujeres son las principales beneficiarias de pensiones asistenciales o de viudedad que son las económicamente más bajas. […]". (Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, II. *Marco sociológico de la ley*).

5
Otro ejemplo de amarre a la realidad social, lo constituye el artículo 5 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León:

1. "La Administración de la Comunidad de Castilla y León realizará estudios y establecerá los mecanismos que permitan la obtención de datos fiables sobre aspectos relevantes que afecten a la mujer con el objeto de conocer y atender sus necesidades.
2. La Consejería competente en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León dispondrá de un sistema de evaluación de la eficacia y eficiencia de los recursos, servicios y procedimientos específicos para el desarrollo de las actuaciones previstas en esta Ley, adaptado a las necesidades de cada uno de ellos".



La igualdad efectiva de trato entre Mujeres y Hombres no podrá conseguirse sin la aplicación del principio de transversalidad (*mainstreaming*), como se conoce desde la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Beijing, 1995) y el IV Plan de Acción Comunitario, y que implica "promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, aplicación y seguimiento de todas las políticas, medidas y acciones realizadas", como explica el IV Plan nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006), elaborado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Como una de las exigencias primordiales para lograr la igualdad efectiva es la transversalidad *(mainstreaming)*[7], el contenido de las nuevas leyes tiende a ser amplio[8], pues los campos que requieren actuaciones y medidas para erradicar la discriminación son múltiples, si bien la Ley Foral navarra 33/2002 comprende solamente dos disposiciones que se refieren, de modo genérico, a los objetivos y medidas en materia de sensibilización y de participación social y política, respectivamente.

Así pues, con excepciones, las nuevas leyes de igualdad hacen referencia a los siguientes ámbitos:

1

Sensibilización y concienciación en materia de igualdad de género.

2

Educativo, cultural (y artístico en Ley 1/2003, de Castilla y León), (y deportivo en Borrador de Emakunde): coeducación, educación afectiva, y educación en igualdad de oportunidades en todas las fases del proceso educativo y en las estructuras, formación en igualdad de formadores, capacitación en igualdad del personal al servicio de las Administraciones Públicas[9], y del personal con responsabilidad política, incentivación de la formación de agentes de igualdad, igualdad en las asociaciones.

3

Exclusión general del uso sexista del lenguaje en textos, documentos, contenidos curriculares, materiales didácticos, etc.

4

Económico y laboral: Acceso al empleo en condiciones de igualdad, medidas de fomento del empleo, sobre todo en sectores en que la mujer esté infrarepresentada, planes de igualdad en las empresas, subvenciones y penalizaciones a las empresas, según respeten o no el principio de igualdad de mujeres y hombres, programas de inserción sociolaboral para víctimas de malos tratos, acoso sexual, igualdad en la negociación colectiva, medidas para fomentar la igualdad en la Administración Pública.

5

Conciliación vida familiar y laboral: corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de personas dependientes y ejercicio de tareas domésticas, flexibilidad de horarios laborales, permisos parentales.

6

Participación de las mujeres en la vida pública: representación paritaria de mujeres y hombres, espacios y subvenciones electorales.

7

Información, asesoramiento y orientación.

8

La mujer en el ámbito rural.

9

Salud de la mujer.

10

La mujer en la sociedad del conocimiento y de la información, nuevas tecnologías y publicidad.

11

Imagen no estereotipada de la mujer en los medios de comunicación, impulso a los valores constitucionales, modificación de patrones socio-culturales de conducta asignados en función del género y eliminación de prejuicios, usos y costumbres discriminatorios.

En la Ley 1/2003 de Castila y León se distinguen, por una parte, las acciones positivas para la PROMOCIÓN de la mujer, en donde se incluyen las materias aludidas y, por otra, las acciones positivas para la ASISTENCIA a la mujer,

6

De la pervivencia de esta brecha se hacen eco las nuevas leyes autonómicas de igualdad. Así, por ejemplo, a efectos de detener el círculo vicioso de feminización de la pobreza, el artículo 26 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, de la Comunidad Autónoma Valenciana, señala: "En el ámbito de aplicación de la presente ley, y para evitar las bolsas de marginalidad o pobreza que está suponiendo el impago reiterado de las pensiones por alimentos a las mujeres, la Generalitat Valenciana garantizará, mediante un sistema de anticipos, el pago de alimentos reconocidos, a favor de las hijas e hijos menores de edad, en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio y proceso de filiación o de alimentos. El pago de los anticipos previstos se atenderá con cargo a un Fondo dotado en los Presupuestos de la Generalitat Valenciana. La gestión de dicho Fondo corresponderá a la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo".

7

V.gr.: Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León señala, con anterioridad a su articulado: "En cuando al principio de Transversalidad, se pretende que en todas las políticas de la Junta de Castilla y León y en las acciones de la Administración Regional se aplique la perspectiva de género en las fases de planificación, ejecución y evaluación, teniéndose en cuenta las diferentes situaciones y necesidades de mujeres y hombres".

8

En especial, el borrador para la elaboración del Anteproyecto de Ley para la igualdad de mujeres y hombres del País Vasco.

9

En el borrador de Emakunde se incluye la exigencia de requisitos específicos de conocimientos en materia de igualdad en los temarios específicos de los procesos de selección, para el acceso a los puestos de trabajo.

que se extienden a los colectivos de mujeres que padecen una problemática específica por razón de género: mujeres con responsabilidades familiares no compartidas, mujeres con discapacidad, mujeres inmigrantes, mujeres pertenecientes a minorías étnicas, mujeres sometidas a violencia doméstica y explotación sexual, y mujeres que estén o hayan estado en centros penitenciarios. La conexión entre ambos tipos de medidas aparece así en el Preámbulo de la Ley: "El área de asistencia a la mujer está ligada íntimamente a la de promoción de la igualdad. No se debe obviar que la diferencia de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres puede engendrar situaciones de violencia".

III. ASPECTOS DESTACABLES DE LAS NUEVAS LEYES AUTONÓMICAS DE IGUALDAD

A

Junto a los contenidos anteriores, las nuevas leyes de igualdad dedican parte de su articulado a la creación o modificación de **Instituciones de protección del Derecho a la Igualdad de Mujeres y Hombres**: Consejos de la Mujer (en Castilla y León), Entidades para la Igualdad de Oportunidades (V. gr. art. 27 Ley Castilla y León) y Redes de Asistencia a la Mujer (V. gr. art. 28 Ley Castilla y León), Observatorios de Género (V.gr. art. 49 Ley Valenciana, art. 46 Ley Castilla y León), y organismos de coordinación de actuaciones en materia de igualdad.

