

AEQUALITAS

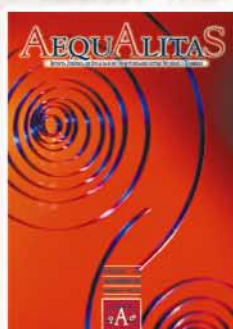
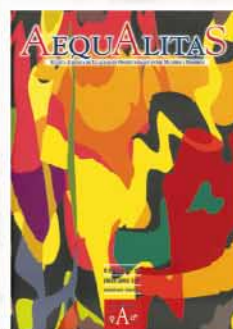
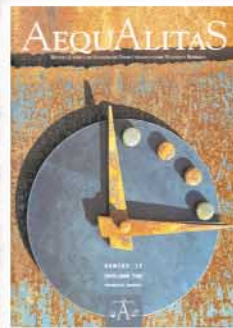
REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 23

JULIO-DICIEMBRE 2008

PERIODICIDAD SEMESTRAL





100
1999-2008
aniversario

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

ROSA BORRAZ PALLARÉS

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

SECRETARIA TÉCNICA

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

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

■ RICARDO PINA

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

■ ANA NAVARRO ALASTUEY

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

■ M^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

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

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

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

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

EDITA:

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

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

■ Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

■ ANA FERNÁNDEZ ABADÍA

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

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

■ RAFAEL SANTACRUZ BLANCO

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

■ FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

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

■ LUCÍA SOLANAS MARCELLÁN

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

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

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

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

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

■ ROBERT ALEXY

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

■ ALFONSO RULZ MIGUEL

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

■ DOLORES SERRAT MORÉ

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

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

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

■ MARÍA ÁNGELES BARRER E UNZUETA

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

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

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

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

■ LUIS NAVARRO ELOLA

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

■ CARMEN SÁEZ LARA

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

■ ASUNCIÓN VENTURA

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

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

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

■ AURORA LÁZARO

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

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

Catalogada en LATINDEX: <http://unam.mx/larga.php?opcion=1&folio=11683>
Catalogada en RESH.CINDOC

1

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

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

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

Profesora María Elósegui.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. 50006 Zaragoza (España).

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

Se enviarán en soporte de papel y en diskette de ordenador de 3,5" (PC o Macintosh), trabajados en WORD o similar, o bien por e-mail (elosegui@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.

Los originales deben ir precedidos de un sumario de 10 líneas en español, título del artículo, palabras clave y un abstract de 10 líneas en inglés.

3

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

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

4

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

5

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



En este número de la revista *Aequalitas* seguimos presentando algunos asuntos novedosos. En relación con el derecho de otros países europeos en el primer artículo sobre “La regulación de la igualdad en las leyes de los países escandinavos”, la profesora de Derecho Laboral Enma Rodríguez, nos presenta el denominado “Nordic model” que agrupa la regulación legal de los países escandinavos. Como es sabido, “dentro de la Unión Europea es clásica la diferenciación entre tres sistemas jurídicos: el sistema romano-germánico, del que forman parte, principalmente, Austria, Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, España, Portugal, Italia y Grecia; el sistema anglosajón, al que pertenecen Inglaterra e Irlanda; y por último, el sistema nórdico, compuesto por Dinamarca, Finlandia y Suecia, que son los países de la franja escandinava que forman parte de la Unión Europea. Igualmente, se analiza la legislación de Noruega. En 1978 en dicho país fue aprobada la primera norma específica sobre la igualdad, la “Ley de Igualdad entre Sexos”. Esta ley desde entonces ha sufrido diferentes modificaciones, entre las que destaca la reforma llevada a cabo en el año 2001, según la propuesta del Ministerio de la Niñez y de la Igualdad que dio lugar a la nueva Ley de Igualdad de Género, de 14 de junio de 2002, con la cuál, entre otras cuestiones, el gobierno pretende reforzar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres trabajadores”.

Por su parte la profesora de Derecho Constitucional María Maciá realiza un profundo análisis de la democracia representativa paritaria en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, presentándonos la situación de la legislación de la cuota electoral en Francia, la cuota electoral en Italia y la reserva electoral en España, discutiendo en este último caso los matices doctrinales sobre su constitucionalidad, sus antecedentes y las iniciativas pioneras en la legislación autonómica.

En el número anterior de la revista iniciamos ya una discusión sobre las reglas de carga de la prueba en la LOIEMH. Se añade ahora un artículo desde la perspectiva del derecho procesal del profesor Javier López en el que se concluye que; “no debe desconocerse que la alteración de la regla de carga de la prueba en los supuestos de posible discriminación por razón de sexo arroja una sospecha de discriminación en toda decisión o actuación que afecte a una mujer, lo que obligará a una cuidadosa preconstitución de la prueba sobre la proporcionalidad y adecuación de todas las medidas que se adopten en relación con ellas tanto en el tráfico, en el suministro de bienes y servicios, como en el acceso al empleo y a la formación profesional. La simple alegación de discriminación resultará insuficiente si la actora no se adelanta a desenmascarar, mediante prueba indiciaria, la posible motivación que ocultará la contraalegación del demandado. En conclusión, la previsión del artículo 13 LO 3/2007 tiene carácter vinculante y no programático, deroga lo establecido en el artículo 96 LPL, en relación con la carga de la prueba en supuestos de discriminación por razón de sexo, pero en la práctica, a pesar de las buenas intenciones que animan al legislador, no logrará alterar el modo de actuar de los justiciables y los tribunales”.

Por su parte, el Magistrado Fernando Lousada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia aporta unas reflexiones, como siempre sugerentes, sobre las políticas públicas sobre los tiempos de la ciudad, los bancos municipales de tiempo, los planes locales de conciliación y el asesoramiento autonómico a las entidades municipales.

Doña Isabel Olmos Parés, Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia nos brinda un artículo sobre las mejoras de la LOIEMH en materias de conciliación, así como su aplicación jurisprudencial.

Ya hemos tratado en otro monográfico de la revista algunas cuestiones relacionadas con la pensión de viudedad, en esta ocasión el artículo extenso de dos abogadas Carmen López-Rendo e Isabel Abella “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio, interpretación del artículo 174 tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, Ley General de Seguridad Social”, nos sitúa en los problemas recientes que suscita la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, especialmente debido a que el artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 40/2007, dispone:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

María Elósegui Itxaso

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
Acreditada como Catedrática. Directora de la Revista *AEQUALITAS*

La regulación de la igualdad entre hombres y mujeres en la normativa laboral de los países nórdicos

POR EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Doctora en Derecho.
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.

1

NIELSEN, R., *European Labour Law*, Ed. DJØF Publishing, Copenhagen, 2000, pp. 22-24.

2

Sobre estas organizaciones *vide* respectivamente nmr@norden.org y nordisk-rad@norden.org

3

Datos extraídos de ec.europa.eu/external_relations/eea. Un análisis más detenido BRUUN N. y NIELSEN, R., “The Future of the Nordic Labour Relations Model”, en AA.VV., *The Nordic labour Relations Model*, Ed. Dattmounth, Hants (England), 1992, pp. 224-230.

4

Dinamarca, Noruega y Suecia, en 1919, seguidos por Finlandia en 1920, Por último, Islandia ingresó en 1945.

5

VAN ZONNEVELD, H., “The Nordic Countries and the European Commission’s Medium-Term Social Policy Objectives” AA.VV., *European Social Policy and the Nordic Countries*, Ed. Ashgate, Hampshire (England), 2000, pp. 14-17.

6

NEAL, A. C., “The ‘Nordic Model’ in European Context”, AA.VV., *European Social Policy and the Nordic Countries*, Ed. Ashgate, Hampshire (England), 2000, pp. 19-33.

7

Sobre la evolución histórica *vide* HASSELBALCH, O., “The Roots –the History of Nordic Labour Law”, en AA.VV., *Stability and change in Nordic Labour Law, Scandinavian Studies in Law*, Volume 43, Ed. Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2002, pp. 26-28.



1. INTRODUCCIÓN

El denominado “Nordic model” agrupa la regulación legal de los países escandinavos. Como es sabido, dentro de la Unión Europea es clásica la diferenciación entre tres sistemas jurídicos: el sistema romano-germánico, del que forman parte, principalmente, Austria, Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, España, Portugal, Italia y Grecia; el sistema anglosajón, al que pertenecen Inglaterra e Irlanda; y por último, el sistema nórdico, compuesto por Dinamarca, Finlandia y Suecia, que son los países de la franja escandinava que forman parte de la Unión Europea ¹.

En todo caso, los Estados de este último grupo se organizaron en 1952 en el Consejo Nórdico (*Nordiska rådet*) que es una organización de cooperación interparlamentaria formada por Islandia, Dinamarca, Suecia, Finlandia y Noruega, con las regiones autónomas de las Islas Feroe, Groenlandia y Åland, aunque la representación mayoritaria corresponde a Dinamarca, Noruega, Finlandia y Suecia. Desde 1991, los países bálticos de Estonia, Letonia y Lituania han pasado a formar parte del Consejo. En la actualidad se trata principalmente de un organismo de fomento de la cultura escandinava, ya que muchas de sus funciones se desarrollan por la Unión Europea, de la que son miembros algunos de estos Estados. Por otra parte, desde 1971 también existe el Consejo de Ministros Nórdicos (*Nordiska ministerrådet*) cuyas funciones son intentar aunar las políticas de los estados miembros en las mismas cuestiones que el Consejo, aunque se trata de organizaciones intergubernamentales distintas ².

En todo caso, desde 1973 Dinamarca forma parte de la Comunidad Europea, sin embargo Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia constituyeron la Asociación del Libre Comercio, a la que se sumaron otros países como Austria, Suiza y Liechtenstein. Ambas organizaciones llegaron al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que abarca a 19 países y que entró en

vigor en 1994. Este Acuerdo por el que se constituye el Área Económica Europea es el instrumento de cooperación más importante entre la Unión Europea y los países de este ámbito que no están integrados también en ella, por ejemplo Noruega. El citado Acuerdo establece como objetivos principales la libertad de movimiento de las personas, los servicios y el capital, además de referirse a cuestiones generales de cooperación entre ambas instituciones. Se centra en promover la armonización para conseguir un desenvolvimiento económico común de ambas áreas. En cuanto a las cuestiones sociales, el propio Preámbulo del Acuerdo prohíbe todo tipo de discriminación y señala específicamente como principio rector la igualdad entre hombres y mujeres y la promoción de la mejora del nivel de vida y de las condiciones de trabajo dentro de la Área Económica Europea. Tanto es así que el propio articulado del Acuerdo adopta el tenor casi literal de algunos artículos del Tratado de Roma. En concreto hay que destacar el artículo 70 del Acuerdo, que establece que las partes contratantes se obligan a promover el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a través de previsiones específicas contenidas en el Anexo XVIII. En tal Anexo se especifica que los Estados que forman parte de la Asociación del Libre Comercio se comprometen a incorporar la legislación de la Comunidad Europea sobre salud y trabajo, así como la igualdad de trato para hombres y mujeres, y los derechos de las personas trabajadoras ³.

En cuanto a la dimensión social de las relaciones laborales, hay que tener en cuenta que todos ellos forman parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde principios del siglo XX ⁴ y en todo caso tienen unas políticas de Seguridad Social muy importantes en temas de protección a la mujer trabajadora, la maternidad y sobre todo la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Consecuentemente, han impulsado la regulación de estas materias por las Directivas y Recomendaciones de la

OIT. Precisamente las diferencias entre estas políticas sociales de la Unión Europea y los Estados nórdicos han marcado las mayores distinciones entre ambos sistemas ⁵. En todo caso, es notable la influencia de la Unión Europea e incluso del Área Económica Europea sobre el “Nordic model”, de manera que tal vez correspondería hablar más en general del “European social model” (modelo social europeo) ⁶.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Históricamente la protección de la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres se regula al amparo de la regulación de normas dirigidas a dar cobertura a la persona trabajadora que pierde su salario porque tiene que faltar al trabajo por enfermedad ⁷. Un gran número de personas trabajadoras carecía de toda protección económica o se establecía de manera restringida para determinados días. En Finlandia la “Ley de contratos de trabajo” de 1922, limitaba esta protección a 14 días. Después la persona trabajadora estaría protegida por el seguro privado de salud que tuviese contratado, pero en muchos casos este seguro, por lo que podía ser que no existiese. Esta regulación fue avanzando lentamente de manera que en 1962, en Noruega, la “Ley de Seguridad Social noruega” ya abarca la ausencia del trabajo debida a enfermedad y, en Suecia, donde hasta entonces la cuestión se remitía a los convenios colectivos, ocurre lo mismo con la regulación de la “Ley de Seguros Sociales”. Se trata de una norma general para todas las personas trabajadoras por la que se establece el derecho a un mínimo diario de prestación en metálico y financiado por cuotas pagadas por las personas contratantes.

La norma más relevante se aprueba en Dinamarca, la “Ley para casos de enfermedad y maternidad” en 1973, aplicable a todo tipo de personas trabajadoras. Esta norma igualó los derechos de todos los grupos de personas trabajadoras, ya que impuso a la persona contratante el pago de una pres-



tación en metálico diaria durante las primeras semanas, hasta un determinado porcentaje del salario normal. Se trata del período que está bajo la responsabilidad de la persona contratante en relación con sus personas trabajadoras enfermas. Después se hará cargo la entidad pública correspondiente. Sin embargo, si la persona contratante, de conformidad con otras leyes o con un convenio colectivo, está obligado a pagar la totalidad del salario durante un período más largo que ese período del que es responsable legalmente, debe abonar las prestaciones en metálico de la entidad pública.

En 1978, Noruega adoptó esta regulación de manera que las personas contratantes desde entonces tienen que pagar la totalidad del salario durante ese “período de responsabilidad por enfermedad”. En el caso de que se produzcan situaciones no cubiertas de esta manera, se protegen a través del Sistema de Seguridad Social. Por su parte, en 1991 Suecia adoptó el mismo modelo que Dinamarca y Noruega. Ahora bien, el caso del embarazo ya se considera una cuestión distinta y la tendencia es hacia la protección por medio del seguro público⁸.

Las mujeres en los países nórdicos comenzaron a acceder al mercado laboral en la época de la industrialización. Las primeras reformas tendientes a garantizar la igualdad se refirieron a normas civiles sobre los derechos de sucesión para colocarlas en la misma posición a la hora de heredar que los hombres y el reconocimiento pleno de la capacidad de obrar⁹.

Después de la II Guerra Mundial, las mujeres pasan a formar parte activa del mercado de trabajo de manera generalizada. Sin embargo, los sindicatos tradicionalmente estaban formados por hombres, de modo que se hacen grupos diferenciados para las mujeres trabajadoras. Además, las personas contratantes consideraban a las mujeres trabajadoras de inferior categoría. Las reivindicaciones posteriores de las clases trabajadoras en general y la dimensión social que adquirió la protección de la familia y de la mujer

hicieron posible que los trabajadores se unieran reclamando igualdad de derechos y que las trabajadoras accedieran con normalidad a puestos de representación en las organizaciones sindicales y en la vida política¹⁰.

Las leyes sobre discriminación por razón de sexo surgen, en un primer momento, por la adopción de acuerdos sobre estas materias de los organismos internacionales de los que forman parte, como la OIT, y por las reivindicaciones de los movimientos de mujeres en Escandinavia de los años sesenta y setenta. Así pues, tanto las normas sobre igualdad de sexos como las políticas públicas de los años sesenta y setenta que se introducen en relación con la salud y la educación hacen que se pueda hablar de la implantación del Estado del bienestar. A pesar de ello, el cuidado del hogar sigue estando a cargo fundamentalmente de las mujeres, que por este motivo acceden tarde o no acceden al mercado laboral. Sin embargo, con el Estado del bienestar lo que se pretende conseguir son beneficios sociales para todos basados en la Seguridad Social a la que contribuyen por igual hombres y mujeres con sus impuestos. En este contexto, surgen movimientos feministas que tienen un gran poder político en toda Europa y en especial en Gran Bretaña, Holanda y en toda Escandinavia. Así el modelo tradicional de familia cambia y las mujeres acceden de manera normal y mayoritaria al mercado laboral. Entonces nacen leyes que prohíben toda discriminación por razón de sexo en el trabajo. En concreto, Dinamarca es la primera en establecer de manera específica una ley sobre la igualdad de salario en 1976 y otra sobre igualdad de trato en el trabajo en 1978. También, en 1978 se regula la ley de igualdad en Noruega y un año después en Suecia; esta normativa se establece en Finlandia en 1986¹¹.

Así, la regulación referente a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral tiene su origen realmente en las normas que se ocupan de la igualdad y que pretenden erradicar la discriminación de la mujer, sobre todo en el ámbito laboral. Sobre esta regula-

ción los países escandinavos tienen una larga tradición e incluso se afirma que “Escandinavia es la Tierra Prometida” de la igualdad entre los sexos¹².

3. PRINCIPALES REGLAS JURÍDICAS EN RELACIÓN CON LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

a

Igualdad retributiva

El derecho a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral es una de las primeras reivindicaciones de las trabajadoras. Como ya se ha anticipado, tras la II Guerra Mundial las mujeres se incorporan mayoritariamente al mercado laboral, aunque sus derechos encuentran importantes diferencias con los de los trabajadores masculinos, entre las que destacan las diferencias salariales.

Así, dado que en esos años las mujeres se habían convertido en una importante fuerza de trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 23, sección 2, estableció el principio de “igual salario por igual trabajo” (“equal pay for equal work”). Tres años más tarde la OIT adoptó el Convenio núm. 100, “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”¹³. Se trata de una evolución muy importante respecto al principio “igual salario por igual trabajo” ya que la OIT al puntualizar que ha de tratarse de “un trabajo de igual valor” consolida realmente el principio de igualdad porque en muchos casos la mujer no podía acceder a determinados puestos de trabajo, de manera que el término de comparación no existiría sino se ampliase el concepto tal y como se recoge en el citado Convenio de la OIT.

En Escandinavia el debate sobre la igualdad de retribución ante un trabajo de igual valor se presentó en el Parlamento Sueco incluso antes, en 1946, por las representantes de las trabajadoras del sector público. Este



8

HASSELBALCH, O., "The Roots- the History of Nordic Labour Law", *op. cit.*, pp. 23-34.

9

ARMNAUG, L., "The 'woman-friendly' welfare state?: The case of Norway and Sweden", en AA.VV., *Women and Social Policies in Europe: Work, Family and the State*, Aldershot (England), 1993, pp. 52 y ss.

10

KARVONEN, L. y SELLE, P., "Introduction: Scandinavia: a case apart", en AA. VV., *Women in Nordic Politics. Closing the Gap*, Ed. Dartmouth, Hants (England) - Vermont (USA), 1995, pp. 3-21.

11

Sobre esta evolución y las leyes de igualdad *vide* ROSEBERRY, L., "Equal Rights and discrimination law in Scandinavia", *op. cit.*, pp. 224-226.

12

ROSEBERRY, L., "Equal Rights and discrimination law in Scandinavia", en AA. VV., *Stability and change in Nordic Labour Law, Scandinavian Studies in Law*, Volume 43, Ed. Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2002, p. 216.

13

Fecha de entrada en vigor: 23 de mayo de 1953.

14

Sobre el proceso de ratificación del Convenio núm. 100 de la OIT en Escandinavia, *vide*, ROSEBERRY, L., "Equal Rights and discrimination law in Scandinavia", *op. cit.*, pp. 221-224.

15

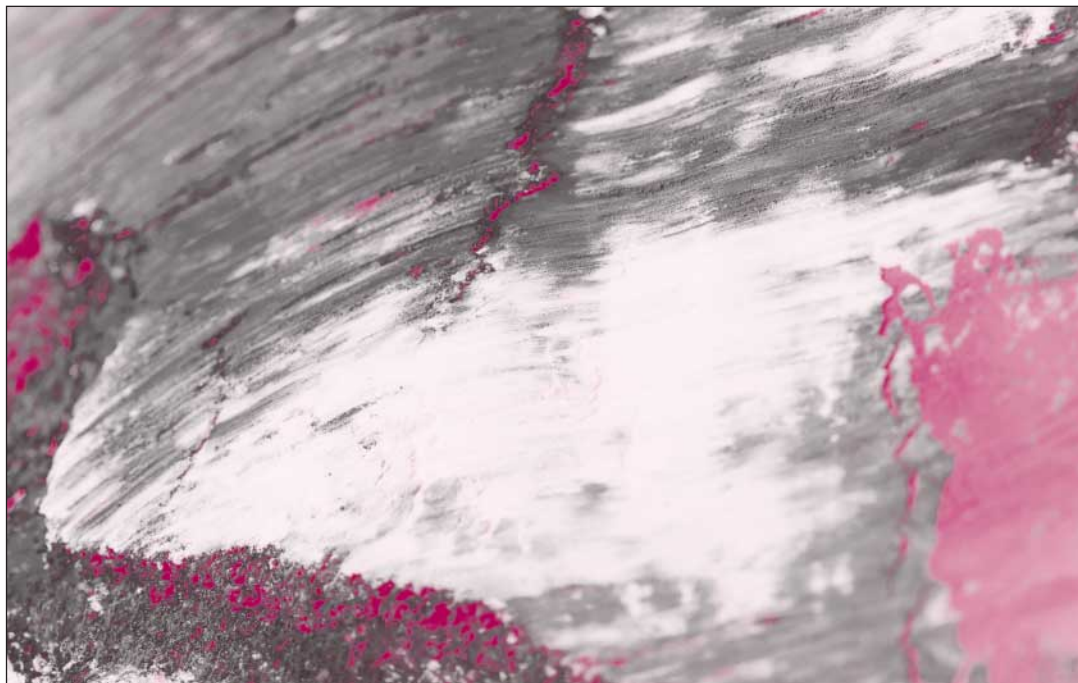
Así el primer país que llegó a acuerdos en este sentido, antes de la ratificación del Convenio núm. 100 de la OIT fue Suecia que en 1948 formó un comité entre miembros de Confederación de Sindicatos Suecos (Swedish LO) y la Confederación de Empresario Suecos (SAF) que estudiaron la situación de las mujeres en el mercado laboral y nueve años después concluyó que efectivamente éstas producían lo mismo y su salario era menos por lo que no cabía que existieran prácticas discriminatorias por razón de género. Esto se trasladó a los convenios colectivos en 1960 con la eliminación de cláusulas discriminatorias por razón de sexo en los salarios. Sucedió lo mismo en otros países, por ejemplo, en Noruega donde se creó el Comité Noruego para igual retribución.

16

En este caso se trataba de diferencias salariales entre hombres y mujeres que se dedicaban dentro del periódico a la misma tarea (introducir la publicidad) pero sin embargo, les resultaban de aplicación cláusulas convencionales diferentes que establecían más salario para los trabajadores que tenían más formación que solían ser los trabajadores del sexo masculino. El tribunal estimó correcta esta diferencia salarial por esa distinción en la formación pero lo cierto es que no explicó la forma en que la diferencia en la formación profesional podría justificar una distinción de retribución cuando realizan el mismo trabajo. (Sentencia de 11 de febrero de 85, publicada en *Tidsskrift*, 1985, p. 185. En este sentido *vide* NIELSEN, R., "The Enforcement of EU Sex Discrimination Law in Scandinavia", en AA. VV., *Responsible Selves. Women in the Nordic legal culture*, Aldershot, 2001, nota 11, p. 229).

17

DO L 45 de 19 de febrero de 1975, p. 19.



puede considerarse sin duda, un antecedente que impulsó el cambio en la concepción del principio de igualdad en la OIT ¹⁴. Este desarrollo en las normas internacionales se plasmó en la agenda de todos los países escandinavos, en concreto el Convenio núm. 100 de la OIT fue ratificado por Noruega en 1959, por Dinamarca en 1960, por Suecia en 1962, y por Finlandia en 1963.

En todo caso, la ratificación del Convenio no estuvo exenta de obstáculos por los impedimentos que procedían principalmente de las asociaciones de personas contratantes, que en general estaban acostumbradas a fijar sus condiciones de trabajo en los convenios colectivos sin interferencia alguna del Estado. También el Consejo Nórdico se planteó la necesidad o no de ratificar este Convenio. Por un lado, algunas partes consideraban que los convenios colectivos ya introducirían de manera natural entre sus propuestas la igualdad en los salarios, mientras que otras consideraban que debía ser ratificado para evitar las desigualdades que podrían surgir sino intervenía la ley en esa regulación. Paralelamente a estas deliberaciones en el Consejo Nórdico, los países escandinavos individualmente alcanzaron acuerdos que se plasmaron en los convenios colectivos para eliminar las desigualdades en los salarios por razón de sexo ¹⁵. De hecho, cuando el Convenio

núm. 100 de la OIT se ratifica en todos ellos, el principio de igualdad de salario por trabajo de igual valor ya se encontraba implementado en gran parte de los convenios colectivos. Sin embargo, el problema es que los puestos que ocupan los hombres y las mujeres en el mercado de trabajo son muy diferentes y, por lo tanto, siguen existiendo diferencias, porque las categorías que mayoritariamente ocupan hombres tienen mayores salarios según la regulación de las cláusulas convencionales.

Esta circunstancia en realidad ha llegado hasta la actualidad y ha contribuido a devaluar y a eludir el principio de "igual salario por igual trabajo o por trabajo de igual valor". Un ejemplo muy comentado en relación con esta cuestión ocurrió en la redacción de un periódico local danés llamado *Veje Amts Folkeblad* ¹⁶.

Ahora bien, como se ha señalado, la normativa de la Unión Europea ha tenido una fuerte influencia en el ordenamiento jurídico de los países nórdicos. Destaca la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos ¹⁷ que en su artículo 1 establece el que



denomina “principio de igualdad de retribución” y que ha sido recogido expresamente en el art. 8 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹⁸. Este principio también se plasma en el artículo 141 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, y en su versión consolidada tras las modificaciones del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 y el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, en concreto en el artículo 141¹⁹.

En la misma línea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en sentencia de 17 de octubre de 1989, en el asunto C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark* contra *Dansk Arbejdsgiverforening*, en nombre de *Danfoss*, el Tribunal declara que “por lo que respecta al criterio de la formación profesional, es posible que pueda redundar en perjuicio de las trabajadoras, en la medida en que éstas hayan tenido menos posibilidades de adquirir una formación profesional tan avanzada como los trabajadores o hayan utilizado estas posibilidades en menor medida” pero “la persona contratante puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución

de las tareas específicas que se confían a la persona trabajadora”, es decir, únicamente si realmente esa diferencia formativa redundaba en una diferencia en el trabajo²⁰.

En esta línea, en los países nórdicos hay que llamar la atención sobre el caso de Dinamarca que transpuso la Directiva sobre la igualdad en el salario en el año 1976 a través de una ley específica sobre la cuestión. Ésta ha sufrido diferentes modificaciones, de las cuales la más reciente y significativa es la llevada a cabo a través de la Propuesta Parlamentaria de la Ley núm. 445, de 7 de junio de 2001. A través de esta norma se estableció que en las empresas con diez o más personas trabajadoras, las personas contratantes debían constituir una “Junta de igualdad” para informar a todas las personas trabajadoras y a los sindicatos sobre sus condiciones retributivas con la finalidad de eliminar prácticas discriminatorias por razón de sexo.

También cabe reseñar el caso de Finlandia, donde un grupo de mujeres con formación académica fundaron la organización “Marta” en 1899, con el principal propósito de conseguir un avance económico y cultural de las familias finlandesas a través de la cooperación de las mujeres ya que “estas medidas para el igualitarismo en las rentas y en el poder adquisitivo han resultado también en un sistema en el que no sólo es una

18
DO L 204, de 26 de julio de 2006, p. 23.

19
DOC núm. 325, de 24 de diciembre de 2002.

20
Texto de la sentencia en <http://eur-lex.europa.eu>. También se refiere a este pronunciamiento resaltando su diferencia con el criterio del tribunal danés ROSEBERRY, L., “Equal Rights and discrimination law in Scandinavia”, *op. cit.*, nota 50, p. 224.

21
PIETILÄ, H., “La sociedad del bienestar en Finlandia”, en AA.VV., *Conciliación de la vida profesional y familiar*, Síntesis, Madrid, 2008, pp. 183-195.

22
Constitución de 11 de junio de 1999, en vigor el 1 marzo de 2000; deroga el anterior texto constitucional de 1994.

23
Ley núm. 232 de 2005, en vigor el 1 de junio de 2005. La primera norma laboral que prohibía toda discriminación, entre otras circunstancias por razón de sexo, es la “Ley de contratos laborales”, Ley núm. 320 de 1970.

24
Esta norma fue aprobada el 9 de junio de 1978, Ley núm. 45 de 1978; entró en vigor el 15 de marzo de 1979.

25
Propuesta núm. 77 de 2001.

26
Ley núm. 21 de 2002, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

27
Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, de 23 de junio de 1981; en vigor el 11 de agosto de 1983.

28
Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, de 23 de junio de 1981.

29
DO L 145 de 19 de junio de 1996, p. 4.

30
Destaca en este sentido el artículo 11.

31
DO L 39 de 14 de febrero de 1976.

32
De 30 de mayo de 2000, Propuesta Parlamentaria núm. 388; en el mismo sentido la “Ley de Consolidación de la Igualdad”, de 2 de julio de 2002, Propuesta Parlamentaria núm. 553, que mantiene sustancialmente el contenido de la anterior.

33
JACOBSEN, H., “Women’s Social Entitlements - Denmark”, Network for European Women’s Rights (NEW), Atenas, octubre 2003, www.Newr.bham.ac.uk/pdfs/Social/Danish.

34
Texto publicado en la página web www.sweden.gov.se



oportunidad sino una necesidad el que ambos progenitores trabajen fuera del hogar familiar”²¹. En todo caso, el artículo 6 de la Constitución señala que todas las personas son iguales ante la Ley y que los poderes públicos han de promover la igualdad, especialmente en relación con las condiciones salariales de las personas trabajadoras²². En el mismo sentido, es muy importante la “Ley de igualdad entre mujeres y hombres”²³ que incide en la igualdad de salarios.

Igualmente, hay que mencionar que en Noruega ya en 1959 existía el Consejo para la Igualdad de Salarios y en 1978 fue aprobada la primera norma específica sobre la igualdad, la “Ley de Igualdad entre Sexos”²⁴. Esta ley desde entonces ha sufrido diferentes modificaciones, entre las que destaca la reforma llevada a cabo en el año 2001, según la propuesta del Ministerio de la Niñez y de la Igualdad²⁵ que dio lugar a la nueva Ley de Igualdad de Género, de 14 de junio de 2002²⁶, con la cuál, entre otras cuestiones, el gobierno pretende reforzar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres trabajadores.

b

Permisos parentales

En relación con esta cuestión, los ordenamientos jurídicos de los países nórdicos destacan por estar mucho más desarrollados que el resto de Estados europeos. Además se han tenido en cuenta las normas internacionales más relevantes en la materia, que son el Convenio núm. 156²⁷ y la Recomendación núm. 165²⁸, ambos textos de la OIT, y la normativa comunitaria, tal como la Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES²⁹, y más genérica, la Directiva 2006/54/CE³⁰.

Así pues, ya en 1978 Dinamarca transpuso la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, 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 trabajo³¹. Esta ley danesa se ha modificado en sucesivas ocasiones, de las cuáles la última y más significativa dio como resultado la “Ley de igualdad entre mujeres y hombres”³² que conlleva la creación del Ministerio por la Igualdad de Sexos y también se crea un órgano de resolución de conflictos previo a las instancias judiciales, el “Consejo para la igualdad”.

En el artículo 1, esta Ley establece como principio básico promover la igualdad de género y en el precepto siguiente prohíbe todo tipo de discriminación por razón de género. En este sentido, prevé que el despido o el trato discriminatorio hacia la mujer a causa del embarazo o la maternidad son ilegales. Lo mismo ocurre en el caso del hombre que se encuentre disfrutando del permiso por paternidad. El ordenamiento jurídico danés prevé en relación con la maternidad que el período total de licencia para los dos progenitores es de un año con retribución económica completa. En concreto, la madre tiene derecho a cuatro semanas antes del nacimiento (es la licencia por embarazo), y después del parto, a catorce semanas de licencia por maternidad. El padre, por su parte, tiene derecho a un permiso de dos semanas durante los primeros catorce días después del nacimiento o de la adopción. Salvo esas dos primeras semanas, ambos progenitores pueden posteriormente dividir la licencia, de manera que podrán disfrutarla simultáneamente a tiempo parcial, por ejemplo, de manera que pueden mantener el contacto con el mundo laboral sin descuidar el cuidado de los hijos e hijas y siendo ambos responsables. Además, el personal de la Administración recibirá el salario completo durante todo el período que dure la licencia y, en el sector privado, el salario se ve reducido, pero el Gobier-

no lo completa con prestaciones públicas e incluso la mayoría de los convenios colectivos reconocen a estas personas trabajadoras la retribución íntegra de su salario durante este período de licencia.

Sin embargo, en la legislación al respecto no existe ninguna cláusula sobre el permiso por fuerza mayor por motivos familiares urgentes, que se regula en el apartado final de la Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En todo caso, la característica más significativa del ordenamiento jurídico de Dinamarca es la flexibilidad en los horarios de trabajo y también en las licencias y permisos a los que tienen derecho las personas trabajadoras para que puedan adaptar su jornada laboral y sus obligaciones familiares de la forma más adecuada para ellos³³. De tal forma que esta cuestión se especifica generalmente en los convenios colectivos de aplicación.

Por lo que se refiere a Suecia, no fue un Estado Miembro de la Comunidad hasta 1995, de manera que la regulación sobre discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral se llevó a cabo por la legislación interna. De hecho, las cuestiones sobre la discriminación por razón de sexo en el mercado laboral fueron objeto de discusión en el Parlamento en la década de los setenta. En concreto, en 1972 se aprueban varias garantías sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres que se van a plasmar también en la Constitución del Reino de Noruega, en vigor desde el 1 de enero de 1975³⁴.

El principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral ya se plasmó en convenios colectivos de 1977 pero no tendrá efecto real hasta 1979, en que se aprueba la Ley de Igualdad de Oportunidades³⁵. Sin embargo, esta norma se refiere sólo a la discriminación por razón de género, por lo que el Parlamento aprobó más tarde una norma específica para los casos más específicos, como la discrimina-

35

Proposición de Ley núm. 56; sufrió pequeñas modificaciones técnicas aprobadas por la Proposición de Ley núm. 118 de 1979 y la Proposición de Ley núm. 412 de 1980.



ción en el ámbito laboral por la orientación sexual³⁶. Aun así, la Ley más relevante es la Ley sobre el Cuidado Parental³⁷.

En síntesis, en Suecia la igualdad de género y la prohibición de discriminación por razón de sexos están muy protegidas por el ordenamiento jurídico en general, no sólo por las normas laborales propiamente dichas. La baja parental, en la que Suecia fue pionera, permitió a las mujeres combinar el trabajo con las responsabilidades familiares. Se convirtió en una prestación generosa y con condiciones muy flexibles, de la que destaca que la ley no especifica qué progenitor debe disfrutarla, salvo unos períodos concretos que son iguales para el padre y para la madre. Se fomenta, por lo tanto la igualdad y la conciliación de la vida familiar, personal y laboral respecto al cuidado de los hijos e hijas³⁸.

En Suecia, el permiso parental abarca el sistema de prestaciones por maternidad y paternidad, así como los permisos de ambos progenitores. Esta licencia es de cuatrocientos ochenta días naturales en total para ambos padres, que han de disfrutar dentro de los dieciocho primeros meses de vida del hijo. Uno de los progenitores puede renunciar a su derecho a las prestaciones parentales en favor del otro progenitor, salvo un período de sesenta días naturales, que de no ser disfrutados por él o ella, respectivamente, los pierde. Esta regulación merece una valoración muy positiva porque de esta manera se obliga realmente a que ambos padres se ocupen del cuidado de sus hijos, ya que no es posible la transmisión de ese período de permiso de un progenitor a otro. Se trata de una medida que propicia de manera fundamental la conciliación familiar y laboral en este sentido.

Las prestaciones parentales son sufragadas por la Seguridad Social y también existe un subsidio para el caso de que los progenitores cumplan los requisitos para acceder a la prestación económica. Además, el permiso por maternidad está garantizado para todas las trabajadoras, con independencia del tiempo que lleven trabajando. La duración normal del permiso por maternidad es de ca-

torce semanas (siete antes y siete después de la fecha prevista del parto). Además, la retribución de estas catorce semanas de licencia debe ser cubierta por prestaciones en metálico.

En cuanto al permiso por paternidad, está garantizado para todos los trabajadores que sean padres. Ahora bien, sólo aquellos que han trabajado seis meses o doce meses dentro de los dos últimos años tienen derecho al permiso completo. La duración no está delimitada por la ley de manera tajante pero, hay que tener en cuenta que, dado que se trata de un permiso temporal conjunto para el padre y la madre, puesto que ésta no puede ceder a aquél dos meses como mínimo, ocurrirá lo mismo a la inversa. Por lo tanto, hay dos meses que el padre puede disfrutar a lo largo de los dieciocho primeros meses de vida y, en caso de no hacerlo, los perderá. Ahora bien, la persona trabajadora deberá notificar a la persona contratante lo antes posible la manera en la que haya decidido disfrutar el permiso, es decir, bien a tiempo completo o a tiempo parcial, bien todo junto o repartido. Además la ley recoge el derecho de los progenitores a la reducción de jornada para el cuidado del hijo o hija que no haya alcanzado la edad de ocho años, o siendo mayor de esa edad, no ha concluido el primer año de escuela. Por último, tanto el permiso como el pago de las prestaciones se prorrogan 180 días por cada niño o niña adicional en caso de partos múltiples³⁹.

Por lo que se refiere a la conciliación para el cuidado de otros familiares, la normativa sueca, en la Ley anual de permisos⁴⁰, ha reconocido a las personas trabajadoras un permiso de cuarenta y cinco días por año para el cuidado de familiares u otras personas próximas. Eso sí, siempre que la enfermedad sea muy grave, considerándose como tal cuando amenaza la vida de la persona.

Efectivamente, la regulación sueca responde a los parámetros que se han regulado desde el ámbito comunitario para el permiso parental y por fuerza mayor. Además hay que tener en cuenta que la regulación laboral en general está impregnada por cláusulas de flexibilidad en el trabajo que ofreciendo seguridad a las

36

Ley sobre la prohibición de discriminación en la vida del trabajo a causa de la orientación sexual, Ley núm. 133 de 1999.

37

Ley núm. 584 de 1995, actualizada por la Ley núm. 442 de 2006.

38

HOBSON, B., "Seguimiento del modelo nórdico a través de los triángulos institucional, doméstico y de política de la paternidad" en AA. VV., *Conciliación de la vida profesional y familiar*, Síntesis, Madrid, 2008, pp. 113-173, sobre el modelo sueco. También, informe elaborado por el Defensor de la Igualdad de Oportunidades "Parenthood and parental insurance. The current situation in Sweden", julio 2006, página web www.jamombud.se. De modo más genérico, informe del Instituto Sueco "Gender equality in Sweden", octubre 2007, página web www.sweden.se.

39

Vide ERHAG, T., "Sweden", en AA. VV., *The Social Security Systems of the Members States of the European Union*, Interstitia, Antwerp-Oxford-New Yow, 2002, pp. 315-329.

40

Ley núm. 480 de 1977, cuya última modificación importante se introdujo por la Ley núm. 1.399 de 1999.

41

Vide RÖNNMAR, M., "Mechanisms for Establishing and Changing. Terms and Conditions of Employment in Sweden", en la página web www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents. También, "Contracts of employment in Sweden", de la Agencia de Inversiones Sueca, publicado en enero de 2007, página web isa@isa.se. En el mismo sentido y desde una perspectiva de derecho comparado, ENGBLOM, S., "Chapter 6: Sweden", en AA. VV., *Flexibility and Security in temporary work: A comparative and European debate*, Ed. Centro Studi di Diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona".

42

Ley núm. 624 de 1992, entró en vigor el 1 de agosto de ese mismo año.

43

Ley núm. 232 de 2005, en vigor el 1 de junio de 2005. La primera norma laboral que prohibía toda discriminación, entre otras circunstancias por razón de sexo, es la "Ley de contratos laborales", Ley núm. 320 de 1970.

44

Sobre la evolución de las leyes de igualdad, vide el informe del Ministerio de Asuntos Sociales y Salud, "The Act on equality between women and men", publicado por Gender Equality Publications, Helsinki, 2005; así como la página web www.finlex.fi.

45

Sobre esta regulación vide WIST, K., "Finland", en AA. VV., *The International Guide to Social Security. A country by country overview*, Ed. Kluwer law International, The Hague-London-Boston, 1995, pp. 146-149.

46

El Acuerdo para formar parte del Área Económica Europea se firmó en mayo de 1992, pero no adquirió vigor hasta el 1 de enero de 1994.



personas trabajadoras en cuanto a su puesto de trabajo y garantías contra el despido⁴¹.

También hay que llamar la atención sobre el peculiar caso de Finlandia, porque en ese Estado, tras las secuelas de la II Guerra Mundial, las reformas legislativas sobre igualdad, se llevaron a cabo cuando las mujeres ya estaban totalmente integradas en el mercado laboral.