Se crea la figura del Defensor o Defensora de la Igualdad (V.gr. art. 51 Ley Valenciana), órgano que ya existe en países como Canadá, Finlandia, Noruega o Suecia, y que se prevé en el artículo 8*bis* de la Directiva 2002/73/CE. Conforme al borrador de Emakunde, que regula ampliamente el funcionamiento de la Defensoría, este órgano tendrá por objeto velar por el cumplimiento del principio de igualdad de trato en el sector privado [10] y defender a la ciudadanía ante posibles situaciones o prácticas discriminatorias por razón de sexo. Se prevé que la Defensoría ejerza sus funciones con la más estricta reserva, y con plena autonomía. Entre estas funciones se encuentran la de "analizar y evaluar

10

El control de la discriminación en el sector público corresponde a la Institución del Ararteko (Artículo 67.2 borrador de Emakunde).

11

En efecto, el artículo 70 del borrador señala:

2. "[…] La Defensora o Defensor no ha de entrar en el examen individual de aquellas quejas sobre las que haya recaído la sentencia firme o esté pendiente de resolución judicial. Asimismo, debe suspender la actuación si iniciada ésta se interpusiera por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional.
3. La Defensoría no tiene competencia para revocar, anular o sancionar actos discriminatorios".

12

Bélgica, Holanda, Suecia e incluso la propia Comisión Europea han aprobado métodos y guías para la evaluación del impacto en función del género. En este sentido también la Proposición de Ley de 8 de marzo de 2002 (núm. 217-1), de *Medidas para incorporar la valoración del impacto de género en todas las disposiciones normativas que elabore el Gobierno*, presentada por Grupo Parlamentario Catalán.

13

En el mismo sentido, el artículo 1.2 de la Ley Foral 33/2003, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, de Navarra, señala, entre las medidas para conseguir los objetivos que marca la ley en materia de igualdad:

h) "[…]. Revisión del ordenamiento jurídico navarro para introducir cambios en función de las Directivas de la Unión Europea y de las normas emanadas de la Comunidad internacional en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres,
i) Se realizará un seguimiento periódico en aplicación de las normas que afecten a las mujeres, analizando las sentencias al respecto por los Tribunales de la Comunidad Foral […]".

14

"Para ello se han de recabar datos desagregados por sexo, analizarlos y plantearse las siguientes cuestiones:

a) Si la propuesta va dirigida a uno o más grupos objetivos o si afecta a la vida de una o varias partes de la población.
b) Si existen en el ámbito sobre el que se quiere actuar diferencias entre las mujeres y los hombres por lo que se refiere al acceso a derechos y recursos, a la participación en los ámbitos de toma de decisiones así como sobre las normas y valores sociales vinculados a la pertenencia a un sexo.
c) Si el proceso de ejecución o desarrollo de la norma o disposición favorece la participación y promoción de las mujeres y la toma de decisiones por parte de éstas.

La respuesta afirmativa a cualquiera de las siguientes cuestiones, dará lugar a la necesidad de realizar la evaluación previa del impacto en función del género".

el grado de cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria en materia de igualdad de mujeres y hombres" y la de "estudiar la legislación y jurisprudencia antidiscriminatoria y elaborar propuestas de legislación y de reforma legislativa". Si bien la Defensoría será un órgano de carácter administrativo y no judicial [11], el artículo 78.2 del borrador de Emakunde señala que: "Cuando la persona contra quien va dirigida la queja incumpla las recomendaciones realizadas por la Defensoría, ésta facilitará a la persona afectada asistencia técnica de cara a tramitar sus reclamaciones por discriminación ante otras instancias administrativas o judiciales". Acaso el funcionamiento de algunos de estos mecanismos institucionales acarree en la práctica un grado elevado de burocratización, ante el que tendremos que prevenirnos, pues en nada favorecerá ésta a la igualdad real y efectiva que persigue la ley.

El borrador de Emakunde establece, con carácter preceptivo, la creación de una unidad administrativa para la Igualdad de Mujeres y Hombres en cada Consejería del Gobierno Vasco, unidad que podrá crearse, potestativamente, en los organismos autónomos y demás entes públicos, en los que podrá sustituirse por una plaza de especialista en igualdad.

B

El borrador de Emakunde introduce también **un innovador mecanismo para controlar que las normas que elaboren los poderes legislativos y la actividad administrativa que se genere no atenten al principio de no discriminación por razón de sexo**, medidas que, desarrolladas exhaustivamente por el borrador, se prevé entren en vigor un año después que la ley. A este respecto, pensemos en la importancia que podría tener la extensión de esta propuesta a otras Comunidades Autónomas e incluso a los poderes centrales de la nación [12], a efectos de controlar la discriminación oculta e injustificada por razón de sexo que pueda traer una eventual reforma del Código Civil o del Penal, por poner ejemplos [13]. Ello será ya un problema de rango de ley. De ahí, lo importante que sería, desde un punto de vista de política legislativa, elaborar una Ley General de Igualdad, en desarrollo del artículo 14 CE, con rango de ley orgánica.

El mecanismo a que se refiere el borrador de Emakunde se describe en el artículo 20, que deberá desarrollarse por vía reglamentaria:

1

"Antes de acometer la elaboración de una norma o disposición administrativa, el órgano administrativo que la promueva debe analizar la pertinencia de incluir objetivos y medidas diferenciadas y específicas orientadas al objetivo de promover la igualdad de mujeres y hombres, tanto en relación con el contenido de la propia norma o disposición como con el proceso de su ejecución.

2

En caso de que considere no pertinente la integración de la perspectiva de género se debe justificar debidamente tal decisión, mediante informe motivado.

3

El Gobierno Vasco reglamentariamente determinará las pautas a seguir para la comprobación de la pertinencia respecto a la integración de la perspectiva de género [14], así como las normas o disposiciones que quedan excluidas de la necesidad de comprobación de su pertinencia respecto al género y de la realización de los trámites previstos en los artículos siguientes".

C

Junto a todo lo anterior, merece destacarse una **mayor profundidad en los planteamientos**, fruto del aprendizaje desarrollado en la práctica con la aplicación de los planes de igualdad. Esta hondura se muestra en la articulación de medidas más incisivas tendentes a eliminar las desigualdades. Junto al ejemplo que mencionábamos en el párrafo anterior, pueden citarse, el establecimiento de exigencias de educación afectiva para atacar la raíz de los problemas de género [15], la minuciosidad con que se define la discriminación laboral por razón de sexo, mediante presunciones iuris tantum [16], la atribución de la carga de la prueba al empresario o empresaria [17], o la atención especial prestada al coste de oportunidad en el mercado laboral que ha

15

Así, el artículo 35 del borrador de Emakunde señala:

1. "La Administración educativa habilitará los medios necesarios para que en el diseño y desarrollo curricular de todas las áreas de conocimiento y disciplinas de las diferentes etapas educativas, así como en la orientación educativa, especialmente en su vertiente académico-vocacional, se integren los siguientes objetivos coeducativos: […].

   e) La prevención de la violencia contra las mujeres, mediante el aprendizaje de modelos de convivencia basados en el respeto a la igualdad y a la diversidad y de métodos no violentos para la resolución de conflictos.