Así pues, la Ley de Igualdad de oportunidades sufrió una variación significativa en 1992, ya que pasó a centrarse específicamente en las prácticas discriminatorias por razón de sexo dentro del ámbito laboral⁴². Esta norma contempló las conductas que podían ser discriminatorias en el caso de traslados o prohibiciones de ascenso de una trabajadora embarazada o con hijos e hijas. En general, se trata de prohibir toda discriminación laboral basada en las responsabilidades familiares o en otros factores que guardan relación con el género. La última norma en el mismo sentido es la “Ley de igualdad

entre mujeres y hombres”⁴³, que incide en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en que se promuevan condiciones en el trabajo que hagan posibles la conciliación de estas responsabilidades y la igualdad de género. En general, se prohíbe toda conducta discriminatoria y se incide de manera especial en la discriminación laboral por cuestiones de maternidad, embarazo, etc. También se refiere en los artículos siguientes a la inversión de la carga de prueba y a otras cuestiones directamente aplicables en los tribunales, así como a la regulación del funcionamiento de la Oficina del Defensor de la Igualdad y del Consejo de la Igualdad⁴⁴.

Todos estos principios en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se plasman de manera evidente en la regulación sobre el permiso parental⁴⁵. La duración de la licencia de maternidad es de 105 días (18 semanas). El permiso parental se inicia cuando la licencia de maternidad termina y continúa por un período de 158 días (26 semanas). En el caso de parto múltiple, de dos o más hijos o hijas, el período de permiso parental se prolongará 60 días por niño o niña. Ambos progenitores tienen derecho a dos períodos de permiso a lo sumo de duración mínima de 12 días. Los progenitores adoptantes y los progenitores de acogida también tienen el derecho a los permisos parentales, aunque varían según la edad del menor (hasta siete años son mayores que si supera esa edad). También se incluyen los principios relativos a la licencia para el cuidado temporal para cuidar de un niño o niña que de repente cae enferma. En concreto, la persona empleada tiene derecho a ausentarse del trabajo durante cuatro días con la finalidad de cuidar de una persona menor de 10 años que cae enferma o para organizar el cuidado del niño o niña.

En el mismo sentido, las personas trabajadoras pueden ausentarse temporalmente de su trabajo si es necesaria su presencia de forma inmediata por causas imprevisibles e importantes debido a una enfermedad o a un accidente sufrido por su familia. Las per-

sona trabajadoras deben notificar a la persona contratante su ausencia y el motivo de la misma tan pronto como sea posible, y si ésta lo solicita, deben presentar un justificante sobre los motivos de su ausencia.

Sobre Noruega, en primer lugar hay que llamar la atención sobre el hecho de que no es miembro de la Unión Europea, pero lo es del Espacio Económico Europeo desde el 1 de enero de 1994⁴⁶, de manera que los acuerdos con la Comunidad Europea le obligan a introducir y hacer cumplir las normas sobre discriminación adoptadas en ese ámbito. En todo caso, la Constitución de Noruega es de género neutro en su formulación, es decir, no contiene disposiciones explícitas sobre la igualdad de género o las prohibiciones contra la discriminación⁴⁷. Estas áreas son reguladas por la Ley de igualdad de género que entró en vigor en 1979⁴⁸ y posteriormente ha sido modificada en varias ocasiones, la más reciente en 2002⁴⁹, con el objetivo principal de reforzar la protección de los hombres en la excedencia por paternidad.

En todo caso, la política familiar noruega está estrechamente vinculada a la política de paridad entre los sexos. Su objetivo consiste en que los hombres y las mujeres puedan compaginar la vida laboral y el cuidado de los hijos e hijas, inclusive mientras éstos tienen corta edad⁵⁰. De ahí que se regula la excedencia remunerada por nacimiento de un hijo o hija que incluye una cuota paterna (seis semanas del tiempo de excedencia se reservan al padre) con independencia de los derechos adquiridos de ambos progenitores. A través de la Seguridad Social, el Estado compensa a las personas contratantes por la totalidad del salario abonado durante la excedencia por maternidad o paternidad⁵¹.

Actualmente, la duración de esta excedencia es de 54 semanas, con derecho a percibir el ochenta por ciento del salario o, alternativamente, de 44 semanas sin merma de remuneración. La “cuota paterna” ha hecho que ocho de cada diez padres se queden en el ho-

47

La Constitución de Noruega de 17 de mayo de 1814, ha sido modificada varias veces por la Asamblea Constituyente, la más reciente en febrero de 2005. Este texto constitucional establece como principios fundamentales el principio de soberanía popular, el principio de separación de poderes y el principio de respeto a los derechos humanos. Un análisis comparado de este texto constitucional y la Constitución española de 1812 por TAMM, D., “Cádiz 1912 y Eidsvoll 1814”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 7, septiembre 2006.

48

Ley núm. 45 de 1978; esta norma entró en vigor el 15 de marzo de 1979.

49

Ley núm. 21 de 2002, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

50

Vide SAMUELSBERG, R., “La política noruega de la infancia, la familia, la paridad entre los sexos y el consumo”, publicado en la página web <http://odin.dep.no/odin/spansk>.

51

La modificación de la Ley de la Seguridad Social de 1 de julio de 2006 ha ampliado en general el permiso parental y de manera particular el permiso de paternidad. Sobre esta regulación vide DAMM, N.W., *Norwegian Employment Law*, Ed. Norhaven Book AS, Dinamarca, 2008, pp. 43-49.



gar cuidando a su hijo, por lo que ha demostrado ser un medio eficaz para que los padres se impliquen en el cuidado de sus hijos e hijas más pequeños. A partir de 2000, los padres pueden percibir una ayuda por nacimiento o adopción de un hijo o de una hija calculada en base a su tiempo de cotización, siempre y cuando la madre después del parto se incorpore a su trabajo, reanude su formación, o en el supuesto de que sufra una enfermedad que no le permita cuidar al niño o niña. Los padres pueden también disfrutar de excedencia sin sueldo, lo cual les permite permanecer tres años en el hogar cuidando a su hijo o hija, sin por ello desvincularse de la vida laboral ⁵².

En cuanto al permiso para el cuidado de otros familiares, la normativa establece que sólo será posible que la persona trabajadora pueda ausentarse de su trabajo veinte días para cuidar a un familiar que se encuentre en estado terminal. También se contempla dicha circunstancia como una causa justa para solicitar una reducción de jornada por parte de la persona trabajadora. A su vez, la regulación de los convenios colectivos en esta cuestión es muy relevante, precisamente por la parquedad legal.

También resulta destacable el caso de Islandia. Su Constitución de 1995, en su artículo 65, especifica que los hombres y las mujeres deben ser iguales en derechos. En este contexto nace la Ley de igualdad de condición y de derechos entre mujeres y hombres en el año 2000 ⁵³ que establece que todas las personas gozan de igualdad de oportunidades para desarrollar sus capacidades laborales independientemente de su sexo.

En este contexto legislativo se protege de manera específica el permiso parental como una medida de igualdad y de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Así, en el año 2000 nace la Ley del permiso por maternidad y paternidad y el permiso parental ⁵⁴. Desde esa regulación, el permiso parental se contempla como un régimen de licencia única. En tal sentido, el período total de licencia es de nueve meses. Cada progenitor tiene derecho a tres meses de licencia que no son transferibles al otro progenitor, y, además, ambos pueden

dividir el permiso como mejor les convenga ⁵⁵. Por su parte, las madres tienen derecho a un permiso de dos semanas anteriores al momento del parto. En todo caso, las personas trabajadoras han de poner en conocimiento de la persona contratante lo antes posible que van a hacer uso de este permiso y de qué manera. Además, durante el período de licencia los progenitores que hayan estado trabajando a tiempo completo reciben el 80% de su salario ⁵⁶. Esta norma también menciona la necesidad de disponer de un permiso para ausentarse del trabajo “por motivos de fuerza mayor o por motivos familiares urgentes”.

C

El acoso sexual

En general, los ordenamientos jurídicos de los países nórdicos prohíben de manera expresa el acoso sexual.

Así, por ejemplo, en Suecia, Ley sobre Igualdad de oportunidades ⁵⁷ regula por primera vez la protección directa o indirecta y el acoso por razón de sexo (arts. 15 a 22), así como especificaciones relativas a las víctimas de acoso moral o sexual dentro del trabajo (arts. 22 a 25), en cuyo caso se determina la posibilidad de que sean reparadas económicamente (arts. 25 y siguientes) ⁵⁸.

En Finlandia, la Ley de Igualdad de oportunidades tras la modificación de 1995 ⁵⁹, incide en cuestiones relativas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y establece que tanto los trabajadores hombres como las trabajadoras mujeres deben de tener los mismos derechos y obligaciones en este ámbito sin que quepa por esas responsabilidades familiares ningún tipo de discriminación. Finalmente prohíbe el acoso laboral y crea una institución dentro del grupo de personas trabajadoras de la empresa para que se ocupe de los posibles incidentes en este sentido. En el año 2005 ⁶⁰, la modificación de esta norma que adopta el título de “Ley de igualdad entre hombres y mujeres” nuevamente ha incidido sobre la prohibición del acoso laboral, en concreto sobre cuestiones procesales (en estos casos rige la inversión de la carga de la prueba).

52

Esta regulación se encuentra principalmente en el capítulo 12 de la Ley sobre las condiciones de trabajo, la jornada laboral, la protección en el trabajo, etc. (la Ley de las condiciones de trabajo laboral), Ley núm. 62, de 17 de junio de 2005, cuya última modificación se produjo por la Ley núm. 10 de 23 de febrero de 2007. También es muy importante la Ley de la Seguridad Social, de 28 de febrero de 1997 y que se modifica para introducir los beneficios económicos relacionados con los permisos familiares por ley de 26 de junio de 1998, que se establecen en el capítulo 9 de la Ley.

53

Ley núm. 96 de 2000.

54

Ley núm. 95 de 2000.

55

Sobre el permiso de paternidad *vide* estudio de derecho comparado, GÍSLASON, I.V. y ATLASON, G.H., “Iceland”, en AA.VV., *Fathers on parental leave*, Ed. Eugrimas, Vilnius, 2005, pp. 22-26. También el Informe del Centro de la igualdad de género y el Centro de estudios de mujeres y género, “Culture, custom, and caring: men’s and women’s possibilities to parental leave”, Akureyri, 2004, página web www.jafnretti.is/caring.

56

En especial esta regulación sobre el tiempo de la licencia se encuentra recogida en la sección IV de la Ley, artículos 8 a 15.

57

Ley núm. 476 de 2005, de 1 de julio.

58

Sobre la evolución de las leyes de igualdad en Suecia *vide* ROSEBERRY, L., “Equal Rights and discrimination law in Scandinavia”, *op. cit.*, pp. 234-240. También resulta de gran interés la página web www.jamombud.se.

59

Ley núm. 196 de 1995, entró en vigor el 1 de abril de 1995.

60

Ley núm. 232 de 2005, entró en vigor el 1 de junio de 2005.

61

Ley núm. 21 de 2002, de 14 de junio de 2002 y que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

62

Ley núm. 96 de 2000.

63

Ley núm. 10, de 6 de marzo de 2008, “Lög um jafna stö_u og jafnan rétt kvenna og karla”. Sobre esta nueva Ley *vide* la página web www.jafnretti.is.



64

Ley núm. 476 de 2005, de 1 de julio.

65

Esto se introdujo por la Ley núm. 773 de 2000.

66

Ley núm. 196 de 1995, entró en vigor el 1 de abril de 1995.

67

Ley núm. 232 de 2005, entró en vigor el 1 de junio de 2005.

68

Ley núm. 97 de 2003.

69

Una encuesta llevada a cabo por Statistics Norway, puso de manifiesto que el 1 de julio de 2005, en Noruega había 519 sociedades anónimas en el sector privado. Sólo 68 (13,1%) de estas empresas cumplen todas las exigencias establecidas por la ley. El 16 % de los miembros de la junta directiva son mujeres.

70

Según el Ministerio de la Niñez y la Igualdad, los datos de la Oficina de Estadísticas de Noruega, el 19 de febrero de 2008, es que el 39% de las personas representantes de la Junta en las sociedades anónimas, eran mujeres. De manera que el 93% de las 459 sociedades anónimas cumplen los requisitos sobre la representación de ambos sexos establecido en la Ley de Sociedades Anónimas. En enero de 2008, 77 sociedades anónimas no había cumplido con las normas de la representación de los géneros. Estas empresas han recibido una carta del Centro de Registro dándoles un plazo de 4 semanas para cumplir con las normas. Si las empresas no cumplen con las exigencias dentro del plazo, el aviso se reiterará por anuncio público y a las empresas se le dará un segundo aviso de 4 semanas para cumplir con las normas. Después de esto, el caso será presentado ante el tribunal, que disolverá la empresa. En abril de 2008 ninguna de las sociedades anónimas se disolverán. *Vide* www.regjeringen.no.

71

Esta norma viene precedida por el acontecimiento ocurrido el 24 de octubre de 1975, cuando todas las mujeres del país decidieron reunirse en Reykjavík para reclamar la equiparación salarial con sus compañeros masculinos. Desde entonces ese día se recuerda en Islandia como una fecha muy importante de reconocimiento a las mujeres trabajadoras.

72

Estos datos según la página web www.jafiretti.is.

También en Noruega la preocupación contra este tipo de conductas es muy importante, tal y como se ha puesto de manifiesto expresamente en la reforma de la Ley de Igualdad de Género⁶⁴. En concreto, en el artículo 8,a), que define el acoso sexual en el trabajo de una manera amplia, por lo que incluye dentro de ese concepto también las manifestaciones verbales en ese sentido.

Por último, cabe llamar la atención sobre el caso de Islandia, donde el Parlamento aprobó recientemente una nueva Ley de la igualdad de género, que sustituye a la Ley sobre la igualdad de condición y derechos de las mujeres y los hombres, del año 2000⁶⁵. Entre las novedades de esta nueva norma destaca que por primera vez en la ley de igualdad se regula la violencia de género, así como el acoso por motivos de género y el acoso sexual⁶⁶.

d

La igualdad de sexos en los órganos de representación de las empresas

La igualdad en los órganos de representación de las empresas, de los sindicatos y en general, de las instituciones representativas de la vida pública, parece ser el último gran escollo por salvar en el camino de la igualdad entre hombres y mujeres. Por este motivo los ordenamientos jurídicos escandinavos en sus últimas reformas han incorporado dicha cuestión y en las políticas sociales ha pasado a tener una relevancia destacable.

Así, en Suecia en la Ley sobre Igualdad de oportunidades⁶⁴ se refiere a la creación de planes de igualdad que deben ser desarrollados por los convenios colectivos⁶⁵. También Finlandia, a través de la Ley de Igualdad de 1995⁶⁶, comenzó a establecer un porcentaje mínimo de participación de las mujeres en la vida política, así como en los comités de empresa o en otras instituciones. En esta línea, la última reforma importante⁶⁷ insiste en la necesidad de que las mujeres participen en la vida política y en las instituciones representativas al señalar que, dentro de lo posible, han de contar con el mismo porcentaje de representación hombres que mujeres (artículos 3, 4 y 4a).

Sobre este tema destaca la regulación de Noruega. Así, en diciembre de 2003 el Parlamento noruego aprobó una enmienda a la Ley de Sociedades Anónimas⁶⁸, por la que se reclama un equilibrio de género en las empresas los consejos de administración. Por lo tanto, Noruega fue el primer Estado en el mundo en exigir el equilibrio de género dentro de las juntas directivas de las sociedades anónimas.

Según el acuerdo entre el anterior gobierno y el sector empresarial privado, las normas aplicables a las empresas privadas no deben entrar en vigor si la deseada representación de género se logró voluntariamente antes del 1 de julio de 2005⁶⁹. En las empresas de propiedad estatal, esta modificación entró en vigor el 1 de enero de 2004, y en las sociedades anónimas privadas, el 1 de enero de 2006. La norma concedió un período de transición de dos años a partir del 1 de enero de 2006 para las empresas registradas con anterioridad a esa fecha. Esto significa que las sociedades anónimas deben de haber cumplido con esta normativa antes del 1 de enero de 2008, como parece que así ha sido⁷⁰.

Por último, también es muy interesante el caso de Islandia. En 1914 se constituye la primera organización de mujeres trabajadoras y en 1976 surge la primera Ley de Igualdad de Género y se funda el Consejo de la Igualdad de Género⁷¹. Además en 1983 se creó la Asociación de mujeres “Alianza de Mujeres” que tiene entre sus objetivos principales la participación de la mujer en el mundo laboral para así conseguir su independencia. De modo muy intenso, se ocupó de fomentar el incremento de la representación de las mujeres en la política. De esta manera, el cuarto Presidente de la República de Islandia fue una mujer, Vigdís Finnbogadóttir, que ejerció su cargo desde 1980 hasta 1996 y se convirtió en la primera mujer en el mundo en ser elegida democráticamente como cabeza del Estado. Hay que destacar que hoy las mujeres ocupan cuatro escaños de 12 en el Gobierno, y después de las elecciones en 2006 las mujeres son el 36% de todos los miembros del Consejo⁷².



DERECHO ESPAÑOL

Las políticas públicas sobre los tiempos de la ciudad, en especial las normas gallegas

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



I. TIEMPOS DE LA CIUDAD Y POLÍTICAS DE IGUALDAD, EXPERIENCIAS COMPARADAS Y NORMATIVA ESPAÑOLA

Los tiempos de la ciudad –utilizando la expresión ciudad en el sentido muy amplio abarcador de cualquier población, sea ciudad, pueblo, villa o aldea– inciden sobremanera en la vida de las personas. No podemos trabajar cuando queremos, sino obligados dentro del horario de la empresa. No podemos desplazarnos cuando queremos, sino atendiendo a los horarios del transporte público. No podemos comprar cuando queremos, sino cuando lo marca el horario comercial. No podemos divertirnos cuando queremos, sino en el horario del centro de ocio. Y podríamos continuar con bastantes ejemplos más que nos demostrarían que, o en mayor o en menor medida, los tiempos de la ciudad inciden sobremanera en la vida de las personas.

Sin embargo, y a pesar de influir de una manera tan directa sobre nuestras propias vidas, la ciudadanía no tiene muchas posibilidades de intervención sobre la determinación de los tiempos de la ciudad. De entrada, porque falta un escenario de determinación global de los tiempos de la ciudad. Es decir, los distintos tiempos de la ciudad obedecen a fines y a dinámicas diferentes. Así, los horarios comerciales buscan alcanzar más clientela, los industriales la adecuada organización de la fábrica y los horarios de las Administraciones Públicas buscan satisfacer el bien público, lo cual puede obligar a horarios especiales –escuelas, hospitales o policía–, o admite el habitual matutino –en organismos de gestión administrativa–.

Y además porque, dentro de los procesos de determinación de cada horario particular, a la ciudadanía no se le reconoce, en la calidad de ciudadano o ciudadana, una capacidad de decisión, sino, en alguna calidad más específica, una simple influencia sobre quien decide. Por ejemplo, en cuanto personas trabajadoras o funcionarios o funcionarias, en la medida en que, a través de la oportuna reivindicación, se consiga un cambio en el horario de trabajo. En cuanto personas usuarias de un servicio público, en la medida en que, a través de los cauces oportunos, podamos solicitar una mejora de funcionamiento. O en cuanto personas consumidoras, en la medida en que, a través de nuestras opciones de consumo, se manifieste preferencia para un concreto horario.

Tal alejamiento de la ciudadanía en la determinación global y particular de los tiempos de la ciudad explica que, en no pocas ocasiones, se aprecie una ausencia de coordinación entre los horarios de la ciudad y las necesidades de la ciudadanía. Y las más perjudicadas han sido las mujeres, que, tras su emancipación civil y política y su incorporación masiva al mercado de trabajo, se han encontrado con unos tiempos de la ciudad contruidos sobre un modelo tradicional. Si a ello añadimos la ausencia de una simultánea liberación de las tareas domés-

ticas y de cuidado, comprenderemos los problemas de tiempo de las mujeres en lo cuantitativo –doble jornada– y lo cualitativo –descoordinación de horarios–.

No es extraño, en consecuencia, que las iniciativas para racionalizar los tiempos de la ciudad vengan de la mano de las leyes de igualdad entre mujeres y hombres en el contexto de las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Unas iniciativas dirigidas a crear un escenario global de determinación de los tiempos de la ciudad y a atribuir a la ciudadanía, dentro de ese escenario global, un protagonismo decisivo para erigir la conciliación en una finalidad central en la determinación de todos los tiempos de la ciudad. Además, se institucionaliza –a través de los llamados bancos de tiempo– la solidaridad informal a la que, hasta el momento, han acudido, en sus rutinas diarias, las mujeres para conciliar.

Italia ha sido un buen ejemplo. La Ley 53/2000, de 8 de marzo, declara –en su artículo 1– su finalidad de promover un equilibrio entre tiempo de trabajo, de cuidado, de formación y de relación a través

- a) de permisos para cuidado de hijos e hijas, progenitores y discapaces,
- b) de permisos para la formación y
- c) de acciones de coordinación de los tiempos de la ciudad y la promoción del uso del tiempo para fines de solidaridad social.

Tales acciones se regulan en el Capítulo VII, titulado “*tiempo de la ciudad*” –artículos 22 a 27–, donde se delimitan las competencias de las Regiones y de los Ayuntamientos, y se reglamentan los llamados planes territoriales de horarios, las mesas de concertación y los bancos del tiempo.

Hasta el momento, las políticas de conciliación en España han pivotado casi exclusivamente sobre los derechos de conciliación. De hecho, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, sólo contempla otras políticas cuando alude, en su artículo 22, a “*acciones de planificación equitativa de los tiempos*”, afirmando que, “*con la finalidad de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad*”, y que, “*sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos Planes*”.

Algunos comentarios merece la norma legal española. Parece evidente la clara inspiración en el modelo italiano, aunque, a consecuencia de la configuración territorial de España, los planes de organización del tiempo de la ciudad se quedan en la órbita de competencias de las Corporaciones Locales, y sin perjuicio de la financiación de las Comunidades Autónomas. La Administración Central del Estado se ha limitado a prometer asistencia téc-



nica para su elaboración, una postura que acaso debió ser mucho más generosa, con intervención en su financiación. De todos modos y aún con esas limitaciones, bienvenida sea una norma de apertura de las políticas de conciliación a unos territorios hasta el momento no explorados en España.

II. NORMATIVA GALLEGA

Galicia ha sido pionera en la recepción de las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad. Ya la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, establecía –en su artículo 32.2– que, *“a través del Plan Integral de Apoyo a la Familia se fomentará la adopción, por parte de los Ayuntamientos, de Planes de Programación del Tiempo de las Ciudades con la intervención de todos los sujetos interesados, públicos y privados”*. Fácilmente se atisban los elementos centrales de las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad: finalidad conciliatoria, apoyo autonómico, competencia municipal, participación ciudadana. Pero lo cierto es que el mandato, que era muy general, quedó sin desarrollo alguno.

Posteriormente, la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia, ha regulado –en su Título VI– la *“promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación”*, estableciendo con carácter general que *“las medidas adoptadas por los ayuntamientos con la finalidad de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, constituyan o no un plan local de conciliación, serán promovidas por el departamento de la Administración Autonómica competente en materia de trabajo, en coordinación con el departamento de la Administración Autonómica competente en materia de igualdad”* –artículo 42, apartado 1, párrafo I–.

El desarrollo reglamentario previsto legalmente –artículo 42, apartado 2– lo ha acometido el Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, sobre establecimiento de la promoción autonómica de medidas municipales de conciliación y determinación de los requisitos para su validación y funcionamiento. Se trata de una norma que no depende de ninguna otra para su efectiva aplicación, de modo que, en el plazo de 20 días desde la publicación en el DOGa, los Ayuntamientos, individualmente o asociados, podrán solicitar la validación de cualquier medida municipal de conciliación a los efectos de su promoción autonómica. Aunque las cuantías de las subvenciones y de las ayudas aún no han sido concretadas.

Más concretamente, la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia, regula, de un lado, *“los bancos municipales de tiempo”* –como se titula el Capítulo I de su Título VI–, y, de otro lado, *“los planes de programación del tiempo de la ciudad”* –es el Capítulo II–. Y el Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, enumera dentro del elenco de medidas municipales de conciliación suscepi-

bles de promoción autonómica a los planes locales de conciliación, y amplía, a través de una cláusula de *numerus apertus*, la posibilidad de promocionar otras medidas municipales de conciliación no expresamente contempladas en la Ley o en el Decreto –véase su artículo 3–.

A

Los bancos municipales de tiempo

El Capítulo I del Título VI de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, acomete la regulación de los bancos municipales de tiempo, que *“facilitarán a las personas empadronadas en el correspondiente municipio la conciliación de su vida personal, familiar y laboral mediante la realización de labores domésticas concretas, en especial aquéllas que exijan desplazamientos, como la realización de la compra diaria o de gestiones de índole administrativa, y de labores de cuidado o mera compañía de menores de edad y de personas dependientes”*. Gestionará *“el Ayuntamiento ... una base de datos de personas demandantes de las referidas labores, donde se reflejarán los datos personales y las necesidades de tiempo”* –artículo 43–.

Tales labores domésticas se atenderán por redes comunitarias de apoyo a la conciliación –de acuerdo con artículo 44–, o, excepcionalmente, por personal municipal o contratado al efecto –de acuerdo con artículo 45–.

A

Las redes comunitarias de apoyo a la conciliación, que serán gestionadas por los Ayuntamientos, consisten en una base de datos en que, de manera voluntaria, se inscribirán las personas que, en el término municipal u otro término vecino, tengan una disponibilidad para realizar alguna de las labores comunitarias, reflejando los datos personales de la persona voluntaria, su cualificación y/o experiencia y su disponibilidad horaria. En ningún caso las labores prestadas a través de las redes comunitarias de apoyo a la conciliación podrán constituir el objeto propio de un contrato de trabajo, ni las redes comunitarias de apoyo a la conciliación podrán sustituir nunca el trabajo retribuido. Las personas voluntarias tendrán los derechos y deberes previstos en la normativa de aplicación sobre voluntariado social, establecidos en la legislación vigente.

A partir de los datos de la base de datos de personas voluntarias y de los datos de la base de datos de personas demandantes de labores comunitarias, el banco de tiempo ofertará a aquéllas las labores demandadas para las cuales se hayan ofrecido y estén capacitadas, poniéndolas en contacto con éstas para alcanzar la recíproca aceptación.

Como las personas que se inscriban como demandantes de labores comunitarias podrán, a su vez, inscribirse como voluntarias, en ese caso se procurará conectar a las personas que tengan disponibilidades y necesidades de tiempo que sean complementarias, con la finalidad de po-



nerlas en contacto y de favorecer el intercambio mutuo de los tiempos.

B

La prestación de labores por personal municipal o contratado al efecto por los Ayuntamientos, se configura “*sin perjuicio de las competencias de los servicios sociales*”, y de manera “*excepcional*” cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias de hecho:

- 1^a Distanciamiento a centros de población o ausencia de personas voluntarias que imposibiliten acudir a las redes comunitarias de apoyo a la conciliación cuando se trate de la prestación de cuidados a una persona dependiente cuyos ingresos sean inferiores al doble de la cuantía del indicador público de renta de efectos múltiples –esto es, el IPREM–.
- 2^a Descanso de dos días al mes a favor de las personas que, por razones diversas, hayan asumido el cuidado de personas dependientes, añadiéndose que se garantizará el derecho de la persona cuidadora –para evitar que por ésta se eluda el disfrute– a elegir libremente a la persona o personas sustitutas de su confianza, entre la plantilla municipal que resulte de la planificación de la cobertura para la prestación de dichos servicios.

La regulación concluye con una serie de previsiones generales, a desarrollar por reglamento y que exceden nuestro interés, en orden a las “*medidas de apoyo a los bancos municipales de tiempo*”, se supone que a los que se hayan constituido conforme las normas expuestas –artículo 46–. Su desarrollo lo encontramos en el Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, donde se especifican las posibles ayudas, que abarcarán subvenciones para contratación de personal gestor, adquisición y man-

tenimiento de los activos mobiliarios, coordinación y cooperación, y contratación de personal para facilitar el descanso de dos días al mes a las personas con dependientes bajo su cuidado –según el artículo 6.1.a) y b)–.

B

La programación del tiempo de la ciudad

El Capítulo II del Título VI de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, acomete la regulación de los planes de programación del tiempo de la ciudad, que “*pretenden una coordinación de los horarios de la ciudad con las exigencias personales, familiares y laborales de la ciudadanía, obligando a una permanente revisión y adaptación de tales horarios*”, entendiéndose “*(por) horarios de la ciudad los... de apertura y cierre de oficinas públicas, comercios y servicios públicos o privados con atención al público, incluyendo actividades culturales, bibliotecas, espectáculos y transportes*”. Respecto a su ámbito, “*los planes de programación del tiempo de la ciudad podrán ser elaborados por un municipio o por varios municipios coordinados para ello, o a través de los órganos de un área metropolitana, una mancomunidad de municipios o un consorcio local constituidos exclusivamente por los municipios implicados*” –artículo 47–.

Funcionan dichos planes de programación a través de una mesa de concertación –artículo 48– y de una persona responsable –artículo 49–.

A

La mesa de concertación, que será convocada por la persona responsable, es un órgano de participación ciudadana, al cual se convocarán a cuantos sujetos públicos o privados entienda conveniente la persona responsable conforme a criterios de funcionamiento eficaz, y, cuando menos, a los sujetos siguientes:

- Cada una de las administraciones públicas implantadas dentro del ámbito territorial del plan o en otros municipios limítrofes o vecinos.
- Las asociaciones de mujeres y las asociaciones de personas consumidoras y usuarias con implantación dentro del ámbito territorial del plan.
- Los sindicatos más representativos a nivel autonómico.
- Las asociaciones empresariales representativas a nivel autonómico y las asociaciones empresariales con implantación dentro del ámbito territorial del plan.
- Las asociaciones de profesionales de la agricultura, el artesanado o el comercio con implantación dentro del ámbito territorial del plan.
- Las asociaciones de madres y padres de alumnado de los centros educativos del municipio o municipios implicados.
- Las asociaciones vecinales del municipio o municipios implicados.





Podrán concurrir hasta dos personas representantes de cada uno de los sujetos convocados, y, si concurriera con dos personas representantes, una habrá de ser hombre y otra habrá de ser mujer, excepto en el supuesto de asociaciones de mujeres –se supone serán dos mujeres–.

Desempeñada por la persona responsable del plan, la presidencia de la mesa de concertación establecerá al inicio de cada reunión las normas de funcionamiento. Podrá ser asistida por una persona en calidad de secretario o secretaria, a la que se designará libremente y que se encargará de levantar acta de todas las reuniones. Se realizarán las reuniones convenientes, estableciéndose, en su caso, calendarios de reuniones, y reuniones para temas concretos y/o con determinados sujetos. Podrán las y los sujetos presentes asumir compromisos sobre horarios de la ciudad y asimismo hacer propuestas sobre horarios de la ciudad, que se reflejarán en el acta.

B

En un plan de programación del tiempo de la ciudad el Ayuntamiento o los Ayuntamientos designarán a una persona responsable del plan, que podrá ser concejala o concejal de algún municipio implicado, con el compromiso de todos los Municipios implicados de facilitar la función de la persona responsable del plan. La persona responsable del plan:

- 1) acordará cuantos trámites entienda convenientes para conocer las necesidades de horarios de la ciudadanía, incluidas encuestas públicas, trámites de audiencia pública, recepción de sugerencias ciudadanas y reuniones formales o informales con cuantas y cuantos sujetos entienda conveniente;
- 2) convocará, cuantas veces entienda conveniente y, en todo caso, una vez al año y antes de julio, la Mesa de Concertación del Plan de Programación del Tiempo de la Ciudad, la cual presidirá;
- 3) vigilará el cumplimiento de los compromisos sobre horarios de la ciudad asumidos por las y los sujetos implicados y gestionará ante cualquier sujeto público o privado la efectividad de las propuestas sobre horarios de la ciudad que, dentro de los límites legales, entienda que son convenientes; y
- 4) dará cuenta anualmente de sus gestiones ante el Pleno del Ayuntamiento, o, en su caso, ante el Pleno de cada uno de los Ayuntamientos implicados.

También se regula la “*posibilidad de ampliación del ámbito territorial del plan de programación del tiempo de la ciudad*”, estableciéndose que “*el Municipio o Municipios implicados siempre podrán acordar incluir a otro u otros Municipios limítrofes en el plan, y, si así lo hicieran, habrá de elegirse de común acuerdo a la persona responsable del plan y convocar la mesa de concertación con los sujetos que,*

por la inclusión, hayan de ser convocados” –según el artículo 50–.

La regulación concluye con una serie de previsiones generales, a desarrollar por reglamento y que exceden nuestro interés, en orden a las “*medidas de apoyo a los planes de programación del tiempo de la ciudad*”, se supone que a los que sigan las normas expuestas –artículo 51–. Su desarrollo lo encontramos en el Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, donde se especifican las posibles ayudas en forma de subvenciones para cubrir costes sociales del personal propio, compensación de la persona responsable del plan, gastos de convocatoria de la mesa de concertación y fondo de maniobra para ayudas directas a sujetos privados que asuman compromisos sobre horarios de la ciudad –artículo 6.1.c)–.

C

Los planes locales de conciliación

La Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de Trabajo e Igualdad de las Mujeres de Galicia, aunque no configura la existencia de un plan local de conciliación como una exigencia de carácter inexcusable para acceder a las medidas de promoción autonómica, contempla la posibilidad de planes locales de conciliación –artículo 42, apartado 1, párrafo I–. Y, siguiendo un criterio lógico de colaboración interadministrativa, se añade que “*los planes locales de conciliación se ejecutarán buscando la colaboración entre las entidades locales y autonómica, en los términos convenientes, atendiendo a las particularidades de cada municipio, habilitando las subvenciones y transferencias correspondientes*” –artículo 42, apartado 3–.

El Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, nos aclara que “*los planes de conciliación son el conjunto coordinado de medidas adoptadas por un Ayuntamiento con la finalidad de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, y deberán incluir la constitución de un banco municipal de tiempo y encontrarse vigente en el Ayuntamiento un plan de programación del tiempo de la ciudad, sea municipal o supramunicipal*” –artículo 3.4–. Por lo tanto, el plan local de conciliación, con un contenido reglamentario mínimo y un eventual contenido a mayores, supone un compromiso mayor que la adopción de medidas aisladas de conciliación, para el Ayuntamiento.

Dentro de estas coordenadas, se entiende que las cuantías que se establezcan para subvencionar bancos de tiempo, planes de programación del tiempo de la ciudad u otras medidas de conciliación, se incrementen cuando se implanten dentro de un plan local de conciliación –artículo 6.2–. No se trata, en consecuencia, de que, si se implanta un plan local de conciliación, simplemente se sumen las subvenciones que corresponderían a los bancos de tiempo, los planes de programación del tiempo de la ciudad u otras medidas de conciliación que se contengan dentro del plan local de conciliación, sino de incrementar las cuan-



tías subvencionadas, lo cual llevaría virtualmente a la cobertura completa de la totalidad de los gastos.

D

El asesoramiento autonómico a las entidades municipales

Sabedor el legislador gallego de lo difícil de implantar instituciones novedosas, constituye un organismo de asesoramiento consistente en “una comisión de personas expertas, entre otras materias que se consideren convenientes, en sociología, economía, derecho, igualdad de oportunidades y comunicación social” –artículo 42, apartado 1, párrafo II, de la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia–. El Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, desarrolla esa comisión –artículos 20 a 23–, que se configura, no como un órgano colegiado, sino “como una lista de personas expertas de reconocido prestigio” que deberán prestar un asesoramiento independiente.

Tal asesoramiento se prestará a la Consellería de Trabajo y será preceptivo, aunque no vinculante, cuando se trate de evaluar la constitución o mejora de un banco municipal de tiempo, la elaboración de un plan de programación del tiempo de la ciudad, o la implantación de un plan local de conciliación. En los demás casos, es facultativo. Resulta algo muy destacable la posibilidad de encomendarles “la elaboración de un modelo de plan local de conciliación, que pueda servir a los Ayuntamientos para resolver dificultades técnicas en el momento de solicitar subvenciones y ayudas... y fomentar la implantación y la mejora de contenidos, y la mayor uniformidad de los que estuvieran implantados” –véase el artículo 23–.

El Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, establece como otro aspecto de la promoción autonómica de medidas municipales de conciliación “el asesoramiento autonómico para la elaboración y para la aplicación de medidas municipales de conciliación” –artículo 2.b)–, que se prestará a los Ayuntamientos que pretendan implantar o que tengan implantadas medidas municipales de conciliación de vida personal, familiar y laboral de personas trabajadoras, en los siguientes términos –artículo 16–:

- a) Asesoramiento total, en el sentido de comprender cualquier implicación en cualquier campo de conocimiento, derivada de la elaboración o de la aplicación de medidas municipales de conciliación.
- b) Asesoramiento permanente, en el sentido de que comprenderá tanto la fase de elaboración como la fase de aplicación, e incluso asesoramientos posteriores a la vigencia de la medida, si derivasen de su implantación.
- c) Asesoramiento gratuito, en el sentido de no generar coste alguno al Ayuntamiento o Entidad Local que haya solicitado el asesoramiento, y siempre que el asesoramiento no se denegase por resultar improcedente.

- d) Asesoramiento urgente, en el sentido de que se emitirá en el plazo más breve posible atendiendo a la magnitud del asesoramiento y al número de asesoramientos pendientes y, en todo caso, en un mes desde la solicitud.
- e) Asesoramiento motivado, en el sentido de ofrecer respuesta razonada del asesoramiento solicitado, ajustándose al sentido de asesoramientos precedentes, salvo justo motivo para separarse del criterio.

Resulta algo muy destacable, tanto para su uso administrativo como para el acceso de personas interesadas, la exigencia de compilación de los asesoramientos prestados, y su publicación vía página web –artículo 19–.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES GENERALES

Si se me permite comenzar estas breves conclusiones generales citando el Preámbulo del Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, podemos afirmar que “la obligación de los Poderes Públicos es reorganizar socialmente, de forma más justa, la compatibilidad entre trabajos de producción y de reproducción, tarea que debe ser asumida paritariamente en el ámbito de la familia y de la sociedad, y facilitada por las instituciones políticas y públicas”. Y el legislador gallego ha asumido esa obligación a través de la creación de unas nuevas instituciones que amplían los territorios donde hasta ahora se movían las políticas de conciliación, prácticamente limitadas a derechos laborales y funcionariales.

A la vista de la misma existencia del Decreto 182/2008, de 31 de julio, DOGa de 29.8.2008, que ha desarrollado reglamentariamente lo establecido en cuanto a las medidas sobre tiempos de la ciudad en la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia, y aún reconociendo la falta de concreción de las subvenciones y de las ayudas –que se acometerá a través de una convocatoria pública–, también podemos afirmar que, en un periodo de tiempo relativamente breve, estaremos en condiciones de verificar si la bienintencionada política autonómica de promoción de medidas locales de conciliación ofrece unos efectivos resultados a favor de la ciudadanía, y, en especial, de las mujeres.

Y que así fuese –y, a nuestro juicio, debiera serlo si los Ayuntamientos asumen sus competencias de una manera responsable– no sólo sería bueno para Galicia, sino que, probablemente, serviría como un incentivo adicional para la adopción de medidas semejantes en otras Comunidades Autónomas. Por su lado, la Administración Central del Estado se ha comprometido –aunque, por el momento, muy limitadamente– a apoyar las medidas de tiempos de la ciudad adoptadas por los Ayuntamientos. En conclusión, los Poderes Públicos se encuentran llamados a ejercitar sus competencias de una manera responsable en orden a coordinar los horarios de la ciudad con las necesidades de la ciudadanía.

La democracia representativa paritaria.

ALGUNAS
CUESTIONES
EN TORNO A
LA LO 3/2007,
DE 22 DE MARZO

PARA
LA IGUALDAD
EFECTIVA
DE MUJERES
Y HOMBRES

POR DRA. MARÍA MACÍAS JARA.
Profesora de Derecho Constitucional ICADE.



1. DEL CONTRATO SOCIAL A LA DEMOCRACIA PARITARIA

En la elaboración inicial de la idea de representación, la igualdad que se reivindicó para tomar decisiones que afectaban a la nación fue la igualdad de castas o de clases y no así, como es sabido, la igualdad entre hombres y mujeres. La lucha de las mujeres por los derechos políticos se remonta, fundamentalmente, al momento en el que fueron apartadas del pacto de creación del Estado o la sociedad por el que la comunidad ejerce la soberanía a través de la voluntad general y del interés común¹. Excluidas del contrato social, se negó a las mujeres no sólo el reconocimiento de derechos sino, sobre todo, su disfrute lo que significó la eliminación de su participación en todos los ámbitos públicos tradicionalmente atribuidos al género masculino. Entre ellos, el político.

De este modo, no resulta baladí la defensa de una reconstrucción teórica de la idea de representación y de un nuevo pacto social que cuente con las mujeres. La inclusión de ambos géneros vendría a significar un pacto distinto, uno nuevo. No obstante, poner de manifiesto la evidencia de la diferencia entre el género masculino y el femenino y, en consecuencia, la dualidad de la Humanidad no habría de implicar, en ningún caso, la renuncia a la igualdad. Tampoco sería incompatible con la idea de que, en la representación de la nación, el pueblo se muestra como un todo indivisible en el que todos y todas representan a todos y a todas. Sin embargo, hasta los últimos tiempos, y en contra de lo que disponían el artículo tres de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y también la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de Olimpia De Gouges de 1791², la representación del pueblo se ha materializado en un solo género selectivo de personas: los hombres, excluyendo a la otra mitad de la Humanidad y dividiendo, así, la soberanía en dos. De esta forma, la esencia del pueblo soberano se ha mostrado, principalmente, masculina³. Pero no hay razón para que los representantes del pueblo no sean, también, mujeres. Sería preciso, entonces, que las mujeres estuvieran

presentes en puestos de representación política y de toma de decisiones y, en general, en cualquier centro de poder.

Así, en oposición a la idea de una democracia deficitaria que excluye a las mujeres de la participación en la toma de decisiones surgió el término democracia representativa paritaria. Se acuñó a partir de la Conferencia “*Mujeres al poder*” celebrada en Atenas en 1992 en la que se elaboró la Declaración de Atenas. En aquel documento se proclamó la necesidad de la total integración, en pie de igualdad, de las mujeres en las sociedades democráticas, utilizando, para ello, las estrategias multidisciplinares que sean necesarias. Asimismo, se pretendió una paridad real en los órganos de decisión política y económica entre hombres y mujeres, sobre la base de que lo contrario supondría la exclusión, de hecho, de los órganos de representación de más del 50% de la sociedad. Estas ideas se consolidaron en la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín de 1995 con ocasión de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer⁴. Este nuevo paradigma que emergió para definir aquella democracia que incluye la representación suficiente de hombres y de mujeres en el poder y en la toma de decisiones políticas se ha denominado “*Democracia paritaria*”⁵.

La Democracia paritaria es, pues, un principio básico, un postulado que ha de inspirar y fundamentar la actuación de los poderes públicos y, en general, todo el entramado jurídico y político para la consecución de la igualdad de género. Por ello, también constituye una garantía para la salvaguarda de la igualdad en la realización de los derechos sociales y políticos de las mujeres –y de los hombres– incluyendo el derecho al sufragio pasivo. De este modo, ninguno de los géneros debería monopolizar la representación política provocando que el género infrarrepresentado se quede sin masa crítica o representación cuantitativa suficiente para hacer valer sus opiniones.

Así, pues, la democracia paritaria es democracia representativa y la democracia representativa ha de ser paritaria. Por lo tanto, hablar en términos de Democracia paritaria no significa más que enten-

1 Parece ser que las mujeres no se organizaron para propiciar cambios y realizar reivindicaciones en su beneficio hasta el siglo XVIII. No obstante, un resumen sobre la posición de la mujer en la sociedad antigua y en el cristianismo puede consultarse en VENTURA FRANCH, A., *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978, Instituto de la Mujer*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie Estudios, núm. 60, Madrid, 1999, pp. 31 y ss. PATERMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, pp. 70-71, del original *The Sexual Contract*, California, Stanford University Press, 1988, a propósito de la obra de HOBBS, T., *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

2 BLANCO CORUJO, O., *Olimpia de Gouges (1748-1793)*, Ediciones del Orto, Biblioteca de Mujeres/Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), Madrid, 2000.

3 En este sentido, véase, entre otras, MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, Madrid, 2000, pp. 136-141. Recuérdese, en general, sobre esta cuestión, AGACINSKI, S., *Política de sexos*, Taurus, Madrid, 1998.

4 Declaración de Pekín y la Plataforma para la Acción, recogidos en el Informe de la Resolución adoptada en la Conferencia de 17 de octubre de 1995. Documento A/CONF. 177/20 de 17 de octubre de 1995.

5 Véase, entre otros muchos, SAAVEDRA RUIZ, P., (dir.) *Vers une démocratie paritaire. Analyse et révision des lois électorales en vigueur*, CELEM, Palermo, 1999 y, de más reciente publicación, COBO BEDIA, R., “Sexo, democracia y poder político”, en MORENO SECO, M. y RAMOS FEIJOO, C., (coords.) *Mujer y participación política, Feminismo/s, Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 3, junio de 2004, pp. 19 y ss.



der que, en democracia, las mujeres y los hombres han de formar parte de las élites políticas para que la defensa de sus intereses y de sus derechos no quede en manos ajenas⁶.

En ocasiones, se ha argumentado que el hecho de que las mujeres participen en la política aporta otros valores a las decisiones. Es posible. También lo es que hombres y mujeres hayan desarrollado habilidades o competencias propias de la asignación histórica de roles y estereotipos que, profundamente arraigados, han pretendido utilizar la diferencia natural entre ambos para justificar una desigualdad injustificable. Por consiguiente, me parece más interesante mantener la premisa de que los valores lo son de las personas, y no tanto de su género. Al respecto, Valcárcel apuntó que “ningún valor que no pueda serlo de cualquier ser humano es un valor”⁷. En definitiva, puede que esta discusión tenga relevancia antropológica o social pero, desde la perspectiva jurídica, poco importa qué valor aporte quién. Lo relevante es que se deje que ellas los proyecten, fueran cuales fueren. Sean comunes o no con los de los hombres son, al fin y al cabo, valores humanos⁸.

En cualquier caso, incluso en el caso de que las mujeres aportaran diferentes cualidades a la política, tampoco se sabrá hasta que no puedan tomar plenas decisiones para con la sociedad⁹. De cualquier forma, sólo una razón jurídica ha de importar a este efecto. Las mujeres son parte de la democracia representativa por un derecho fundamental individual y propio: a la igualdad, en materia de representación política e, inseparable de la anterior, por una razón humana: por ser.

Finalmente, para obtener la plena igualdad entre hombres y mujeres en materia de representación política, los objetivos a perseguir han de basarse en conceptos no sólo numéricos, sino, especialmente, cualitativos, estructurales, que establezcan un nuevo reparto de responsabilidades y de espacios para la adopción compartida de las decisiones tomadas en representación del conjunto de la sociedad¹⁰. En aras de lograr este equilibrio puede ser necesaria la adopción de las denominadas medidas de acción positiva que, con el fin de perseguir la igualdad efectiva, establezcan la posibilidad de que hombres y mujeres compartan la toma de decisiones políticas. Así, pues, no ha de extraerse de estas medidas un carácter excluyente hacia el género masculino, sino, por el contrario, una vía integradora que abogue por la inclusión de ambos géneros en la participación política, bien en órganos de representación, bien en centros de poder, con el fin de que el principio constitucional y el derecho fundamental a la igualdad juegue un papel real.

2. LA RESERVA ELECTORAL COMO MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA

El origen de la acción positiva tuvo lugar en el Derecho Norteamericano con el fin de acabar con la segregación racial y dotar de un nuevo contenido a la *Equal Protection Clause*¹¹. En este marco comenzó a fraguarse la lucha contra la discriminación en el seno de los derechos civiles, dando lugar a lo que se conoce como *Anti-discrimination Law*¹².

Así, en la década de los 80 del pasado siglo, el concepto de acción positiva se

6

ASTELARRA, J., *Las mujeres podemos: otra visión política*, Icaria, Barcelona, 1986, p. 65. SOLSONA i PIÑOL, C., “Paridad democrática”, en SAAVEDRA RUIZ, P. (Intro), *La democracia paritaria en la construcción europea*, CELEM, 2000, p. 134. Puede consultarse en www.celem.org

7

VALCÁRCCEL, A., *La política de las mujeres*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, p. 79. En un sentido similar, y a modo de ejemplo, STUART MILL escribió que “es fácil conocer a una mujer estúpida; la estupidez es igual para todos”. STUART MILL, J., *La esclavitud femenina*, ob. cit., p. 385. En cualquier caso, para una visión sobre las teorías relativas a la contribución de las mujeres en la vida pública, NORRIS, P., “Las mujeres políticas: ¿un nuevo estilo de liderazgo?”, en URIARTE, E., y ELIZONDO, A., *Mujeres en política*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 77 y ss.

8

VALCÁRCCEL, A., *La política de las mujeres*, ob. cit., p. 79. La autora señala que “las mujeres no compartimos una esencia. Podemos llegar a tener enormes divergencias sociales e individuales. De hecho, las tenemos pero sí compartimos una posición genérica que no nos favorece –la de ser mujer– y, en consecuencia, compartimos la voluntad de abolir sus aspectos degradantes”.

9

Es de imprescindible cita lo que afirmó con mente preclara J. STUART MILL “(...) Este estado de cosas se modificará día en día, pero persistirá en gran parte mientras nuestras instituciones no autorizan a la mujer a desarrollar su originalidad tan libremente como el hombre. Cuando este tiempo llegue, pero antes no, nos entenderemos, y, lo que es más, veremos cuánto hay que aprender para conocer la naturaleza femenina y saber de qué es capaz y para qué sirve. (...) No hay medio de averiguar lo que un individuo es capaz de hacer sino dejándole que pruebe y el individuo no puede ser remplazado por otro individuo en lo que toca a resolver sobre la propia vida, el propio destino y la felicidad propia. (...)”. STUART MILL, J., *La esclavitud femenina*, ob. cit., pp. 387-388.

10

Véase el reciente trabajo de RUIZ RODRÍGUEZ, B., y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”, *REDC*, núm. 81, septiembre-diciembre, 2007, pp. 142 y ss.

11

TUSSMAN, J. y TENBROECK, J. “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, núm. 3, September, 1949, vol. XXXVII, pp. 341 y ss. PETERS, A., *Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for women under American, German; EC and International Law*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 43 y ss. Entre nosotros, MARTÍN VIDA, M.A., “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, Mayo-Agosto, 2003, pp. 151-152.

12

REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 57; SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 35.



13

Este tipo de prácticas han recibido doctrinalmente el calificativo de medidas de ‘discriminación positiva’ o ‘discriminación inversa’. No obstante, el uso de estas expresiones puede resultar poco afortunado. BARRERÉ UNZUETA explica que si, en el contexto en el que se sitúan las medidas de acción positiva, se habla de discriminación como un concepto que, lejos de ser neutro, conlleva connotaciones peyorativas o, como mínimo, negativas, parece que la fórmula ‘discriminación positiva’ se presenta como una contradicción en el propio término. BARRERÉ UNZUETA, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, ob. cit., p. 86. La autora establece que la discriminación positiva se presenta como una *contradictio in terminis* en el contexto en el que es usada. Recientemente, la autora se mantiene en esta, creo que acertada, postura y afirma que la expresión discriminación inversa o discriminación positiva, “no forma parte del discurso originario sobre la acción positiva”. BARRERÉ UNZUETA, M.A., “La acción positiva: análisis del concepto y propuesta de revisión”. Ponencia presentada a las *Jornadas de políticas locales para la igualdad entre hombres y mujeres*, Palacio de Congresos Europa, Victoria-Gasteiz, 2002, p. 161.

14

RUIZ MIGUEL, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *DOXA* núm. 19, Alicante, 1996, p. 135.

15

BALLESTRERO, M.V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, *DOXA*, núm. 19, Alicante, 1996, p. 100. Para autores como REY MARTÍNEZ, un sistema de cuotas en favor de las mujeres, supondría igualar en el resultado (al 50%) y, por lo tanto, eliminar el mérito y el esfuerzo personal produciéndose un perjuicio correlativo al beneficio de la persona favorecida por la medida. REY MARTÍNEZ, F., “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *La Ley*, Año XXI, núm. 4.984, 2000, pp. 4-5. Además, también utiliza, como argumento accesorio, que las mujeres no están en minoría numérica y, por lo tanto, no necesitan una protección especial.

16

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, V Premio Cátedra Leonor de Guzmán. Diputación de Córdoba, Delegación de la mujer. Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 16. Y profundiza sobre obstáculos de diversa índole que la mujer encuentra para inmiscuirse en la vida política, en las pp. 23-40. Sobre esto último, en general, la obra colectiva dirigida por URIARTE E., y ELIZONDO A., *Mujeres en política*, Ariel, Barcelona, 1997.

17

AGACINSKI, S., *Política de sexos*, ob. cit., p. 82 y ss. La autora considera, creo que acertadamente, que “el tema de la división sexual de las tareas en la vida privada no está resuelto. Y la sociedad deberá encontrar los medios de reemplazar las mujeres y la estructura doméstica para cuidar y educar a los hijos. (...) es esencial que desaparezca la economía familiar en la que la mujer es una criada por naturaleza (...). Ello supone transformar la oposición entre lo interior y lo exterior, es decir, cambiar las formas de trabajar en general, tanto dentro como fuera, especialmente disminuyendo el tiempo de trabajo tanto para los hombres como para las mujeres”.

trasladó a Europa conceptuándose, en sentido amplio, como todo hacer reflejado en una medida o conjunto de medidas consistentes en una norma jurídica, decisión judicial, política pública o práctica privada, destinadas a acelerar la consecución de la igualdad real, evitando y eliminando obstáculos en cualquier tramo del recorrido así como favoreciendo, de manera efectiva, la absoluta participación e inclusión, en este caso, de hombres y de mujeres en cualquier aspecto de la vida pública o privada.

Sin embargo, no todas las medidas adoptadas para la consecución de la igualdad han conseguido una aceptación doctrinal pacífica. La controversia ha girado, principalmente, en torno a aquel contenido de acción positiva consistente en otorgar un trato preferente o en reservar un porcentaje a fin de elevar la representación o masa crítica de las mujeres en un sector o ámbito determinado. Es el caso de la cuota o reserva en las listas electorales¹³.

Estas medidas de acción positiva han de cumplir con el objetivo de aumentar la representación del colectivo femenino infravalorado y/o infrarrepresentado, al tiempo que eliminar un posible retroceso perpetuando las oportunidades y permitiendo la opción a resultados en términos de paridad.

En este sentido, la promoción de la igualdad de oportunidades que persigue la cuota como medida de acción positiva ha de implicar su consecución real y efectiva, es decir, la igualdad de resultado. En sentido contrario, como bien ha señalado Alfonso Ruiz Miguel, ¿de qué nos sirve la primera sin la segunda¹⁴? Es decir, ¿de qué sirve propugnar la igualdad de oportunidades sin poder emprender medidas que garanticen la efectividad de esa igualdad, eliminando las desigualdades de hecho de las que es objeto, en este estudio, el género femenino?

De este modo, siguiendo a Ballestrero, la igualdad de oportunidades perseguida por una acción positiva como la reserva electoral significa también la posibilidad, para los miembros del género femenino, de “competir con armas parejas” en las mismas condiciones que el género masculino obteniendo la posibi-

lidad efectiva de que pueda producirse un resultado igual. No obstante, los porcentajes o cuotas que se barajan no son en sí mismos resultados. Aunque hombres y mujeres estuviesen representados en la óptima proporción del 50% en todos los aspectos de la vida social, profesional y personal, tal porcentaje no ha de entenderse como un resultado, sino como un punto de partida, un mínimo para que, hombres y mujeres puedan compartir las responsabilidades en todos los ámbitos modificar las estructuras sociales de la desigualdad heredadas del Estado liberal. Alcanzar ese punto no implica tanto el final de la lucha por la igualdad efectiva como el principio de un camino equilibrado hacia la idea de paridad y el consenso hacia un nuevo pacto social¹⁵. La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha de estar presente en cualquier fase del recorrido y no sólo en la inicial. Resultaría, pues, poco convincente que la igualdad sólo pueda ser promovida, pero no realizada por lo que el objetivo de estas prácticas o medidas no sólo reside en remover los obstáculos, sino también en corregir, en la práctica, las desigualdades sociales existentes con el fin de que hombres y mujeres tengan la posibilidad de alcanzar un mismo resultado. Sólo entonces comenzará realmente, a mi entender, la carrera hacia la corresponsabilidad, el equilibrio cualitativo y, en definitiva, la paridad.

En el caso de la cuota o reserva electoral, el criterio legitimador relevante que justifica esta medida de acción positiva en el ámbito político es la infrarrepresentación sistemática de las mujeres en los lugares de decisión en contra de la legitimidad del sistema de representación democrática.

Es sabido que lo que ha mantenido y aún mantiene a la mujer alejada de la toma de decisiones públicas es la concepción patriarcal heredada, fundamentalmente, de la sociedad liberal que reservó para la mujer el ámbito de lo privado excluyéndola de lo público¹⁶. Ello hizo que, aún en nuestros días, la visión masculina sobre la división del trabajo suponga un coste personal muy elevado para las mujeres¹⁷. Pese a haberse reconocido el derecho al voto para las mu-



jes en las primeras décadas del siglo XX, no siempre han podido utilizarlo para equilibrar la presencia de hombres y mujeres en la representación política¹⁸. Sin embargo, se parte de la idea de que todos y todas han de estar en las decisiones que les conciernen. Por ello, incluso iniciado el siglo XXI, la imposición de cuotas electorales ideadas con el fin legítimo de permitir el ejercicio del derecho a la igualdad de las mujeres no ha de verse limitada por meros argumentos de carácter político, sociológico, antropológico o de cualquier otra índole que empañen tal fin¹⁹. Es un hecho que la participación de las mujeres en política ha evolucionado notablemente en los últimos diez años²⁰.

No obstante, es primordial mantener y acelerar la evolución y, especialmente, no sufrir retrocesos en el aumento de la presencia de las mujeres en los lugares en los que se adoptan decisiones políticas que reviertan al conjunto de la sociedad. En esta línea, parece esencial que las mujeres estén visualizadas en cualquier puesto o cargo político porque participar en el centro de la toma de decisiones para con la sociedad ayudará a cambiar la sociedad misma. Por esto, un instrumento necesario para construir la senda hacia la igualdad y cuestionar el viejo pacto reivindicando un lugar pleno en la sociedad, en tanto ciudadanas, para las mujeres (y para los hombres), puede ser la cuota o reserva electoral. Entendida ésta como la reserva de un porcentaje para las mujeres o, en sentido neutro, el género subrepresentado, en las candidaturas electorales. Generalmente, se ha optado por porcentajes entre el 25%, en las formaciones políticas o en las disposiciones normativas más pioneras, y el 40% e incluso el 50% en las más modernas y comprometidas. Tales porcentajes se suelen establecer en términos proporcionales al número de mujeres y hombres que opten a la candidatura e, inicialmente, de entre las personas afiliadas a la formación política²¹. Asimismo, es importante que, en términos de Democracia paritaria, la cuota cuantitativamente expresada incluya un punto de vista cualitativo, de modo que lo que se pretende es que ninguno de los géneros permanezca infrarrepresentado,

imposibilitando la capacidad real para, en representación de su cargo y del pueblo soberano, modificar estructuras sociales, económicas, culturales, jurídicas o políticas.

Para ello, también es preciso obtener de los partidos políticos un compromiso de paridad y, asimismo, han resultado convenientes cambios normativos para garantizar la participación de la mujer en la política como ha supuesto la reciente Ley sobre igualdad²².

De este modo, se han ido incluyendo sistemas de cuotas en el fuero interno de los partidos políticos, generalmente, en los de ideología más progresista. No obstante, aunque la implantación de esta medida ha ido surtiendo efectos positivos en la presencia de mujeres en instituciones políticas, no ha podido reconocerse, hasta el momento, el mismo avance en representación efectiva y tampoco en los órganos de dirección y de toma de decisiones²³.

3. LA RESERVA ELECTORAL VÍA LEGISLATIVA

La medida de acción positiva más efectiva para favorecer la representación equilibrada de mujeres y de hombres como corrector necesario para aumentar, siguiendo una expresión de Freixes Sanjuán, la “calidad”²⁴ de la toma de decisiones, es la vía de la reserva electoral legislativa. Ello implica reservar un porcentaje al género infrarrepresentado bajo un soporte normativo para obtener una masa crítica o representación suficiente de ambos géneros que asegure la paridad y, en definitiva, la calidad en la toma de decisiones.

No obstante, esta opción para la consecución de la igualdad de género en materia política no ha estado exenta de continuas y diversas polémicas. Existen muchos argumentos de variada naturaleza en contra de la denominada “cuota” vía legislativa²⁵.

Así, cabe señalar, a modo de ejemplo, el presunto conflicto entre la reserva electoral y los conceptos de representación y soberanía. Al respecto, considero relevante apuntar que el reconocimiento de la dualidad del ser

18 AGUILAR RIVERO, R., “Participación política y copartición del poder”, *cit.*, p. 70.

19 En general, SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, *ob. cit.*, pp. 77 y ss.

20 Pueden verse las cifras en www.mtas.es.

21 El profesor SALAZAR BENÍTEZ, considera oportuno establecer una relación proporcional entre la reserva porcentual y el porcentaje de mujeres afiliadas a los partidos políticos. SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, *ob. cit.*, p. 172. No obstante, la STC 127/2007, de 22 de mayo, no considera necesario el requisito de la afiliación para cumplir con las exigencias de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y de hombres.

22 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. AGUILAR RIVERO, R., “Participación política y copartición del poder”, *cit.*, p. 73.

23 SALAZAR BENÍTEZ, O., “La presencia de la mujer en los cargos públicos representativos”, *cit.*, p. 109.

24 FREIXES SANJUÁN, T., “El impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política de las mujeres”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Madrid, 1999, p. 87.

25 Algunos, de índole socio política y otros argumentos de este tipo han sido resumidos por el profesor SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, *ob. cit.*, pp. 77 y ss. También, del mismo autor, “La presencia de la mujer en los cargos públicos representativos”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol*, núm. 25, Valencia, 1998, pp. 118-120.

26 Como bien señala Francine Demichel, se ha de rechazar “una fotografía de las diversidades sociales”. DEMICHEL, F., “À parts égales: contribution au débat sur la parité”, *Recueil Dalloz Sirey*, núm. 12, 1996. También, sobre la confusión entre “representación” y “representatividad”, SARTORI, G., “En defensa de la representación política”, *Claves*, núm. 91, abril 1999, pp. 2-6. Sobre la idea de Demichel, AGACINSKI, S., *Política de sexos*, *ob. cit.*, p. 169. MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, *cit.*, p. 147. Véase sobre



el concepto de representación la conocida obra de PITKIN, H.F., *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

27

En conexión con la concepción de Montesquieu, “la representación política no puede entenderse como reproducción exacta de algo, sino como la creación de una figura que lo exprese y represente”. AGACINSKI, S., *Política de sexos*, ob. cit., p. 167. MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, cit., p. 147. MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, cit., p. 146.

28

La medida consistió en que la Ley electoral dispusiera la imposibilidad de que una lista electoral no pudiera tener más del 75% de candidatos del mismo sexo. Ya en 1999 se declaró inconstitucional la paridad de sexos en las candidaturas a consejeros regionales. MOSSUZ-LAVAU J., *Femmes/Hommes. Pour la parité*, Ed. Presses de Sciences Po, París, 1998. GUDE FERNÁNDEZ, A., “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, cit., pp. 164 y 166 (nota 56).

29

En versión original: “Article 3. (...) La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Article 4. Les partis et groupements politiques (...) contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées para la loi”. Sobre los preliminares de la reforma constitucional, véase La parité entre les femmes et les hommes à portée de main. Loi 6 juin 2000, Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes. ROUSSEAU, D., “Los derechos de la mujer y la constitución francesa”, *Mujer y Constitución en España*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, p. 110.

30

Así, la Ley 493/2000 de 6 de junio tendente a favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas reza, literalmente, en favor de la alternancia que “Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe”.

31

GUDE FERNÁNDEZ, A., “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, cit., p. 167.

32

Sobre este particular es especialmente ilustrativa la información dada por el artículo de prensa “Los partidos franceses no tienen mujeres para cumplir con la ley de paridad”, en el Diario *El País*, 28 de enero de 2000.

humano es necesario para garantizar la existencia de una representación mixta, de hombres y mujeres, que representen al conjunto de la Nación. Ahora bien, no se ha de confundir la representación del cuerpo electoral con la copia exacta de la sociedad²⁶. De este modo, el hecho de que el ejercicio de la soberanía y de la facultad de representar al pueblo en su conjunto sea compartido entre hombres y mujeres significa, precisamente, que el monopolio de la soberanía y la representación no ha de atribuirse a ningún ser humano en razón de su género. La representación equilibrada de hombres y de mujeres no ha de sugerir la idea de reproducir las diversas situaciones o grupos sociales²⁷. Así, parece que la medida de acción positiva consistente en la reserva electoral vía legislativa en favor de la inclusión de las mujeres en la representación política no vulnera *per se* la idea de la representación ni el principio de soberanía, sino que, por el contrario, perfecciona y completa ambos conceptos al abogar por la igualdad de género en el acceso y en la permanencia a los cargos públicos representativos. Esta igualdad, llevada a la máxima optimización, implica la realización de un equilibrio cualitativo o paridad en la que Hombre y Mujer han de participar en el poder como representantes de un pueblo soberano formado, esencialmente, por hombres y mujeres, con independencia de su pertenencia a cualquier otro enclave social, económico, cultural o jurídico.

1

La práctica positiva: la cuota electoral en Francia

El precedente europeo más claro y positivo en la adopción de una medida de acción positiva de reserva electoral que se articule desde una perspectiva legislativa ha sido el caso francés.

Francia ha realizado, pioneramente, múltiples intentos de adoptar medidas que persiguiesen la igualdad real entre hombres y mujeres en materia política y, aunque muchos fueron en vano y sin éxito, se consolidaron en una voluntad clara y firme en aras de la paridad. En cuanto a los intentos frustrados, se ha de mencionar que ya en 1982, el Consejo Cons-

titucional francés consideró contraria a la Constitución francesa la adopción de medidas de carácter legislativo encaminadas a incrementar la presencia de las mujeres en las listas electorales²⁸. Desde 1993 se fraguó la existencia de un sector doctrinal que propugnó una reforma constitucional que permitiese la posibilidad de adoptar medidas a favor de las mujeres. La base de esta demanda radicó en que el artículo 3 de la Constitución francesa hacía referencia a los dos géneros para determinar la condición de electores y el ejercicio del derecho de sufragio activo pero no así para el sufragio pasivo. Tras la reforma del año 2000, el texto actual contempla en el último párrafo del mismo artículo 3 que “La ley favorecerá el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”, a lo que han de contribuir, según el artículo 4 párrafo final, los partidos y las formaciones políticas²⁹.

De este modo, quedó resuelta la cuestión posibilitando la adopción de medidas positivas acordes a la Constitución francesa. Feminizada la Constitución sólo quedaba recomponer la ley electoral. Así, en Francia se introdujo un sistema alternativo en la ordenación de las listas electorales con un resultado del 50% de representación de cada género para elecciones municipales de más de 3.500 habitantes, senatoriales proporcionales –no las uninominales– y europeas, con el fin de cumplir con el mandato del artículo 3 de su Constitución³⁰. En el caso de elecciones para senadores y senadoras y europeas, la alternancia es obligatoria desde el principio hasta el fin de la lista. Para las elecciones municipales y para la Asamblea de Córcega la paridad debería ser respetada por grupos de seis personas candidatas³¹. El problema en este punto, especialmente en el primer supuesto, se presentó cuando se averiguó que los partidos no incluían mujeres en sus respectivas listas electorales para cumplir con el tenor de la ley en cuanto a disposición de personas candidatas. Incluso, algunas personas llegaron a admitir que el incremento de mujeres en sus respectivas listas se produjo gracias a la suma de las esposas y de las hijas de los militantes³².



No obstante, puede que fuera lógica esta reacción en virtud de las sanciones contenidas en la Ley sobre la financiación, en caso de incumplimiento, de los partidos políticos. Tales penalizaciones consistieron en un 5% menos de subvención pública si la lista presentaba un 10% más de hombres, descuento que podía llegar al 50% si la lista fuera exclusivamente masculina o femenina. Me parece importante destacar que la Ley francesa apostó, en este sentido, por una democracia representativa plena o lo que ya se ha denominado Democracia paritaria. Es decir, tan incompleta resulta, a mi juicio, una representación que se califica de democrática construida sólo por hombres como una construida únicamente por mujeres. Respecto a los resultados, se ha de concluir que, en general, fueron positivos³³.

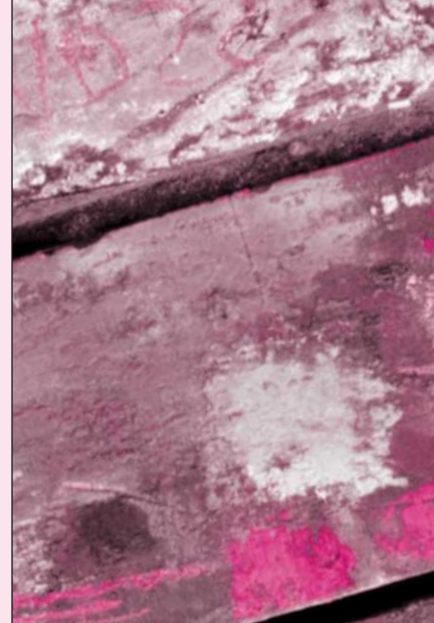
No obstante, en realidad, la igualdad real está en otra parte y la paridad numérica en el caso francés no siempre ha asegurado la paridad cualitativa ya que los recelos de los partidos para colocar a mujeres en sus filas se agudizaron y en las elecciones legislativas las grandes formaciones prefirieron soportar la sanción pertinente antes que poner el 50% de mujeres en sus listas³⁴. O, por el contrario, hubo quien no quiso perder su financiación cumpliendo rigurosamente con la Ley francesa pese a considerar una falacia la práctica de las cuotas femeninas³⁵. En fin, diversas motivaciones políticas fueron esgrimidas para cumplir o incumplir con la cuota pero todas ellas estuvieron alejadas de los ideales de la Democracia paritaria.

La iniciativa francesa despertó numerosas reticencias. Fundamentalmente, se criticó su rigidez ya que la Ley obligó a que no hubiese una diferencia mayor de un 2% entre el número de personas candidatas de uno y otro género o, incluso, obligó a la estricta paridad cuantitativa del 50% de manera que un partido que dispusiera para la representación política de ambos géneros una horquilla entre el 60% y el 40%, recibiría un 10% menos en las ayudas públicas. Ciertamente, puede que tal rigidez motivase la necesidad de colocar mujeres en las listas de partido a toda costa provocando anécdotas variadas como la reserva de una plaza de concejalía a la abuela del

alcalde en la región de Blois³⁶. Pero la reforma francesa, también, ha suscitado apoyos y, sobre todo, la voluntad de otros de seguir la misma dinámica. Cuanto menos, ha de reconocerse la facultad de eliminar obstáculos que impedían la consecución de la igualdad, aunque ello significase embarcarse en una reforma constitucional y electoral. Cabe esperar que se extiendan estas previsiones a las listas electorales para elecciones generales y que los partidos cuenten previamente con las militantes en sus listas para no recurrir a ingeniosos pero poco deseables recursos que a la larga perjudiquen la estabilidad y perdurabilidad de la auténtica igualdad. Un dato significativo de progreso puede considerarse el hecho de que, en las últimas elecciones a la presidencia de la República del pasado mes de mayo de 2007 existiera una importante oposición política del partido socialista francés liderado por una mujer, Segolène Royal.

La solución francesa me merece una valoración completamente positiva y un ejemplo que pone en evidencia que, en ocasiones, la carencia de una formulación seria y responsable para la previsión de una reserva electoral vía legislativa que incremente el aumento de la participación de las mujeres en la vida política responde a una falta de voluntad política. La misma falta de motivación que conduce a las formaciones políticas a cumplir relajadamente o a incumplir el paradigma de la Democracia paritaria. Cuando la reserva electoral y la garantía de la Democracia paritaria se plasman en una norma, se reducen, a mi modo de ver, las decisiones arbitrarias por las que se deja a merced de las conciencias de las formaciones políticas la consecución de la igualdad real de género. En este sentido también se pronunció Maurice Leroy, un diputado conservador francés a raíz de la Ley de paridad en Francia al proclamar que “la Ley está muy bien porque nos impondrá la voluntad política que siempre nos ha faltado”³⁷.

Creo que es importante trasladar este sentir al caso español para comprender que, en puridad, las razones que se esgrimen en contra del sistema de reserva electoral en aras de la igualdad de género suelen sustentarse en razones de



33

Por ejemplo, había un 10,9% de diputadas, un 5,9% de senadoras, un 25% en las asambleas regionales y un 8,1% de alcaldesas. A partir de las elecciones municipales del año 2001, el número de mujeres que formaban parte de los Ayuntamientos se duplicó con un porcentaje de mujeres contundente del 47,5% de los concejales electos en los municipios de más de 3.500 habitantes. ROUSSEAU, D., “Los derechos de la mujer y la constitución francesa”, *cit.*, p. 103. SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, *ob. cit.*, pp. 126-127.

34

Por ejemplo, tras estas míticas elecciones, sólo cuatro mujeres entre treinta y dos hombres alcanzaron a situarse en la cabeza de ciudades con más de 100.000 habitantes (Estrasburgo, Lille, Caen y Aix-en-Provence). Joaquín PRIETO, “Las mujeres gobiernan en la mitad de las concejalías de Francia gracias a las cuotas”, en el Diario *El País* de 27 de marzo de 2001 y “Adiós al sueño de la paridad”, en el Diario *El País* de 2 de junio de 2002.

35

Los partidos se preocuparon más de calcular cuánto les iba a costar la ilegalidad que de cómo iban a cumplir con la paridad. Joaquín PRIETO, “Adiós al sueño de la paridad” en el Diario *El País*, de 2 de junio de 2002.

36

Joaquín Prieto “Las mujeres gobiernan en la mitad de las concejalías de Francia gracias a las cuotas”, en el Diario *El País*, de 27 de marzo de 2001.

37

Consúltese el artículo de prensa de Anabel DÍEZ, “Francia aprueba una ley que exigirá la paridad de hombres y de mujeres en las listas electorales”, en el Diario *El País*, de 27 de enero de 2000.

38

La sentencia ha suscitado numerosos comentarios de la doctrina italiana. Por todos, PIZZO-RUSSO A., e ROSSI, E., “Le azioni positive in materia elettorale in Italia” en BECCALLI, B., (a cura di), *Donne in quota*, p. 185. DE SIERVO, U., “La mano pesante della Corte sulle ‘quote’ nelle liste elettorali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 5, 1995, pp. 3.268 y ss.

39

BALLESTRERO, M. V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, *cit.*, p. 102.



40

Así lo señaló la Corte italiana respecto de la situación de la mujer en la SCI núm. 109 de 26 de marzo de 1993 al afirmar que la acción positiva supone un *“diretti a colmare, o comunque ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali o modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell’occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d’azienda”*. Véase la STJCE de 17 de octubre de 1995. Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen. Asunto 450/93.

41

La cursiva es mía a fin de resaltar la parte novedosa del juicio emitido por la *Corte Costituzionale*.

42

El Alto Tribunal italiano afirmó para el derecho de sufragio pasivo en particular que *“toda diferenciación por razón de sexo no puede no parecer objetivamente discriminatoria, al disminuir para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental a favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera desaventajado”*. BALLESTRERO, M.V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, *cit.*, p. 103. También, NAVAS SANCHEZ, M.M., “Comentario a la sentencia núm. 422/1995 de la Corte Costituzionale italiana” *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 3, enero, 2000, Instituto Andaluz de la Mujer, pp. 28 y ss.

43

CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, separata núm. 84, 1994, p. 272.

44

Idem, cit., p. 273. También, recientemente, RUIZ RODRÍGUEZ, B., y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”, *cit.*, pp. 124 y ss.

45

Así lo entiende BALLESTRERO, M.V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, *cit.*, pp. 107-108.

índole política más que jurídica y que, en consecuencia, lo que falla es la voluntad política y no la adecuación jurídico constitucional.

2

La experiencia negativa: la cuota electoral en Italia

El hecho de que se contemple legislativamente la reserva de personas candidatas en las listas electorales en base a la infrarrepresentación y a la situación de desigualdad fáctica, ha suscitado polémica en torno a la incidencia negativa que estas medidas de acción positiva puedan tener en el contenido de otros derechos fundamentales. En este caso, el derecho al sufragio pasivo.

Tal argumento surgió en Italia a raíz de la Sentencia de la Corte Costituzionale núm. 422, de 6 de septiembre de 1995, sobre el sistema de cuotas en las listas electorales⁴⁰. El juicio de inconstitucionalidad se efectuó sobre las disposiciones que preveía la ley núm. 81/1993 en torno a la reserva de personas candidatas de cada género en, al menos, un tercio de las candidaturas⁴¹. En el artículo 5.1 de la citada ley se establecía que “en las listas de las personas candidatas, ninguno de los sexos podrá estar representado ‘por norma’ en medida superior a dos tercios”.

La Corte Costituzionale determinó un juicio favorable en cuanto al objetivo y al cometido, en aras de la igualdad en el punto de partida y la igual dignidad social, de las medidas de acción positiva en el mismo sentido que lo hizo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴². Sin embargo, al referirse al contenido de tales medidas, el Alto Tribunal italiano añadió un nuevo argumento mediante la siguiente afirmación: “las medidas intencionadamente desiguales, pueden ciertamente adoptarse para compensar y remover desigualdades entre los individuos (como presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), no pueden, en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a toda la ciudadanía en cuanto tales”⁴³.

Según tal afirmación, el Tribunal Constitucional italiano consideró que, en materia de derechos fundamentales, toda diferenciación que se basase en razones relativas al género sería contraria al principio de igualdad y, por lo tanto, disminuiría para unas personas, en favor de otras, el contenido de un derecho fundamental como es el derecho de sufragio pasivo⁴².

Antes de cuestionar si, efectivamente, la reserva de candidaturas afecta al contenido esencial del derecho fundamental al sufragio pasivo, es pertinente matizar que, a diferencia de la Constitución española, el artículo 3 de la Constitución italiana recoge tanto el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de sexo como el mandato dirigido a los poderes públicos de remover los obstáculos para que el pleno desarrollo de la persona y la participación de todos sea efectiva en la organización política, económica y social del país. (Art. 3, 2º inciso CI)⁴³.

En atención a este contenido, el párrafo segundo del artículo 3 de la CI justifica los supuestos legislativos que, pese a estipular una diferencia de trato inicial por pertenecer a uno u otro sexo, pretenden restablecer la igualdad de condiciones, particularmente, cuando se trata de intervenciones positivas de los poderes públicos que favorezcan a determinados sujetos o sectores de la sociedad que se encuentren en una situación de infravaloración social⁴⁴.

La Corte italiana insistió en que, en este caso, garantizar a las candidatas un porcentaje en las listas electorales supone quitar, automáticamente, dicho porcentaje a los candidatos que pretenden presentarse y, por ello, se vulneran los derechos individuales fundamentales de estos últimos. En sentido contrario, comparto con Ballestrero que la cuota no disminuye el contenido del derecho de los miembros del grupo aventajado, sino sólo la condición sustancial de ventaja que permite únicamente a los pertenecientes a dicho grupo gozar plenamente de su derecho⁴⁵.

En esta línea, la Corte italiana ha afirmado que el principio de igualdad sustancial otorga eficacia y amplitud al



principio de igualdad ante la ley, de manera que las medidas desiguales que atribuyen ventajas a grupos socialmente infravalorados son legítimas en cuanto tiendan a asegurar la igualdad de oportunidades⁴⁶.

Pero, en este caso, la Corte italiana, valorando el contenido de las acciones positivas al hilo de la sentencia citada, consideró que un tratamiento diferencial de tipo preferencial como el que consiste en una reserva porcentual en las candidaturas no se propone remover los obstáculos en el punto de partida, sino que atribuye directamente resultados⁴⁷.

En sentido contrario, y a mi juicio acertadamente, Ballestrero ha afirmado que “la regla que reserva a los candidatos de cada sexo una cuota mínima en las listas electorales no garantiza a ninguno de los géneros una cuota de los puestos de liza; los pone sólo en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja en los puntos de partida”. Continúa exponiendo la autora que “garantizar el acceso a las listas electorales no significa más que ‘promover’ iguales oportunidades de acceso a los cargos electivos”. Aún se deberá esperar a que la visión o perspectiva de género del partido político sitúe a las mujeres en puestos de liza con posibilidades efectivas de traducirse en escaños. Si, como entiendo, el resultado es parte de la oportunidad ¿qué tiene de inconstitucional la efectividad de la igualdad? O, como plantea Ballestrero respecto del caso italiano, “¿Por qué adelantar el umbral de partida de un grupo desaventajado no debe querer decir también intervenir con medidas de igualación efectiva?”⁴⁸.

Por lo tanto, no se estaría vulnerando el contenido del derecho de sufragio pasivo, dado que la reserva electoral sólo establece ciertas condiciones que configuran y organizan el ejercicio de este derecho, pero en nada afectan a su contenido esencial en lo que se refiere al mantenimiento de la correlación entre la voluntad del electorado y la proclamación de las personas candidatas⁴⁹. Asimismo, dichas condiciones establecen, como se ha apreciado, una diferencia de trato justificada en criterios de relevancia y razonabilidad⁵⁰.

Además, el art. 51.1 CI prevé, en consonancia con el art. 23.2 CE, que “todos los ciudadanos de uno u otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por las leyes”. Del tenor literal de este precepto y del art. 3 CI se deduce la posibilidad de adoptar medidas tendentes a lograr la igualdad y a eliminar las desigualdades fácticas a través de una ley que determine en qué términos concretos se ha de aplicar la medida de acción positiva de la reserva electoral. Precisamente, si se está modulando e, incluso, delimitando o limitando el ejercicio de un derecho fundamental se estará ante una mayor seguridad jurídica frente a la posible discrecionalidad de la persona que legisla, frente al resto de los poderes públicos y de los agentes sociales si la reorganización que afecte al ejercicio de un derecho fundamental es efectuada por ley en virtud de mandato constitucional. De este modo, quien prefiera entender la reserva electoral como un límite al ejercicio de un derecho fundamental ha de admitir que tendrá que ser recogida, sobre todo o en los mínimos esenciales, por ley, con independencia de que las formaciones políticas puedan y quieran mejorar las condiciones de aplicación de la exigencia de paridad de género en materia legislativa electoral⁵¹.

En el cumplimiento de estos objetivos no parecen justificarse fácilmente los argumentos empleados por la *Corte Costituzionale* sobre la inconstitucionalidad de una ley que prevé una reserva mínima de cualquiera de los géneros, precisamente, en garantía de las condiciones sustanciales –no procedimentales– de igualdad que establece el art. 51.1 CI para el acceso a cargos públicos y puestos electivos⁵².