2. Asimismo, la Administración educativa incorporará en todos los niveles educativos una asignatura o, en su caso, contenidos y tiempos específicos con relación al aprendizaje para la vida cotidiana, integrando en la misma aspectos y contenidos relacionados con el ámbito doméstico y con el cuidado de las personas, con el conocimiento del funcionamiento de las relaciones personales y con el aprendizaje de modelos de convivencia basados en el respeto a la igualdad y a la diversidad y de métodos no violentos para la resolución de conflictos".

16

Art. 40.3 borrador de Emakunde: "En todo caso, se considera que un empleador o empleadora incurre en discriminación laboral por razón de sexo cuando:

a) Por razón de su embarazo, maternidad, paternidad o cualquier otra razón relacionada directamente con el sexo, no contrata a una persona para un trabajo determinado, o después de contratarla o formarla, la despide, da por terminada la relación laboral o le reduce la duración o el alcance del contrato laboral por las mismas razones;

b) realiza ofertas de empleo dirigidas a un único sexo, salvo que exista una justificación objetiva y razonable relacionada con la naturaleza del puesto de trabajo a cubrir;

c) aplica a una o varias personas empleadas, basándose en el sexo, condiciones de salario, formación o empleo menos favorables que aquellas que se aplican a otra u otras personas empleadas por el mismo trabajo o trabajo de igual valor;

d) asigna a una o varias personas empleadas a una categoría claramente menos favorable que a otras personas en función de su sexo, mediante la distribución de las tareas o a través de otro tipo de decisiones o acuerdos sobre las condiciones laborales;

e) es negligente en cuanto a la obligación de eliminar el acoso sexual;

f) empeora las condiciones laborales o los términos del contrato laboral a una persona empleada después de que ésta haya iniciado algún procedimiento de reclamación por discriminación por razón de sexo;

g) aplica un criterio, actúa o toma una decisión que aparentemente es neutral pero en la práctica perjudica a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un sexo" (es decir, genera una discriminación indirecta).

17

Art. 40.4 borrador de Emakunde: "No se considera que un empleador o empleadora ha violado la prohibición de discriminación estipulada en este artículo siempre que pueda probar que ha procedido basándose en otros factores que se consideren objetivos y razonables y que no tengan relación con el sexo de la persona o personas en cuestión".

supuesto para muchas mujeres la dedicación integral a la maternidad y a su familia [18].

D

Junto a la mayor profundidad en los planteamientos, se observa una **mayor concreción en los mecanismos: V.gr. Ayudas y subvenciones a las empresas que acrediten respeto al principio de no discriminación por razón de sexo y mecanismos de control de este respeto en la Administración Pública**. Así, el artículo 14 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Castilla y León, señala que "Las Administraciones Públicas de Castilla y León promoverán y llevarán a cabo las siguientes acciones positivas a favor de la mujer, dirigidas a conseguir los siguientes objetivos en relación con el ámbito económico: [...].

6

Distinguir a las empresas que destaquen por la promoción del principio de igualdad de oportunidades. Se incluirá en los baremos de los concursos de contratación que realice la Administración Autonómica con empresas para la ejecución de servicios públicos, la realización de buenas prácticas en materia de género por parte de las mismas. [...].

12

Penalizar, dejando de subvencionar, bonificar o prestar todo tipo de ayuda pública, a aquellas empresas en las que se compruebe por resolución administrativa o sentencia judicial que exista discriminación salarial, acoso moral y otro tipo de trato desigual por razón de sexo, dentro de las relaciones laborales".

Asimismo, el proyecto de Emakunde señala, en su artículo 44.3: "Las Administraciones Públicas vascas no podrán conceder en el plazo de 3 años subvenciones, bonificaciones o cualquier otro tipo de ayuda pública a aquellas empresas que hayan sido sancionadas administrativa o penalmente por incurrir en discriminación por razón de sexo". Del mismo modo, el artículo 16 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Castilla y León insta a las Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla y León a promover acciones positivas para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de mujeres y hombres, entre ellas:

6

"Incentivar a las empresas para que realicen acciones positivas de conciliación de la vida familiar y laboral.

7

Con el fin de fomentar el permiso parental compartido, las Administraciones Públicas incentivarán, en la contratación y subvenciones, a las empresas que incluyan acciones tendentes a conseguir dicha finalidad".

Con el mismo fundamento, el artículo 20 Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres de la Comunidad Autónoma de Valencia insta a la administración autonómica a incentivar a las empresas para que establezcan planes de igualdad, especificando una serie de requisitos y garantías que deben cumplir, y ordena imperativamente a las empresas u organizaciones participadas mayoritariamente con capital público elaborar un plan de igualdad.

Por su parte, el artículo 2.2 de la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Navarra especifica que: "Se incluirá en los baremos de los concursos de contratación por parte de la Administración de empresas para la ejecución de servicios públicos, la realización de buenas prácticas en materia de género por parte de dichas empresas". Y también dispone que "Se incluirá en los baremos de acceso a la función pública la realización de cursos en materia de igualdad de género".

E

Por último, **el régimen de inspecciones y sanciones** que, de modo innovador, introduce la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Castilla y León y el borrador de Emakunde. La Ley 1/2003 distingue tres tipos de infracciones: leves, graves y muy graves, a las que cabe imponer multas, a título de sanción principal, de hasta 3.000, 30.000 y 300.000 €, respectivamente. La Ley prevé, además, la posibilidad de imponer sanciones accesorias en casos de infracciones graves y muy graves [19].

18

Art. 15.1 Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, de la Comunidad Autónoma Valenciana: "El Consell de la Generalitat, incorporará a los Planes de Empleo Valenciano medidas específicas de igualdad para favorecer el acceso a un empleo a mujeres mayores de 45 años que no hayan desarrollado nunca un trabajo fuera del hogar, y facilitará el retorno al mercado de trabajo a aquellas mujeres que lo abandonaron para cuidar a su descendencia, personas mayores y otras personas dependientes a su cargo".

19

Estas sanciones accesorias pueden consistir en:

a) Prohibición de acceder a cualquier tipo de financiación pública de la Comunidad Autónoma de Castilla y León por un período de tiempo de hasta 3 o 5 años, según se trate de infracción grave, o muy grave, respectivamente.

b) Inhabilitación para obtener la acreditación, reconocimiento o inscripción registral de servicios, actividades o instalaciones por un período de tiempo de hasta 1 o 3 años, según se trate de infracción grave, o muy grave, respectivamente.

c) Cierre o suspensión temporal del servicio, actividades o instalación por un período de tiempo de hasta 1 o 3 años, respectivamente, según se trate de infracción grave, o muy grave, y con posibilidad de cierre o cese definitivo del servicio, actividad o instalación, en este último caso.

d) Prohibición de acceder a las prestaciones de los servicios, actividades e instalaciones para la mujer por un período de tiempo de hasta 1 o 3 años, respectivamente, según se trate de infracciones graves o muy graves.