Aún más contradictoria puede resultar la afirmación que realizó la Corte italiana en el fundamento de derecho séptimo, párrafo tercero en el que se precisó que “es oportuno observar que medidas semejantes, constitucionalmente ilegítimas en cuanto impuestas por ley, pueden, en cambio, ser valoradas positivamente cuando son libremente adoptadas por los partidos políticos, asociaciones o grupos que par-

46

Idem, cit., pp. 106-107.

47

Comparte una idea similar REY MARTÍNEZ, F., “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *Aequalitas*, núm. 1, 1999, p. 7.

48

BALLESTRERO, M.V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, *cit.*, p. 105. RUIZ RODRÍGUEZ, B., y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”, *cit.*, p. 132.

49

RUIZ MIGUEL, A., “Paridad electoral y Cuotas femeninas”, *Aequalitas*, núm. 1, 1999, p. 5. Sobre la CI en este punto, CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pp. 272 y ss.

50

RUIZ MIGUEL, A., “Paridad electoral y Cuotas femeninas”, *cit.*, p. 5. Para el juicio de relevancia, me remito al conocido trabajo de LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, 1985.

51

El ejercicio de los derechos, la determinación de su alcance y sus límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas serán objeto de desarrollo normativo. Así lo establece la STC 160/1986, de 16 de diciembre FJ 4. En su defecto, será el Tribunal Constitucional quien deberá encontrar los criterios para el establecimiento de los límites dentro del margen de libertad constitucionalmente otorgado a la persona que legisla. MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 101-105. Póngase en relación con la naturaleza de los derechos de configuración legal para lo que me remito al trabajo del



participan en las elecciones (...)”⁵³. Para dar validez a este argumento, el Tribunal Constitucional italiano desplazó la trascendencia de la “Convención sobre los derechos políticos de las mujeres de 1953” y de la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979” para ensalzar la importancia de la Resolución núm. 169 de 1988 del Parlamento Europeo. Pese a que sendas Convenciones establecen, conforme al Tratado de Amsterdam de 1997, el derecho de las mujeres a votar y a ser elegidas en condiciones de igualdad para participar de manera efectiva en el proceso de toma de decisiones, el Tribunal Constitucional italiano consideró más oportuno tomar como punto de referencia la Resolución del Parlamento Europeo. Dicho instrumento invitaba a que fuesen los partidos políticos los que incluyesen a las mujeres en las listas electorales de manera voluntaria o mediante la reserva de cuotas o porcentajes. Para la Corte italiana, el hecho de que se hiciese este llamamiento los partidos políticos y no de manera expresa a los Gobiernos implicó la impracticabilidad, en este campo, de soluciones legislativas⁵⁴. Sin embargo, el hecho de que el Parlamento Europeo instase a los partidos a llevar a cabo tales políticas puede responder a simples cuestiones prácticas, de fácil aceptación para las formaciones políticas y a motivos de una mayor implicación de estas a nivel internacional.

Así, pues, me parece que el hecho de que sea admisible y legítimo que los partidos establezcan cuotas en favor de las mujeres en sus listas de partido, no excluye, necesariamente, la legitimidad constitucional de tal reserva vía legislativa ya que no afecta, a mi juicio, al contenido esencial del derecho al acceso a los cargos públicos representativos del artículo 23.2 CE ni a la teoría de la representación ni a la noción de soberanía popular⁵⁵. Sólo será posible alcanzar una completa democracia representativa participativa si sus ideales coexisten con la idea de paridad. Por lo tanto, sería la reserva electoral legislativa la medida de acción positiva más idónea para caminar hacia la igualdad efectiva.

3**La reserva electoral en España.
Matices doctrinales
sobre su constitucionalidad**

En el ordenamiento constitucional español la posibilidad de establecer una cuota o porcentaje a favor de la mujer en materia electoral tiene su base jurídica en la propia interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad del artículo 14 CE. Como es sabido, el Alto Tribunal reconoció que, si bien el principio de igualdad hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, cabe contemplar la conveniencia de que la persona que legisle otorgue un tratamiento distinto a situaciones efectivamente diferentes. Esta necesidad deviene de la exigencia propia de un Estado social y democrático de Derecho que consagra como valor superior, entre otros, la igualdad (art. 1.1 CE). Para ello se atribuye a los poderes públicos la consecución de las condiciones precisas para que la igualdad sea real y efectiva. (art. 9.2 CE)⁵⁶.

En virtud de todo ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la intervención de los poderes públicos para promover y, también, remediar la situación descrita no es contraria al principio de igualdad aun cuando establezca para las mujeres un trato más favorable puesto que el objetivo es tratar de forma diferente a circunstancias que ya lo son desde el punto de vista fáctico. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al enunciar que la discriminación por razón de sexo constituye un rasgo especialmente odioso y, en consecuencia, ha de potenciarse la “voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad social y jurídica en la que ha persistido la población femenina”⁵⁷. Ello implicaría la posibilidad de que el artículo 14 CE contenga, a partir del principio de no discriminación, un mandato específico de acciones positivas. Se deduce de estas afirmaciones que el Alto Tribunal parte de la legitimación constitucional de las medidas de acción positiva que promuevan la igualdad de oportunidades de aquellas personas afectadas por diversas formas de discriminación y desigualdad que las sitúan en condiciones desfavorables de partida⁵⁸.

profesor GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, ob. cit., pp. 151 y ss.

52

RUIZ MIGUEL, A., “Paridad electoral y Cuotas femeninas”, *cit.*, p. 5.

53

NAVAS SANCHEZ, M.M., “Comentario a la sentencia núm. 422/19995 de la Corte Costituzionale italiana”, *cit.*, pp. 28 y ss.

54

Idem, *cit.*, pp. 28 y ss.

55

También consideran que se incurre en una absurda contradicción, RUIZ MIGUEL, A., “Paridad electoral y Cuotas femeninas”, *cit.*, p. 5. Y SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, ob. cit., p. 158. En sentido contrario, REY MARTÍNEZ, F., “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *cit.*, p. 5. Del mismo autor, “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *cit.*, p. 7. Y SÁNCHEZ FERRIZ, R., “La mujeres en las Cortes Generales y en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas”, en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 226.

56

Por todas, la STC 49/1982, de 14 de julio.

57

Por todas, la STC 128/1987, de 16 de julio.

58

Prueba de ello es la única sentencia dictada hasta el momento en materia de acciones positivas en el asunto sobre la reserva de cuotas para personas discapacitadas en la Administración canaria. STC 269/1994, de 3 de octubre.



Asimismo, resulta de interés mencionar que ya en el año 1989 el Ministerio para las Administraciones Públicas elaboró un documento para recoger la doctrina del Tribunal Constitucional en un intento pionero de justificar la admisión constitucional de las acciones positivas, en este caso, en las administraciones públicas⁵⁹.

No obstante, el Tribunal Constitucional también advierte que el género de una persona no es, por sí mismo, un privilegio, por lo que una medida de acción positiva, aun estando encaminada a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, ha de estar sometida a algunos requisitos. En primer lugar, ha de constatar que la condición de ser mujer está acompañada de una posición de inferioridad o desventaja en el ámbito concreto de que se trate. En segundo lugar, la desigualdad ha de ser patente para aplicar una consecuencia correctora o una medida de acción positiva. Ello alude al posible carácter temporal de estas medidas, de forma que si la medida se formula en términos muy exactos, por ejemplo, reservando un porcentaje del 20% en las listas electorales únicamente a las mujeres, parece proporcional y justificado que cuando desaparezca la circunstancia que propició la adopción de esta acción positiva, el objetivo para el que se creó la medida se habrá cumplido y ésta habrá perdido su razón de ser.

De este modo, la reserva electoral, en tanto medida de acción positiva para la consecución de la igualdad, no debería considerarse, *a priori* y fuera del contexto en el que se va a aplicar, inconstitucional en sí misma.

Ahora bien, ¿está legitimada la reserva electoral como medio para conseguir el fin que, como medida de acción positiva, pretende? En este sentido, Rey Martínez, entre otros, establece argumentos en contra. Esgrimen justificaciones, sobre todo, de carácter socio-político, entre las que destaca el presunto “riesgo de perpetuar estereotipos negativos por el hecho de haber accedido a un puesto de representación política vía cuota y no por los propios méritos, lo cual supone un aislamiento social y profesional incluso por parte de las

propias compañeras”. Es lo que se ha llamado ‘efecto boomerang’⁶⁰.

A partir de esta cuestión, cabe preguntarse si, como en similares términos plantea Salazar Benítez, ¿acaso la designación por cooptación ofrece mayores garantías objetivas para una buena actuación en el cargo concreto que el acceso vía cuota?⁶¹ O, dicho de otro modo, a efectos de méritos y capacidades políticas, ¿qué diferencia hay entre la cuota vía legislativa a favor de la igualdad de género que, inicialmente, favorece a las mujeres y la ‘cuota invisible’ de la que ha disfrutado y aún disfruta, de facto, el colectivo masculino para ocupar la cúpula política?

En todo caso, en este momento procede establecer las principales razones jurídicas, que no políticas, que pueden legitimar constitucionalmente la reserva electoral vía legislativa⁶².

- En primer lugar, desde la doctrina del Tribunal Constitucional español se legitima la adopción de medias de acción positiva para la igualdad acabando con las desventajas de las que tradicionalmente parten las mujeres.
- En segundo lugar, el establecimiento de diferencias normativas por la persona que legisla se encuentra plenamente justificado cuando existen causas objetivas y razonables que justifican la diferencia en base a la existencia de supuestos de hecho diferentes. El hecho de que se haya situado a las mujeres en una situación de inferioridad a todos los niveles en razón de su género hace que se produzcan situaciones de discriminación social harto complejas que justificarían las medidas de acción positiva con el fin de acelerar la igualdad fáctica entre mujeres y hombres⁶³.
- En consecuencia, y en tercer lugar, la acción positiva consistente en la reserva de un porcentaje en las candidaturas, me parece constitucionalmente admisible y adecuada porque tal medida persigue un fin legítimo y un mandato constitucional: la igualdad real, entendida como la igual opción de hombres y mujeres de competir y de conseguir, efectivamente, un mismo resultado.

59

Informe sobre la constitucionalidad de la reserva de una cuota a favor de la mujer en los procesos de promoción profesional en las Administraciones Públicas, DCS/cg/503/89, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989.

60

REY MARTÍNEZ, F., “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *cit.*, p. 4. Del mismo autor, “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *cit.*, p. 5. Según el autor ello supondría aumentar el sentimiento de inferioridad respecto del grupo dominante y provocar el resentimiento en el excluido, lo que acabaría por aumentar la división social en razón del género de las personas. Y ELVIRA PERALES, A., “Representación y sexo”, en <http://constitucion.rediris.es/revista/dc/uno/Elvirat.html> (consultada en marzo de 2001). Para un resumen de tales argumentos, GARCÍA DE LEÓN, M.A., “El quid de las estrategias femeninas”, *Claves de razón práctica*, núm. 50, 1995, pp. 60-66. También, SALAZAR BENÍTEZ, O., “La presencia de la mujer en los cargos públicos representativos”, *cit.*, pp. 118-120.

61

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, *ob. cit.*, p. 77 y ss.

62

Parecidas conclusiones en SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, *ob. cit.*, p. 171 y ss.

63

En sentido contrario, REY MARTÍNEZ entiende que “el camino de la igualdad ‘real y efectiva’ de cualquier grupo social en desventaja pasa necesariamente por el consenso del grupo que goza de primacía y del que no lo está; si se desean resultados duraderos, no se puede ‘imponer’ la igualdad buscando atajos. A veces se pretende del Derecho que imponga ahora coactivamente resultados que deberán lograrse después, más sólidamente, a través de la educación y la progresiva sensibilización sobre ciertos valores”. REY MARTÍNEZ, F., “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *cit.*, p. 5. también, ELVIRA PERALES, A., “Representación y sexo”, *cit.*



Asimismo, como medio, la reserva electoral también está justificada porque atiende a criterios de proporcionalidad puesto que ésta es la única medida en su especie capaz de producir una considerable efectividad de la igualdad⁶⁴. Si la reserva electoral quiere entenderse desde el perjuicio a otros –idea que no comparto–, probablemente, haya entonces que admitir que existan otras prácticas menos gravosas. Ahora bien, si estas implican únicamente esperar a que se produzca un cambio natural de las estructuras internas, personales y sociales, se ha de renunciar a la efectividad de la igualdad real y, por lo tanto, a su ágil consecución. En ningún caso quiero decir con esto que tales reformas sociales no sean necesarias, que lo son. Pero en absoluto resultan incompatibles, en mi opinión, con la acción para acelerar el camino hacia la igualdad.

- Además, en cuarto lugar, la acción positiva tiene una importante causa de justificación para su aplicación: la infrarrepresentación. Es importante comprender que la infrarrepresentación de las mujeres en la política y en los cargos públicos representativos se refiere, inicialmente, a su carencia cuantitativa⁶⁵. Aunque no sólo es una cuestión numérica. Mayor trascendencia tiene la inmediata consecuencia de la infrarrepresentación cualitativa. Es decir, sólo se podrán producir auténticos cambios reales si hombres y mujeres, conjuntamente, se detienen a meditar lo que quieren obtener entre ambos para que sus decisiones revertan a la sociedad en su conjunto⁶⁶.

Eventualmente, un programa o una medida de acción positiva puede estar sometida a parámetros de temporalidad, lo que exige la elaboración de un sistema de control periódico que determine la necesidad de continuar o no aplicando esa medida. No obstante, no considero la temporalidad un elemento esencial en la justificación de la acción positiva porque el carácter temporal de una medida dependerá del tipo y de su formulación. Por ejemplo, establecer que ninguno de los géneros pue-

da estar representado en más del 60% en las listas electorales para la consecución de la Democracia paritaria no tiene por qué ser una medida temporal pues está formulada en sentido neutro, a favor de cualquier género infrarrepresentado.

- En quinto lugar, creo que la reserva electoral no vulnera la libertad de candidatura en cuanto expresión del pluralismo político, porque la reserva trata de pluralizar, mediante la inclusión de géneros y no de monopolizar el poder por uno de ellos, a través de la exclusión. El control de la proclamación de candidatos se canaliza a través del examen de las causas de inelegibilidad y de los requisitos para ser electo. Por lo tanto, es jurídicamente conveniente que también haya de estar en la configuración legal del sistema la manera de incentivar la igualdad de género. En todo caso, según expone el profesor Lucas Murillo De la Cueva, los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los representantes individuales son un límite que frena la hegemonía del partido⁶⁷. Al respecto, Agacinski también entiende que la organización de los partidos no disfruta de una libertad ilimitada: debe responder a los principios de la democracia. Por lo tanto, los argumentos en contra de la paridad de las candidaturas no se sostienen si se asocia el objetivo de la paridad a la democracia. En este caso, continúa exponiendo la autora, no se alcanza a ver en qué una ley sobre la paridad de las candidaturas implicaría un atentado superior contra la libertad de los partidos en comparación con otras normas jurídicas como la edad mínima para ser elegible, por ejemplo⁶⁸.

Por otro lado, como es sabido, el sistema electoral en el Parlamento español es proporcional con listas cerradas y bloqueadas⁶⁹. En la última década, el notable aumento de la presencia de la mujer en la vida política se ha reflejado en la composición interna y en la confección de las listas electorales de los partidos políticos, fundamentalmente, en las grandes formaciones políticas y los partidos de ideología más progresista.

64

Sobre el criterio de la proporcionalidad me remito a lo establecido en el Capítulo primero de este estudio.

65

En este plano, la falta de representación suficiente cuantitativa sería un criterio importante a la hora de ponderar situaciones semejantes. Por ejemplo, imagínese que la Administración Canaria, bajo un programa de acción positiva, reserva un porcentaje de sus plazas de ingeniero informático a mujeres y a discapacitados. Entre otorgar una última plaza vacante a un discapacitado o a una mujer, a igual capacitación, habrá que atender al criterio de la infrarrepresentación numérica en el sector de que se trate.

66

GARCÍA DE LEÓN, M.A., *Élites discriminadas. Sobre el poder de las mujeres*, ob. cit., p. 42. La autora advierte que, de lo contrario, casi siempre habrá unos que decidan sobre otros. Asimismo, señala que la élite femenina está “constreñida a las pequeñas porciones de poderes que las oligarquías masculinas (por ejemplo, las de los partidos políticos) graciosamente les entregan y no sin pertinaces presiones”.

67

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Los problemas constitucionales de la representación política”, *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, núm. 11, abril-junio 1997, p. 142.

68

AGACINSKI, S., *Política de sexos*, ob. cit., p. 157.

69

Sobre el régimen electoral en el ordenamiento español, véanse, entre otros, SANTOLAYA MACHETI, P., *Manual de procedimiento electoral*, 3ª ed., Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995. ARNALDO ALCUBILLA, E., *El régimen electoral de España*, Colección Textos y Documentos, DE ESTEBAN, J., (Dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 1999. BARAS, M. y BOTE LLA, J., *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996.



Hasta el presente, no ha sido posible afirmar que se hubiera producido el mismo desarrollo en términos de representación efectiva. La causa de ello ha residido, principalmente, en la colocación de los candidatos en el orden de las listas⁷⁰. Paradójicamente, entre mediados de los noventa y el año 2000, los partidos que más mujeres dispusieron en los primeros puestos de lista fueron aquellos que tenían atribuida una representación escasa en el Parlamento español. Por el contrario, los partidos con más poder y representación colocaron a las candidatas en la cola de la lista por lo que la posibilidad de que finalmente resultasen elegidas fue mínima o nula.

A partir del año 2000, la situación cambió bastante. Por ejemplo, según qué formación política, en las elecciones generales de 2004, puede considerarse que entre un 30% y un 40% de la lista estaba compuesta por mujeres. Sin embargo, lo interesante es comprobar en qué puestos de la lista se las situó⁷¹. Así, pues, escudriñando el contenido de las listas presentadas por el partido puede observarse, a modo de ejemplo, que el PSOE, por Madrid, utilizó un sistema de alternancia en los seis primeros puestos. Sin embargo, en el centro de la lista, entre los puestos, séptimo a décimo octavo la presencia de mujeres baja al número de tres y vuelve a aumentar a casi la mitad a partir del puesto décimo noveno. El resultado final es que de los dieciséis representantes elegidos por Madrid del Grupo Parlamentario Socialista sólo cinco fueron mujeres. La mayoría de las mujeres que presentó el Grupo Socialista estaban situadas entre el puesto décimo noveno y la cola de lista.

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida tenía una situación parecida partiendo de un total en la lista, al igual que el PSOE, de quince mujeres de treinta y cinco candidatos. Sin embargo, Izquierda Unida colocó algo la lista disponiendo a las mujeres a lo largo de la misma con más equidad. La peor situación se la llevó el Partido Popular que ya partía de una cifra menor en la candidatura, once mujeres de treinta y cinco. No obstante, más per-

judicial resultó el orden que siguieron en la lista. Entre los seis primeros puestos, sólo en el tercero figuró una mujer, otras dos le siguieron en el puesto octavo y noveno pero no se observó otra mujer hasta el puesto décimo noveno, otras tres entre los puestos vigésimo segundo y vigésimo cuarto y el resto entre el trigésimo y el trigésimo cuarto. El resultado fue que hubo tres diputadas de diecisiete del Grupo Popular por Madrid en el Congreso.

Por último, cabe señalar que en las elecciones a la Asamblea de Madrid de 2003 se reprodujo el mismo esquema con la salvedad de que la lista del Partido Popular aparecía encabezada por una mujer (Esperanza Aguirre Gil de Biedma) al igual que la lista del PSOE para las elecciones locales de 2003 por el Municipio de Madrid (Trinidad Jiménez García-Herrera). Se ha de advertir que en el caso de los Concejales la situación resultó un poco mejor aunque también se reprodujo el patrón anterior en el que aparecían algunas mujeres colocadas en puestos iniciales produciéndose un vacío en puestos intermedios con lo que el número final de mujeres electas descendió a un resultado de entre un 5% y un 20%. Como último dato a destacar se ha de mencionar que, en todos los niveles, pero especialmente en las elecciones a la Asamblea de Madrid, la formación política de Los Verdes no sólo incluye un 49% de mujeres en sus listas, sino que utilizó un sistema de alternancia en las candidaturas asegurándose, así, que las mujeres también pudieran optar a constituirse en representantes.

En las últimas elecciones municipales y autonómicas de 2007, el panorama ha cambiado radicalmente como consecuencia de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A modo de apunte, en las elecciones a la Asamblea de Madrid, todas las formaciones políticas cumplen con el porcentaje mínimo del 40%. No obstante, cabe señalar algunas cuestiones para incidir en que la igualdad cuantitativa ha de ir acompañada de una auténtica conciencia social. Así, por ejemplo, en ninguna de las listas presentadas exis-

te una presencia femenina del 60%. Es decir el umbral del 40% se reserva a las mujeres e, incluso, parece que, en ocasiones, se cumple con dificultad ya que en ningún caso se llega al 50%. Izquierda Unida se sitúa muy cerca, en el 49% y le sigue los Verdes, el Partido Popular y después el PSOE. Un dato positivo es que el PSOE ha mejorado la horquilla del 40/60 en el tramo de los 14 primeros puestos apostando por la alternancia. Por su parte, el Partido Popular continúa liderado por la única Presidenta de Comunidad Autónoma, Esperanza Aguirre Gil de Biezma. Sólo Izquierda Unida y Alternativa Española incluyen una mujer en sus cabezas de lista. En el ámbito municipal, por Madrid, se reproduce la situación salvo porque sólo figura una mujer cabeza de lista en el Partido Alianza Iberoamericana Europea⁷².

70

Ya se han mencionado otros factores. Recuérdese que Pipa NORRIS también habló de la magnitud del distrito, esto es, el número de escaños por distrito y la asignación de escaños según los votos. NORRIS, P., "Proceso de reclutamiento legislativo: una perspectiva comparada", en URIARTE, E., y ELIZONDO, A., *Mujeres en política*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 165. Y SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, ob. cit., p. 55. Y MATLAND, R.E. "Estrategias para ampliar la participación femenina en el Parlamento. El proceso de selección de candidatos legislativos y los sistemas electorales", www.idea.int/publications/wip/upload/chapter_03-2.pdf, p. 124.

71

Información obtenida a partir de las papeletas de voto que contienen las candidaturas presentadas por las formaciones políticas para las elecciones a Cortes Generales de 2004, por Madrid. El modelo se reproduce en el Parlamento europeo (Datos de las Listas de candidaturas para las elecciones de 1999).

72

Información obtenida a partir de las papeletas de voto que contienen las candidaturas presentadas por las formaciones políticas para las elecciones autonómicas y municipales de 2007, por Madrid.

73

Información obtenida a partir de la página web del Congreso www.congreso.es. Recientemente, sobre el proceso de paridad electoral, véase MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*, Premio "Mujer y Parlamento Clara Campoamor", Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, pp. 199 y ss.



A mi juicio es importante, por lo tanto, estudiar el trasfondo de la cuestión y no conformarse con la apariencia de la evolución experimentada a partir de los porcentajes generales para valorar si, efectivamente, se está persiguiendo la igualdad real. Por todo ello, pienso que una iniciativa como la LO 3/2007 evita mejor las eventuales manipulaciones electoralistas de los partidos políticos que colocan a las mujeres en sus listas electorales con únicos fines de oportunismo político situándolas lejos de la posibilidad de acceder a reales puestos de representación política, adulterando así la supuesta visión o perspectiva de género que algunos predicán.

4. INICIATIVAS LEGISLATIVAS A FAVOR DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA PARITARIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1

Iniciativas parlamentarias para la reforma de la LOREG. Los antecedentes de la paridad

En el ordenamiento español, se han realizado algunos intentos de modificar la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) con el fin de introducir reformas tendientes a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos electos. Se señalan a continuación los que surgieron a partir del año 2001⁷³.

La Proposición de Ley presentada el 16 de noviembre de 2001 para la Reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) (Orgánica) (122/000153) presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, tras una amplia exposición de motivos con la mención de Instrumentos internacionales, comunitarios y nacionales para la base de una participación equilibrada de hombres y de mujeres en la toma de decisiones, expone en artículo único la posibilidad de añadir un apartado 4 al artículo 44 de la LOREG que encabeza la Sección 2.^a sobre “Presentación y proclamación de candidatos”,

con el siguiente texto: “La candidatura en una circunscripción electoral deberá tener una presencia equilibrada de hombres y de mujeres de forma que su composición no supere el 60 por ciento ni sea inferior al 40 por ciento de uno y otro sexo. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista y en cada tramo de cada cinco nombres de la misma, salvo para las Elecciones Municipales, en municipios con un número de residentes inferior a 2.000, de acuerdo con el artículo 187.2 de la presente Ley. Si el número de miembros de la candidatura fuese legalmente inferior a cinco, la proporción entre hombres y mujeres, será, en todo caso, la más cercana posible al 50%”.

Representó ésta una formulación pionera sobre la inclusión de la igualdad de género en materia política aunque, quizás, se preocupó apresuradamente de cubrir mínimos expresados en porcentajes sin establecer de forma clara la disposición final de las candidaturas en la lista. Piénsese que, por ejemplo, el 40% de mujeres en un tramo de cinco candidaturas resultan ser dos de cinco lo que, inicialmente, puede suponer una óptima proporción. Sin embargo, al ser aleatoria la disposición de las candidaturas sin orden determinado podría darse la siguiente situación: [Hombre-H-H-Mujer-M] [H-H-H-M-M] y, así sucesivamente. Conforme a esta estructura, podría ocurrir que un Grupo parlamentario que disponga de ocho escaños obtenga un resultado final de seis hombres electos y de dos mujeres electas desvirtuándose, en la práctica, el espíritu de la fórmula con porcentajes más cercanos al 25% que al 40% sin que, en realidad, el partido haya incumplido el porcentaje legal sobre su lista. En este sentido, me parece una redacción que refleja un importante fin numérico pero no tanto un ideal de igualdad.

Algo más atrevida se mostró la Proposición de Ley que presentó el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida el 25 de enero de 2002 sobre el acceso en condiciones de igualdad de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas (Orgánica) (122/000170). Prácticamente en los

mismos términos que se expresó la Ley francesa –incluyendo el título–, la propuesta se plantea para el establecimiento de forma obligatoria de la paridad numérica entre los hombres y las mujeres que figuren en las listas de las candidaturas de los partidos políticos. Añade un punto 10 al artículo 46 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de manera que la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo en las candidaturas suscritas por los representantes de los partidos, federaciones y coaliciones, y por los promotores de las agrupaciones de electores, no sea superior a uno, lo que supondría la igualdad numérica prácticamente total o absoluta.

El Grupo Mixto presentó el 31 de julio de 2002 una Proposición de Ley para la Reforma de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos electos (Orgánica) (122/000236). Comenzó con una significativa Exposición de motivos en la que declaró la necesidad de “Feminizar la sociedad. Significaba incorporar en el ámbito público y de la decisión política el máximo número de mujeres para que la anomalía democrática por la que las mujeres están sistemáticamente infra-representadas en los lugares de toma de decisiones, desaparezca”. Posteriormente, se añadió un nuevo artículo 44 bis proponiendo la alternancia en las candidaturas. Se redujo la fórmula porcentual en un 30%/70% para Municipios y Cabildos Insulares canarios con un número de residentes entre 2.001 y 10.000. Menos igualdad.

El 8 de abril de 2003, se presentaron en el Congreso tres Proposiciones de Ley sobre paridad. Una, del Grupo Parlamentario Socialista; otra, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida y otra, del Grupo Parlamentario Mixto. En los dos primeros casos las propuestas reprodujeron los textos anteriormente presentados y en el caso de Iniciativa per Catalunya-Verds (ICV) se propuso un sistema cremallera de alternancia entre hombres y mujeres y fijó un período de implantación gradual para que todos los parti-



dos se adaptasen. Quizás, esta suerte de cláusula de adaptabilidad temporal sea una sensata opción para que, como sucediera en el caso francés, no tengan que aparecer como diputadas las abuelas de los militantes. Las tres proposiciones fueron rechazadas por el Partido Popular al entender que la condición sexual no ha de ser motivo de inclusión o de exclusión en una lista electoral.

El 5 de abril de 2004 se presentó por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde - Izquierda Unida - Iniciativa per Catalunya-Verds, la Proposición de Ley de reforma de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos electos (Orgánica) (122/000028) con el objetivo de añadir un nuevo artículo 44 bis que incluyera la alternancia en las listas electorales. También se rebajaba la representación 30%/70% en los mismos términos que en la propuesta de 2002.

El 16 de abril de 2004 se presentó por el Parlamento de Canarias la Proposición de Ley por la que se modifica el apartado 3 del artículo 46 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (Orgánica) (125/0000005) al que se le añadió un apartado segundo en los siguientes términos: “Salvo casos excepcionales, las listas propuestas respetarán el principio de democracia paritaria, de tal manera que cada uno de los géneros no sea inferior ni superior al cuarenta o el sesenta por ciento, garantizándose dicho porcentaje por tramos de cinco candidatos y en la totalidad de la lista. En el supuesto de que ello no fuera posible, junto con la candidatura se presentará escrito motivado con las razones que impiden el cumplimiento del citado principio”. De esta propuesta es relevante destacar el llamamiento inicial al principio de Democracia paritaria y la previsión de la justificación pertinente en caso de incumplimiento de la ley.

En todo caso, la propuesta canaria abrió de nuevo el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados y las Diputadas hasta el punto de salir vo-

tada favorablemente la toma en consideración de la propuesta aunque convirtiendo el texto en una aportación para una ponencia en el futuro que tratase de conseguir el mayor consenso. Se han planteado si estas iniciativas respondían a la conciencia real de imponer, mediante ley electoral, la igualdad de género en la toma de decisiones políticas o, si, por el contrario, se realizaban para hacer un uso partidista de la inclusión de las mujeres en política⁷⁴ o incluso para aprovechar la brecha y abordar otras modificaciones electorales ajenas a la igualdad.

2

Las iniciativas más pioneras. La legislación autonómica

Mientras los Grupos Parlamentarios ven frustrados sus sucesivos intentos de reformar la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, algunas Comunidades Autónomas consiguieron aprobar Leyes que les permitieron evolucionar en este campo. Por ejemplo, en materia electoral, se aprobó la Ley de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares introduciendo un apartado 4 a su artículo 16 en el que se previó la alternancia de candidatos de uno y otro sexo. Paralelamente, se aprobó, en similar sentido la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha que añadió un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 dentro del Capítulo II dedicado a la “Presentación y Proclamación de candidatos” de la Ley autonómica. Se optó por introducir como modelo de paridad la alternancia en las listas electorales hasta el punto de establecer que los puestos pares serán para los de un sexo y los impares para el otro. A continuación, se expuso la sanción oportuna para el caso de incumplimiento, estableciendo que la Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para las personas candidatas como para las personas suplentes.

Ambas leyes fueron suspendidas de forma cautelar por el Tribunal Consti-

tucional a partir de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno del Partido Popular en el año 2002 con base en las siguientes razones.

- En primer lugar, se consideró una violación competencial en el acceso a los cargos públicos conforme al artículo 149.1.1 CE en tanto que sólo a las Cortes les corresponde la distribución de candidaturas por razón de género ya que su aplicación por las Comunidades Autónomas produciría desigualdades inadmisibles constitucionalmente.
- En segundo lugar, se consideró violada la reserva de Ley Orgánica en conexión con el motivo anterior, de modo que se argumentó que un extremo tan importante para el régimen electoral general como es la paridad había de estimarse incluido en la materia de régimen electoral general reservada a Ley Orgánica.
- En tercer lugar, se refirió a la vulneración del artículo 14 CE y del artículo 23.2 CE en relación a los citados argumentos por los que se consideraba fragmentado el cuerpo electoral de aceptar la democracia paritaria en identificación de las mujeres con otras categorías sociales en contra de lo que dispone el artículo 68.5 CE sobre la unidad del pueblo español representada en la Cámara.
- Por último, también se consideró violado el artículo 6 CE en relación con el derecho de asociación del artículo 22.1 CE al considerar ineliminable la esfera de autodeterminación asociativa de los partidos políticos.

Ya se han tratado los últimos argumentos en contra de estas leyes de cuotas. Sin embargo, sobre el argumento inicial de la supuesta falta de competencia de las CCAA para dictar leyes de este tipo se explica el profesor Salazar Benítez al afirmar que la adopción de cuotas electorales por las leyes autonómicas supondría aún menos problemas que su inclusión en la LO-REG al encontrar apoyo en los Estatutos de Autonomía como sucede en el caso andaluz o también en el caso



del Estatuto de Castilla-La Mancha cuyo artículo 4.3 obliga a propiciar la efectiva igualdad del hombre y la mujer y promover de un modo eficiente que las Cortes de la Región se integren de modo paritario por personas de ambos sexos. En este caso, el mandato contenido en el Estatuto de Castilla-La Mancha no podría obviarse por la Ley electoral de esta Comunidad Autónoma.

En este sentido, los Estatutos de algunas Comunidades Autónomas también suelen incluir, entre sus competencias, referencias a la posibilidad de realizar acciones a favor de la mujer. Así, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña menciona, entre las competencias exclusivas, “la promoción de la mujer” en el artículo 9⁷⁴. Más interesante en este extremo se mostró la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña presentada en septiembre de 2005. En el artículo 41 se estableció la necesaria acción de los poderes públicos para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, bajo la rúbrica “Perspectiva de género” y el artículo 56, sobre “composición y régimen electoral”, ordena en el apartado 3 que “la legislación electoral de Cataluña debe establecer criterios de paridad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales”. Asimismo, el artículo 13 de la Proposición de Ley Electoral de Cataluña, reza que “para garantizar una representación parlamentaria sin discriminación de género, la lista que presente cada partido, federación, coalición o agrupación de electores tendrá que contar con un máximo del 60% y un mínimo del 40% de candidaturas pertenecientes a cada género, calculados para el conjunto de la lista y en cada tramo de cinco candidatos”.

En el caso de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha se especificaron, en conexión con las necesidades de esta Comunidad Autónoma, algunas condiciones de elegibilidad así como causas de incompatibilidad sin que por ello se afectase al contenido básico del sufragio pasivo. Así, creo acertada la afirmación de Salazar Benítez de que cualquier normativa electoral autonómica podría incluir unos determinados requisitos en la configuración de las listas puesto que,

como se ha señalado, no se está, en ningún caso, afectando al contenido esencial del derecho fundamental, sino dibujando las mejores condiciones para su pleno ejercicio⁷⁵. En realidad, no está claro que, como expone el profesor Salazar Benítez, el hecho de que las Comunidades Autónomas introduzcan preceptos con contenido de paridad para sus listas electorales en cumplimiento de las leyes orgánicas por las que se aprobaron sus respectivos Estatutos, esté invadiendo las competencias del Estado. Según la Disposición adicional 1^a, el Título I de la LOREG no se encuentra entre los que no pueden ser, en ningún caso, modificados ni sustituidos por la legislación de las Comunidades Autónomas⁷⁶.

En todo caso, tanto si se defiende esto último como si se prefiere entender que existe cierto conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas en tanto nos encontramos ante la configuración de derechos fundamentales, creo que con el objeto de que la Democracia paritaria representativa se realice en la misma medida y sea una garantía igual para todos y para todas, incluso con independencia del enclave territorial, y con el fin de que no tenga por qué haber más mujeres en el Parlamento Andalúz que en el Murciano como, de hecho, ha sucedido, me parece que la inclusión de la reserva electoral en la LOREG ofrece más garantías para la mayor y mejor realización de la igualdad de género en materia política. Incluida la paridad en la LOREG, será también de aplicación a las elecciones a Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas como determina el punto 2 de la Disposición Adicional 1^a respecto del artículo 44 LOREG. En cualquier caso, esta cuestión puede entenderse resuelta por la fórmula por la que opta el art. 44 bis LOREG al prever su aplicación en caso en el que las normas de las Comunidades Autónomas no sean más favorables para la presencia equilibrada de mujeres y de hombres⁷⁸.

Asimismo, cabe mencionar que la Comunidad Autónoma Andaluza estuvo algún tiempo tras una reforma para alcanzar la Democracia paritaria, que consiguió en marzo de 2005. Ya en años anteriores presentó una Proposición no de Ley pa-

74

Al uso electoralista de la inclusión de mujeres en las listas de candidatos se le ha denominado ‘efecto bola de nieve’. Esto es, aplicada la cuota por un partido político, los demás se percatan de que incluir mujeres en sus listas es positivo desde un punto de vista electoral. NAVARRO GARZÓN, M., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999, p. 263.

75

Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE de 21 de diciembre de 1979. Modificada por la ley 17/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Generalidad de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. BOE de 2 de julio de 2002.

76

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, ob. cit., p. 161. También, en el argumento competencial se extiende SEVILLA MERINO, J., “Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria”, *Colección Cuadernos Feministas*, núm. 4, Institut Universitari d’Estudis de la Dona, Universidad de Valencia, 2004, pp. 108-112. En contra, ARCE JANÁRIZ, A., “Primeras leyes en España sobre paridad electoral”, *La Ley*, Año XXIII, núm. 5.617.

77

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, ob. cit., pp. 160-161. Del mismo autor, “La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas”, *IVAP*, núm. 75, 2006, pp. 173-174.

78

Sobre esta cuestión, BIGLINO CAMPOS, P. (Dir.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Justel, Madrid, 2008, pp. 101-103. También SEVILLA MERINO, J., “Paridad y leyes electorales”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.L. y MERINO HERNÁNDEZ, R.M., *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 143 y ss.



ra instar al Gobierno de la Comunidad a presentar un Proyecto de Ley de Democracia paritaria para las elecciones andaluzas. El texto, previsto para el último trimestre del 2002 y más flexible que sus homólogos, optaba por un sistema de incentivos económicos para los partidos que cumplieren con el binomio 40%/60%. Pero en aquél entonces el Gobierno autonómico hizo caso omiso de la Cámara aunque los esfuerzos prosperaron hasta la aprobación del Capítulo VIII de la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas que, desarrollada por el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, dispone que deberá ser paritaria, respetando la proporción de 60%/40%, la composición en los órganos consultivos y de asesoramiento de la administración de la Junta de Andalucía⁷⁹. Finalmente, la Comunidad Andaluza aprueba la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, reformando el artículo 23.1. La redacción nueva establece, en los mismos términos que hicieron las leyes balear y manchega, que “La presentación de candidaturas, en las que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir en cada circunscripción y, además cuatro personas candidatas suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares”. La Ley andaluza también fue recurrida por el Grupo Popular en el Congreso, por los argumentos anteriormente expuestos, ante el Tribunal Constitucional. En mayo de 2007, la Comunidad Andaluza aprobó el Proyecto de Ley para la promoción de la Igualdad entre hombres y mujeres en el que incluye la mínima representación del 40%.

También la Ley Vasca 4/2005 previó en la Disposición Final Cuarta la suma de un nuevo párrafo del artículo 5 de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, con otra fórmula, que determina que “Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones

o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esta proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para los suplentes”. Aunque la fórmula empleada por la Ley vasca establece unas condiciones más flexibles en la colocación de las personas candidatas en la lista electoral, el resultado que se obtuvo en las pasadas elecciones autonómicas –celebradas pese al recurso de inconstitucionalidad presentado por diputados y diputadas del Grupo Popular en el Congreso–, fue de gran relevancia histórica al estar, por primera vez, un parlamento autonómico, representado por más mujeres que hombres (39/36).

Algunas Comunidades Autónomas también han llevado a cabo otro tipo de políticas públicas desarrolladas en legislación específica sobre igualdad que han resultado ser un claro precedente, por su contenido pionero y comprometido, de la actual LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así, por ejemplo, en razón de un articulado completo y comprometido para construir el camino hacia la igualdad efectiva, cabe señalar la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Resulta destacable el enunciado de estos ideales en la Exposición de motivos estableciendo un propósito de transformación de las estructuras sociales que siguen respondiendo a una jerarquización de las relaciones entre hombres y mujeres, así como la eliminación de estereotipos sociales que observan a las mujeres como objeto de múltiples discriminaciones. Para combatirlo, se insta a las políticas públicas transversales que erradiquen esta desigualdad en todos los ámbitos de actuación públicos y privados. La Ley Vasca pone especial énfasis en el necesario cambio de las mentalidades en los hombres para abordar exitosamente estas prácticas

para la igualdad⁸⁰. Especialmente ocu- rrente y comprometida se muestra la ley en el contenido de conceptos como el de acción positiva.

También es de interés mencionar por su carácter precursor, la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. Insiste en difuminar la línea marcada entre la esfera de lo público y de lo privado y de los campos reservados a las mujeres y a los hombres en virtud de estos parámetros. En el Preámbulo advierte del déficit inexplicable que mantienen las mujeres en la participación política lo que se aleja de la proporción que existe en la sociedad y del sistema democrático. Continúa estableciendo 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”. Para todo ello se insta a las administraciones públicas a impulsar los cambios necesarios estructurales e institucionales desde la “transversalidad de género”. La acción para el aumento de la participación política de las mujeres se expresa en el articulado (Capítulo II) a modo de incentivos, estableciendo que se favorecerá la presencia de la mujer en las candidaturas presentadas a las Corts Va-

79

SEVILLA MERINO, J., “Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria”, *cit.*, pp. 103-105. También sobre las leyes, más generales, sobre igualdad de las Comunidades Valenciana y Aragonesa.

80

Sobre estas cuestiones, SALAZAR BENÍTEZ, O., “La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas”, *cit.*, pp. 174 y ss.

81

Es interesante destacar que el borrador del Anteproyecto incluye las definiciones de discriminación directa e indirecta y el uso de la expresión acción positiva, aunque en este último caso no la define ni aboga por la expresión género en lugar de la de sexo. www.la-moncloa.es En torno al debate de la LO 3/2003, véase SEVILLA MERINO, J., “Paridad y leyes electorales”, *cit.*, pp. 143 y ss.

82

BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.



lencianes. Así, también dispone la Ley Valenciana que los medios de comunicación de titularidad pública, tendrán en cuenta en la disposición del tiempo gratuito las candidaturas con presencia equilibrada de mujeres y hombres. Asimismo, las subvenciones electorales se incrementarán en un 10% para los escaños obtenidos por mujeres.

En esta época, también se aprobó la Ley de Castilla y León, 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León. La Ley, en el Preámbulo y en el artículo 1, justifica su actuación, además de en los preceptos constitucionales aplicables, en el mandato incluido en el artículo 32.1.19^a del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, de promover integralmente la igualdad de la mujer mediante medidas de acción positiva. Establece como objetivos, entre otros, promover la participación de las mujeres en los asuntos públicos (artículo 2.8) a través de medidas de acción positiva recogidas, de manera genérica, en el artículo 17 limitándose a incentivar, favorecer y eliminar los obstáculos para la participación de las mujeres en organizaciones representativas de intereses públicos. Se concreta brevemente el objetivo en el artículo 24 al instar a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma a promover las medidas necesarias, incluso las de carácter económico, que fueran necesarias para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a las funciones y cargos públicos.

Por último, la Ley más antigua fue la Ley Foral de Navarra 32/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La Ley establece medidas genéricas de impulso de asociacionismo de mujeres para el incremento de su participación social y de promoción de la presencia igualitaria de hombres y mujeres en los órganos de decisión de los partidos políticos, así como en las candidaturas con que concurren a las elecciones, y a aquellas fuerzas políticas que aumenten la presencia femenina en las candidaturas (art. 2 c)).

Es interesante observar cómo las Leyes aprobadas antes del año 2004 tienen importantes objetivos y paquetes de medidas que, sin embargo, no se especifican de forma concreta en materia electoral ya que la constitucionalidad de estas medidas ha sido puesta en tela de juicio por un gran sector social y doctrinal. Aún lo es pero en menor medida lo que se refleja, junto al cambio de ideología política en la dirección del gobierno, en las nuevas disposiciones normativas autonómicas o estatales que surgen, especialmente, a partir del año 2005 y que encuentran su máximo exponente en la nueva Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De nuevo me remito a la Ley Vasca para destacar su apuesta para la Democracia paritaria ya que en un amplio abanico de materias y medidas plasmadas en el Título Preliminar, la Exposición de motivos y el articulado, consigue elaborar un marco ejemplar. En él conviven el derecho a la igualdad, el principio de igualdad de oportunidades y la acción positiva con el reconocimiento del derecho a la diversidad y a la diferencia como la aceptación de la composición dual de la Humanidad, lo que no sólo no es óbice para la consecución plena de la igualdad, sino que constituye un presupuesto para su definitiva comprensión como un valor democrático.

3

El resultado: La LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres

El proceso descrito culminó en la presentación del Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2006⁶¹. Ya el Anteproyecto propuso entre sus diversos objetivos para la consecución de la igualdad de género, una composición equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales. Finalmente, el Proyecto de Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (121/000092) presentado el 5 de junio de 2006, optó por incluir en el texto una representación política equi-

librada de hombres y mujeres bajo la horquilla del 40% y el 60%. Tras las más de 300 enmiendas presentadas y el desarrollo del proceso legislativo, se aprueba la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres⁶². Tras reconocer en la Exposición de Motivos (III) la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, incluye en su Disposición Adicional 1^a el concepto de lo que se entiende por presencia o composición equilibrada. Así, se enuncia que “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”. A continuación, la Disposición Adicional segunda establece la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General añadiendo un nuevo artículo 44 bis, en el que se prevé que “Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento”. Ello implica el establecimiento de un mínimo de representación del 40% y, a su vez, un máximo del 60%. Sigue diciendo la LO 3/2007 que “Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico”, entendiéndose éste el comprendido en la horquilla señalada del 40-60.

En el apartado final, la LO 3/2007 establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan mejorar esta distribución, al estilo, por ejemplo, de la Ley manchega, balear



o vasca. Así, reza: “En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas”. Posteriormente, en un apartado segundo, se dispone la colocación en las listas lo que considero un elemento imprescindible para cumplir con la garantía de la efectividad de la igualdad. De este modo, se dice que “También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista”. Finalmente, en el apartado 3 se establece la misma previsión para las listas de suplentes⁸³ y en apartado 4 se señala que en el caso de las candidaturas para el Senado, las listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.

Para el caso de las candidaturas que se presenten en los municipios con igual o menos de 3.000 habitantes y las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes, no será aplicable el artículo 44 bis. Asimismo, en las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes del 1 de enero de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis, sólo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes. Finalmente, en aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado, este artículo 44 bis se aplica también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas.

Así, pues, la LO 3/2007, constituye, de entrada, un hito importante en la consecución de la igualdad real que

aboga por la inclusión de hombres y de mujeres en todos los ámbitos y esferas a cualquier nivel. De hecho, ya su propio encabezado implica un cambio en la perspectiva de género al incluir, en un mismo plano, a hombres y mujeres en igualdad. De ahí, que se hable de igualdad de mujeres y de hombres y no de igualdad entre hombres y mujeres. Ello supone dar un paso más en la consecución de la igualdad eliminando cualquier connotación de subordinación o de enfrentamiento y apoyando la idea de que la lucha por la igualdad es de todos y de todas y no de todas frente a todos⁸⁴.

Desde mi punto de vista, se echa de menos en la Exposición de Motivos II una referencia al pensamiento político femenino en el mismo plano en el que si se ha incluido una referencia al pensamiento político masculino al enunciar las palabras de John Stuart Mill cuando, en denuncia de la posición de inferioridad social y jurídica de la mujer, abogó por aquella “*perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros*”. Pero grandes argumentos defendidos por mujeres como Olimpia de Gouges, Lucretia Mott, Elisabeth Cady Stanton, Mary Wollstonecraft, Clara Campoamor, Victoria Kent, en definitiva, la voz de tantas mujeres, podían haber servido de introducción a una Ley que quiere garantizar su presencia en todos los ámbitos, incluido el de la política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de la representación y, con ella, de la democracia⁸⁵.

Por consiguiente, considero positiva una Ley de este tipo que se configura como una evolución lógica del derecho a la igualdad de hombres y de mujeres recogido en la Constitución española y del desarrollo de los postulados enunciados en Tratados, Acuerdos o Textos y Documentos internacionales y comunitarios. De entre ellos, merece la pena traer a colación la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁸⁶, la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Pekín de 1995, así como el artículo 141 del Tratado de Niza para la adop-

ción de acciones positivas y otros Textos como, Directivas, Resoluciones, Recomendaciones o Planes de Igualdad.

En razón de los motivos expuestos y teniendo en cuenta las normas señaladas y las propuestas existentes en el contexto europeo e internacional y valorada su posible adopción en el ordenamiento español, conjugando el principio de igualdad con la adopción de medidas de acción positiva en relación al sistema electoral, se aprecia que la mayor novedad de la LO 3/2007 radica, como ella misma enuncia, en la Exposición de Motivos III, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Así, se han descrito las que se prevén legislativamente, según la LO 3/2007, para el equilibrio de la representación política de hombres y de mujeres.

4

La aplicación de la LO 3/2007. Algunas consideraciones para la Democracia paritaria

Partiendo de una valoración positiva de la Ley estudiada, quizás, pueden considerarse ciertos apuntes que, en relación a algunos problemas de aplicación de la LO 3/2007, podrían establecerse, tanto desde la perspectiva teórico-política como desde el aspecto práctico, en aras de un mejor modelo de Democracia paritaria para la mayor efectividad de la igualdad.

En primer lugar, creo que hubiera sido interesante realizar una mención expresa del principio de Democracia paritaria como la condición primigenia para la plena ciudadanía. En este punto, el postulado de Democracia paritaria debería cumplir con la función de servir como principio inspirador y fundamentador del tenor de la norma al representar una condición esencial para que el desarrollo del derecho de sufragio sea efectivo y su ejercicio por los ciudadanos y las ciudadanas constituya un requisito inescindible del Estado social y democrático de Derecho. Ello ha de comportar la participación equilibrada de hombres y mujeres en los cen-



83

La Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central interpreta que, conforme al sentir y objetivo de la Ley Orgánica 3/2007, las reglas de composición equilibrada en las candidaturas electorales deben aplicarse de forma independiente a la lista de personas candidatas y a la lista de personas suplentes. A mi juicio, es esta una correcta interpretación si se quiere atender a que la real preocupación de esta norma es la opción real en la ocupación paritaria de escaños.

84

Anuncia el profesor Octavio Salazar que el precedente ya se encontró en la Ley Vasca. SALAZAR BENÍTEZ, O., "La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas", *cit.*, p. 176.

85

Puede consultarse MACÍAS JARA, M., "Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de Olimpia de Gouges y Declaración de Seneca Falls. La voz de las mujeres", en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Editor), *Filosofía Política. Las grandes obras*, Dykinson, Madrid, 2006.

86

El artículo 7 establece: "Los Estados tomarán las medidas apropiadas para la igualdad entre hombres y mujeres, eliminar la discriminación contra la mujer en la vida pública del país y en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a votar en todas las elecciones y referendums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objetos de elecciones públicas".

87

SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, *ob. cit.*, p. 160.

88

No obstante, se ha de matizar que, como ya se puso de manifiesto, en el caso de los parlamentos actuales, la baja presencia de mujeres en los escaños no se ha debido, a la falta de afiliación a los partidos políticos sino a la desigualdad de género en materia política. Sobre la exigencia de tomar como base el criterio de población femenina afiliada o de trayectoria política, véase, SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, *ob. cit.*, p. 160. También, BALAGUER CALLEJÓN, expresa que "no parece que un sistema de exigencia de listas paritarias se pueda imponer de una sola vez y a todos los niveles electorales". BALAGUER CALLEJÓN, M.L., "Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español", *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 4, mayo 2000, p. 4.

89

El voto particular que realiza el Magistrado J. Rodríguez-Zapata se formula en base a la falta de pronunciamiento por el Tribunal de las cuestiones de fondo señaladas. Alguna de las sentencias que resolvió el Tribunal Constitucional en materia de impugnación de listas electorales también hizo referencia a otros derechos en juego como la libertad ideológica y la libertad de asociación, así como al valor de la igualdad del artículo 1.1 CE. Sobre ellos no se pronunció el Alto Tribunal. STC 105/2007, de 10 de mayo.

90

STC 127/2007, de 22 de mayo, FJ 4. El Tribunal Constitucional consideró que el incumplimiento por el partido de la LOREG pareció tener la intención de cuestionar la constitucionalidad de tal norma cuando a todas luces era evidente que podía haber adecuado la lista electoral a la norma y no lo hizo, denegándoles, así, el amparo.

tros y órganos de decisión y de representación política.

No obstante, la actual LO 3/2007 no realiza esta inclusión. Me parece que hubiera sido interesante que se advirta en la norma sobre el significado y la trascendencia del principio de Democracia paritaria que podría enunciarse en el pórtico de la LOREG para después materializarse en el articulado en los términos en los que ha procedido la LO 3/2007. Así, también creo que la mejor opción, tal y como figura en la norma de referencia, estriba en la modificación del artículo 44 de la LOREG que, como es sabido, abre la Sección Segunda del Capítulo VI dedicada a la "Presentación y proclamación de candidatos", en lugar del artículo 46 LOREG porque este precepto regula los requisitos formales para la presentación de candidaturas, mientras que el artículo 44 LOREG recoge las condiciones esenciales para que los partidos políticos, las federaciones, las coaliciones y las agrupaciones de electores puedan presentar listas de personas candidatas. Por lo tanto, la paridad ha de ser una condición esencial, *sine qua non*, para la presentación y proclamación de listas de personas candidatas y no sólo un requisito formal o de mera confección de la lista, como la mención del nombre y los apellidos de las personas candidatas, los símbolos del partido, etc.⁸⁷

De este modo, el artículo 44 LOREG habría de recoger, a mi juicio, tres imprescindibles premisas para alcanzar el objetivo de la Democracia paritaria.

■ En primer lugar, la medida para la igualdad de género que enuncia el nuevo texto del artículo 44 de la LOREG debería, a mi juicio, haber establecido una cierta correlación con el número de mujeres afiliadas a los partidos políticos. De esta manera, el porcentaje de mujeres que se incluya en la lista de candidatos se establecerá en virtud del porcentaje de mujeres afiliadas al partido⁸⁸. Parece más interesante y eficaz que la exigencia de igualdad real, en esta materia, se construya sobre la misma realidad. Es decir, a mi parecer, no conviene reinventar cualquier equidad numérica,

sino construir sobre la realidad existente la paridad. La cuestión de la afiliación también ha suscitado algunos problemas de aplicación. Por ejemplo, la lista de personas candidatas presentada por Falange Española de las JONS a las Elecciones locales de mayo de 2007 en la localidad de Brunete fue excluida por incumplir el artículo 44 bis LOREG al haber incluido en la lista diez mujeres y tres varones. La formación política explicó que tal circunstancia se debió a que no encontraron candidatos masculinos suficientes que quisieran figurar en la candidatura e incluyó en la lista a los tres hombres que tiene afiliados en dicha localidad. La Ley de Igualdad no establece ningún requisito en torno a la afiliación a la hora de figurar en una lista electoral. En este supuesto, el Tribunal Constitucional únicamente consideró que no se ofreció la posibilidad de subsanar el defecto pero no se pronunció sobre la afiliación en relación al cumplimiento del art. 44 bis LOREG ni sobre la duda de constitucionalidad sobre la LO que parece plantear la formación política al alegar argumentos sobre la restricción de derechos políticos en relación al artículo 6 CE y la posible violación del principio de discriminación del artículo 14 CE⁸⁹. Puede deducirse que la formación política pretendió enmascarar la falta de afiliación masculina para poner en tela de juicio la constitucionalidad de la LO 3/2007. Así parece entenderse posteriormente en la STC 127/2007⁹⁰, en un supuesto similar, al advertirse por el Ministerio Fiscal que no resultaba clara la imposibilidad material alegada por Falange Española de las JONS para completar la lista con suficientes candidatos varones ya que, en este caso, el resto de las candidaturas formadas por mujeres no se encontraban afiliadas a la localidad de Brunete, por lo que el dato de la afiliación no ha sido tenido en cuenta por el partido para elaborar la lista. Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró, en este punto, que "no es requisito necesario el de que los miembros de las candidaturas hayan de ser afiliados a los partidos políti-



cos” y continúa señalando que “no estar empadronados en una localidad no constituye un obstáculo para presentarse a las elecciones locales en dicha circunscripción por lo que del mismo modo que optó por incluir a 10 mujeres pudo también cumplir con las exigencias de la LOREG, incluyendo el número de varones oportunos fueran afiliados de otras zonas o personalidades independientes”⁹¹.

- En segundo lugar, se considera más apropiado para la efectividad de la igualdad un texto similar al establecido en la Ley francesa o en Ley autonómica manchega por el que se prevé un sistema de alternancia de uno y otro sexo para cumplir con la igualdad de género y el equilibrio cualitativo en la toma de decisiones políticas. De esta formulación me parece importante extraer algunas consideraciones. Creo que resulta fundamental para abogar por la inclusión de ambos géneros en la representación política que no exista ninguna mención expresa o acción de favorecimiento a un sexo concreto, mujer u hombre, tal y como contempla la LO 3/2007, ya que este tipo de formulación implicaría observar una necesaria temporalidad de la medida y un cierto control de su cumplimiento. No obstante, se trataría de un control excesivamente preocupado por el objetivo numérico concreto de esta medida de acción positiva, esto es, favorecer a las mujeres, dejando, sin embargo, a un lado el fin último de la igualdad real de género.

Creo que la misma sensación de cumplir objetivos cuantitativos en lugar de cualitativos surgiría si se opta por un texto basado únicamente en porcentajes de mínimos y máximos (30/70; 40/60; etc.). En este caso, no quedaría solucionado el importante inconveniente del orden de las candidaturas y su colocación en las listas de candidatos, dejando de nuevo abierta la posibilidad de que las mujeres continúen relegadas a puestos de cola y, por lo tanto, a la imposibilidad de resultar elegidas. Es difícil, en este supuesto, establecer una relación real entre el cumplimiento del porcentaje por el partido –por ejemplo, 30%– y

la falta de representación femenina suficiente. Dicho de otro modo, el partido puede cumplir con el porcentaje requerido y estar contribuyendo, al tiempo, a una desigualdad soterrada si no coloca a sus candidatas en puestos de liza. Algunas propuestas de reforma que han apostado por establecer porcentajes mínimos y máximos para la representación paritaria de ambos géneros, como la que hiciera el PSOE y la que se ha aprobado en la LO 3/2007 (60%/40%), matizan, creo que acertadamente, que tal proporción –en caso de preferir expresarla en porcentajes– ha de mantenerse en todos los tramos de la lista.

- Este es otro de los requisitos que, a mi entender, habría de incluirse en la redacción de la reforma del art. 44 LOREG. Preferiblemente mediante un sistema de alternancia o, en su defecto, a través de porcentajes, la igualdad de género ha de estar presente en todo el recorrido, en toda la lista de candidaturas presentada por el partido. Si ello no fuera así, se retorna a la arbitrariedad de las formaciones políticas sobre la decisión de que las mujeres ostenten o no puestos de representación y responsabilidad política. No obstante, aun dando cumplimiento a la LO 3/2007, la verdadera paridad, la que genera igualdad real de calidad en la toma de decisiones, ha de ir más allá del mero mantenimiento del porcentaje establecido y actuar con auténtica conciencia democrática. En este aspecto, cabría dudar de esta conciencia si las mujeres aparecen sistemáticamente en una lista de personas candidatas entre los puestos 4 y 5 del tramo de cinco en el que se ha de aplicar la horquilla del 40%/60%. Así, por ejemplo, para las recientes Elecciones Generales de 9 de marzo de 2008, el Grupo Popular ha presentado, en el caso del Congreso de los Diputados⁹², una lista de personas candidatas con la situación descrita entre los puestos 6 y 25. Únicamente entre los puestos 3 y 5 ha aparecido la alternancia de géneros. El Grupo Socialista ha cumplido el porcentaje señalado en la Ley en cada tramo de cinco puestos in-

91

Idem, FJ 3.

92

En el caso del Senado, la situación reflejada ha resultado más igualada. Generalmente, la mayoría de las formaciones políticas con tres candidatos, han incluido una mujer; en el caso de cuatro candidatos, se ha optado por el 50% de hombres y de mujeres y en el caso de un candidato, hay formaciones que han apostado por la figura masculina y otras por la femenina.

93

En las Elecciones Generales de 9 de marzo de 2008, por ejemplo, Los verdes Comunidad de Madrid-Los Verdes de Europa (LVCM-LVE), Partido Unionista Estado de España (PUEDE), Eusko Alkartasuna (EA), Nabai y Unión, Progreso y Democracia (UPD) encabezaron la lista con una mujer y la candidatura presentada por Alternativa en Blanco (ABLA) incluyó dos mujeres en los puestos de liza.

94

SSTC 96/2007, de 8 de mayo; 97/2007, de 8 de mayo; 98/2007, de 8 de mayo; 99/2007, de 9 de mayo; 100/2007, de 9 de mayo; 101/2007, de 9 de mayo; 102/2007, de 9 de mayo; 103/2007, de 9 de mayo; 104/2007, de 9 de mayo; 105/2007, de 10 de mayo; 106/2007, de 10 de mayo; 107/2007, de 10 de mayo; 111/2007, de 10 de mayo; 113/2007, de 10 de mayo; 114/2007, de 10 de mayo y 115/2007, de 10 de mayo.

95

Véase la reciente obra de BIGLINO CAMPOS, P. (Dir.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, op. cit., pp. 75 y ss.

96

Por todas, STC 104/2007, de 9 de mayo.

97

BOE núm. 95, de 20 de abril de 2007. Instrucción incluida en prácticamente la totalidad de las Sentencias del TC en este asunto.

98

Por todas, STC 97/2007, de 8 de mayo, FJ 4.



cluyendo dos mujeres por cada tres hombres hasta el puesto 20 de la lista. Sólo entre los puestos 4 a 6, 9 a 11 y 29 a 31 se ha dado la alternancia de géneros. El caso de Izquierda Unida ha sido similar aunque existe mayor constancia en la alternancia entre los puestos 4 a 9. Ninguna de las formaciones mencionadas ha colocado a una mujer entre los puestos 1 y 2 de la lista.

Así, pues, el orden de las personas candidatas en las listas continúa estando en manos de las formaciones políticas que, aun cumpliendo con el principio de representación equilibrada de género que propone la Ley de Igualdad –tanto para el conjunto de la lista como para cada tramo de cinco puestos–, no siempre puede verse materializado en la representación equilibrada real al verse traducidos en escaños en función del orden que hayan ocupado hombres y mujeres en la lista. Por este motivo, se considera que el mejor sistema para la igualdad efectiva es la alternancia de géneros o sistema cremallera en los todos los puestos posibles y, fundamentalmente, en los que presumiblemente van a ser traducidos en escaños. Aún así, queda de nuevo en la conciencia para la igualdad de las formaciones políticas incluir en la cabeza de lista, depositando su confianza, a una mujer⁹³.

Ahora bien, para mantener la coherencia con la primera premisa señalada, podría haber resultado más completo contemplar alguna fórmula para aquellos partidos que, por problemas relacionados con la insuficiencia de población femenina o, en su caso, masculina, afiliada al partido, no puedan cumplir con los criterios de paridad exigidos en todos los tramos de la lista. Por ejemplo, se puede prever que, eventualmente, bajo previa y sólida justificación, los partidos con este problema sean eximidos de mantener la paridad numérica en toda la lista pero no así en el tramo inicial de la misma. Podría considerarse tramo inicial el que discurre entre los primeros tres, seis o nueve puestos de la lista. O, en su defecto, en aquellos puestos que la formación política pertinente estime que, en previsiones normales, van a ser traducidos en escaños.

Finalmente, hubiera sido importante, a efectos interpretativos, que el texto de la LOREG hubiera recogido la sanción en caso de incumplimiento del principio y de la garantía de Democracia paritaria. En este punto, la LO 3/2007 no impone ningún tipo de sanción expresa. Se ha de entender que las listas podrán ser impugnadas por incumplimiento del art. 44 de la LOREG siguiendo el procedimiento legislativo establecido. La inclusión en la LOREG de un sistema de sanción más específico en relación a la subsanación de listas por contraindicar la democracia paritaria, podría haber evitado las numerosas dudas de interpretación aplicativa que ha suscitado en este punto la ley y sobre la que versan las sentencias del Tribunal Constitucional sobre esta materia⁹⁴. En casi todos los supuestos las listas cuestionadas fueron impugnadas por carecer de la representación equilibrada de hombres y mujeres exigida por la Ley ya que, en general, se contó con un número menor de mujeres que el requerido, lo que tuvo como resultado la anulación de la candidatura presentada⁹⁵. En este aspecto, en los casos presentados no se solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciase sobre la constitucionalidad de la medida de representación equilibrada entre géneros que estableció la Ley de Igualdad, sino sobre la posibilidad, no ofrecida por la Administración Electoral pertinente, de subsanar la lista de personas candidatas presentada. Algunas formaciones políticas, incluso, alegaron cierto cumplimiento de la diligencia oportuna ya que, cuando tuvieron conocimiento de la irregularidad cometida, intentaron la subsanación pero la Administración Electoral no les otorgó plazo y modo para hacerlo⁹⁶. En casi la totalidad de los casos referidos, se procedió a otorgar el amparo solicitado por entender que no se dio el adecuado cauce de subsanación.

En este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que, en materia de subsanación de irregularidades sufridas en la presentación de candidaturas, los errores cometidos en la presentación de éstas son subsanables,

por lo que las Juntas Electorales han de dar la oportunidad de que se haga. De este modo, considera el Alto Tribunal que una irregularidad de las valoradas en estos supuestos “no puede tener la trascendencia fatal para el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) pues tal defecto es subsanable”. El Tribunal Constitucional se ha apoyado en todos estos asuntos en lo señalado por la Junta Electoral Central (JEC) al pronunciarse en su Instrucción 8/2007, de 19 de abril, para interpretar lo que había de ser adecuado en materia de trámite de subsanación de irregularidades. Así, la JEC, había establecido que “cuando la causa de las irregularidades advertidas, sea el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 bis de la LOREG o en la legislación autonómica aplicable sobre candidaturas paritarias, podrá modificarse el orden de las personas candidatas, o incluir o excluir alguna persona candidata, siempre que con ello se trate estrictamente de subsanar la irregularidad apreciada, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del art. 48.1 de la LOREG”⁹⁷. Si la Ley 3/2007 hubiera previsto siquiera una remisión al trámite de subsanación general previsto en la LOREG, quizás, hubiera ayudado a establecer una pauta más exacta en orden al cumplimiento de la representación equilibrada por las formaciones políticas. En todo caso, el Tribunal Constitucional señaló que el “hecho notorio de que la Ley no prevea dicho trámite de subsanación, sino con carácter previo a la proclamación de candidaturas, no puede en modo alguno llevar a la conclusión de que los defectos, en su día, subsanables devengan definitivos e irreparables tan solo por el irregular funcionamiento de la Administración Electoral (...)”⁹⁸. Así, establece que la interpretación de la legalidad aplicable del modo más favorable al derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE exigía que el órgano judicial, una vez apreciado el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 44 bis LOREG, tendría que, en aras de preservar el derecho de sufragio pasivo, modular los efectos de aquella declaración de nulidad, requiriendo a la



referida Junta Electoral para que otorgase un plazo de subsanación prevista en el art. 47.2 LOREG a fin de adecuar la proporción de personas candidatas exigida por el art. 44 bis LOREG⁹⁹.

Con el fin de solucionar el incumplimiento de la representación equilibrada de hombres y mujeres, algunas leyes en otros países han optado por imponer un sistema de sanciones o bonificaciones en la financiación de los partidos políticos. Sin embargo, tal y como explica Micaela Navarro Garzón, estos sistemas no parecen del todo efectivos¹⁰⁰. En mi opinión, las sanciones o bonificaciones en el sistema de financiación hacen tambalear la efectividad de la reserva electoral como instrumento para la paridad dejando, de nuevo, en manos de las formaciones políticas poderosas la decisión de cumplir o no con la igualdad.

En conclusión, la infracción del principio de Democracia paritaria debe desencadenar la misma respuesta que el incumplimiento de algún requisito o de alguna causa de inelegibilidad del artículo 6 de la LOREG¹⁰¹. La fórmula de sanción que se considera acorde al sistema legal debe atender a la idea de no dar curso a la lista que incumpla el requisito exigido por la Ley. Bien sea una lista que incluya personas menores de edad o diputados y diputadas incurso en alguna causa de inelegibilidad o que excluya a la mitad del cuerpo electoral y del pueblo soberano: mujeres o, en su caso, hombres, por serlo. Se incide en la idea de que las mujeres no son una categoría social. Tampoco los hombres. La existencia del género humano: hombre o mujer, está por encima y fuera de la Constitución. La reglamentación de cuotas, en consecuencia, no abre una vía para cualquier parcelación del sufragio universal ya que las mujeres, como los hombres, son uno de los componentes del cuerpo social y no una categoría entre otras¹⁰².

En otro orden, tuvo lugar un caso polémico que resultó ser objeto de un recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se trató de la lista electoral que presentó el Partido Popular en Garachico (Santa Cruz de Tenerife), compuesta exclusivamente por mujeres. La Junta Electoral de Zona de

Icod de los Vinos denegó la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular para el citado municipio por no adaptarse a las exigencias del art. 44 bis LOREG. La resolución, que fue objeto de un recurso contencioso-electoral, provocó que se plantease por la persona que juzga una cuestión de constitucionalidad en relación a la constitucionalidad del art. 44 bis LOREG. Los argumentos esgrimidos por la persona que juzga en contra de la medida recogida en el precepto de referencia no ofrecieron nada nuevo. En resumen, se refirieron a la posible vulneración del art. 14 CE que impide que la persona que legisla realice diferencias de trato que no sean objetivas y razonables, a que el artículo 23.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad o a que es una medida que pretendiendo beneficiar a las mujeres las perjudica. Asimismo, la persona que juzga apeló a los ya conocidos argumentos empleados por la Corte italiana y el Consejo Constitucional francés en relación a la vulneración del contenido esencial del derecho al sufragio pasivo y también consideró que el precepto cuestionado infringe la libertad de los partidos políticos a la hora de escoger a sus personas candidatas para incorporarlas a las listas electorales eliminando la valía personal. Entre los argumentos que señaló el Abogado del Estado –algunos, recogidos en este trabajo–, a favor de la constitucionalidad del precepto cuestionado, me merece la pena destacar la afirmación de que las mujeres no constituyen una categoría entre otras por lo que su representación en el Parlamento no atiende a una mera representación de intereses femeninos, sino que responde al objetivo de universalizar el contenido de la política. Esta medida de acción positiva contribuye a eliminar de forma proporcional las diferencias injustificadas en este ámbito entre los sexos salvaguardando, bajo la presencia equilibrada de hombres y de mujeres en la representación política, la unidad del pueblo como titular de la soberanía.

Paralelamente, el 21 de junio de 2007, el Grupo Popular del Congreso de los Diputados interpuso recurso de incons-

99

Por todas, STC 98/2007, de 8 de mayo, FJ 6.

100

NAVARRO GARZÓN, M., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, *cit.*, p. 261. En el mismo texto, se expresa, igualmente, Cristina Alberdi. Véase la p. 275.

101

En sentido parecido, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español”, *cit.*, p. 4.

102

A esta conclusión se llega en la obra colectiva dirigida por SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999, p. 277.

103

Sobre el juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes de paridad electoral, véase el interesante trabajo de MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*, Premio “Mujer y Parlamento Clara Campoamor”, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, pp. 199 y ss.

104

STC 12/2008, de 29 de enero.

105

Se pronunció el Magistrado Rodríguez-Zapata en un voto particular en el sentido de las demandas interpuestas, considerando que “la imposición por ley de la paridad o de cuotas vulnera el principio de unidad de la representación política, la libertad ideológica, la autoorganización de los partidos políticos y el derecho de sufragio pasivo de los candidatos excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma en cuestión”.



titucionalidad contra la Disposición Adicional Segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por entender que la medida recogida vulneraba el art. 23 CE al alterar el sistema electoral español, así como el derecho fundamental del artículo 14. Del mismo modo, entendieron que la protección de la mujer no es por sí sola razón suficiente para justificar la diferenciación, siendo, además, una medida desproporcionada e, incluso, perjudicial para el colectivo al que se pretende beneficiar¹⁰³. Asimismo, alegaron la vulneración por la LO 3/2007 del art. 6 CE en relación con el art. 22.1 CE en tanto la medida cuestionada supone una restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas, aludiendo al caso de Garchico. En el sentido en el que se pronunció la persona que juzga al plantear la cuestión de inconstitucionalidad mencionada, entre los argumentos presentados en el recurso, también se consideró limitado por la medida impugnada el derecho de sufragio pasivo y la fragmentación del cuerpo electoral, así como la libertad ideológica de pensamiento de los partidos y las personas que los integran.

A la luz de la coincidencia de argumentos y de la temporalidad de las demandas que suscitaron esta cuestión y este recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional les ha dado una solución conjunta, resolviendo el recurso acumulado a la cuestión analizada¹⁰⁴. La Sentencia, que se resuelve favorablemente –no sin polémica interna de la que resultó un voto particular–, se centra en cuestionar la oportunidad política de la Ley controvertida y los problemas de su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional, tras establecer que el objetivo de la ley responde a la consecución de la igualdad material, señaló que la medida que introdujo la LO 3/2007 no establece una medida de favorecimiento de un sexo sobre otro, sino una fórmula de equilibrio entre sexos que tampoco impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una barrera para que ningún género supere

en representación el 60% o sea inferior al 40%, lo que implica que el efecto de la norma en cuestión es bidireccional para uno y otro sexo (FJ 3).

El Alto Tribunal no entendió que existiera vulneración del derecho de sufragio pasivo en tanto que el contenido esencial de este derecho reside en la correlación entre la persona candidata que se presenta y la que salga elegida representante en garantía de la voluntad del cuerpo electoral. Del mismo modo, la regla que se cuestiona se impone a partidos, federaciones y coaliciones de partidos y agrupaciones de personas electoras, por lo que el Tribunal Constitucional consideró que el fondo de la cuestión residió en determinar la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de presentar candidaturas con la composición equilibrada de hombres y mujeres que prevé el art. 44 bis LOREG. En ese punto, el Tribunal Constitucional afirmó con, a mi juicio, sólidos argumentos, que los partidos políticos, en tanto asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales, son un cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad (FJ 5). Por lo tanto, continuó argumentando el Alto Tribunal, el que coadyuven por imperativo legal a la realización de un objetivo previsto en el artículo 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar problemas de legitimidad constitucional. Su configuración como instrumentos para la formación de la participación política y medio de expresión del pluralismo como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, les diferencia de otras asociaciones y les sujeta a las delimitaciones que la persona que legisla considere para definir el ejercicio de tales funciones, también, en cumplimiento de la igualdad real y efectiva tal y como enuncia el art. 9.2 CE. Asimismo, la libertad para confeccionar las candidaturas no es ilimitada en virtud de las exigencias de elegibilidad por lo que tampoco lo ha de ser en cuanto a exigencias de composición equilibrada en razón del género, ya que ésta constituye una restricción instrumentada, no lesiva para el ejercicio de derechos fun-

damentales y satisface exigencias constitucionales. Además, la posible limitación en la libertad de presentar candidaturas no se les impone a los partidos políticos en razón a su naturaleza de asociación, sino específicamente por ser partidos políticos. En conexión con esto, la proporción recogida en la LOREG para la presencia equilibrada de hombres y mujeres en la representación política, no implica la exigencia de que las formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la Democracia paritaria pero tampoco pueden aquéllas sustraerse al mandato constitucional de la igualdad ni a las pautas establecidas por la persona que legisla (FJ 6).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional señaló algún matiz sobre las agrupaciones de personas electoras. Respecto a los límites que impone la norma respecto de los municipios y las islas y de la posibilidad de que las CCAA puedan ampliar el margen ofrecido por la norma para ampliar la participación de ambos géneros a cuotas cercanas al 50%, el Alto Tribunal consideró que no hay nada que reprochar al respecto en virtud del mandato del art. 9.2 CE. Por todas estas cuestiones el Tribunal Constitucional desestimó tanto la cuestión como el recurso de inconstitucionalidad¹⁰⁵.

Así, pues, aunque creo que podrían haberse matizado o completado las fórmulas por las que ha optado la LO 3/2007 para la mejor y mayor efectividad de la igualdad, incluye medidas sensatas y realistas y, en consecuencia merece, a mi juicio, una valoración positiva apoyada en el elevado compromiso que supone y que exige la actuación de los poderes públicos, los organismos públicos o privados y los agentes sociales para la consecución de la igualdad real. De hecho, los efectos de la LO 3/2007 se comienzan a vislumbrar. Los Consejos de Administración están descubriendo la cantidad de mujeres capacitadas que había en su entorno y las formaciones políticas cuentan con sus candidatas para conformar sus listas electorales. Algunos datos ya se han aportado a partir de las pasadas elecciones autonómicas y mu-



nicipales de 2007¹⁰⁶. Por otro lado, también se han dejado entrever los problemas de aplicación que ha suscitado la norma. Parece que el compromiso y la sensibilización por la Democracia paritaria de las formaciones políticas no siempre son auténticos¹⁰⁷. Algunas listas han sido impugnadas evidenciándose, así, que, en algunos casos, los partidos no habían contado previamente con sus mujeres afiliadas y, en otros casos, se pone de nuevo de manifiesto el rechazo de las mismas mujeres que, ante la forma de hacer política, aún basada en patrones masculinos de ejercer el poder con intensas jornadas de trabajo, junto a la falta de la conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y de mujeres, renuncian al puesto ofrecido o no permanecen en él¹⁰⁸.

Establecidos estos presupuestos, considero que esta reforma ha de verse acompañada de otras. Por ejemplo, en la propia LOREG, me parecería acertado el uso de una terminología de inclusión como ‘candidatas y candidatos’ o, preferiblemente, candidaturas cuando se hable con carácter general. Más importante considero que sería incluir las referencias a ‘las ciudadanas’ junto a las de los ciudadanos, por ejemplo, en la Exposición de Motivos. Asimismo, entiendo que una reforma completa ha de hacerse desde la transversalidad y afectación del conjunto de normas sobre esa materia. Por lo tanto, de mayor calado, pero en todo caso necesaria, podría considerarse una reforma en la Ley de Partidos Políticos que incluyese el principio de Democracia paritaria en torno a los artículos 6 ó 7.1 en los que se regula la democracia, la organización y el funcionamiento interno de los partidos políticos. Puesto que no es compatible un funcionamiento democrático con la exclusión de la ciudadanía de las mujeres –o de los hombres–, también debería figurar la exigencia de paridad para las formaciones políticas. En este sentido, Navarro Méndez afirma que *“la situación de marginación femenina es incompatible con la exigencia de democracia interna pues constituye un atentado contra el principio de igualdad de todos los afiliados en sus relaciones con el partido en que se integran, que veta cualquier género de discriminación sexual”*¹⁰⁹.

. Finalmente, también las Comunidades Autónomas han de implicarse en esta reforma disponiendo en sus Leyes electorales el principio de Democracia paritaria en cumplimiento de sus respectivos Estatutos¹¹⁰.

Pero, sin duda, la reforma más importante y definitiva será aquella que sea capaz de modificar las estructuras y los parámetros sociales para transformar el viejo modelo social en uno nuevo basado en compartir todas las responsabilidades por los hombres y por las mujeres en todos los ámbitos, públicos o privados, y a cualquier nivel¹¹¹. En la creencia de que esta transformación social está por llegar, tengo la convicción de que la paridad numérica no constituye, en sí misma, ningún resultado, sino tan sólo un punto de partida, en igualdad, para iniciar la carrera hacia otro modelo de Democracia, hacia otro pacto.

5. CONCLUSIONES. EL NUEVO PACTO SOCIAL

De acuerdo con la última conclusión expuesta, se ha de entender que, por lo tanto, la reforma que se ha producido de la LOREG a través de la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y de Hombres, aunque de gran trascendencia en el marco jurídico y social contemporáneo, no es, en el fondo, más que una importante estrategia para la consecución de un fin último, de mayor envergadura, que no es otro que la paridad cualitativa o lo que se ha definido como principio de Democracia paritaria.

En la actualidad, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres aún está construida sobre pilares poco sólidos, más cercanos a la idea de igualdad ficticia que a la de igualdad real. Precisamente, en el momento actual, con el fin de que no se perpetúen falsos sentimientos de normalidad, de neutralidad y de falsa igualdad, es muy importante actuar en positivo y decidir la adopción de acciones positivas que traten de situar a los hombres y a las mujeres en igualdad de armas para la competición, tal y como ha pretendido recoger la reciente Ley de Igualdad.

Más allá de la acción positiva e, incluso, de la igualdad real se encuentra la autén-

106

Por ejemplo, en las elecciones municipales el PSOE cuenta con 591 mujeres entre los 1.310 candidatos. La cifra, sin embargo, se reduce en las candidatas a Alcaldía. El PSOE cuenta con 20 y el PP con 18. Entre otros datos, IU, en las listas autonómicas por Extremadura, presenta, en Cáceres, un 53% de mujeres y, en Badajoz, un 49%. www.ideal.es/almeria/prensa.

107

Denunciado por Coalición Canaria, parece que los Cabildos de Tenerife y La Gomera no cumplen con la Ley. www.canarias7.es.

108

Algunos estudios de la década de los ochenta tratan de mostrar exposiciones sobre el perfil de las mujeres que mayor interés demuestran por la política. Parece que aquellas mujeres que tienen mayor formación, viven en núcleos urbanos y son económicamente independientes o trabajan fuera de casa, así como las solteras, divorciadas o separadas, tendrían mayor afinidad con la materia política. Véase, DOWSE, R.E. y HUGUES, J.A., *Sociología Política*, Alianza Ed., Madrid, 1975, p. 369. También, INSTITUTO IDES, *Las españolas ante la política*, Serie “Estudios”, núm. 21, Instituto de la Mujer/Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988, p. 51. Y ASTELARRA J., (comp.) *Participación política de las mujeres*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colección “Monografías” núm. 109, Madrid, 1990, pp. 7 y ss. Sobre el papel de las mujeres ante la política y las causas de su baja participación a lo largo de las décadas anteriores, existe una vasta bibliografía. Entre otros muchos, URIARTE, E., “Las mujeres en las élites políticas” en URIARTE, E. y ELIZONDO, A., *Mujeres en política*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 67 y ss; SANI, G. y CASTILLO VERA, P., “El rol político de las mujeres en la España actual: continuidad y cambio”, *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983, pp. 203 y ss; ORTIZ CORULLA, C., *La participación política de las mujeres en democracia (1977-1986)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, Madrid, 1987; MARTÍNEZ TEN, C., “La participación política de la mujer en España”, en ASTELARRA J., (comp.) *Participación política de las mujeres*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colección “Monografías” núm. 109, Madrid, 1990, pp. 64-65; GARCÍA DE LEÓN, M.A., *Élites discriminadas. Sobre el poder de las mujeres*, Anthropos, Madrid, 1994. Algunas diputadas comentan que hasta las formas, las maneras o la estética en política son masculinas y la manera de entrar en política, seas un hombre o una mujer, ha de ser masculina. Así lo manifiestan las autoras en relación con los partidos políticos en GASPARD, F., SERVAN-SCHREIBER, C. y LE GALL, A., *Au pouvoir citoyennes, liberté, égalité, parité*, ed. Seuil, París, 1992, p. 154. SEVILLA MERINO, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Colección “Quaderns Feministes”, núm. 4, Institut Universitari d’Estudis de la Dona, Universidad de Valencia, 2004, p. 82.