En cuanto al régimen sancionatorio del borrador de Emakunde, muestra un carácter más suave, al castigar las infracciones leves con apercibimiento y/o multa de hasta 600, 3.000 o 30.000 €, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves, respectivamente. Es decir, se prevé para las infracciones muy graves la sanción que la Ley de Castilla y León prevé para las graves. Se incluye también la posibilidad de imponer otras sanciones [20]. Junto a lo anterior, el borrador de Emakunde prevé, a diferencia de la Ley de Castilla y León, un régimen de prescripción de infracciones [21] y sanciones [22] ciertamente corto.

IV. UTILIZACIÓN DE TÉRMINOS DE DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Originado el Derecho antidiscriminatorio en sentido amplio en Norteamérica, a partir de los años sesenta se extiende por Europa. Es de destacar, especialmente, su repercusión tanto en el Derecho Comunitario, fundamentalmente en materia de empleo y seguridad social y comprendiendo la discriminación por razón de sexo, como en el Derecho Interno de los países miembros de la Unión Europea. En algunos de éstos, el Derecho antidiscriminatorio recibirá un tratamiento legislativo *ad hoc*, como en Gran Bretaña, Dinamarca, Países Bajos, Francia, Suecia o Italia, y en otros, como es el caso español, el desarrollo de tal Derecho se hará por vía administrativa y judicial pero, sobre todo, a través de la jurisprudencia constitucional, si bien, en los últimos años, se han elaborado leyes que inciden en algunos aspectos del principio de no discriminación por razón de sexo. Muestras de ello son, tanto la Ley española 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, como las nuevas leyes de igualdad, objeto de este estudio.

No obstante, son estas leyes de igualdad las que muestran los primeros intentos de integrar en la letra de la ley, terminología de Derecho Antidiscriminatorio. Así, el borrador de Emakunde señala en su artículo 2.1 (*Título Preliminar*), en sus cuatro primeros párrafos:

1

Se prohíbe toda discriminación basada en el sexo de las personas, tanto directa como indirecta [23].

2

Existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de su sexo o de circunstancias directamente relacionadas con el sexo como el embarazo o la maternidad, sin que exista una justificación objetiva y razonable [24].

3

Sin perjuicio de su tipificación como delito y a efectos de esta Ley, el acoso sexual en el trabajo tiene la consideración de discriminación directa por razón de sexo [25].

4

Existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra perjudique a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuada y necesaria y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo [26].

Y el artículo 68.2 del mismo borrador incluye entre las funciones de la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres la de "Iniciar y practicar investigaciones, tanto de oficio como a instancia de parte, para el esclarecimiento de posibles situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo relativas al sector privado".

Otras veces, se mencionan ejemplos de discriminación indirecta, sin calificarlos como tales. V.gr.: Art. 40.3 del borrador de Emakunde: "En todo caso, se considera que un empleador o empleadora incurre en discriminación laboral por razón de sexo cuando:

g

Aplica un criterio, actúa o toma una decisión que aparentemente es neutral pero en la práctica perjudica a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un sexo".

20

a) La prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública de las Administraciones Públicas vascas por un período que puede alcanzar 3 años, en caso de infracción grave y 5 años, en caso de infracción muy grave.

b) Inhabilitación temporal de hasta 5 años, de la persona física o jurídica responsable para ostentar la titularidad de centros o servicios dedicados a la prestación de servicios públicos (tanto para infracciones graves como para las muy graves).

21

Artículo 87.1 borrador de Emakunde: "Las infracciones administrativas en las materias previstas en la presente Ley prescribirán: las muy graves, a los 2 años; las graves, a los 12 meses; y las leves, a los 6 meses, todos ellos contados a partir de la comisión del hecho infractor".

22

Artículo 87.2 borrador de Emakunde: "El plazo de prescripción de las sanciones impuestas al amparo de la presente ley será el siguiente: en las muy graves, 1 año; en las graves, 6 meses; y en las leves, 3 meses, todos ellos contados a partir del día siguiente a aquél en el que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción".

23

Artículo 2.1 de la Directiva 2002/73/CE.

24

Artículo 2.2 y párrafo 12° de la Directiva 2002/73/CE.

25

Artículo 2.3 de la Directiva 2002/73/CE.

26

Artículo 2 Directiva 97/80/CEE del Consejo relativa a la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo.

Siguiendo a CAMPBELL, la discriminación es *directa* si el tratamiento que irrazonablemente desfavorece se efectúa explícitamente sobre un criterio *definidor* del tipo de persona que resulta discriminada. La discriminación *indirecta* puede tener lugar al utilizar un criterio no definitorio que, sin embargo, provoca el resultado de desfavorecer al grupo en cuestión [27]. El binomio *Directa/Indirecta*, de tanto alcance en el Derecho europeo, tiene su origen, una vez más, en las variantes conceptuales de elaboración judicial norteamericana de *disparate treatment* y de *disparate impact*. En concreto, la introducción del *disparate impact* en el Derecho estadounidense tiene lugar con la resolución del caso [28] *Griggs v. Duke Power Company* [29].

De la misma manera, en las nuevas leyes autonómicas de igualdad podemos encontrar ejemplos de disposiciones que incluyen el propio fundamento de la medida antidiscriminatoria. Un ejemplo de ello se muestra en el artículo 4.2 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres de la Comunidad Autónoma Valenciana, que dispone: "Las distintas administraciones públicas adoptarán una estrategia dual basada en el principio de complementariedad de medidas de acción positiva y las que respondan a la transversalidad de género. La adopción por el Gobierno Valenciano de medidas especiales de carácter *temporal* encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre la mujer y el hombre no se considerará discriminatoria en la forma definida en las convenciones internacionales. *Estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad, oportunidad y trato*" (Los destacados son míos). Pues, en efecto, se entiende por discriminación *inversa* (*reverse discrimination*) utilizando el término estadounidense o discriminación *positiva*, según se denomina en Europa [30], "una serie de actuaciones normativas 'de favor' de carácter temporal o transitorio encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos, y que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de participación social" [31]. Ya el propio artículo 2 de esta Ley Valenciana, incluye, entre los principios generales que establece, la admisión de medidas de discriminación positiva. A saber:

a

"Son contrarias al ordenamiento jurídico las actuaciones públicas o los comportamientos privados que sean discriminatorios.

b

No toda desigualdad es constitutiva de discriminación. No hay una prohibición general que impida establecer cualquier diferencia, lo que se prohíbe es la desigualdad que carece de justificación objetiva, racional y razonable.

c

Cuando se disponga una diferencia de trato deben emplearse los medios que resulten proporcionados y adecuados o congruentes con los fines que se persiguen" [32].