109

NAVARRO MENDEZ, J.I., *Partidos políticos y “democracia interna”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 405. También, SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*, ob. cit., pp. 161 y ss.



110

Recuérdese que, aunque se prefiere la reforma principalmente de la LOREG, se comparte la opinión del profesor Salazar Benítez en la que considera que la adopción de cuotas por las leyes electorales autonómicas no plantea problemas ya que las Comunidades Autónomas disponen de competencia para establecer en sus normativas electorales requisitos para la configuración de las listas. Asimismo, un apoyo adicional lo constituyen las referencias a la igualdad en sus respectivos Estatutos de Autonomía. SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, ob. cit., p. 160.

111

En la misma línea, SOLSONA I PIÑOL, C., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999, p. 267. Apunta que cualquier propuesta ha de ir unida al nuevo contrato social de corresponsabilidades en todo de todas y de todos “sin que los roles de género determinen espacios o funciones”.

112

En consecución de esta finalidad última me parece oportuno el uso de acciones positivas como las cuotas por plantear la mejor oportunidad para el fin real de la paridad. Por el mismo motivo, en aras de preservar un objetivo más sólido, Ruth Rubio y Blanca Rodríguez prefieren considerar las cuotas inadecuadas por ser insuficientes y por los posibles efectos negativos. RUIZ RODRÍGUEZ, B., y RUBIO MARÍN, R., “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”, cit., p. 157.

113

AGUILAR RIVERO, R., “Participación política y copartición del poder”, cit., p. 74.

114

En sentido similar, NAVARRO GARZÓN, M., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, cit., p. 261.

115

MARTÍNEZ SAMPERE, E., “La legitimidad de la democracia paritaria”, cit., pp.142-143. La Declaración de París del año 1999 realiza en el sentido expuesto un llamamiento a mujeres y hombres para que se comprometan a favor de un nuevo pacto, muestra de una sociedad solidaria, de una economía dinámica y de una ambición europea.

116

ALBERDI ALONSO, C., “Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria”, en SAAVEDRA RUIZ, P., (Dir.) *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999, pp. 269 y 277. Igualmente, AGACINSKI, S., *Política de sexos*, ob. cit., pp. 155 y ss. y TESORO AMATE, M., “Participación política y copartición del poder”, cit., p. 67.

117

Sobre estas ideas, RUBIO CASTRO, A., “Globalización y ciudadanía para las mujeres”, Ponencia presentada al *Symposium “Mujeres y derecho: Luces y sombras en el ordenamiento jurídico”*, marzo de 2007, Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer, Universidad de Málaga.

tica capacidad de los hombres y de las mujeres que comparten el poder político de modificar las estructuras para la creación de un nuevo modelo de representación democrática¹¹².

Este ideal viene representado por la noción de Democracia paritaria, de modo que sólo se podrá hablar de él cuando la igualdad se considere por todos los poderes públicos, los agentes sociales y los ciudadanos y ciudadanas no sólo un valor jurídico sino, también, un valor democrático y, como señaló Aguilar Rivero, “un valor social”¹¹³.

Como es sabido, la inclusión de las mujeres en el pacto social se viene reivindicando desde hace siglos, (tómese de referencia la conocida imagen de Olimpia De Gouges) y aún se sigue reclamando en nuestros días. A mi juicio, es la propia presencia equilibrada de ambos géneros en todos los ámbitos y niveles, con independencia de los valores que asuman y que manifiesten, lo que generará justicia social¹¹⁴.

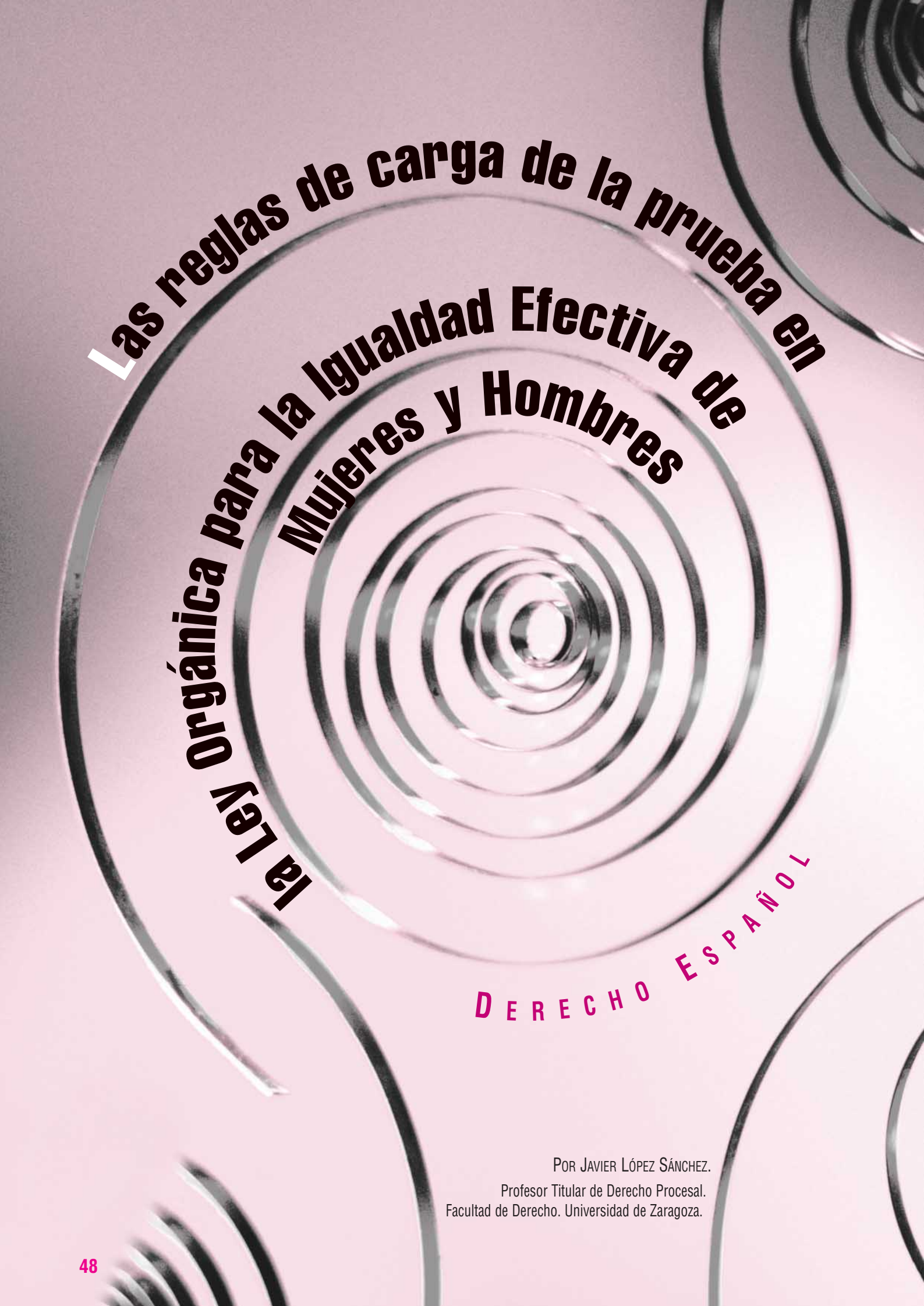
Por eso, la igualdad está en otra parte, en otro pacto. Equiparación aquí no significa identidad. Equiparación significa paridad, es decir, la idea del reparto igualitario de las responsabilidades en el ámbito público y privado, incluido el poder político¹¹⁵.

Por lo tanto, la paridad supone llevar al máximo extremo la igualdad jurídica y real para acabar con la jerarquía de género, a mi juicio, una de las grandes lagunas de la configuración actual de la democracia representativa. Como apuntó Alberdi, “la paridad en la participación política de hombres y mujeres es una condición de la democracia, ligada a la ciudadanía. El derecho a participar activamente como electoras y elegidas en la proporción equivalente a nuestra presencia en la sociedad es una cuestión de justicia y enriquece la propia democracia. Una democracia sin la participación equitativa de las mujeres es deficitaria, no es una democracia completa”¹¹⁶. En definitiva, creo que no es democracia.

En este sentido, la reciente Ley de Igualdad puede considerarse un hito histórico de una magnífica relevancia social y jurídica. Las medidas de acción

positiva que en ella se proponen constituyen un gran avance en la consecución de la igualdad efectiva de hombres y de mujeres. Es posible que uno de los logros de la Ley sea la visualización de las mujeres en diversos ámbitos en los que permanecían ocultas o infrarrepresentadas. Pero se ha de seguir trabajando en los orígenes de la desigualdad y en las estructuras que las pasadas revoluciones no supieron erradicar perpetuando, así, unos cimientos ya viciados sobre los que se construyó el constitucionalismo moderno y el Estado social. Se ha de tener muy presente que la desigualdad entre hombres y mujeres no se produce desde la legalidad, sino desde las estructuras de las instituciones y desde el poder. La presencia de las mujeres en el ámbito público ha evolucionado notablemente pero la lucha sigue en pie. Se corre el peligro de haber cambiado la dependencia del padre, el marido y los hijos por la dependencia del Estado y de los poderes públicos en la pugna por la plena igualdad¹¹⁷. La paridad no debería ser parte del discurso político de una campaña electoral, sino un presupuesto esencial de ciudadanía y de existencia. La mera presencia de las mujeres no será más que un cambio de superficie si se les continúa impidiendo penetrar en las estructuras del poder del Estado para modificarlas desde dentro. En sentido contrario, no se está ante el total reconocimiento de pertenencia a la sociedad de las mujeres como un sujeto igual de hecho y de derecho, seres humanos y ciudadanas independientes con plenos derechos y capacidad para dirigir, decidir y gestionar la política de la sociedad.

Por lo tanto, una nueva forma de entender el Estado constitucional, social y democrático de Derecho y la representación política implica un nuevo pacto social: aquél que abogue por la inclusión de las mujeres, de los dos géneros, en la toma de decisiones y de responsabilidades. También, las políticas. A partir del momento de la inclusión definitiva de las mujeres en el pacto, éste devendrá otro pacto mejor, una completa visión de la democracia y, por consiguiente, un contrato social acabado basado en la esencia de ser representante y representado: hombre o mujer, pueblo soberano, en definitiva.



**Las reglas de carga de la prueba en
la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de
Mujeres y Hombres**

D E R E C H O E S P A Ñ O L

POR JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ.
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.



1

La concepción del ordenamiento jurídico como un sistema aspira a ofrecer la posibilidad de una respuesta jurídica a toda situación planteada en razón de su propia coherencia. Es preciso reconocer el carácter limitado de tal aspiración ante la imposibilidad de aprehender la complejidad de la vida social en un rígido sistema lógico, aunque los sistemas normativos han logrado establecer un nivel de previsibilidad de las actuaciones y resoluciones cada vez más aceptable. Las insuficiencias del sistema exigen su constante revisión y modificación, para adaptar sus soluciones a las nuevas situaciones históricas sobre las que se proyecta. Ahora bien, el descuido en la construcción de los sistemas normativos –inevitablemente insuficientes– está conduciendo a situaciones en las que la solución a los problemas de aplicación del Derecho es imprevisible o incierta y también, en otros muchos casos, a resultados, en la aplicación del Derecho, diametralmente opuestos al designio de la persona que legisla. La producción normativa por aluvión, por muy bienintencionada que sea, produce situaciones asistemáticas y resultados inesperados. En definitiva, si la actividad de la persona que legisla se proyecta ignorando la construcción sistemática anterior, se generan más problemas que los que pueda llegar a solucionar. Este riesgo es especialmente acentuado en ámbitos como el del Derecho Procesal. El carácter artificial –artístico¹– del proceso, exige una mayor precisión técnica en las actuaciones de la persona que legisla, toda vez que no da cauce a relaciones sociales, sino a la actividad de la jurisdicción en un momento patológico del Derecho: la sanción de su efectividad.

La reforma del año dos mil de la Ley de Enjuiciamiento Civil vino precedi-

da del intento por sus promotores de hacer de la norma procesal civil un código procesal general, de modo que las normas procesales de cada particular rama del ordenamiento jurídico adquiriese el carácter de normas procesales especiales. Se intentó entonces atribuir un distinto papel a la Ley Orgánica del Poder Judicial. No debía ser norma que regulase, con carácter general, los procesos, sino estrictamente, la forma de organizar y estructurar la Jurisdicción en su dimensión subjetiva de conjunto de los órganos jurisdiccionales. Las vicisitudes políticas impidieron esa reforma y el éxito del intento. No obstante, quedó en la LEC una regulación general de los actos procesales, común para todos los órdenes jurisdiccionales, en el Título V, de su Libro I (arts. 129 y ss. LEC). La estructura resultante resultaba coherente y armónica con las remisiones que en los distintos códigos procesales se hacía a la LEC como norma supletoria, y con la propia previsión contenida en la LEC, según la cual, se declaraba a sí mismo como código procesal supletorio (art. 4 LEC). El sistema procesal español debía culminarse –cuando se alcanzasen las mayorías parlamentarias necesarias– con una derogación de las normas que regulaban de forma sustancialmente paralela el régimen de los actos procesales en la LOPJ (Título III, de su Libro III).

La persona que legisla, con posterioridad, ha actuado de forma incoherente con el anterior designio, introduciendo una nueva regulación general de los actos procesales en la LOPJ. Tal actuación no obedece a la intención de devolver a la LOPJ el carácter de norma procesal básica. De hecho ha mantenido la duplicidad de regulaciones sobre los actos procesales en la LOPJ y en la LEC². Da la impresión de que no acierta la persona que legisla a distinguir por qué motivo debe regularse en un lugar una cuestión y en otro distinto otra.

Estas deficiencias se advierten también en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La introducción de normas procesales en un texto normativo

no-procesal ha generado confusión e incertidumbre en la construcción del sistema procesal. La confusión se acentúa por el descuido en la redacción y coordinación de tales normas con los códigos procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales. La ley se ha elaborado de espaldas al sistema procesal y de forma técnicamente deficiente. De espaldas, porque se introduce una regulación procesal de carácter general en una norma que no carece de tal índole y carácter, cuando hubiese sido preferible la ubicación de tal regulación en la norma procesal general o supletoria. De forma muy defectuosa, porque la normativa general se reitera en normas procesales de carácter especial, produciendo una reduplicación de normas. Además, la reiteración no se lleva a cabo en los códigos procesales de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, suscitándose así dudas interpretativas sobre el verdadero alcance de la intervención legislativa.

Quienes consideran excesivo el principio normativo que introduce, tienden a interpretar que la voluntad de la persona que legisla ha sido circunscribir su regulación a algunos órdenes jurisdiccionales, mientras que en otros seguirían subsistiendo los anteriores principios. Así, se pone en tela de juicio el verdadero carácter normativo del artículo 13 LO 3/2007, sobre carga de la prueba en procesos seguidos por actuaciones discriminatorias, reduciéndolo a un principio programático que sólo sería efectivamente introducido en aquellos sectores cuyas normas procesales especiales hubieran sido modificadas en el sentido señalado por el art. 13 LO 3/2007, en virtud de las Disposiciones Adicionales Quinta y Sexta por las que se modifican, entre otros, los artículos 217 LEC y 60 LRJCA.

A primera vista, parece, efectivamente, que la persona que legisla ha querido que el artículo 13 LO 3/2007 tenga sólo carácter programático, pues aunque establece que corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad, previamente ha advertido que sus previsiones han de entenderse “de acuerdo con las leyes procesales”.

1

CARRERAS LLANSANA, “El derecho procesal como arte”, en *Estudios de Derecho procesal*, con FENECH, Barcelona, 1962, pp. 52 y ss.

2

Compárense los artículos 238 y ss LOPJ con los artículos 225 y ss. LEC.



Lo cierto es que un criterio de interpretación literal resulta a todas luces insuficiente pues la salvedad de que las previsiones del artículo 13 LO 3/2007 deberán entenderse “de acuerdo con las leyes procesales” podría también hacer referencia a la existencia de alegaciones fundadas en la existencia de actuaciones discriminatorias realizadas por el cauce procesalmente adecuado “de acuerdo con las leyes procesales”. Aunque tal interpretación podría parecer forzada, entendemos que es la más correcta, de acuerdo con un criterio sistemático. El tenor del art. 13 LO 3/2007 es reproducido literalmente en el nuevo apartado 5 introducido en el artículo 217 LEC y en el nuevo apartado 7 introducido en el artículo 60 LRJCA. Resulta absurdo interpretar que la afirmación de que corresponde a la persona demandada sólo tenga valor cuando así lo establezcan las normas procesales, pues los arts. 217 LEC y 60 LRJCA son las normas procesales llamadas a determinar qué hechos corresponde probar a la persona demandada. O bien se entiende que la fórmula “de acuerdo con las leyes procesales” hace referencia a la adecuación del cauce procesal que se ha seguido o bien que se reduce a una simple fórmula de estilo, técnicamente defectuosa, de significación confusa y prácticamente intrascendente.

Podría también entenderse que tal fórmula de estilo sólo resulta defectuosa e intrascendente en los nuevos preceptos introducidos en los artículos 217 LEC y 60 LRJCA, pero que, en cambio, mantiene su virtud limitativa del ámbito de aplicación del nuevo régimen de prueba, en el artículo 13 LO 3/2007. El nuevo régimen de carga de prueba que describe sólo resultaría aplicable cuando fuese conforme con lo establecido en las leyes procesales. Tal interpretación, no obstante, supondría confirmar el carácter programático del artículo 13 LO 3/2007 con la consecuencia de que el nuevo régimen de carga de la prueba que la persona que legisla intenta instaurar sólo resultaría aplicable en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-ad-

ministrativo, pues sólo los códigos procesales propios de estos dos órdenes se han modificado en el sentido señalado en el artículo 13 LO 3/2007.

No obstante, el propio art. 13 LO 3/2007 sólo excluye la aplicabilidad de la nueva regla de carga de la prueba, en los procesos penales, lo que parece confirmar su carácter general y, en todo caso, vinculante para los órdenes jurisdiccionales distintos del penal.

2

La aplicación de las reglas de carga de la prueba no responde a un rígido esquema normativo. El artículo 217 LEC –de carácter supletorio en todo proceso, según señala el art. 4 LEC– establece que, en la aplicación de sus reglas de carga de la prueba, “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Y así han venido haciéndolo nuestros tribunales, antes incluso de que se introdujeran específicas normas sobre alteración de las reglas de carga de la prueba.

En su sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, el Tribunal Constitucional otorgó amparo a las personas trabajadoras que habían sido despedidas, por considerar que el despido obedecía a su presentación como personas candidatas de un determinado sindicato y, por lo tanto, lesionaba el derecho a la libertad sindical. La sentencia señaló que “la dificultad probatoria de la motivación antisindical, hubiera podido obviarse trasladando a la persona contratante la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo (...)”. Y añadió: “La falta en la normativa laboral directa de precepto que recoja esta garantía o la no mención en aquellas de las personas candidatos a representantes de las personas trabajadoras, para las que se recomienda indicada protección (como hacía el art. 10 del Decreto 1878/1971), no es obstáculo a que, respecto de la libertad sindical, se reconozca que es la persona contratante la que debe probar que el despido, ta-

chado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical (...). Un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma la persona contratante la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso de la persona contratante, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional”. La anterior doctrina fue asumida por la STC 114/1989, de 22 de junio, al señalar, con cita textual de la anterior, que “cuando ante un despido se invoque por la persona trabajadora su carácter discriminatorio por vulneración del art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y de derechos fundamentales comprendidos en arts. como el 14, el 16 o el 28.1 de la Constitución, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse a la persona contratante ‘la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido’”. Se venía afirmando así que la traslación de la carga de la prueba a la persona contratante debía encontrarse en el planteamiento de una situación que generase una “razonable sospecha de discriminación”.

En materia de discriminación por razón de sexo, la aprobación del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 abril, por el que se aprobaba la Ley de Procedimiento Laboral, introdujo en su artículo 96 la previsión de que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá a la persona demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. De igual modo, el artículo 178.2 de la nueva LPL establecía, para los procesos en que se tute-



lase el derecho de libertad sindical, que “en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá a la persona demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

De la razonable sospecha de discriminación, a partir de las alegaciones del actor, se pasó a exigir, con apoyo en la LPL, la ‘constatación de la concurrencia de indicios’ de la actividad discriminatoria o lesiva de la libertad sindical. El riesgo de pasar de la deducción de la existencia de discriminación a partir de unos hechos alegados –y lógicamente probados– a la exigencia de prueba del hecho mismo de la discriminación se advierte en la siguiente argumentación del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/1992, de 14 de febrero: “para imponer a la persona contratante la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión. El anterior criterio ha sido recogido por la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, si bien no expresamente en la modalidad procesal de despido disciplinario (arts. 103 y siguientes). Así, una vez comprobada la existencia de ‘indicios’ de que se ha producido violación de la libertad sindical (o discriminación por razón de sexo), corresponde a la persona demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas aportadas y de su proporcionalidad (arts. 96 y 178.2 LPL)”.

Como señala la STC 180/1994, de 20 de junio, “tampoco se ha de situar a la persona contratante ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que el despido obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito

contrario al derecho fundamental en cuestión. A lo que debe añadirse que para imponer esta carga probatoria a la persona contratante no basta la simple alegación por parte de la persona trabajadora, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido; y a ello se refieren, precisamente, los arts. 96 y 178.2 LPL, que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo y por motivos sindicales”.

En definitiva, como señala, más recientemente, la STC 171/2005, de 20 de junio, “la persona demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, por la persona demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”.

3

Ni el nuevo apartado 5 del art. 217 LEC, ni el nuevo apartado 7 del artículo 60 LRJCA, ni con carácter general, el nuevo art. 13 LO 3/2007, aluden a la necesidad de ofrecer, junto con las alegaciones, ‘indicios de discriminación’; en definitiva –y según la interpretación jurisprudencial antes ofrecida–, no aluden a la necesidad de ofrecer prueba alguna sobre la existencia de discriminación. Tan solo aluden a que el actor hubiese realizado alegaciones que “se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo”.

Estas previsiones sobre carga de la prueba introducidas por la LO 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, responden a las previsiones de los artículos 4 de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciem-

bre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y 9 de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro. En las mismas se establece la nueva regla de carga de la prueba cuando quien alegue la existencia de una actuación discriminatoria “aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”. Aunque aducir no es sinónimo de probar, la presunción de un hecho sí requiere que el hecho indicio resulte probado de forma directa. Pero los términos de las Directivas no son técnicamente precisos. La utilización del término ‘presumir’ no responde a la introducción de una verdadera presunción. Por otra parte, nada impediría a la persona española que legisla establecer un régimen de carga de la prueba más favorable que el señalado en las Directivas, para quien alegase la existencia de discriminación.

En cualquier caso, se aprecia una variación entre el tenor de los artículos 13 LO 3/2007, 217.5 LEC y 60.7 LRJCA frente al del artículo 96 LPL que, como vimos anteriormente, contiene también reglas de carga de la prueba en los casos de discriminación por razón del sexo.

Este último precepto no ha sido modificado por la LO 3/2007. Sí lo fue por el art. 40 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Mediante esta Ley se llevó a cabo la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En esta segunda –y para este específico ámbito de las relaciones laborales– introducía medidas para garantizar la igualdad de trato de las personas con independencia de cual fuera su religión, convicciones po-



líticas o ideológicas, discapacidades que padeciese, edad u orientación sexual. No se hacía referencia, en esta Directiva, a la discriminación por razón de sexo, en cuanto que tal causa de discriminación ya había sido contemplada en anteriores Directivas: las 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 y la 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997.

La persona española que legisla procedió a una trasposición apresurada de las dos Directivas del año 2000, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, una ley comúnmente denominada de acompañamiento a los presupuestos. Resultaba una norma muy inadecuada para contener dos preceptos procesales en materia de carga de prueba. Concretamente, sus arts. 32 y 36 imponían a la persona demandada la carga de probar la proporcionalidad de las medidas que el actor considerase discriminatorias en los casos, en el artículo 32, de discriminación por razón del origen racial o étnico en el ámbito civil y contencioso administrativo, y, en el artículo 36, de discriminación por razón de origen racial, étnico, de las convicciones religiosas o de otro tipo, de discapacidad, edad u orientación sexual. Resultaba chocante que la previsión del art. 36 de la Ley 62/2003, se circunscribiera a procesos seguidos en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo respecto de actuaciones discriminatorias en el acceso al empleo, la afiliación, la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, el acceso a la actividad por cuenta propia, el ejercicio profesional o la incorporación y participación en cualquier organización que suponga el desempeño de una concreta profesión. Chocaba –como decíamos– porque el orden jurisdiccional social quedaba al margen de las previsiones del artículo 36. La insuficiencia del art. 36 de la Ley 62/2003, para dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva 2000/78/CE, fueron satisfechas por

la introducción, mediante el artículo 40 de la Ley 62/2003, de una nueva redacción del artículo 96 LPL, que ampliaba la especial regla de carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo introducida anteriormente en el proceso laboral, a los supuestos de discriminación por razón del origen racial, étnico, de las convicciones religiosas o de otro tipo, de discapacidad, edad u orientación sexual. La variación de la carga de la prueba por razón de actuaciones discriminatorias tenía, en el ámbito del proceso laboral, un supuesto de aplicación no contemplado en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo: la discriminación por razón de sexo. Esto explica que la LO 3/2007 no haya modificado el artículo 96 LPL: simplemente se ha entendido que en el procedimiento laboral ya se contenía una regla semejante –la del artículo 96 LPL– a la que venían a introducir el artículo 13 LO 3/2007 y sus Disposiciones Adicionales Quinta –para el art. 217 LEC– y Sexta –para el artículo 60 LRJCA–. Pero, efectivamente, semejanza no es identidad.

Mientras en el procedimiento laboral se exige que de las alegaciones del actor se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, las nuevas reglas de carga de la prueba de la LO 3/2007 se vinculan tan solo a alegaciones fundadas en actos discriminatorios. Por otra parte, este último régimen sólo resultaría aplicable a los supuestos de discriminación por razón del sexo, no a otras actuaciones discriminatorias por razón de la raza, etnia, religión, convicciones u orientación sexual, que tanto en la LPL como en los arts. 32 y 36 de la Ley 62/2003, exigirían la existencia de indicios fundados de discriminación.

El lector habrá advertido que hay una notable dispersión normativa de los supuestos de variación de las reglas de carga de la prueba. La identificación de la norma aplicable varía además en función de la razón de la discriminación. El deber de dar cuenta a los órganos comunitarios del exacto cumplimiento de la trasposición de las Di-

rectivas conduce en ocasiones a una simple transcripción de sus preceptos, mediante una burda adición a nuestro sistema procesal o incluso a través de leyes sectoriales aisladas, sin reelaboración alguna de las normas españolas. En este punto, se ha hecho urgente la necesidad de establecer supuestos claros de carga de prueba en materia de discriminación y con una redacción uniforme, para reducir la incertidumbre en el momento de su aplicación. Sirva de muestra un botón.

El Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, consideró en su sentencia 318/2008, de 30 de junio, que el artículo 96 LPL había quedado derogado, por aplicación de la Disposición Derogatoria única de la LO 3/2007, al exigir aquel art. 96 LPL que, en los procesos laborales en los que se alegase discriminación por razón de sexo, la actora debía acreditar indicios de vulneración de su derecho a no ser discriminada por esta razón, mientras que el artículo 13 LO 3/2007 alteraba la regla de carga de la prueba sobre la base de las alegaciones de la actora, sin necesidad de ofrecer prueba indiciaria alguna.

Sobre esta afirmación del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid deben hacerse dos advertencias.

En primer lugar, que la derogación del artículo 96 LPL en ningún caso puede ser total, sino sólo en relación con la discriminación por razón de sexo. La regla de carga de prueba establecida para el resto de supuestos de discriminación no se opone a la regulación de la LO 3/2007, en cuanto que ésta circunscribe su aplicación a los supuestos de discriminación por razón de sexo.

En segundo lugar, que la afirmación del Juzgado de lo Social tiene el carácter de un argumento *obiter dicta*, porque en el concreto supuesto enjuiciado, se reconoce por el Juzgado de lo Social “que la demandante cumplió adecuadamente las cargas probatorias, exigidas por el art. 96 LPL”. Ciertamente a continuación la Judicatura de lo Social



el artículo 96 LPL debe entenderse derogado por la nueva regulación general que se ha introducido para trasponer la Directiva comunitaria.

4

La carga probatoria no es, en cuanto que tal carga, una actividad exigible a ninguna de las partes. Actúa como un imperativo del propio interés, de modo que la falta de prueba de alguno de los extremos afirmados por una de las partes, se volverá en su contra, no como sanción, sino como ineludible consecuencia de su inactividad. El deber del tribunal de fallar en todo caso, aunque no haya logrado formar una convicción definitiva sobre los hechos alegados por las partes, conduce a que la duda que pueda albergar sobre alguno de ellos se convierta en perjuicio para la parte que no logró probarlo. Al señalarse a quien va a perjudicar el carácter dudoso de un hecho, se crea la carga de su prueba a la parte a quien pudiera perjudicar. Esta es la razón por la que la Ley de Enjuiciamiento Civil del año dos mil ha desplazado la regulación de la carga de la prueba de las normas de prueba a las que regulan los requisitos internos de la sentencia. Se sigue así una postura alumbrada por CARRERAS LLANSANA³, para quien la carga de la prueba no es una situación subjetiva de las partes, sino “una consecuencia de las reglas que regulan la operación de la judicatura en el enjuiciamiento jurisdiccional”.

La prueba de la existencia de un comportamiento discriminatorio puede resultar difícil para quien lo padece, en la medida en que la decisión discriminatoria se revista de una apariencia de legalidad. En el raro supuesto en que se produjese la exteriorización, en un documento y de forma expresa, de la negativa del acceso a un puesto público o a un puesto de trabajo en el sector privado en razón de la condición de mujer de la candidata, se dotaría a ésta de un medio de prueba en el proceso en que reclamase su derecho a un trato igualitario. Seguramente, en tal proceso, la discusión jurídica girará en torno a la naturaleza de las actividades o el contexto en que se desarrollan y

la necesidad, en consecuencia, de que las mismas sean desarrolladas por una persona de determinado sexo, por constituir tal característica un requisito profesional y determinante, como señala el art. 5 LO 3/2007. La afirmación de tal circunstancia corresponderá a la persona demandada y, en consecuencia deberá probar este extremo y su carácter legítimo y proporcionado, según resulta de lo señalado en este mismo artículo.

No obstante, como hemos señalado, la actuación discriminatoria puede encubrirse en distintas motivaciones o razones de carácter jurídico. En tales casos, la actora deberá desenmascarar cuál es la real intencionalidad o motivación de modo que el verdadero carácter de aquella actuación quede al descubierto. Vimos anteriormente cómo el Tribunal Supremo y el Constitucional habían venido entendiendo –y su postura fue acogida, aunque no con mucha claridad, en el art. 96 LPL– que la alegación del carácter discriminatorio deberá quedar respaldada por medio de indicios. Tales indicios no son sino hechos, que como tales han de ser probados. A pesar del término empleado, conviene subrayar que no nos encontramos ante una presunción⁴. El término indicios del art. 96 LPL no se emplea como referido a un hecho base que permita alcanzar, mediante un juicio lógico, la determinación del hecho presunto. La utilización del plural –‘indicios’– no deja de ser significativa. Se hace referencia aquí a la posibilidad de fundar la certeza de la judicatura sobre un hecho –o una circunstancia tan subjetiva como la motivación de una decisión– a partir de una serie de hechos interrelacionados entre sí de los que cabe extraer según las reglas de la experiencia la fijación de la realidad de aquel primer hecho, pues estos indicios no son sino consecuencia o vestigio de aquél. Esta prueba de un hecho por indicios es característica del proceso penal y radicalmente distinta de la presunción, pues mientras la prueba por indicios permite a la judicatura formar su certeza sobre un hecho, la presunción eleva la probabilidad de un hecho a certeza⁵.

insiste en que tal artículo debe no obstante considerarse derogado y que la declaración de nulidad del despido por discriminación responde a que la empresa demandada no cumplió las cargas probatorias que le resultaban exigibles.

En cualquier caso, resulta llamativo que la persona que legisla no introdujo ninguna modificación en la LPL por entender que la regla de alteración de la carga de la prueba ya se encontraba recogida en el artículo 96 LPL y que un tribunal de Madrid ha entendido que

3

“Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en *Estudios de Derecho Procesal*, con FENECH, Barcelona, 1962, p. 350.

4

Así lo ha entendido ALONSO OLEA y ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 15ª ed., Madrid, 2008, p. 210 quienes lo califican como presunción *iuris tantum* que permitiría fijar el hecho de la discriminación a partir de un indicio probado previamente por el actor.

5

Vid. ampliamente el trabajo de CARRERAS LLANSANA, “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones” *cit.*, especialmente las pp. 409 a 413.



Si el artículo 96 LPL establece que la parte actora cuando formule una pretensión por discriminación por razón del sexo deberá formular alegaciones de las que “se deduzca la existencia de indicios fundados”, no establece sino que tales alegaciones podrán probarse mediante indicios, mediante hechos concomitantes con el hecho principal –la motivación discriminatoria– que por ocultarse bajo una justificación legal resulta de difícil prueba, pero que puede deducirse del conjunto de indicios en virtud de un razonamiento lógico. Tales indicios han de ser de tal carácter, número y virtualidad que funden la convicción de la judicatura de que la actuación del demandado respondió a un móvil discriminador. El demandado, frente a tales alegaciones y prueba, podrá negar la realidad de los hechos aducidos como indicios y respaldar su negación con una contraprueba de la presentada por la persona demandante. Pero también podrá atacar el resultado probatorio que ha generado la pluralidad e interrelación de los indicios alegando y probando otros hechos que muestren que la diferencia de trato obedeció a circunstancias razonables que desbaraten la consecuencia lógica que se deducía de los indicios.

Así las cosas, ni el artículo 96 LPL, ni la jurisprudencia que lo propició y aplicó, ni los artículos 32 ó 36 de la Ley 62/2003 establecían alteración alguna de las reglas generales de carga de la prueba. El hecho de la discriminación debía ser probado por quien lo afirmase, pues tales preceptos reclamaban que sus alegaciones debían responder a “indicios fundados”. La alegación, por la persona demandada, de que su actuación respondía a una justificación objetiva y razonable y que sus medidas eran proporcionadas, reclamaba la introducción de nuevos hechos impeditivos de la eficacia jurídica que desplegaría los hechos probados por indicios y sin perjuicio de que se pudiese negar y probar tales indicios mediante contraprueba. Las previsiones de estos preceptos lo que vendrían a reafirmar es la validez en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos de la prueba indiciaria

para apreciar móviles de difícil prueba directa.

Muy distinto es el tenor de los nuevos artículos 13 LO 3/2007, 217.5 LEC y 60.7 LRJCA, en los que se establece de forma expresa que “corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”⁶. Preceptos que en su literalidad van más allá de lo establecido en las Directivas comunitarias⁷.

El artículo 13 LO 3/2007 contiene un criterio de distribución de la carga de la prueba diferente al contenido en el artículo 96 LPL, por lo que las reglas que este último artículo contiene deben entenderse derogadas, si bien únicamente, en los supuestos de discriminación por razón de sexo.

No obstante, será extraño que en la práctica, quien interponga una acción para solicitar que se respete su derecho a un trato igualitario se limite a alegar la existencia de acciones de carácter discriminatorio, sin ofrecer prueba alguna sobre la realidad de los hechos que atribuye a la persona demandada. Dado que las actuaciones discriminatorias suelen ocultarse tras actos formalmente ajustados a Derecho, la demanda será contestada con la alegación y prueba de las circunstancias que prestarán la apariencia de legalidad a la actuación del demandado. Será entonces cuando el actor se verá obligado a realizar alegaciones complementarias y a proponer prueba sobre el carácter sólo aparente de la actuación que la persona demandada considera legal y no discriminatoria. En definitiva, la alteración de la carga de la prueba no tiene trascendencia práctica cuando la actuación discriminatoria se oculta tras un comportamiento legalmente formal, pues requerirá la alegación y prueba por el actor de indicios que desenmascaren la real motivación del demandado.

No debe desconocerse que la alteración de la regla de carga de la prueba en los supuestos de posible discriminación por razón de sexo arroja una sospecha de discriminación en toda decisión o actuación que afecte a una mujer, lo que obligará a una cuidadosa preconstitu-

ción de la prueba sobre la proporcionalidad y adecuación de todas las medidas que se adopten en relación con ellas tanto en el tráfico, en el suministro de bienes y servicios, como en el acceso al empleo y a la formación profesional. La simple alegación de discriminación resultará insuficiente si la actora no se adelanta a desenmascarar, mediante prueba indiciaria, la posible motivación que ocultará la contraalegación del demandado. En conclusión, la previsión del artículo 13 LO 3/2007 tiene carácter vinculante y no programático, deroga lo establecido en el artículo 96 LPL, en relación con la carga de la prueba en supuestos de discriminación por razón de sexo, pero en la práctica, a pesar de las buenas intenciones que animan a la persona que legisla, no logrará alterar el modo de actuar de los justiciables y los tribunales.

6

En estos preceptos se señala igualmente que esta regla se aplicará cuando “las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias”. Se ha interpretado que el uso del término “fundamenten” conduce a entender que tales alegaciones deben ser probadas, en cuanto deben ser fundadas (SÁNCHEZ-URÁN, “Despido y móvil discriminatorio: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” en *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2007, p. 1.680). Pero lo cierto es que la literalidad del precepto lo que viene a decir es que se realicen alegaciones con apoyo en... sirviéndose de... –con fundamento en...– actuaciones discriminatorias. La literalidad carece de sentido y es absurda. El dominio de la lengua española por la persona que legisla es lamentable. Una alegación con fundamento en una actuación discriminatoria es algo distinto que la alegación de una actuación discriminatoria y también algo distinto de la alegación fundada de una actuación discriminatoria. Es difícil adivinar qué quiso decir la persona que legisla. En cualquier caso, en estos preceptos se establece que corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación y no sólo la proporcionalidad de la medida de trato desigual que hubiera adoptado. Tal expresión sugiere un desplazamiento de la carga de la prueba al demandado.

7

En el artículo 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre, se señala que corresponde a la persona demandada “demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato” pero siempre que el perjudicado y actor haya aducido “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”. Tales hechos, obviamente, no solo han de ser aducidos, sino probados, y operarán como indicios del móvil discriminador si la actuación discriminatoria se hubiese presentado formalmente con la apariencia de una actuación conforme a Derecho.

Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 174 TRAS LA REFORMA POR LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE

POR CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ.
Doctora en Derecho. Abogada.

E ISABEL ABELLA RUIZ DE MENDOZA.
Abogada.

1

Vid: PÉREZ YÁÑEZ, R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. "El acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social". *Relaciones laborales: Revista crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2, 2002, pp. 1.023-1.057. GALIANA MORENO, J. "Consideraciones sobre las medidas de reforma de la seguridad social del acuerdo de 13 de julio de 2006", *Foro de seguridad social*, núm. 17, 2007, pp., 154-161. SASTRE IBARRECHE, R. "Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, núm. 15/2007: "En noviembre de 2005, el MTAS presentó a los agentes sociales un documento en el que se contenían diversas propuestas de reforma del sistema de Seguridad Social con la finalidad de ser discutidas en la Mesa de diálogo social. Al mismo tiempo, el Gobierno procedió a anunciar, utilizando llamativamente el cauce de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (RCL 2005, 2570 y RCL 2006, 672, 722), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, una reforma sistemática de la pensión de viudedad. En efecto, la Disp. Adic. 54ª de la Ley adelantaba, con enrevesada redacción, la intención del Gobierno de presentar ante el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley para modificar con carácter general el régimen jurídico de la prestación, con el fin de que ésta «recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento de la persona causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos o hijas menores comunes, en el momento de fallecimiento de la persona causante». La reforma anunciada por el precepto pretende articularse sobre las siguientes líneas. Primero, parece que se trata de una reforma global y sistemática, de amplio alcance. En segundo lugar, tiene como objetivos, tanto recobrar su finalidad de sustituir las rentas perdidas como extender la cobertura a familias no matrimoniales si se da una situación de dependencia económica y/o existen hijos o hijas menores comunes, en el momento de fallecimiento de la persona causante. Finalmente y por lo que al procedimiento respecta, se busca el acuerdo de los agentes sociales dentro del proceso de diálogo social. Es en este ámbito, entonces, en el que debe ser considerado el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, precedente inmediato y origen de esta Ley 40/2007".

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 40/2007 nace con la finalidad de dar cumplimiento a una serie de compromisos asumidos en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006¹ por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, a su vez, trae causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, tal como se afirma en el Preámbulo de dicha Ley.

El Acuerdo Social de 13-7-2006 explica en su apartado III.3.a) que «la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes».

La propuesta adelantada en el Acuerdo resulta muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España.

El tratamiento de la pensión de viudedad que se pretende presenta modificaciones cualitativas y de envergadura, dirigidas, en lo principal, a delimitar su función protectora específica (vinculándola con la dependencia real de rentas recuperando su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que la persona causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares



superstites: matrimonio, parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos o hijas en común con derecho a la pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica de la persona sobreviviente respecto de la persona causante de la pensión; o personas divorciadas receptoras de las pensiones previstas en el Código Civil) y a adecuar la acción protectora dispensada a las nuevas realidades sociales de las uniones de pareja estable.