V. EQUILIBRIO ENTRE FEMINISMO DE LA IGUALDAD Y FEMINISMO DE LA DIFERENCIA

No procede aquí entrar en el debate sobre el significado de la palabra feminismo, palabra maldita donde las haya. Pero es urgente señalar que la primera acepción del *Diccionario de la Lengua Española*, en su más reciente edición, señala que es la "Doctrina social favorable a la mujer, a quien concede capacidad y derechos reservados antes a los hombres" [33]. Es curioso que tal acepción use la expresión "a quien concede" en vez de "a quien reconoce" [34]. Por lo demás, es claro que, según esta definición, el feminismo es una doctrina social coincidente con la *Declaración de Derechos Humanos* proclamada por la Organización de Naciones Unidas, que señala en su artículo 2º que "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo [...]". Por consiguiente, a quienes acepten esta doctrina de la ONU se les puede llamar, con toda propiedad, feministas.

Por consiguiente, es cierto lo que determina el borrador de Emakunde, al insistir en la necesidad de optar en el modelo de corres-

27
Vid. CAMPBELL, Tom, "Sex Discrimination: Mistaking the Relevance of Gender", MACLEAN, Sheila y BURROWS, Noreen (eds.) en *The Legal Relevance of Gender*, London, 1988, pp. 16-17.

28
Conviene recordar la distinción entre los dos grandes sistemas del Derecho Comparado. Por una parte, el *Common Law* basado en el *Case-Law*, propio del Derecho Anglosajón, que da más importancia al Derecho de creación jurisprudencial que al apoyo codicial y, por otra, el Derecho Continental que se apoya, de modo primordial, en la ley codificada. Estos sistemas muestran, en los últimos decenios claros signos de acercamiento.

29
401 U.S. 424 (1971).

30
Salvo alguna excepción, la identificación entre ambas expresiones es general, incluso en los estudios doctrinales de gran preocupación analítica como pueden ser los de Franca BORGOGELLI, "La tipología delle azioni positive" en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, p. 83.

31
BARRÈRE UNZUETA, Mª Ángeles, Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres, Madrid, 1997, p. 30.

32
Este artículo se refiere, con una redacción no muy afortunada, a la idea que ya sostuvo ARISTÓTELES de que el principio de igualdad exige tratar de modo distinto a lo diferente pues, en efecto, lo contrario de igualdad no es diferencia, sino desigualdad.

33
Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Madrid, 2001, tomo I, p. 1047.

34
Para GARCÍA MESEGUER, lo anterior constituye una muestra de paternalismo (GARCÍA MESEGUER, Álvaro, *Lenguaje y Discriminación sexual*, 3ª ed., Barcelona, 1988, p. 39).

35
Acerca de los diferentes modelos de relaciones entre hombres y mujeres, desde la perspectiva de análisis de la filosofía del derecho, ver ELÓSEGUI ITXASO, María, *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

36
Ver NOVALES ALQUÉZAR, Mª Aránzazu, "Ética del cuidado y feminismo de la diferencia. Reflexiones en torno a Charles Taylor". Comunicación presentada en las XII Jornadas de Filosofía de la Universidad de Valladolid: *Igualdad y Género. Reflexiones desde la Ética y la Filosofía Política*, Valladolid, Octubre, 2003.

37
HABERMAS, Jürgen, "Struggles for Recognition in the Democratic constitutional State" en GUTMAN, A. (ed.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 117.

38
SENDÓN DE LEÓN, Victoria, *¿Qué es el feminismo de la diferencia?* en http://www.nodo50.org/.

ponsabilidad o interdependencia de hombres y mujeres [35]: "Una sociedad en la que mujeres y hombres tengan una participación igualitaria en los ámbitos público y doméstico, en la que se articule equilibradamente entre mujeres y hombres la reproducción y la producción y en la que se haga un mejor uso de las potencialidades de todas las personas y colectivos es, hoy por hoy, el modelo planteado como deseable y que se expresa tanto en el discurso individual como colectivo. Todo ello ofrece una oportunidad excelente para adoptar una Ley dirigida a incorporar la perspectiva de género a las políticas públicas".

En efecto, las políticas públicas de género que durante los últimos años se han propuesto y desarrollado en el ámbito europeo han privilegiado, sin duda, la defensa de feminismos de la igualdad de diverso signo. Ello era necesario, sin duda, pero no es suficiente, y sólo consigue relegar el verdadero problema al futuro [36], pues es lo cierto, como apunta HABERMAS, que "dadas las necesidades dominantes, las necesidades de las mujeres no han sido articuladas adecuadamente. De este modo, la lucha política por el reconocimiento comienza como lucha acerca de la interpretación de los intereses y logros ligados a las especificidades genéricas" [37].

Por lo demás, recordemos que, como señala SENDÓN DE LEÓN, "lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad. [...] no es posible conseguir una verdadera igualdad sin mantener las diferencias" [38]. En este mismo sentido, el borrador de Emakunde deja claro que la igualdad que esta Ley promueve es una igualdad en sentido amplio, "referida no sólo a las condiciones de partida en el acceso a los derechos, al poder y a los recursos y beneficios económicos y sociales, sino también a las condiciones para el disfrute y control efectivo de aquéllos" (Artículo 2.2 *Título Preliminar*). Asimismo, es una igualdad respetuosa con la diversidad e integradora de las especificidades de mujeres y hombres, que supere la tendencia actual a la imposición y generalización del modelo masculino como modelo universal [39]. Se trata, en suma, de que mujeres y hombres sean iguales en la diferencia. Este es el motivo por el que en el título de la Ley se ha optado por formular el principio de igualdad 'de' y no 'entre' mujeres y hombres [40]. Se pretende así evitar la comparación sin más entre la situación de las mujeres y de los hombres, que muchas veces implícitamente plantea una jerarquía en la que la situación de los hombres es la deseable y a la que las mujeres han de amoldarse renunciando a sus aspiraciones y necesidades.

El Preámbulo de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres señala en el punto VI. *La participación en los asuntos públicos* que: "[...]. El concepto de democracia sólo adoptará un sentido real y dinámico, como corresponde a la expresión más acabada de esta forma de gobierno, cuando las orientaciones políticas sean definidas en común por mujeres y hombres teniendo en cuenta, de forma equitativa, los intereses y aptitudes de todas las personas. [...]".

Abundando en lo anterior, el artículo 10.3 del borrador de Emakunde indica que "Corresponde al Instituto el ejercicio de las siguientes funciones: [...]. h) "Estudio de las diferentes condiciones, necesidades e intereses de mujeres y hombres, así como las desigualdades que de ello se derivan en la vida política, económica, cultural y social, promoviendo especialmente la realización de estudios dirigidos a perfilar la política a realizar en las distintas áreas de actuación".

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Castilla y León insta a las Administraciones Públicas de esa Comunidad a promover acciones positivas para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de mujeres y hombres, entre ellas:

1

Conocer la situación sobre el reparto de responsabilidades familiares, así como sobre las necesidades y servicios existentes para la atención a personas dependientes.

2

Incentivar que las bajas, permisos o excedencias por motivos de nacimiento de hijos o cuidado de familiares sean solicitados por el padre para facilitar la vida profesional de la mujer.

39

En concreto, el artículo 2.3.1 del Título Preliminar del borrador de Emakunde señala: "Los poderes públicos vascos han de poner los medios necesarios para que el proceso hacia la igualdad de sexos se realice respetando la diversidad y las diferencias existentes entre mujeres y hombres en cuanto a su biología, condiciones de vida, aspiraciones y necesidades". Asimismo, el 2.1.5 del borrador de Emakunde señala a su vez que: "A los efectos de esta Ley, no se consideran constitutivas de discriminación por razón de sexo las medidas que, aunque plantean un tratamiento diferente para las mujeres y los hombres, tienen su fundamento en el párrafo 5 de este artículo, en la necesidad de una protección especial de los sexos por motivos biológicos o en la promoción de la incorporación de los hombres al trabajo doméstico y de cuidado de las personas", artículo similar al número 3 de la Ley de igualdad de sexos de Noruega de 1978. Del mismo modo, el artículo 40.5 del borrador de Emakunde señala que: "No se considerarán constitutivas de discriminación laboral por razón de sexo las medidas que, aunque plantean un tratamiento diferente para las mujeres y los hombres, tienen su fundamento en el párrafo 5 del artículo 2, en la necesidad de una protección especial de los sexos por motivos biológicos o en la promoción de la incorporación de los hombres al trabajo doméstico y de cuidado de las personas".

40

Postura defendida por la jurista Eliane VOGEL-POLSKY, Experta del Consejo de Europa, de la Comisión Europea y profesora de la Universidad Libre de Bruselas. *Marco jurídico: procedimientos de aplicabilidad en relación con la acción positiva*. II Congreso internacional sobre género y políticas de acción positiva. Emakunde, 1999.

3

Promover la incorporación de los hombres a las tareas domésticas y responsabilidades familiares. […].

5

Crear nuevas fórmulas y servicios para conseguir una adecuada conciliación de la vida familiar y laboral. […]".

Corolario de todo lo anterior es, pues, la constatación de que las nuevas leyes autonómicas de igualdad tienden hacia un equilibrio entre el feminismo de la igualdad y el de la diferencia que, lejos de excluirse el uno al otro son interdependientes y complementarios. El excluir el planteamiento serio y profundo de cuáles son los reales intereses, deseos y necesidades de las mujeres para respetarlos, valorarlos y darles acomodo socio-político, no consigue más que obstaculizar las finalidades de la democracia [41].

VI. LAS LEYES AUTONÓMICAS DE IGUALDAD Y LAS ÉTICAS DEL CUIDADO Y DE LA RESPONSABILIDAD

A

Manifestaciones de esa conexión.

En una época en la que la violencia entre los adolescentes ha alcanzado cotas tan altas, entre otras razones, porque los niños crecen solos, y en que la desaparición en los centros urbanos de la familia extensa está incrementando tanto la soledad en la tercera edad, es lógico potenciar desde el estrato político, la valoración de los trabajos destinados al cuidado, y la elaboración de mejores políticas asistenciales que las que existen en los actuales Estados del Bienestar. Ello debido a que este tipo de trabajos llevan aparejados *per se* una enorme importancia, no sólo de tipo personal sino también social. En efecto, tal como señala GUERRA PALMERO, parafraseando a FRASER en relación con su enfoque dual sociológico que secciona la reproducción simbólica y material de las sociedades y parte de la dicotomía "sistema/mundo de la vida": "[…] todas las actividades pueden ser interpretadas en su aspecto dual: no sólo la crianza de los hijos sirve tanto a la supervivencia biológica como a la construcción de la identidad social de los niños y niñas, sino que el mismo trabajo sirve a esas dos dimensiones, una sistémica y otra vinculada a la reproducción social del mundo de la vida articulando el mantenimiento de la identidad personal" [42].

En efecto, las nuevas leyes autonómicas de igualdad, tal vez por una necesidad social vinculada al elevado número de personas que necesitan cuidados, se hacen eco de algunas exigencias demandadas por las éticas del cuidado y de la responsabilidad. Así, el artículo 49 del borrador de Emakunde dispone: "Las Administraciones Públicas vascas han de promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a través del fomento de la corresponsabilidad de los hombres en el trabajo doméstico, de la adecuación de las estructuras del empleo a las necesidades de la vida personal y familiar, de la creación y adecuación de servicios de apoyo a las familias así como cualquier otra medida que se considere adecuada a tal fin". El artículo 50 añade:

1

"Las normas reguladoras de las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas vascas deben incluir medidas dirigidas a promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

2

El Gobierno Vasco ha de destinar ayudas a las empresas para que adopten medidas para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral así como a los trabajadores y trabajadoras que se acojan a las excedencias y reducciones de jornada para dar respuesta a las necesidades domésticas y del cuidado de personas dependientes.

3

La normativa reguladora de las ayudas previstas en el párrafo anterior ha de prever medidas que favorezcan que los hombres se corresponsabilicen del trabajo doméstico y de cuidado de las personas".

A su vez, el artículo 51 del borrador de Emakunde apunta:

1

"Las Administraciones Públicas vascas han de establecer, de forma progresiva, las medidas necesarias para atender la

41

No me estoy refiriendo a posiciones sostenidas por el feminismo radical de la diferencia, de tipo anglosajón, como el sostenido por MACKINNON, que tira por la borda el propio sistema normativo y abandona el suelo racional por considerar que ha devenido irremediablemente discriminatorio para las mujeres. La diferencia que debe plasmarse en la voluntad política es que las mujeres no queremos las mismas estrategias, tácticas, modos, metas y etapas a cubrir que los varones. No las necesitamos, no nos sirven y no nos hacen felices. Y en este sentido, no parece que la justicia pueda mantenerse desconectada del bien, ni éste de la mirada a los otros. El feminismo de la diferencia, como un paso más sobre el de la igualdad, permite atacar la raíz del sistema patriarcal. (Vid. NOVALES ALQUÉZAR, Mª Aránzazu, *Derecho Antidiscriminatorio y Género*, Santiago de Chile, 2003).

42

GUERRA PALMERO, María José. *Mujer, identidad y reconocimiento. Habermas y la crítica feminista*, Tenerife, 1998, p. 107.

43

Directrices para el Empleo de la Comisión Europea 2001.

44

Vid. TAYLOR, Charles. *Sources of the Self*, Cambridge, Harvard University Press, 1992.

45

BENHABIB, Seyla. *Critique, Norm and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, New York, Columbia University Press, 1987.

46

SENDÓN DE LEÓN, Victoria, *¿Qué es el feminismo de la diferencia?* en http://www.nodo50.org/.