Si bien éstas son las pretensiones, la realidad es que el Preámbulo de la LMSS (RCL 2007, 2208) únicamente menciona «el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares», sin hacer referencia a la recuperación de su carácter de renta de sustitución, dejando claro que esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia su disposición adicional 25^a, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión².

En materia de supervivencia, el preámbulo de la Ley se expresa en los siguientes términos:

“Las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica de la persona conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos o hijas comunes con derecho a pensión de orfandad. También se introducen modificaciones en las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en caso de matrimonio. En los supuestos excepcionales en los que el fallecimiento de la persona causante esté ocasionado por una enfermedad común y no existan hijos o hijas comunes, se exige un período reducido de convivencia matrimonial y, de no acreditarse el mismo, se concederá una prestación temporal de viudedad. El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento de la persona causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil. Si, mediando divorcio, existiera concurrencia de personas beneficiarias con derecho a pensión, se garantiza el 40% de la base reguladora a favor del cónyuge sobreviviente o de quien, sin ser cónyuge, conviviera con la persona causante y cumpliera los requisitos establecidos. Asimismo, se prevé la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar el importe de la base reguladora del causante cuando el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70 %, con el fin de que la aplicación de éste último no vaya en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad. Finalmente, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte

derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”.

En el presente estudio, únicamente nos referiremos a los problemas que presenta el mencionado artículo, así como las diferentes interpretaciones que se vienen efectuando de dicho precepto legal por parte de la Entidad gestora y algunas de sus personas letradas³, que están planteando problemas en la realidad no sólo en los juzgados de lo social sino a la hora de regular los efectos derivados de la separación judicial y/o del divorcio, prescindiendo de otros temas que también han sido objeto de reforma, como es la pensión de viudedad de las parejas de hecho y la prestación de viudedad en los supuestos de nulidad, entre otros.

II. COMENTARIO AL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 174 DE LA LGSS

El artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 40/2007, dispone:

2

SASTRE IBARRECHE, R. “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 15/2007: “Finalmente, cabría preguntarse por el alcance de las modificaciones previstas y si estamos, realmente, ante una reforma de carácter global, como la ya citada Disp. Adic. 54^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (RCL 2005, 2570 y RCL 2006, 672, 722), quería y como desde el Gobierno se ha sostenido¹. Parece difícil afirmar que nos encontremos ante una reforma de tipo sistemático, en los términos en que este calificativo puede ser aplicado. Más bien se trata de una reforma parcial que, eso sí, despliega sus efectos, primero, sobre prestaciones importantes que constituyen el núcleo de la acción protectora del sistema en el ámbito contributivo –incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia– y, en segundo lugar, sobre la totalidad de regímenes que lo componen, con ciertos matices (art. 9, que da nueva redacción a la Disp. Adic. 8^a LGSS). Que la propia persona que legisla sea consciente del alcance limitado de la reforma lo viene a demostrar la redacción de la Disp. Adic. 25^a, ya mencionada, donde vuelve a instarse al Gobierno a estudiar la reforma integral de la pensión de viudedad, por ejemplo”.

En el mismo sentido, *vid.* MOLINS GARCÍA-ANTACE, J. “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”. *Aranzadi Social*, núm. 6/2008, Pamplona, 2008: “Esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia su disposición adicional 25^a, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión”.

3

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. “El estado civil y las prestaciones de la Seguridad Social. Especial consideración de la pensión de viudedad”, *Sepin*, núm. 82, Familia, Noviembre 2008, pp. 14 y ss.

4

Opinión compartida por BOSCH GUERRERO, C. *Sin viudos en los parques. Pensión de Viudedad en Separación o Divorcio. Nueva Regulación* en <http://noticias.jurídicas.com/ARTÍCULOS/derecho laboral>.



“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento de la persona causante.”

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de personas beneficiarias con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada una de ellas con la persona causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con la persona causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario o beneficiaria de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

La redacción de la nueva normativa que regula las pensiones de viudedad por fallecimiento de la persona causante carece de rigor científico y en la práctica está planteando problemas de interpretación, generados por la propia entidad gestora, al entender que para que las personas separadas judicialmente o divorciadas puedan tener derecho a la pensión de viudedad, la nueva redacción exige que al momento del fallecimiento sean titulares de una pensión compensatoria y ésta se extinga con el fallecimiento de la persona deudora.

Esta interpretación del precepto legal, a nuestro entender no se encuentra ajustada a derecho, ni tampoco a la equidad, puesto que tiene como consecuencia la supresión de la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio y desde luego una discriminación tanto por razón de estado civil, como por razón de sexo, teniendo en cuenta que en este país el número de viudos que tengan reconocida una pensión compensatoria y que ésta se extinga con el fallecimiento de la persona deudora es prácticamente inexistente⁴.

Para efectuar una interpretación conforme a derecho del artículo 174.2 de la LGSS hay que partir de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil para la interpretación de las normas, en el que se **ordena atender al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.**

Por su parte ha de tenerse presente que el **artículo 5.1 de la LOPJ** ordena interpretar las normas con arreglo a los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo

tipo de procesos, permitiendo el apartado 3º plantear la cuestión de inconstitucionalidad únicamente cuando por la vía de la interpretación no sea posible acomodar la norma al ordenamiento constitucional.

En consecuencia para la interpretación del Art. 174 de la LGSS, tras la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre tenemos a nuestra disposición los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico.

1

Método literal

El artículo 174.2 de la LGSS dispone:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante”.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social al establecer como requisito de nacimiento de la pensión de viudedad, en los casos de separación y divorcio, que en el momento del fallecimiento quien sea o haya sido cónyuge perciba una pensión compensatoria *ex art.97 CC* y que ésta se extinga como consecuencia del fallecimiento, se ha centrado exclusivamente en el apartado segundo del párrafo segundo del artículo 174 de la LGSS, haciendo caso omiso a lo establecido en el apartado primero, antes del punto y seguido:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

De tal forma que ha olvidado que como requisitos para el **reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio** establece:

1

Los mencionados en el párrafo primero del artículo 174 de la LGSS y

2

que sea cónyuge (caso de separación) o haya sido cónyuge legítimo (caso de divorcio), siempre que *no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente.*



Es decir, el pasaje inicial del precepto identifica determinadas personas beneficiarias de la pensión («quien sea o haya sido cónyuge legítimo»); el siguiente expresa una causa impeditiva de la adquisición del derecho (haber contraído «nuevas nupcias» *o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente*). **NO SE EXIGE MÁS PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO**, de ahí que se finalice dicho párrafo con un punto que pone fin a dichos requisitos de nacimiento del derecho.

Esta nueva redacción que recibe el art. 174.2 LGSS, mantiene, sustancialmente, en el primer inciso de su primer párrafo, la misma previsión que la contenida en el anterior artículo 174, salvo el añadido *hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente*, y la desaparición de la referencia que se contenía al artículo 101 CC, por lo que nada ha cambiado respecto al nacimiento del derecho a la prestación de viudedad y nada se dice de ello en la exposición de motivos, por lo que en principio la pensión de viudedad en este supuesto sigue manteniendo la misma naturaleza que la que regía antes de la reforma.

Por ello estimamos, que el artículo 174 de la LGSS **no contempla como requisito para el nacimiento o reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad** el que el cónyuge separado o divorciado tenga reconocida una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento de la persona causante, puesto que dicho requisito no se menciona ni tipifica de forma expresa como tal, ni tampoco se contiene en el Preámbulo de la ley.

A continuación, tras el punto que pone fin a los requisitos anteriores, contempla, a nuestro entender, un supuesto concreto para el caso de personas divorciadas o separadas judicialmente, cuyo derecho a la pensión ya ha nacido por reunir los requisitos del apartado 1º (de ahí que literalmente indique *El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente*) y que son acreedoras en el momento del fallecimiento de la persona causante de una pensión compensatoria, de ahí la utilización del gerundio **SIENDO**, a las que, en todo caso, les condiciona su derecho a la pensión de viudedad (que ya ha nacido, pues sino no hablaría de derecho a la pensión de viudedad), a que la pensión compensatoria se extinga por el fallecimiento de la persona causante, en consonancia con lo manifestado en el preámbulo de la exposición de motivos de la Ley 40/2007.

Si se exigiese como requisito para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio que el sujeto beneficiario tuviese reconocido a su favor una pensión compensatoria, ello debería haber estado incluido antes del punto y seguido a continuación de *“reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias*

o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente”, y no después del punto y seguido y en el lugar en que se encuentra.

En definitiva, lo que dice el segundo párrafo del artículo 174.2 de la LGSS es que una vez nacido ese derecho a la prestación de viudedad (de ahí la expresión literal *“El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente”*), si el o la viuda separada o divorciada fuera acreedora de una pensión compensatoria del artículo 97 del CC, en el momento del fallecimiento (de ahí la utilización del gerundio SIENDO), establece una *conditio iuris* para que ese derecho a la prestación de viudedad **produzca sus efectos** y la concreta en que esta pensión compensatoria *se extinga por el fallecimiento de la persona causante*. En conclusión, lo que está declarando el artículo 174 es la incompatibilidad entre la pensión compensatoria que sea abonada por las personas herederas ex art. 101 y la pensión de viudedad ex art. 174 LGSS.

Acudiendo al método literal, cuando el precepto utiliza la forma **“siendo acreedoras”**, en lugar del presente subjuntivo **“sean acreedoras”**, quiere decir que la condición para acceder a la prestación **no está referida a la percepción de la pensión compensatoria, sino a su extinción** en el caso de que la beneficiaria de la pensión de viudedad hubiera sido acreedora de una pensión compensatoria **en el momento del fallecimiento del marido**. Lo que se exige es que si se está percibiendo la pensión compensatoria ésta quede extinguida al fallecimiento de la persona causante. Si se hubiese pretendido condicionar el acceso de la prestación a la existencia de una pensión compensatoria la redacción habría sido diferente. Este criterio ha sido asumido en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 28 de julio de 2008, en la que literalmente se indica:

“Con arreglo al método literal, atendiendo exclusivamente a la redacción literal del precepto, no puede compartirse el argumento del INSS, pues utilizando la forma verbal de gerundio, “Siendo acreedoras”, en lugar del presente de subjuntivo “sean acreedoras”, debe entenderse que la condición para acceder a la prestación no está referida a la percepción de la pensión compensatoria, sino a su extinción en tal caso. Es decir, que lo que se exige es que si se está percibiendo la pensión compensatoria ésta quede

5

SASTRE IBARRECHE, R. “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 15/2007: “Por último, la concesión de la pensión de viudedad cuando se trata de personas divorciadas o separadas judicialmente –nueva redacción del art. 174.2 LGSS– se condiciona a la extinción, por fallecer el causante, de la pensión compensatoria o pensión de equilibrio económico de que disfrutaban al amparo del art. 97 CC (LEG 1889, 27). Como es sabido, este último precepto otorga, en efecto, el derecho a una compensación al cónyuge al que la separación o el divorcio ocasiona «un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». La compensación se traduce, bien en una pensión temporal o por tiempo indefinido, bien en una prestación única, de acuerdo con lo previsto en el convenio regulador o en la sentencia”.



extinguida al fallecimiento de la persona causante. Téngase en cuenta que el art. 101 del CC contempla la posibilidad de que la pensión compensatoria subsista tras la muerte de la persona deudora, pasando a gravar a sus herederos (como se comprenderá, tal y como mas adelante se apuntará, esta circunstancia únicamente se dará en el caso de grandes patrimonios con muy elevado nivel de vida). Si se hubiera pretendido condicionar el acceso de la prestación a la existencia de una pensión compensatoria la redacción hubiera sido muy distinta (por ejemplo, “el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, quedando ésta extinguida por el fallecimiento de la persona causante, habiéndose subrayado las diferencias con el texto vigente).

A mayor abundamiento, si se exigiese siempre como requisito del nacimiento del derecho a la prestación de viudedad que la persona beneficiaria tuviese reconocida una pensión compensatoria y que ésta se extinguiese con el fallecimiento de la persona deudora, **no podría afirmarse que haya surgido derecho alguno a la pensión de viudedad si no se reúnen dichos requisitos** y eso no lo ha querido la persona que legisla, puesto que el polémico párrafo parte de estimar que si ha nacido ese derecho sin necesidad de cumplirse dichos requisitos: “*El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente*”.

Por ello, utilizando el método literal de interpretación ha de concluirse que como requisitos para el **reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio** establece:

1

Los mencionados en el párrafo primero del artículo 174 de la LGSS y

2

que sea cónyuge (caso de separación) o haya sido cónyuge legítimo (caso de divorcio), siempre que *no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente.*

La *conditio iuris*, a la que el artículo 174 de la LGSS supedita un derecho, como es el derecho a la pensión de viudedad, que ya ha sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos anteriormente exigidos, es que siendo la viuda separada o divorciada acreedora de una pensión compensatoria del artículo 97 del CC, exige que esta pensión compensatoria se extinga por el fallecimiento del causante⁵. **Es decir que lo que restringe y en consecuencia le confiere efectos resolutorios es que una persona perciba de las personas herederas del difunto una pensión compensatoria ex artículo 101 y de la Seguridad Social una pensión de viudedad ex art. 174.**

Por otro lado, el artículo 174 indica que el momento del fallecimiento de la persona causante es el que debe valorarse si se produce la extinción de la pensión compensatoria, lo que significaría que **su privación o el no reconocimiento o renuncia de la pensión compensatoria antes del fallecimiento no impediría absolutamente el reconocimiento posterior de la pensión de viudedad, siempre que se den los requisitos que el artículo 174 dispone en el párrafo primero y segundo.**

2

Método histórico

Dado que el artículo 3.1 del CC exige interpretar las normas según los antecedentes históricos y legislativos, es preciso examinar:

1

Situación anterior a Ley 30/1981. DA 10^a

1. En los orígenes: **La situación de dependencia económica en ocasiones se presumía, a los efectos de considerar la pensión de viudedad como una prestación sustitutoria de la merma de ingresos ocasionados por el fallecimiento de la persona causante. Decreto 22 de Junio de 1956** recogía como sujeto beneficiario de la pensión de viudedad **a la viuda**, para quien presumía la situación de dependencia económica. El viudo solo tenía derecho si probaba la situación de necesidad.
2. Con la Ley 24/1972 **no se volvió a plantear el hecho de que la pensión de viudedad fuera sustitutoria de los ingresos de la persona causante y que el fallecimiento hubiera ocasionado una situación de necesidad** consecuencia directa de la merma de ingresos de la unidad familiar producida por el óbito. **Tampoco se planteó la incompatibilidad entre trabajo y pensión.** Estableció *presunción iuris et de iure* de la situación de necesidad de la viuda, de tal forma que cumpliendo **el requisito de la convivencia se accedía a la prestación.**
3. **Decreto 2065/1974 de 30 de mayo.** Requisito para ser beneficiaria de pensión de viudedad: **convivencia con la persona causante hasta el fallecimiento**, sin hacer referencia a situación de dependencia de la viuda que atribuyera a la pensión de viudedad carácter de renta sustitutoria de la aportada por el fallecido.
 - Excepción. En caso de **separación**, que hubiese sido **declarada inocente o el marido estuviese obligado a prestarle alimentos.**
 - Ante estas disposiciones la doctrina del Tribunal Central de Trabajo **se centró en ese requisito de la convivencia** que era exigida como condición indispensable, salvo los supuestos de declaración de inocencia, en los casos de separación judicial, puesto que como señalaban sus sentencias, con las prestaciones de viudedad se intenta compensar la pérdida del mutuo auxilio implícito en la vida en común.



De todo lo anterior se evidencia que **desde sus orígenes en el caso de la viuda no era preciso acreditar la dependencia económica**, sino **que ésta se presumía**, supeditando el nacimiento del derecho a la mera convivencia.

2

Situación tras Ley 30/1981. DA 10^a

1. DA 10^a Ley 30/1981 admitió reconocimiento de la pensión de viudedad en supuestos de separación, nulidad y divorcio tomando como parámetro: **Periodos de convivencia**.
2. Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio mantuvo reconocimiento de pensión de viudedad para el cónyuge, con independencia de su sexo, admitiendo la pensión de viudedad en supuestos de separación, nulidad y divorcio tomando como parámetro: **Periodos de convivencia**.

El reconocimiento de la prestación al separado o al divorciado, únicamente puede derivar de que en su momento «se convivió y ganó día a día esa posible cualidad que puede darle derecho al beneficio».

En los supuestos de crisis matrimoniales, la persona que legisla se ha visto obligada a tener en cuenta la propia realidad matrimonial para extender la pensión en los supuestos de separación de los cónyuges, sin necesidad de acreditar la dependencia económica, ni la insuficiencia de recursos del beneficiario de la prestación. **NO SE EXIGE LA EXISTENCIA EN VIDA DE LA PERSONA CAUSANTE DE UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EFECTIVA**, que determine la protección a la muerte de la persona trabajadora o pensionista, de una situación real de necesidad.

La justificación de la pensión de viudedad **reside en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio** procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad **siga después de la muerte de uno de ellos**. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, considera que la pensión de viudedad se configura legítimamente como una prolongación de la situación matrimonial, “un reconocimiento de efectos jurídicos *post mortem*”. En esta línea el Tribunal Supremo, en Senten-

cia de 26 de mayo de 2004 ha indicado que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como **“una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia”**.

En consecuencia, ni la LGSS ni las normas reglamentarias aplicables han dispuesto de requisitos adicionales para acceder a la pensión de viudedad, sin que exista antecedente histórico alguno que permita efectuar una interpretación a favor de condicionar el nacimiento del derecho a la prestación a la percepción por la persona beneficiaria de una pensión compensatoria, lo que determina que si las normas han de interpretarse conforme a los antecedentes históricos y legislativos, haya de concluirse que no es ajustado a derecho establecer que la pensión compensatoria es un requisito para el nacimiento del derecho a la prestación de viudedad.

3

Método teleológico

Además de lo anterior, si utilizamos el método **teleológico** de interpretación, al objeto de atender cuál pudo ser la voluntad de la persona que legisla, se hace necesario examinar el Preámbulo de la Ley 40/2007, tenemos que El Preámbulo de la **LMSS (RCL 2007, 2208)** únicamente menciona **«el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares»**, **sin hacer referencia a la recuperación de su carácter de renta de sustitución en los casos de separación y divorcio ni en los demás supuestos**.

Esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia **su disposición adicional 25^a**, que prevé que el **Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la *reforma integral* de esta pensión**.

La reforma integral de la pensión de viudedad y la finalidad de que recupere el carácter de renta de sustitución resulta muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España y por eso no se ha efectuado en esta reforma, ni puede interpretarse los preceptos a favor de este cambio de naturaleza de la pensión de viudedad, máxime cuando no se menciona tal extremo ni siquiera en el preámbulo de la Ley.

Igualmente se observa que referente a esta materia se indica en el Preámbulo: **“El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento de la persona causante de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC”**. **NO MENCIONA COMO CONDICIÓN DEL ACCESO EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA**. De estas menciones puede concluirse que la voluntad de la persona que legisla **fue fijar como condición que la pensión compensatoria se extinga por**



el fallecimiento de la persona causante, Y NO QUE CON ANTERIORIDAD LA MISMA ESTUVIERA FIJADA.

Lo que la persona que legisla ha querido introducir ha sido una incompatibilidad entre la pensión compensatoria que paguen las personas herederas y la pensión pública de viudedad. Si la voluntad de la persona que legisla hubiera sido otra y la que postula el INSS así la habría apuntado, habiéndose manifestado en la exposición de motivos un hecho tan importante como el cambio de naturaleza de la pensión de viudedad, cuando ello significaba romper con todo el sistema anteriormente legislado y cuando atenta dicho cambio a la seguridad jurídica.

En este sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona en sentencia de 28 de julio de 2008 núm. 343/2008.

“Pasando ya, por tanto, al método teleológico de interpretación, al objeto de atender a cuál pudo ser la voluntad de la persona que legisla la primera fuente de conocimiento la encontramos en el propio preámbulo de la Ley 40/2007, cuyo redactado coincide con el de la exposición de motivos del proyecto de ley. Se apunta lo siguiente: “El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento de la persona causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC”. La mención es muy escueta, pero suficientemente ilustrativa de la voluntad de la persona que legisla, lo que pretende fijar como condición es que se extinga la pensión compensatoria por el fallecimiento de la persona causante, y no que con anterioridad la misma estuviera fijada. Es decir, tal y como apunta la parte actora, se introduce una incompatibilidad entre la pensión pública de viudedad y la pensión compensatoria. Si otra hubiera sido la intención de la persona que legisla, bien pudiera haberla apuntado especialmente si era tan relevante como pretende el INSS, pues supondría privar de la posibilidad de acceder a la pensión pública de viudedad a un colectivo muy numeroso; cada vez más pues en nuestra sociedad actual hecho notorio es que cada vez proliferan más las separaciones y divorcios y que afortunadamente, cada vez existe menos desequilibrio entre cónyuges, principal fundamento de la pensión compensatoria.

Además, la reforma tiene su lógica, pues como antes ya se ha apuntado, la regla general es que la pensión compensatoria pueda extinguirse al fallecimiento de la persona deudora, a petición de las personas herederas. Únicamente subsistirá la obligación de seguir abonándola a cargo de la herencia de la persona deudora en el caso de grandes patrimonios, en los que se trata de garantizar a ambos cónyuges de por vida el elevado nivel de renta del que disfrutaban constante matrimonio. Y lógico, es que también en estos casos, al no existir situación de necesidad, no se permita el acceso a la prestación pública de viudedad.

Sorprendería otra interpretación cuando precisamente la última reforma del artículo 97 del CC, llevada a cabo por la

ley 15/2005, ha introducido la posibilidad de fijar la compensación no sólo mediante una pensión vitalicia sino también mediante una pensión temporal o una prestación única”.

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 174.2 LGSS Y SITUACIONES DISCRIMINATORIAS QUE ATENTAN CONTRA EL ARTÍCULO 14 CE Y EL ARTÍCULO 2 DE LA LGSS

El artículo 14 de la CE establece: “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”.

El artículo 2 de la LGSS dispone: “Principios y fines de la Seguridad Social.

1

El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

2

El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley”.

Interpretar el precepto en el sentido de supeditar el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad a que en el momento del fallecimiento se esté percibiendo una pensión compensatoria y que ésta se extinga por el fallecimiento del deudor, genera situaciones discriminatorias por razón del estado civil, del sexo y de los efectos que regulen las separaciones judiciales y el divorcio y atenta precisamente al propósito de que la pensión de viudedad recupere su naturaleza de renta de sustitución.

No es ajustado a derecho indicar que en los casos de ausencia de pensión compensatoria, la muerte no produce merma de ingresos, puesto que precisamente en estos casos EXISTE UNA MERMA DE INGRESOS Y UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD.

Esta interpretación da lugar a situaciones en las que se está privando de una pensión de viudedad a un hombre o a una mujer separada judicialmente, que al fallecimiento de la persona difunta sigue ostentando la condición jurídica de cónyuge, en cuyo convenio regulador homologado judicialmente o en la sentencia de separación, se ha fijado con cargo al cónyuge el abono de una cantidad en concepto de CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO Y ALIMENTOS DE HIJOS E HIJAS, de la que se va a ver privada como consecuencia del fallecimiento de la persona causante y el cónyuge ha renunciado a la pen-



sión compensatoria; puesto que en este caso el fallecimiento de la persona causante sí extingue tanto la obligación de pago de la contribución a las cargas del matrimonio, ya que el matrimonio se disuelve por la muerte del esposo y esta obligación no se transmite a las personas herederas y la obligación de alimentos también se extingue con el fallecimiento de la persona deudora, tal como dispone el artículo 150 CC.

En este supuesto, muy común en la realidad social, **la falta o minoración de ingresos y en consecuencia la situación de necesidad que tiene la esposa tras el fallecimiento del marido es evidente, ya que tiene que atender sola a las cargas familiares y mantener a los hijos e hijas que conviven con ella en el hogar familiar, habiéndose quedado sin la cantidad que el esposo le abonaba en concepto de cargas del matrimonio y alimentos de los hijos e hijas, negándole la Entidad demandada el derecho a una pensión de viudedad, de forma contraria a derecho.**

Si la pensión de viudedad, según el acuerdo de 2006 trata de paliar la falta de ingresos económicos por causa de la muerte de uno de los cónyuges o ex cónyuges, cuestión que no lo dice explícitamente en la exposición de motivos de la reforma, no es fácilmente comprensible y desde luego es antijurídico, que se deniegue una pensión de viudedad a una persona a quien la persona causante estaba obligada a abonar una cantidad **en concepto de contribución de cargas del matrimonio y alimentos para hijos e hijas comunes** y que como consecuencia del fallecimiento se ve privada de este ingreso y se encuentra con que ella sola ha de sostener las cargas familiares y procurar los alimentos a sus hijos e hijas, pues es evidente que en este supuesto que se da en la realidad social, la muerte de su esposo, le DEJA SIN LOS INGRESOS ECONÓMICOS fijados en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos y pese a que en este supuesto la pensión de viudedad tendría el carácter de renta de sustitución, por parte de la entidad gestora se deniega el derecho a una pensión de viudedad.

Esta interpretación de limitar la concesión de la pensión de viudedad a las personas acreedoras de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento de la persona causante que se extinga como consecuencia del fallecimiento del mismo es totalmente discriminatoria e infringe claramente el **artículo 14 de la CE y el artículo 2 de la LGSS, puesto que ello implicaría que a los viudos (hombres) se les privaría de una pensión de viudedad, a la que antes tenían derecho, dado no existen prácticamente pensiones compensatorias a favor de maridos o ex esposos. Los datos del INE, que pueden observarse en Internet corroboran esta afirmación.**

Si a los viudos se les priva de la pensión de viudedad por no ser acreedores de una pensión compensatoria, **esta exigencia debería ser declarada inconstitucional**, tal como ya tuvo ocasión de declarar la **STC 103/1983, 22 de noviembre y la núm. 140/1984 de 23 de noviembre**, respecto al requisito que se exigía en el artículo 160.2 de la

LGSS en su redacción originaria que requería la dependencia económica de la esposa. Esta misma argumentación se reiteraría en sucesivas sentencias, concretamente en **STC 104/1983, 23 de noviembre**, entre otras.

En definitiva, la interpretación que postula la entidad gestora y que ha sido estimada en la sentencia de instancia, provoca una **Discriminación que atenta al art. 14 de la CE y al artículo 2 de la LGSS, al introducir desigualdad de trato** que se evidencia en los siguientes supuestos:

a

Personas viudas de **matrimonio en vigor con convivencia** en relación con las personas viudas divorciadas o separadas judicialmente

- Viudas de Matrimonio en Vigor: **no se exige prueba de la dependencia económica interconyugal**. Es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. Mantiene carácter asistencializador o de renta diferida (SSTS 14 y 23 de Julio 1999).
- Personas divorciadas o separadas judicialmente **exige prueba de dependencia económica interconyugal** pero únicamente restringida a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento de la persona deudora. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. NATURALEZA SUSTITUTORIA.

b

Personas viudas de matrimonio en vigor **sin convivencia separadas de hecho** en relación con las personas viudas divorciadas o separadas judicialmente

- Matrimonio en Vigor sin convivencia separados **de hecho**. No se exige prueba de la dependencia económica interconyugal. Es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. Mantiene carácter asistencializador o de renta diferida (SSTS 14 y 23 de Julio 1999).
- Personas divorciadas o separadas **judicialmente exige prueba de dependencia económica** interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento de la persona deudora. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. NATURALEZA SUSTITUTORIA.

c

Viudos en general frente a viudas divorciadas o separadas judicialmente

- VIUDOS. **No tienen pensiones compensatorias reconocidas**. Lo que determinaría que dicha interpretación sea declarada inconstitucional, (STC 103/1983 22 de Noviembre respecto al requisito que se exigía en el art. 160.2 de la LGSS en su redacción originaria que requería la dependencia económica de la esposa.

**d**

Personas viudas divorciadas o separadas judicialmente acreedores de pensión compensatoria (art.97) en relación con personas viudas acreedoras **de una pensión de alimentos para hijos e hijas y contribución a las cargas del matrimonio**

- Personas divorciadas/separadas judicialmente acreedores de pensión compensatoria: **exige prueba de dependencia económica** interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento de la persona deudora. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. NATURALEZA SUSTITUTORIA.
- Personas divorciadas/separadas judicialmente acreedores de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de hijo e hija, que si se extinguen por el fallecimiento **NO TIENEN DERECHO A VIUDEDAD, a pesar de que se pruebe la dependencia económica.**

A título de ejemplo de otra gravísima discriminación anticonstitucional que sufren las viudas por el mero hecho de haber estado divorciadas o separadas judicialmente sirve el siguiente ejemplo: mujer joven de 23 años, que lleve formalmente casada sólo dos años con un hombre joven de 25 años, y quede viuda por fallecimiento de su esposo por accidente o enfermedad, sin necesidad de que éste haya cotizado a la Seguridad Social un plazo determinado ni de ningún otro requisito tiene derecho, vía complemento de mínimos, a percibir íntegra la cuantía mínima de la pensión de viudedad si carece de otros recursos, puesto que es “mínima” y no puede ser reducida so pena de incurrir en ilegalidad.

Por el contrario, una mujer si es viuda divorciada o separada judicialmente y carece de otros recursos, sólo percibirá una pensión si tiene reconocida una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento de la persona deudora y en otros casos, no percibirá ni los mínimos. En consecuencia, la pensión de viudedad ni es igual ni es UNIVERSAL PARA TODAS LAS PERSONAS VIUDAS ESPAÑOLAS, VULNERANDO LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES QUE PROHÍBEN TODA DISCRIMINACIÓN Y DESIGUALDAD.

La interpretación facilitada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al párrafo 2º del artículo 174 de la LGSS, convierte a la prestación de viudedad en COMPENSATORIA DE UN ESTADO CIVIL (el de casado) y discriminatorio respecto a otro estado civil (divorciado o separado judicialmente), antes que en remedio para una situación real de necesidad.

Además, **prácticamente llevaría a suprimir la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio**, ya que únicamente se reconocería la pensión de viudedad a las mujeres viudas a quienes se hubiera reco-

nocido una pensión compensatoria ex artículo 97 –puesto que es difícilísimo encontrar viudos acreedores de una pensión compensatoria– y la misma estuviera vigente en el momento del fallecimiento de la persona causante y además que se extinguiera con el fallecimiento de la persona causante, de tal forma que si la pensión compensatoria como indica su naturaleza y el artículo 101 CC pasa a las personas herederas tampoco se reconocería pensión de viudedad a la viuda. SUPUESTO PRÁCTICAMENTE INEXISTENTE, pues sólo tendría lugar en el caso de que NO EXISTIERAN PERSONAS HEREDERAS DEL DEUDOR OBLIGADAS AL PAGO.

Por el contrario la interpretación del precepto se postula en el presente estudio, no genera situaciones discriminatorias en lo que se refiere al nacimiento del derecho a la prestación de viudedad, conservando en todos los casos la pensión de viudedad su naturaleza o carácter asistencializador.

IV. LA RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA ANTERIOR AL 1 DE ENERO DE 2008. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 174.2 LGSS

La pensión compensatoria a la que pretende supeditarse por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social el nacimiento del derecho a la prestación de viudedad, ha sido durante mucho tiempo una pensión eminentemente temporal y en la actualidad, la realidad social nos muestra la existencia de **miles de convenios reguladores que no pactaron pensión compensatoria, por cuanto en el momento de su separación o divorcio, la renuncia a la pensión compensatoria no tenía efecto alguno reflejado en las pensiones de la Seguridad Social, al estar en vigor la Disposición Adicional 10 de la Ley del Divorcio 30/1981 y la redacción del artículo 174 tras la reforma operada en 1994.**

La exigencia de este requisito tiene como efecto hacer extensible la renuncia a la pensión compensatoria efectuada antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 a la pensión de viudedad que se devengue a partir del 1 de enero de 2008, adjudicando a la renuncia mayor alcance que el que de modo expreso le otorgaron las partes, tratándose como se trataba de un negocio jurídico privado, sin que haya de afectar a **los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 3 de la LGSS.**

Este efecto demuestra que la interpretación que efectúa el Instituto Nacional de la Seguridad Social atenta contra normas de orden público (art. 6 del Código Civil y 3 de la Ley General de la Seguridad Social), por lo que no puede reputarse ajustada a derecho.

Son miles los convenios reguladores homologados antes del 1 de enero de 2008, en los que se contienen cláusulas de renuncia a pensiones compensatorias. En el mo-



mento en que se efectuó la renuncia a la referida pensión compensatoria, la misma no tenía efecto alguno en el sistema de la Seguridad Social, pues regía lo establecido en la DA 10 de la Ley 30/1981 que reconocía el derecho a la pensión de viudedad, sin ningún otro requisito que ser o haber sido cónyuge. Precepto que se plasmó en el artículo 174 tras la redacción dada por el **Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que es el que ha estado en vigor hasta el 1 de enero de 2008.**

En consecuencia **la renuncia a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil AFECTABA EXCLUSIVAMENTE A ÉSTA, conservando sus derechos a una pensión de viudedad, en el caso de que acaeciera el fallecimiento de su cónyuge.**

La interpretación que se postula por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y algunos autores, a la sazón, personas letradas de la Administración de la Seguridad Social, tendría como consecuencia que todos aquellos matrimonios en los que los cónyuges renunciaron a la pensión compensatoria, antes del 1 de enero de 2008, y que tenían un **derecho expectante a la pensión de viudedad**, verían extendida dicha renuncia a la compensatoria a la pensión de viudedad, en contra de lo dictaminado de forma unánime por la jurisprudencia hasta el momento en las siguientes sentencias:

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750), razona:

“Al amparo del artículo 190, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el cuarto motivo del recurso inaplicación de la norma 5ª de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981/1700 y Ap NDL 2355). Se razona en su contenido que, habida cuenta de la renuncia de la primera causahabiente a una posible pensión de divorcio, dicha renuncia ha de surtir efectos del mismo modo en cuanto a la pensión de viudedad, por lo cual esta prestación debe corresponder en su integridad a la persona recurrente.

Dicha argumentación no puede ser acogida, pues no cabe adjudicar a la renuncia referida mayor alcance que el que de modo expreso le otorgaron las partes, tratándose, como se trataba, de un negocio jurídico de carácter privado, sin que haya de afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 (RCL 1974, 1482 y NDL 27361) (actual artículo 3) de la Ley General de la Seguridad Social”.

STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 1998.
Ponente: Juan Carlos Iturri Garate:

“Se entiende que la renuncia a pensión compensatoria prevista en el Convenio regulador del divorcio ratificado ju-

dicialmente se extiende a la pensión de viudedad y la misma es válida.

El carácter irrenunciable de los derechos conferidos en la Ley General de la Seguridad Social previsto en el artículo 3 de la Ley General de la Seguridad Social abarca también el previsto para el que fue divorciado del difunto, en relación con la pensión de viudedad del artículo 174.2 de la propia Ley y siempre y cuando no se de el supuesto previsto en el artículo 174.3 de tal Norma en relación con el artículo 101 del Código Civil, pues está previsto en la Ley.

Por otra parte, la validez de la renuncia se condiciona en el citado Código Civil a determinados presupuestos, entre ellos que no contraríe el orden público.

Se impone una interpretación integradora de ambas normas que lleva a entender que cuando se establece la irrenunciabilidad de tales derechos expresamente y por Ley es porque se considera que lo es porque se trata de materia de orden público (tratamos de prestaciones públicas, reguladas en su mayor parte por normas imperativas) y por tanto, la renuncia a tales derechos contraría el orden público.

La irrenunciabilidad de un pacto en el sentido expuesto por la recurrente es afirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 enero 1996 (AS 1996/750).

Por otro lado, el hecho de pactar la renuncia a la pensión compensatoria en el divorcio (artículos 97 y siguientes del Código Civil) no permite llegar a considerar que se extendiese la misma a la pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social, pues es tradicional considerar el carácter restrictivo al interpretar la renuncia, sin que quepa entender incluidos derechos distintos de los expresamente señalados en la renuncia. Uno y otro derecho son distintos”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Suplicación Núm. 221/2008, ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al artículo 174.2 LGSS y establece:

“De todas maneras, dejando ahora al margen esta cuestión terminológica, que no es irrelevante en derecho en cuanto que destaca dos situaciones distintas que pueden ser reguladas por la persona que legisla de manera distinta, la finalidad del precepto del art. 174.2 de la LGSS. en la redacción adoptada a partir del texto refundido de la LGSS. de 1994 es muy clara a la vista de su enunciado. Tal finalidad es que, sean cuáles sean las causas de la separación matrimonial o de la disolución del matrimonio, éste genera de manera mecánica un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) que sólo se desvanece cuando el ex cónyuge contrae nuevas nupcias. Tal derecho a la pensión de viudedad (o asi-

milada a viudedad) se concibe así como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación «en interés de la familia» a que les obliga el estado de casados (artículos 67 y 68 del Código Civil [LEG 1889, 27] -CC-).

Cuando se devenga o materializa a la muerte de la persona causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del ex cónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge (o cónyuge separado) fallecido. La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha aplicado este criterio de proporcionalidad tanto al supuesto de pensión asimilada de viudedad en favor de ex cónyuge divorciado que no concurre con otro beneficiario o beneficiaria de pensión de viudedad (STS 14-7-1999 [RJ 1999, 6803], 23-7-1999 [RJ 1999, 7752], 17-1-2000 [RJ 2000, 978], 20-3-2000 [RJ 2000, 2865] entre otras) como al supuesto de concurrencia de pensión en favor del viudo o viuda propiamente dichos con pensión en favor de ex cónyuge divorciado (STS 21-3-1995 [RTC 1995, 2171], 10-4-1995 [RJ 1995, 3032], 26-4-1995 [RJ 1995, 3733], 10-11-1999 [RJ 1999, 9501], 27-1-2004 [RJ 2004, 849], entre otras).⁶

En definitiva la interpretación que se efectúa por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, del art. 174 de la LGSS es contraria a los principios y derechos antes mencionados, puesto que atenta contra el principio de seguridad jurídica, el principio de irrenunciabilidad de la pensión de viudedad y además pretende aplicar sus efectos a situaciones realizadas antes de su entrada en vigor que restringen derechos individuales. Esto no se produciría si se interpreta el art. 174.2 LGSS en el sentido que se postula en el presente estudio de entender que lo que la norma dice y quiere decir es que a partir del día 1 de enero de 2008 se produce una incompatibilidad entre la pensión de viudedad del art. 174.2 de la LGSS y la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil.

En este sentido se ha pronunciado favorablemente el Juzgado de Barcelona núm. 26 en sentencia de 28 de julio de 2008:

«A mayor abundamiento, debe destacarse que la posición del INSS podría dar lugar a un resultado contrario al artículo 9 de la Constitución, no por un supuesto carácter retroactivo de la norma, que no lo tiene, sino por poder afectar a un esencial principio de seguridad jurídica, pues un colectivo de miles de eventuales personas beneficiarias pudieran verse privadas del acceso a una prestación pública de

la relevancia social de la de viudedad en atención a actos jurídicos en ocasiones muy remotos en el tiempo (las pretensiones ejercitadas en los procesos matrimoniales y los convenios celebrados en su seno) y en los que ni siquiera era dable imaginar que quizás en el futuro su postura podría determinar el acceso a la pensión de viudedad. Asimismo, el criterio del INSS, de confirmarse, provocaría un aumento de la litigiosidad en los procesos matrimoniales, e incluso podría dar lugar a acuerdos fraudulentos (por ejemplo pactando una exigua pensión compensatoria de un euro al mes) para eludir la eventual condición de acceso a la prestación».

De igual manera se pronuncia María Antonia Pérez Alonso⁶, al establecer “no obstante esta exigencia de carácter económica exigida a los ex cónyuges divorciados, separados judicialmente y con matrimonio declarado nulo sólo se exige, según la Disposición final tercera de la Ley 40/2007, a partir de los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la norma, esto es, 1 de enero de 2008, si bien en mi opinión la exigencia de la necesidad de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil o de la indemnización a la que se refiere el artículo 98 del Código Civil si se aplica a muertes producidas a partir del 1 de enero de 2008 con divorcios, separaciones o nulidades generadas antes de dicha fecha va a dejar desprotegidas a muchos ex cónyuges que, en el momento de su divorcio, no pactaron la pensión compensatoria en aras de aligerar el proceso de separación o divorcio o nulidad matrimonial; por tanto parece más lógico que resulte aplicable en los procesos de disolución producidos a partir de 1 de enero de 2008”.

4

Artículo 174 LGSS y colisión con los artículos 97, 101 y siguientes del Código Civil

La pretensión de equiparar la naturaleza de la pensión contemplada en el artículo 97 del Código Civil con la de la pensión de viudedad prevista para los casos de separación judicial o divorcio, es en nuestra opinión errónea, dejando fuera otros supuestos en los que verdaderamente existe una situación de dependencia del cónyuge histórico separado judicialmente, como son los supuestos en que en el convenio regulador la persona deudora está obligado al abono de una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.

La norma general que se establece en el artículo 97 del Código Civil es la de que no existe un derecho a pensión en todos los casos y que sólo se acreditará cuando se produce la existencia de desequilibrio económico patrimonial, que constituye el supuesto de hecho para su reclamación; en consecuencia, sólo surge la pensión de viudedad, cuando dándose las circunstancias previstas en el artículo 97 la pactaron los cónyuges en el convenio regulador –artículo 90.C) del Código Civil– o cuando la establece la judicatura.

⁶ PÉREZ ALONSO, M.A. Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15.