47

Algunos sectores socialistas y marxistas han avanzado en la línea de visibilizar el desgaste emocional de la mayoría de las mujeres: *feeding egos, tending wounds*, transferencia de poder vital, etc. Así, FERGUSON, Ann 1989; LEE BARTKY, Sandra 1990; JÓNASDÓTTIR, A. 1993, por ejemplo. (Para todo ello, ver NOVALES ALQUÉZAR, Mª Aránzazu. *Derecho Antidiscriminatorio y Género*, Santiago de Chile, 2003).

48

Históricamente, se consideró que las mujeres estaban dotadas, por lo general, de una superioridad moral. Sea esto real o no, contribuyó no poco a la construcción del pedestal (unas veces cínicamente falso y otras verdadero) sobre el que la cultura patriarcal las colocó.

49

"En gran medida, las teorías contemporáneas de la justicia, como las del pasado, tratan de los hombres con esposas en casa" (MOLLER OKIN, Susan. *Justice, Gender and the Family*, New York, Basic Books, 1989, p. 13).

50

Además, a pesar de ciertas insuficiencias teóricas, puestas de manifiesto por HABERMAS, entre otros, el "cuidado" refleja perfectamente el enfoque general de la Teoría feminista como teoría crítica, planteando dudas acerca de la jerarquía entre los principios y los agentes, removiendo la imagen de agente moral como agente con autonomía y sin vínculos, desarraigado.

demanda de cuidados de la infancia, personas mayores, enfermas, con discapacidad y otras personas dependientes, prestando servicios que sean asequibles, flexibles, de calidad y de fácil acceso [43]. En la oferta de los citados servicios se tendrán en cuenta los ingresos, las cargas y el tamaño de las familias o unidades convivenciales y las necesidades personales y sociales.

2

El Gobierno Vasco, en colaboración con el resto de Administraciones competentes, ha de poner los medios para garantizar una red de escuelas infantiles de 0 a 3 años, que cubra la demanda de cada zona o comarca y que oferte horarios y calendarios amplios y flexibles.

3

Las Administraciones Públicas vascas en sus convocatorias de ayudas dirigidas a las escuelas infantiles, centros de día, residencias y demás centros y programas dirigidos a la atención de personas dependientes, han de dar preferencia a aquéllos que, cumpliendo el resto de criterios de calidad, dispongan de horarios y calendarios amplios y flexibles. […].

6

Las Administraciones Públicas vascas han de establecer ayudas para la creación y el mantenimiento de empresas cuyo objeto sea la prestación de servicios dirigidos a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral".

El artículo 27 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres de la CC.AA. Valenciana dispone, en el mismo sentido, que: "El Gobierno Valenciano incluirá en la planificación de sus actuaciones en materia de familia e infancia, medidas dirigidas a facilitar la corresponsabilidad y ejercicio conjunto de las cargas familiares y procurar la igualdad real de mujeres y hombres en la esfera de las tareas domésticas".

Los Estados del Bienestar necesitan políticas públicas re-valorizantes y re-significantes del trabajo desarrollado en el ámbito familiar. El trabajo ha sido uno de los cauces principales de forja de identidades, tal como exponen TAYLOR [44] y BENHABIB [45]. Al definir la actividad de las mujeres como no-trabajo se selló su devaluación. Pues, en efecto, en nuestras sociedades patriarcales, se ha ido construyendo un modelo en el que lo significante, lo valioso, es aquello que se ajusta más fácilmente al esquema viril: fuerza, competitividad, acción, conquista, producción, frente a paciencia, capacidad de negociación, solidaridad, sentimiento, cuidado o reproducción. No hablamos de personas concretas, sino de paradigmas o arquetipos, como fuerzas fundamentales que estructuran el psiquismo [46]. De lo anterior se han hecho eco las nuevas leyes autonómicas de igualdad. Así, para presentar como ejemplo la redacción más incisiva, el artículo 16 Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Castilla y León insta a las Administraciones Públicas de esa Comunidad a promover acciones positivas para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de mujeres y hombres y, en especial, a

4

"*Valorar y hacer visible el trabajo realizado en el ámbito familiar*".

Con esta fórmula parece que se está dando entrada al reconocimiento del trabajo tanto doméstico material como afectivo [47].

B

Cuidado de otras personas y autocuidado.

Por otra parte, el paso de los años ha venido a demostrar que el "cuidado" no tiene por qué significar autosacrificio, ni tendría por qué crear dos esferas separadas, el mundo de la autonomía –patriarcal– y el mundo de las relaciones personales, en el que se desenvolverían las mujeres. La responsabilidad y el cuidado, como la propia GILLIGAN reconoce, deberían incluir a la vez al Yo y a las otras personas, sin que el yo quede disuelto en el nosotros. Algo de ello se conseguiría, desde luego, atribuyendo valor a la esfera afectiva desde lo público (educación de actitudes afectivas, valoración de la sensibilidad y de los sentimientos, etc.) [48].

Con este fundamento, el artículo 13 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León establece que: "Las Administraciones Públicas de Castilla y León, en su ámbito de competencias, establecerán medidas que garanticen conseguir los siguientes objetivos en relación con el ámbito educativo, cultural y artístico: […].

7

Sensibilizar a la ciudadanía sobre el derecho de las mujeres a disfrutar del tiempo libre por sí mismas y de ocupar el ocio activamente".

Y en el artículo 21, en relación a la promoción y protección de la salud de las mujeres, se les exige, entre otras medidas:

2

"Promover una cultura que contemple a las mujeres no sólo como cuidadoras y agentes de salud sino también como receptoras de cuidados".

C

Público-privado: ¿dos éticas diferentes?

Una consecuencia más del tratamiento feminista de la distinción público/privado, consiste en que no hay que caer en la trampa de patrocinar la coexistencia de dos éticas, la de la justicia, para el ámbito público, y la del cuidado, para el ámbito privado [49]. En efecto, en el terreno político y desde él, estamos convencidos de que ciertas dosis de empatía, altruismo o solidaridad son necesarias para el buen funcionamiento social. La moralidad como compromiso deriva de la certeza de que el bienestar, e incluso la supervivencia, requieren algo más que autonomía, reconocimiento de derechos o definición exacta de la justicia, y la ética del cuidado [50] tiene que ver con situaciones reales, tan reales como las necesidades ajenas, el deseo de evitar el daño, la circunstancia de ser responsable de otro, de tener que proteger o atender a alguien. En ética, la polémica creció con los argumentos psicológicos de GILLIGAN contra el modelo de reglas y principios abstractos. Desde un punto de vista filosófico, BENHABIB dio un paso más al proponer que el "otro concreto" sustituyera al "otro generali-

zado" en el razonamiento moral, a fin de tener en cuenta a las personas con su propia historia e identidad [51].

En fin, a diferencia de lo que algunos autores, recreando la lógica patriarcal, han sostenido, no podemos conformarnos con restringir la ética de la justicia a lo público y la del cuidado a lo privado. Necesitamos superar esa dicotomía por varias razones: En primer lugar, la moral pública determina en gran parte la moral privada. En segundo lugar, la ley tiene un carácter simbólico además del efectivo, esto es, influye en la consideración moral de los hechos. Para ilustrar lo anterior, piénsese en la mayor cantidad de mujeres que se atreven a denunciar ante las autoridades los malos tratos sufridos al interior de la familia, desde que ese problema se situó en el debate público, derivando el mismo en la elaboración de normas jurídicas particulares [52]. En efecto, "Los individuos hacen elecciones, pero son los patrones institucionales los que dan forma a las alternativas y hacen que una tenga más posibilidades que otra de ser escogida" [53].

En tercer lugar, parece justo advertir que lo público y lo privado son interdependientes. En efecto, como señala MARÍN: "si la sociedad no se hace responsable de sus miembros menos favorecidos, ni menos aún, del resto de la humanidad, queda a la moral privada la ayuda a todos los colectivos desfavorecidos de dentro y de fuera. Y si el Estado no asume el cuidado de niños, ancianos, etc., *acrecienta la responsabilidad de las mujeres*" [54]. Y agrega que incluso la invisibilidad en lo público del cuidado que las instituciones no pueden asumir, el que ha de ser prestado personalmente porque es emocional, tiene repercusiones: añade dificultades a quienes lo hacen en último término, que suelen ser mujeres [55]. Pues la "herencia de la madre", como dice GILLIGAN será, si no, herencia envenenada. La materialidad devaluada de la vida, el prodigar cuidados a los cuerpos y almas de los otros en forma de alimentos, limpieza y afectos, queda en el territorio oscuro de lo privado; es, para utilizar la expresión de ARENDT: "refractaria a la luz" [56].

La calidad de vida dependerá, entre otros factores, de una distribución más equitativa de las oportunidades y de las tareas, incluyendo el "cuidado" de las necesidades. En todo caso, parece improbable conseguir la ciudadanía plena desde la "ceguera" ante el género, o sin el respeto por las diferencias.

Las ideas precedentes no pasan en silencio en las nuevas leyes de igualdad. En efecto, el Preámbulo de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres de la Comunidad Autónoma Valenciana señala, en su punto IV. *Ámbitos de actuación* que: "[…] La igualdad de mujeres y hombres necesita de actuaciones que incidan en ámbitos considerados hasta hace relativamente poco tiempo como privados, pero que tienen gran relevancia en los considerados tradicionalmente como públicos. Así, la dedicación casi en exclusiva al cuidado de personas dependientes, mayoritariamente población infantil y de mayor edad, ha impedido a las mujeres incorporarse al mercado de trabajo y a la actividad pública en igualdad de condiciones con los hombres. Es necesario establecer una relación adecuada entre lo público y lo privado y tomar medidas que incidan en el bienestar de la ciudadanía, favoreciendo la consecución de la igualdad real".

VII. FINAL: LEYES DICTADAS PARA SER APLICADAS

El caldo de cultivo creado con la experiencia derivada de la ejecución de los Planes de Igualdad está generando normas jurídicas con rango de ley que, como tales, son susceptibles de aplicación directa en los Tribunales de Justicia. Pero conviene no olvidar que junto a ello, es crucial en el espinoso camino hacia la igualdad la formación en materia de igualdad de los operadores jurídicos, así como de los interlocutores sociales que intervienen en los procesos y que se enfrentan a casos y soluciones concretas.

En la esperanza de que se elabore una Ley General de Igualdad por el Parlamento de la nación [57], y por los órganos legislativos de las demás CC.AA., nos queda ahora confiar en que las leyes autonómicas de igualdad que ya se han promulgado, se invoquen, y se apliquen.

51 *Vide* BENHABIB, Seyla, *Critique, Norm and Utopia*, New York, Columbia University Press, 1986; BENHABIB, Seyla, *Feminism as Critique*, Wadsworth, Belmont, 1987; BENHABIB, Seyla, *Situating the Self*, Polity Press, Cambridge, 1992; BENHABIB, Seyla. (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

52 Esto no quiere decir que la solución al problema de la violencia familiar sea, exclusivamente, jurídica. En efecto, es extraordinariamente importante proveer desde los poderes públicos una respuesta global que delimite, con precisión, los aspectos psicológicos, psiquiátricos, policiales y jurídicos, al menos, de esta terrible lacra. Pues en otro caso se corre el riesgo de que la recientemente aprobada Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica cumpla la finalidad contraria a la que persigue.

53 EPSTEIN, citado en SALTZMAN, J. *Equidad y género*, p. 102.

54 Con frecuencia, por vía de culpa, añadiríamos. (La cursiva es mía). MARÍN, Gloria, *Ética de la justicia, ética del cuidado*, Barcelona, 1993 en http://www.nodo50.org/doneselx/etica.htm

55 *Ibidem.*

56 GUERRA PALMERO, María José. *Mujer, identidad y reconocimiento. Habermas y la crítica feminista*, Tenerife, 1998, p. 250.

57 Acaba de ser publicada la Ley 30/2003, de 13 de Octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

C O N T E N I D O

Editorial 4

DERECHO COMUNITARIO

El mainstreaming. La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea.
Por Emanuela Lombardo.
Investigadora postdoctoral. Universidad de Zaragoza.
Investigadora Senior proyecto europeo MAGEEQ: Mainstreaming Gender Equality in the European Union. 6

DERECHO COMPARADO

¿Prostitución=Profesión? Una relación a debate.
Por Sylvia Gay.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea.
Y por Eñaut Otazo y Marian Sanz.
Investigador/a del Seminario "Feminismo y Derecho",
Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea. 12

DERECHO ESPAÑOL

Legislación

Impacto de género. Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno de la nación. 28

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. 30

El fomento del empleo de las madres recientes.
Por José Fernando Lousada Arochena.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sala de lo Social. 39

Comentarios

Violencia familiar ejercida contra la mujer inmigrante.
Por Rosario Ana Gaspar Blanch.
Jueza sustituta de los Juzgados de Gandía. 43

Reflexiones sobre la violencia de género. Actitudes de la policía judicial.
Por Manuel Guillermo Altava Lavall.
Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón.
Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad Jaume I de Castellón. 51

DERECHO AUTONÓMICO

Las nuevas Leyes Autonómicas de igualdad de mujeres y hombres.
Por María de Aránzazu Novales Alquézar.
Licenciada en Derecho.
Investigadora del Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer de la Universidad de Zaragoza. 63

IAM Instituto Aragonés de la Mujer
Universidad de Zaragoza
UNIÓN EUROPEA Fondo Social Europeo
GOBIERNO DE ARAGON Departamento de Servicios Sociales y Familia