Por otro lado, la pensión compensatoria⁷ no es una pensión de derecho necesario sino de derecho positivo, en palabras del Tribunal Supremo (STS 2 de diciembre de 1987) “no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes”. Por ello, aún existiendo desequilibrio económico real, la pensión puede existir o no, pues puede ser renunciada.

En el supuesto de pensión de viudedad del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, su razón y fundamento no es el desequilibrio económico de los cónyuges, sino el fallecimiento de uno de ellos. La prestación de muerte y supervivencia, como prestación de protección familiar que es, **está asentada además de en un principio de solidaridad genérico, en un principio de solidaridad entre los “próximos”,** procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad **siga después de la muerte de uno de ellos.**

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, considera que la pensión de viudedad se configura legítimamente como una prolongación de la situación matrimonial, “*un reconocimiento de efectos jurídicos post mortem*”. En esta línea el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 2004 ha indicado que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como **“una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia”**.

Además en la actualidad, tras la última reforma sufrida en 2005, la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil⁸ se concibe, en principio, **de forma temporal** y no permanente, porque su verdadera naturaleza es la de corregir la descompensación económica en los patrimonios de los cónyuges hasta que el que percibe menos ingresos se rehaga (sentencias del TS/I de 9-12-2005 [RJ 2005, 7.840], recurso 1.024/2005 y 28-4-2005 [RJ 2005, 4.209], recurso 307/2005).

Resulta anómalo que la pensión compensatoria, en principio, sea temporal, y la pensión de viudedad que la sustituye, sea permanente. Puede suceder que la persona beneficiaria estuviera percibiendo una pensión *compensatoria* que se iba a extinguir el mes siguiente al fallecimiento de la persona causante, pero como la estaba percibiendo al fallecer éste y se extinguió por su fallecimiento (aunque sólo le quedase un mes), pasa a percibir una pensión de viudedad vitalicia.

También deberá tenerse en cuenta que una pensión compensatoria temporal que se extinga antes de la muerte de la persona causante implicará la imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad y si la tendencia tras la reforma civil del año 2005 es atribuir a las pensiones compensatorias un carácter temporal, la consecuencia obvia es la **DESAPARICIÓN DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN Y DI-**

VORCIO. Evidentemente vincular la existencia de una pensión de viudedad a la existencia o no de una prestación compensatoria distorsiona los principios a que responde el sistema protector de la Seguridad Social.

Por otro lado se produce una colisión y contradicción evidente entre el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 101 del Código Civil, en el que se contemplan unas causas taxadas y numerus clausus que producen la extinción de la pensión compensatoria y en el que de forma expresa se indica: “EL DERECHO A LA PENSIÓN NO SE EXTINGUE CON EL SOLO FALLECIMIENTO DE LA PERSONA DEUDORA”.

¿Cómo es posible que el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social pretenda imponer como requisito para que el derecho a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas una *conditio iuris* que contradice claramente el artículo 101 CC?

Esto únicamente puede explicarse desde la existencia de un error y desde la no distinción entre la pensión compensatoria y el resto de efectos de la separación judicial o divorcio. Si lo que quería la persona que legisla era que

7

Sobre la pensión compensatoria, *vid*, entre otros.: CAMPUZANO TOMÉ, H. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, 1986. HAZA DIAZ, P. *La pensión de separación y divorcio*. La Ley, Madrid, 1989. Idem: “La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio”, AC, núm. 32, semana 5/11 de septiembre de 1988. GARCIA MANCIBO, M. y LLERANDI GONZÁLEZ, N. *La pensión compensatoria entre cónyuge: su limitación temporal*. Estudio de Jurisprudencia, Cuadernos de Jurisprudencia, servicio de Publicaciones Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, Julio 1995. *Comentarios a las reformas de derecho de familia, artículos 97 a 101*, Vol. I, Madrid, 1984, pp. 415 y ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. “Transmisión mortis causa del pago de la pensión pro separación y divorcio”, RGD octubre-noviembre 1993, pp. 9.619 y ss. HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S. “La pensión compensatoria”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.873, de 15 de julio de 2000. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio (naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción)*, Valladolid, 2001.

8

Art. 97 del Código Civil en la redacción actual, tras la reforma producida por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio dispone: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia*”.

9

LLORENTE ÁLVAREZ, A. *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008.

10

El Art. 39 CE: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

11

LLORENTE ÁLVAREZ, A. *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008, p. 237. No compartimos el criterio expresado por el autor de entender que con la nueva redacción se ha introducido como requisito para el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad, que la persona *supérstite* tenga reconocida a su favor una pensión compensatoria, puesto que el art. 174.2 de la LGSS no establece tal requisito.



la pensión de viudedad recuperase la naturaleza de renta de sustitución, no debería haber referido la extinción a la pensión compensatoria, cuando civilmente (art. 101 CC) la muerte de la persona deudora no es un supuesto de extinción de la pensión compensatoria y por el contrario, sí podía haberla referido al concepto de contribución a las cargas del matrimonio y/o alimentos, que sí se extinguen con el fallecimiento de la persona deudora. Claro que esta *conditio iuris* también plantearía el problema de que con el divorcio la persona deudora no está obligada al pago de alimentos al cónyuge, que deja de serlo al producirse la disolución del matrimonio, ni tampoco está obligado al abono de cantidad alguna en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, pues éstas dejan de existir con el divorcio.

Empiezan a atisbarse voces que reconocen que la referencia a la pensión compensatoria no ha sido un acierto. En este sentido Llorente Álvarez⁹: *“En definitiva, partiendo de las anteriores consideraciones y de otras muchas que en el mismo sentido pueden deducirse, parece obvio que vincular la prestación de viudedad a la existencia o no de una prestación compensatoria puede distorsionar los principios a los que responde nuestro sistema protector. Probablemente la reforma ha querido reconocer prestaciones de viudedad en los supuestos de separación y divorcio, únicamente en aquellos casos en los que existiera una verdadera y efectiva situación de necesidad o de dependencia económica de las rentas del causante. Sin embargo, el parámetro empleado para determinar si existe o no una situación de necesidad no es un parámetro con la objetividad suficiente, al menos en numerosos supuestos, como para garantizar el acierto de la elección”*.

V. PROTECCIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y JURÍDICA DE LA FAMILIA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 174 LGSS EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO

Toda reforma que se lleve a cabo de la pensión de viudedad, por muy loables que sean sus fines, ha de tener presente que no puede contradecir los principios constitucionales recogidos en el artículo 39 y 41 de la Constitución española.

El artículo 39 de la CE¹⁰ impone un mandato a todos los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Igualmente el artículo 41, obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Estos principios han de estar presentes en toda interpretación que se efectúe del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, so pena de efectuar una interpretación de la norma jurídica contraria al ordenamiento constitucional y en consecuencia contraria al artículo 5 de la LOPJ.

La interpretación efectuada hasta este momento por el Instituto Nacional de la Seguridad Social del artículo 174.2 de la LGSS, tiene como consecuencia la desprotección social, económica y jurídica de la familia de muchas personas divorciadas o separadas judicialmente, que renunciaron en su día a una pensión compensatoria, no porque no les correspondiera, sino por conseguir la paz familiar y se encuentran ahora que tras haberse dedicado durante más de 20, 30 e incluso 40 años al cuidado de la familia, e incluso haber abonado a la Seguridad Social las cuotas correspondientes con dinero ganancial, en el final de sus días se encuentran totalmente desprotegidas, al negarles el Instituto Nacional de la Seguridad Social su derecho a la pensión de viudedad, si su esposo fallece a partir del 1 de enero de 2008.

Tampoco garantiza la asistencia y prestaciones sociales a familias de personas separadas judicialmente o divorciadas, que como consecuencia del fallecimiento del esposo o ex-cónyuge se ven privadas de la cantidad que éste estaba obligado todos los meses en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos e hijas. De tal forma que el fallecimiento del obligado al pago ha tenido como consecuencia que las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos e hijas deba afrontarlos sólo el *superstite* y que a su vez el sistema público le niegue el derecho a una pensión, por haberse dedicado toda su vida a la familia mientras estuvo casada y no reunir los requisitos mínimos para acceder en su momento a una pensión de jubilación y ahora negarla la Seguridad Social la pensión de viudedad al haber renunciado en su día a la pensión compensatoria, a pesar de que existe una situación real de necesidad.

Esta situación aboca a dichas personas a la exclusión social y no respeta el principio de solidaridad, unidad, universalidad e igualdad que consagra el artículo 2.1. del Real Decreto Legislativo 1/1994, lo que determina que no pueda sostenerse al contrariar el orden público.

Por otro lado, con esta interpretación que postula el Instituto Nacional de la Seguridad Social se atenta contra la naturaleza de la pensión de viudedad como pensión contributiva que es y **genera un enriquecimiento injusto para la entidad gestora**, al quedarse con **la totalidad de las cotizaciones la entidad gestora** y no garantizar a las familias la protección social y económica precisa, generando situaciones de desprotección en casos de auténtica y real necesidad.

La restricción de los supuestos en los que se concederán pensiones de viudedad es reconocida por LLORENTE ÁLVAREZ¹¹: *“En primer lugar, parece evidente que la exigencia de cualquier nuevo requisito añadido a los anteriores, normalmente, traerá como consecuencia la reducción de las prestaciones reconocidas, toda vez que el número de potenciales personas beneficiarias que podrá cumplirlos será menor, y ello al margen de que con la introducción de este requisito sólo uno de los ex cónyuges podrá tener, en su caso, eventualmente derecho a una pensión de viudedad, es*



to es, sólo aquél que haya obtenido a su favor una pensión compensatoria, con lo que aquel que no la obtenga perderá la posibilidad de lucrar, en su caso, una pensión de viudedad en el supuesto de premoriencia del ex cónyuge, consecuencia que no se producía con la regulación precedente. Dicho de otro modo, la nueva regulación supone evidentemente, un aquilatamiento de las situaciones que darán derecho al nacimiento de la prestación o, en terminología más contundente, es una restricción de los supuestos en los que se concederán las prestaciones en estos casos”.

Sin embargo, como se constata en el Pacto de Toledo en su versión de octubre de 2003 (a través de la correspondiente renovación parlamentaria) y en el propio Acuerdo Político-Social, es precisa una reformulación integral y completa de la pensión de viudedad. Se utiliza como argumento para esta reformulación integral el hecho de que la incorporación significativa de la mujer al mercado de trabajo ha contribuido a que se opere un cambio cualitativo en las relaciones de dependencia económica que las mujeres venían manteniendo respecto a los varones.

Este argumento de la incorporación de la mujer al mundo laboral, no puede utilizarse en términos generales, puesto que esta incorporación al mundo laboral aún, hoy por hoy no ha permitido a la mujer obtener una equiparación en cuanto a ingresos obtenidos como consecuencia de esta incorporación. Basta examinar las estadísticas existentes para comprobar que aún son las mujeres las que se ven obligadas a acogerse a jornadas reducidas en sus trabajos, a fin de conciliar la vida familiar y laboral y ello tiene su reflejo en sus ingresos, por ello la familia en sí sigue dependiendo de los sueldos de ambos integrantes de la unidad familiar.

La significativa incorporación de las mujeres en el mercado laboral no implica automáticamente una igualdad de oportunidades en este ámbito entre mujeres y hombres ni mucho menos de resultados.

Precisamente para combatir las discriminaciones socialmente instaladas hacia las mujeres se viene creando continuamente normativa a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico. Promueven sentar las bases de la sociedad igualitaria mediante la aprobación de leyes como la *Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, la *Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* y la *Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*.

Según el informe sobre *“Mujeres y hombres en España 2008”* elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *“si se comparan los datos de esta publicación con los de hace 25 años, se llega a la conclusión de que, en este país, durante este período, se han producido unos avances importantes hacia un escenario social de igualdad plena, pero todavía queda mucho camino por recorrer”*.

A continuación recoge, por ejemplo, los siguientes datos: *“en relación a las distintas clases de inactividad, en el año 2007 la mayoría de los hombres inactivos son jubilados, representado el 61,0%. Sólo un 17,1% de las mujeres inactivas perciben pensión de jubilación, hecho que es consecuencia de su baja incorporación en el pasado al mercado laboral”*. Las razones que esgrimen las mujeres para no incorporarse en el mercado laboral son, entre otras, *“en relación a las labores del hogar, un 47,2% de las mujeres son inactivas por este motivo frente a sólo un 4,6% de los hombres”* y continúa *“el 96,5% del total de personas inactivas que no buscan empleo por razones familiares entendidas como el cuidado de menores, adultos enfermos, discapacitados y mayores y por otras responsabilidades familiares, son mujeres”*.

De las mujeres que sí acceden al mercado laboral no todas lo hacen en igualdad de condiciones ya que *“del empleo a tiempo parcial (con el consiguiente sueldo parcial), un 80,4% corresponde a mujeres”* y un *“33,1% de las mujeres eligen este tipo de jornada por obligaciones familiares frente a un 3,8% de los hombres”* además las mujeres ocupan la mayoría de los puestos de trabajo peor remunerados, firman la mayor parte de los contratos temporales, tienen mayor tasa de paro, protagonizan la economía sumergida y cuando desempeñan el mismo trabajo que sus compañeros varones cobran un 17% menos de salario. Asimismo, pese a suponer el 60% de la población con estudios universitarios tan sólo ocupa el 32% de los puestos directivos de la empresa y la administración pública.

El INE también recoge que el 98% de los permisos de maternidad/paternidad son pedidos por mujeres y el 94% de las excedencias por cuidado a criaturas también. Por su parte, el Ministerio de Igualdad indica que las horas dedicadas al trabajo doméstico son de 6 para las mujeres frente a 2,5 para los hombres...

Con este orden social no es, pues, de extrañar que el 48,8% de los hombres haya desarrollado una vida laboral superior a los 35 años, frente a tan sólo el 17,3% de las mujeres.

Lamentablemente, en estos momentos, hemos de mostrar nuestras discrepancias a este punto de partida que se quiere tomar en cuenta para efectuar una reformulación de la naturaleza y objetivos de las pensiones de viudedad. La unidad familiar hoy por hoy se nutre de los ingresos de uno o de ambos integrantes, bien entendido que los mismos tampoco son igualitarios, pues el que ha de conciliar la vida familiar y laboral, se ve obligado a solicitar reducciones de jornada y en muchas ocasiones ve limitado sus ascensos en el puesto de trabajo que se reflejan en sus remuneraciones. Ante este panorama real en el que aún no se ha podido conseguir la plena conciliación de la vida familiar y laboral ni la plena igualdad entre los integrantes de la unidad familiar, aún no es procedente, ni aconsejable la modificación de la naturaleza y objetivos



de esta pensión de viudedad, convirtiéndola en una renta de sustitución.

VI. PROPUESTAS DE REFORMA Y POSIBLES SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA

Dada la insistente voluntad en la reforma del sistema de pensiones, como se observa estos días en los inicios del Pacto de Toledo, y en lo que nos afecta, de la pensión de viudedad, varias son las alternativas que han empezado a proponerse creemos.

Llorente Álvarez¹² sugiere: *“ciñéndonos a la reforma, tal vez la solución en este extremo, desde el punto de vista de la Seguridad Social, debería ir más por otros caminos que buscaran dar una solución definitiva a los derechos de protección en el mismo momento de la extinción de la relación matrimonial. En definitiva, o bien no se reconoce ningún derecho “expectante” —tras la reforma, quizás este término no sea el más adecuado— a las personas separadas y divorciadas, o bien se toma en cuenta la “expectativa” de la pensión en la disolución de la sociedad conyugal o bien se atribuyen a ambos ex cónyuges, individualmente considerados, de algún modo, las cotizaciones que pudieran servir de reconocimiento para la generación de ulteriores pensiones, cotizaciones que podrían deberse en consideración a la unión matrimonial, a su duración, a las cotizaciones efectuadas durante ella o a cualquier otro parámetro que eventualmente pudiera establecerse”.*

Por nuestra parte y de forma inmediata hasta que se realice una reforma integral de la pensión de viudedad en su conjunto, postulamos la DEROGACIÓN O SUPRESIÓN DEL TEXTO SIGUIENTE. *“El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento de la persona causante”, volviendo a instaurar la redacción que tenía el art. 174.2 LGSS tras la reforma de 1994.*

En tanto se procede a la derogación de dicho párrafo, se adopte por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una interpretación del precepto conforme a derecho, en el sentido de entender que estamos ante una *conditio iuris* en virtud de la cual, para el caso de que el cónyuge o ex cónyuge tenga reconocida una pensión compensatoria del artículo 97, únicamente se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad si esta pensión se extingue por el fallecimiento de la persona causante, de tal forma que si la pensión compensatoria la abonan las personas herederas, no se le reconocería pensión compensatoria.

Es decir una persona no podría percibir una pensión compensatoria ex artículo 101 y a su vez de la Seguridad Social una pensión de viudedad ex art. 174.

Para el supuesto que se continúe adelante con la reforma integral de la pensión de viudedad, como parece ser va a efectuarse, se propone como hipótesis que pudieran tener acogida en el nuevo texto normativo para los supuestos de separación judicial o divorcio los siguientes:

1

Reconocimiento como cotizaciones propias (útiles para causar después otras prestaciones por derecho propio y no derivado: desempleo, vejez, invalidez), siempre que hubieran tenido régimen de gananciales con la persona causante, de las acreditadas en la Seguridad Social a nombre de la persona difunta y correspondientes al período de duración del matrimonio. Cónyuge o ex cónyuge separado o separada judicialmente o divorciado o divorciada que no tengan derecho a pensión de viudedad podrían beneficiarse del trasvase de cuotas a su nombre abonadas por la o el cónyuge fallecido durante el período de duración del matrimonio, que servirían en su caso para poder acceder en un futuro a prestaciones propias de vejez e invalidez; excluyendo del trasvase las cotizaciones que se superpongan en el tiempo con las propias de la persona viuda. En definitiva, la medida parte de considerar como bienes gananciales las cotizaciones sociales efectuadas durante el matrimonio, con lo que con toda probabilidad se incrementarían los derechos de protección propios de las mujeres.

2

Incorporar en el Texto Refundido de la LGSS (RCL 1994, 1825) y en sus Reglamentos el método de cálculo no proporcional y más favorable al último cónyuge que se precisa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2171): es decir, atribuir la pensión en su integridad y con independencia de la duración del matrimonio al último cónyuge y detraer de ella, para asignarla a los demás, la parte que pueda corresponderles, esta sí, adecuada al tiempo de convivencia en los matrimonios respectivos.

3

Si se pretende cambiar la naturaleza de la pensión de viudedad y condicionar la misma a la situación de dependencia económica, lo que en estos momentos no estimamos adecuado a la realidad social, ni tampoco oportuno ni conveniente, previo reconocimiento de las cotizaciones como propias en proporción al tiempo de convivencia, la *conditio iuris* ha de ser no a la pensión compensatoria, sino a la percepción por parte de la persona *supérstite* de cualquier cantidad por parte de la persona difunta, bien en concepto de alimentos de hijos e hijas, esposo o esposa o ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso.

12

LLORENTE ÁLVAREZ, A. *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008, p. 221.

The background of the page is a close-up photograph of a brick wall. The bricks are arranged in a grid pattern, with some showing signs of wear and discoloration. At the top of the image, there is a prominent red stain that appears to be dried blood, dripping down the side of the wall. The overall tone is somber and textured.

El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación

POR ISABEL OLMOS PARÉS.
Magistrada de la Sala de lo
Social del TSJ de Galicia.

D E R E C H O E S P A Ñ O L



1.- INTRODUCCIÓN

El Título Primero de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo (en adelante LOIEMH) tiene como título el de “El principio de Igualdad y la Tutela contra la discriminación” y en el mismo se definen, siguiendo las indicaciones de las Directivas de referencia, los **conceptos y categorías jurídicas básicas** relativas a la igualdad, como el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

Es, sin embargo, en el Título Segundo dedicado a las Políticas Públicas de Igualdad donde se recoge y define la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En cualquier caso, y con ánimo de sistematizar las diferentes categorías jurídicas básicas de las que habla la Exposición de Motivos de la LOIEMH a los efectos de referir a cada una de ellas las mejoras o reformas operadas por la mencionada norma, va encaminada la introducción de este trabajo.

En efecto, la LOIEMH en su art. 14 2º establece que “A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

2º.- *La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico.*

Por su parte el art. 11 de la misma Ley habla de las **Acciones positivas** señalando que “1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

Y el art. 15 de la Ley contiene la **Transversalidad** del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

A todo lo anterior habrá que sumar la conocida **tutela antidiscriminatoria**, preexistente a la norma legal citada y que, se define y recoge en los artículos 6 y 8 de la LOIEMH.

Todas las anteriores son medidas encaminadas a conseguir la igualdad real y material entre mujeres y hombres pero son categorías jurídicas diferentes, a saber:

1

Las medidas de igualdad de oportunidades

Son medidas dirigidas a uno o a ambos sexos y que pretenden conseguir una equiparación real en el ejercicio de la libertad de mujeres y hombres o dicho de otro modo, pretenden evitar que las condiciones de género sitúen a las mujeres en una situación de menor libertad real que aquélla que disponen los hombres; por ello y a diferencia de las acciones positivas, se dirigen a eliminar la causa de la discriminación, ejemplo: la bonificación de las cotizaciones durante la maternidad o el permiso de paternidad. Son así medidas de carácter permanente y una vez introducidas es difícil justificar su derogación.

2

Las acciones positivas

Son medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente más desfavorecidas, y los hombres. Estas medidas tienen como principal finalidad la de acelerar la consecución de la igualdad en un ámbito concreto sin preocuparse de erradicar los prejuicios de género e incluso con el riesgo de crear nuevos prejuicios de género en contra de las mujeres como beneficiarias de acciones positivas. Son medidas normalmente dirigidas a mujeres o genéricamente a un sexo, que en un determinado ámbito está infrarepresentado; son transitorias no permanentes y por ello son medidas puntuales. Se deben distinguir a su vez de las **medidas de empoderamiento decisorio**, por ejemplo también previstas en la LOIEMH, en el art. 75 en relación a la participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles o en el art. 54 relativo a la designación de representantes de la Administración General del Estado (con presencia equilibrada de mujeres y hombres) que obedecen a una finalidad de obtener una democracia real, de modo que se sitúen en los centros de poder tantas mujeres como hombres y por ello mismo, son permanentes.

3

La tutela antidiscriminatoria

Son aquellas medidas tendentes a evitar la discriminación por razón de género y son básicamente dos:

la prohibición de la discriminación directa (por razón de sexo) salvo en los casos de la buena fe ocupacional

y la prohibición de la discriminación indirecta.



El principio de Transversalidad no constituye en realidad una categoría jurídica sino un principio general que establece el art. 15 de la LOIEMH y viene de algún modo a renovar o a absorber al principio de no discriminación por razón de sexo que sin embargo se mantiene. En concreto se denomina por la ley como la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. El derecho antidiscriminatorio moderno debe contemplar también lo que se ha denominado la dimensión de género y que esa dimensión de género se proyecte en todo el ordenamiento jurídico. De ahí que el art. 15 de la LOIEMH señale que *“El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”*.

Es en definitiva reconocer que la igualdad entre mujeres y hombres tiene una dimensión transversal y que por ello debe integrar la totalidad de las actuaciones de los poderes públicos y por ello su inclusión se ha producido en el Título II de la norma referido, como se dijo, a las Políticas Públicas de Igualdad.

Pues bien, en este trabajo, se tratará de subsumir las medidas, reformas o mejoras introducidas por la LOIEMH en el concreto ámbito que nos interesa, Derecho laboral y/o Seguridad Social, en cada una de las anteriores categorías y vaya por delante, que en síntesis, se tratan básicamente de nuevas medidas antidiscriminatorias o correcciones de discriminaciones existentes en la normativa anterior a la LOIEMH; en mejoras al alza concediendo más beneficios en los derechos de maternidad y de conciliación y por último, las nuevas medidas de igualdad de oportunidades introducidas por la LOIEMH.

2.- TUTELA DISCRIMINATORIA

1

Concepto.

Discriminación directa e indirecta.

Doctrina del TJCE

La maternidad es un hecho biológico propio y exclusivo de la mujer y no puede por ello perjudicarle en ningún aspecto de su vida y más concretamente en el ámbito laboral. Así por un lado, es necesario configurar auténticos derechos de maternidad, de modo que su ejercicio, el derecho al ejercicio de la maternidad no suponga ningún perjuicio en contra de la trabajadora. Los derechos de maternidad deben garantizar la libertad de ser madre sin sufrir perjuicios en la vida laboral.

Por ello mismo, la protección de la maternidad en el ámbito laboral se ha producido tradicionalmente en el ámbito del despido por causas vinculadas a la maternidad, incluido el embarazo, el parto y la maternidad o permi-

so de maternidad. La mujer no puede ser objeto de despido por causa de la maternidad. En tal sentido el art. 8 de la LOIEMH establece que *“constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o maternidad”*.

Y al mismo tiempo, la propia LOIEMH establece como criterio general de actuación de los Poderes Públicos *la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia (art. 14 7º)*.

Pero el fundamento de dicha protección no es único:

Protección por razón del riesgo

Las razones de la protección de dichos derechos de maternidad están basadas por un lado en la consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo y por ello, la persona comunitaria que legisla ya previó en el art. 10 de la Directiva 92/1985/CEE de 19 de octubre de 1992 (relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia –décima directiva específica– con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE) una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad (considerando 30 de la STJCE de 11-10-2007 –cuestión prejudicial–). Esta prohibición se halla asimismo en Textos y Convenios Internacionales.

Protección por tutela discriminatoria.

Discriminación directa por razón de sexo

Por otro lado, dicha protección de los derechos de la maternidad viene de la mano de la directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 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 profesional y a las condiciones de trabajo, y por ello en la ausencia de discriminación, considerando que el despido por razón de embarazo, parto, lactancia o permiso de maternidad es discriminación directa por razón de sexo (por ser el embarazo, parto, lactancia o permiso de maternidad inherente al sexo femenino).

En algunas ocasiones dichas protecciones, la primera y ésta segunda se acumulan. A tal efecto es preciso traer a colación la **Sentencia de 11 de octubre de 2007, Ca-**



so Paquay. La trabajadora era administrativa de un despacho de arquitectos Belga desde 1987 y disfrutó de un permiso de maternidad desde septiembre a **31 de diciembre de 1995**. Conforme al derecho belga la empresa no puede despedir desde el momento en que se le informa del embarazo y hasta transcurrido un mes desde el fin del permiso de maternidad (amplía de ese modo el plazo de protección comunitario).

La empresa despide a la trabajadora el **21-2-1996** (el plazo de protección finalizó el 31-1-1996) pero se acreditó que durante el embarazo y durante el permiso de maternidad la empresa había iniciado los preparativos para contratar a otra trabajadora con el fin de sustituir definitivamente a la actora (entre otras cosas, en los anuncios de oferta del empleo contenía expresiones tales como “para hacer carrera”). La Sentencia concluye que el art. 10 de la Directiva mencionada (la de 1992) debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo o hija, durante el período de protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período.

Pero en segundo lugar añade que “Una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo o hija es contrario a los arts. 2 1º y 5 1º de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 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 profesional y a las condiciones de trabajo, cualquiera que sea el momento en que se notifique esa decisión de despido e incluso si se notifica una vez finalizado el período de protección establecido en la Directiva 92/1985 y por ello la medida elegida por el Estado para sancionar deberá ser la misma que en el caso del despido efectuado dentro del período protegido (la nulidad en nuestro caso). En definitiva, la actuación empresarial en ese caso, vulneraba ambas Directivas.

La extensión de la protección de los derechos de la maternidad también puede venir dada de la mano de los avances biológicos y científicos en la reproducción asistida, aunque no es exactamente lo que sucedió en el **Caso Mayr, STJCE de 26 de febrero de 2008**. La demandante trabajaba de camarera desde 3-1-2005. En fecha 10 de marzo de 2005 (estando de baja por una punción folicular dentro de un proceso de fecundación in vitro) fue despedida por teléfono con efectos de 26 de marzo de 2005. La demandante informó a la empresa que en el marco de un tratamiento de fecundación artificial estaba programada una transferencia de óvulos a su útero para el 13 de marzo de 2005 (estaban ya fecundados pero in vitro). Por lo tanto, en la fecha del despido (10-3-2005), los óvulos estaban ya fecundados y por ello se la podría considerar embarazada. El asunto por despi-

do llegó hasta el Tribunal de casación austríaco quien planteó al TJCE la siguiente cuestión prejudicial:

¿Una trabajadora que se somete a una operación de fertilización in vitro es una trabajadora embarazada a efectos del art. 2 letra a) de la directiva 92/85 si en el momento en que se le notifica el despido sus óvulos ya habían sido fecundados con los espermatozoides de su pareja, de manera que ya existían embriones in vitro, pero aún no habían sido transferidos a su cuerpo?

El TJCE entendiendo que no ha de abordar cuestiones de naturaleza médica o ética sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva 92/85 y que la fecha que debe tenerse en cuenta (considerando 40) es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo y que en caso de fecundación in vitro, esa fecha es la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer y por ello, no puede gozar la demandante, en este caso, de la protección derivada del embarazo de la Directiva 92/85. Es interesante, sin embargo, destacar del anterior litigio, por otro lado de resultado obvio, los considerandos 46 y siguientes. En ellos se plantea la posibilidad de que si bien la trabajadora no deba tener la consideración de trabajadora embarazada al amparo de la directiva 92/85 sí puede ser considerado su despido discriminatorio por razón de sexo (discriminación directa) si la causa del despido tiene por único objeto el hecho de que la trabajadora se haya sometido a un tratamiento de fecundación in vitro dado que ello sólo afecta a las mujeres.

Como ya se dejó escrito, la tutela antidiscriminatoria en la modalidad de discriminación directa están en la actualidad definidas en la LOIEMH que en su art. 6 1º la define en paralelo con el art. 2 1b) de la Directiva 2006/54/CE como “*La situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*”.

La tutela antidiscriminatoria directa por razón del ejercicio del derecho a la maternidad no sólo protege el despido de la trabajadora sino que protege a la trabajadora embarazada en cuanto **al acceso al empleo**, de modo que no permite a una persona contratante negarse a contratar a una candidata embarazada con el motivo de que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante.

STJCE de 3 de febrero de 2000– Caso Mahlburg

En el referido caso, la demandante Sra. Mahlburg, desde el 26 de agosto de 1994 hasta el 31 de agosto de 1995, estuvo contratada como enfermera por la Clínica de Cirugía Cardíaca de la Universidad de Rostock, en el



marco de un contrato de trabajo de duración determinada. A partir del mes de febrero de 1995, realizó gestiones para obtener un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Disponía del apoyo de la enfermera jefe, la cual había solicitado al servicio de personal de la Universidad que el contrato de trabajo de la Sra. Mahlburg se convirtiera en un contrato por tiempo indefinido. Tras haber sido informada de que sólo era posible contratarla por tiempo indefinido en caso de que se produjera una vacante en un puesto de trabajo de este tipo, el 1 de junio de 1995 la demandante del litigio principal presentó su candidatura a dos puestos de trabajo por tiempo indefinido convocados mediante concurso interno de dicho establecimiento. Estos puestos de trabajo habían de cubrirse inmediatamente, o lo antes posible. Los anuncios contenían una descripción de funciones conforme a las cuales éstas se desempeñarán en el quirófano, en régimen de turnos y además, se exigía haber cursado estudios completos de enfermera o de auxiliar de quirófano, sancionados por un diploma, mientras que el otro exigía haber cursado estudios completos de enfermería, sancionados por un diploma y completados por una experiencia de quirófano.

El 1 de junio de 1995, fecha de presentación de su candidatura, la demandante en el litigio principal estaba embarazada. El embarazo había sido diagnosticado el 6 de abril de 1995. El 13 de julio de 1995, la demandante informó por escrito de ello a su empresario, al que, mientras tanto, había solicitado un puesto de trabajo por tiempo indefinido. A consecuencia de dicho escrito, la empresa efectuó un traslado interno para atenerse a la Mutterschutzgesetz. Por ello, y hasta el término de su contrato de trabajo de duración determinada, la demandante ya no estuvo empleada como enfermera en quirófano, sino que fue destinada a otras actividades de enfermera, es decir, a actividades que no llevaban consigo un riesgo de infección.

El 18 de septiembre de 1995, la empresa decidió no admitir la candidatura de la Sra. Mahlburg por el siguiente motivo:

“La descripción de los dos puestos de trabajo señala que han de ser ocupados por enfermeras en el quirófano; el hecho de no considerar las candidaturas de las mujeres embarazadas para dichos puestos no constituye una discriminación por razón del embarazo, sino que responde a exigencias legales. Los artículos 3 a 5 de la Mutterschutzgesetz prohíben expresamente a las personas contratantes contratar a mujeres embarazadas en los ámbitos en que estén expuestas a la influencia de sustancias nocivas. Debido a estas prohibiciones legales, no se ha podido tener en cuenta su candidatura para el puesto de enfermera en quirófano”. El TJCE concluyó que se había vulnerado la Directiva del año 76 ya citada y que por ello se trataba de un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Tutela antidiscriminatoria y discriminación indirecta

También la Directiva 2006/54/CE en su art. 2 1 b) así como la LOIEMH (art. 6 2º) definen la discriminación por razón de sexo indirecta como *“La situación en la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.*

A diferencia de la discriminación directa, caracterizada por su intencionalidad (existe la intención de discriminar tanto en razón al sexo de la víctima como a una circunstancia inherente al sexo, del que la maternidad es el signo por excelencia), en la discriminación indirecta se define por su resultado, constitutivo de un impacto adverso sobre un colectivo feminizado.

En la definición antes transcrita de discriminación indirecta se utiliza la expresión de *desventaja particular (de personas de un sexo) con respecto a personas del otro*, lo que permite incluir no sólo los supuestos en que el impacto o desventaja afecta a una mayoría de un sexo sino también los casos en que cualitativamente se coloque en desventaja a una persona de un sexo en relación a una persona de otro sexo.

La discriminación indirecta por razón de sexo se ha aplicado fundamentalmente en el ámbito de la discriminación retributiva entre hombres y mujeres, por citar una de las primeras, la STC 145/1991 de 1 de julio, Caso Hospital Gregorio Marañón en donde un grupo de trabajadoras del citado hospital de la categoría de limpiadoras (donde eran mayoritariamente mujeres) percibían una retribución menor a pesar de realizar trabajos de igual valor que los trabajadores de otra categoría –peones– compuesta mayoritariamente de hombres.

Conocida es también la STC 253/2004 de 22 de diciembre donde se declaró inconstitucional el art. 12 del ET por su carácter discriminatorio indirecto al establecer un sistema de cómputo de las carencias de los trabajadores a tiempo parcial por horas efectivamente trabajadas, argumentando que según la EPA, los trabajadores a tiempo parcial son mayoría de mujeres.

En el ámbito comunitario, también en el ámbito retributivo, procede destacar la STJCE de 6 de diciembre de 2007 caso VoB en donde se declara la existencia de discriminación en el caso de que una normativa nacional como la enjuiciada (alemana) establece una remuneración de horas extras inferior a la abonada por horas trabajadas a las personas trabajadoras a tiempo completo, de



forma que el personal de la administración empleado a tiempo parcial está peor remunerado que el personal de la administración empleado a jornada completa en lo que se refiere a las horas que efectúan fuera de su tiempo individual de trabajo y hasta el límite del número de horas que debe trabajar un funcionario o funcionaria empleada a jornada completa en el marco de su tiempo de trabajo: siempre que dichas disposiciones afecten a un porcentaje considerablemente más elevado de trabajadoras que de trabajadores y exista una ausencia de justificación por factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Esta tutela antidiscriminatoria por razón de sexo en su modalidad de discriminación indirecta tiene menos incidencia en el ámbito de los derechos de maternidad, dado que ésta constituye siempre una discriminación directa por razón de sexo.

En el **caso Kiiski, STJCE de fecha 20-9-2007** se dudó acerca de si se estaba en presencia de una discriminación directa o indirecta en el caso de una trabajadora que había solicitado un permiso para cuidado de su primer hijo o hija (a modo de la excedencia forzosa en España, de agosto de 2004 a junio de 2005) y antes de su inicio (ya estaba concedido por la empresa), como estaba embarazada de su segundo hijo o hija, quiso modificar el período de disfrute dado que en el período concedido iba a estar de baja por maternidad solicitando así que el permiso inicialmente concedido finalizara en diciembre de 2004. La empresa negó el cambio porque la legislación interna (Finlandia) sólo permitía el cambio en el caso de motivos imprevisibles y legítimos y expresamente el Convenio aplicable mencionaba que un nuevo embarazo no constituye motivo legítimo. La trabajadora demandó a su empresa alegando discriminación ilícita y la empresa se defendió alegando que la denegación del cambio no era por causa del nuevo embarazo sino por aplicación de la normativa interna. La STJCE concluye en el sentido de que la normativa europea (las Directivas del 92 y 76 ya citadas) se oponen a una normativa nacional relativa al permiso para el cuidado de hijos e hijas que, en la medida en que no tiene en cuenta las modificaciones que implica para la trabajadora afectada el embarazo durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto (es la duración del permiso de maternidad previsto en la legislación comunitaria), no permite que la interesada que así lo solicite modifique la duración de su permiso para el cuidado de hijos o hijas a la hora de ejercitar su derecho al permiso de maternidad, de manera que queda privada de los derechos inherentes al permiso de maternidad y calificó la resolución de la empresa de discriminación directa por razón de sexo.

Por el contrario, la discriminación indirecta sí puede tener cabida en la actualidad en el terreno de los derechos de conciliación como luego se verá.

2

Modificaciones legislativas de la LOIEMH en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria

En la LOIEMH, se han corregido algunas discriminaciones existentes por razón de embarazo y/o maternidad también al hilo de la doctrina del TJCE:

2.1

Ámbito laboral

a)

La primera es la relativa a la **no consunción de las vacaciones con la incapacidad temporal por enfermedad derivada del embarazo, pacto o lactancia natural o con la licencia por maternidad**. La doctrina del TJCE de fecha 18-3-2004 en el caso **Merino Gómez (CC 342/2001)** había declarado discriminatorio por razón de sexo el no poder disfrutar de las vacaciones por estar disfrutando de permiso de maternidad. Y ya el TS había acatado dicha doctrina (STS 10-11-2005, recurso 4291/04 ó 11-7-2006, recurso 87/05) y el TC en Sentencia 324/2006 de 20 de noviembre.

Ahora la DA 11^a Seis de la LOIEMH añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38 del ET, en los siguientes términos:

“Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

Se trata pues de una confirmación de la doctrina judicial persistente en relación con el permiso de maternidad que se extiende a otros supuestos a ellas asimilados.

Lo que el precepto viene a incluir es una excepción a la regla general de que una vez pactadas las vacaciones y fijado el calendario de las mismas, el riesgo de caer enfermo debe recaer en la persona trabajadora y por lo tanto el período de IT se solapa con el tiempo previsto para el permiso vacacional anual sin que se genere un derecho a disfrutar del mismo en otro momento. Criterio éste reiteradamente mantenido por el TS y recientemente ratificado por la Sentencia de 3 de octubre de 2007 (Rec. 5068/2005) dictada por el Pleno de la Sala.

No se menciona el permiso de paternidad lo que determina que expresamente queda excluido de la consunción, lo que por otro lado obedece a la propia dinámica



del ejercicio del permiso de paternidad; me refiero a que el mismo puede ejercerse en un amplio abanico de tiempo, lo que permitirá conciliarlo con las vacaciones.

b)

La segunda es la **garantía de que el reingreso se va a producir con el beneficio de las mejoras producidas durante la licencia de maternidad o paternidad o riesgo durante el embarazo o lactancia natural**. También es fruto de la jurisprudencia comunitaria, así dicha doctrina establece que la protección por embarazo y/o maternidad protege de cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad como puede ser el acceso a una categoría superior.

STJCE de 18 de noviembre de 2004– Caso Sass

En esta última sentencia, el Tribunal señala en su apartado 36 que “En efecto, una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad está discriminada por razón de su embarazo y de este permiso. Tal comportamiento constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 76/207 (véanse las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-184/93, Rec. p. I-297, apartado 22; Thibault, antes citada, apartados 29 y 32, y de 30 de marzo de 2004, Alabaster, C-184/02, Rec. p. I-297, apartado 47).

En el caso Sass (STJCE de 18-11-2004), la actora de la antigua RDA tenía derecho a veinte semanas de permiso de maternidad que disfrutó, y, por su parte, la Ley de la República Federal establecía una prohibición a las mujeres que han dado a luz de trabajar durante las 8 semanas siguientes al parto. Tras la reunificación alemana la actora pasó a trabajar para el Land Brandenburg y a aplicársele el Convenio colectivo federal para los empleados de las Administraciones Públicas de Alemania del Este, de 10 de diciembre de 1990 (en lo sucesivo Convenio) que establece, en su artículo 23a, relativo a la promoción tras el período necesario, que: *“Los empleados (...) serán ascendidos al grupo inmediatamente superior una vez cumplido el período necesario establecido que debía ser ininterrumpido si bien se excluían las siguientes interrupciones, entre otras, las establecidas en la Ley Federal Alemana de protección de la maternidad (8 semanas obligatorias después del parto). Por ello, El Land computó las ocho primeras semanas del permiso de maternidad que la Sra. Sass se tomó en virtud del artículo 244 del AGB-DDR como parte del período de quince años necesario a efectos de ascenso con arreglo al Convenio, pero no las doce semanas siguientes. De los autos se desprende que ello se debió a que la disposición pertinente, esto es, el artículo 23a, apartado 4, tercera frase, del Convenio, sólo mencionaba los períodos de protección con arreglo a la MuSchG, es decir, ocho semanas, y no el permiso de maternidad previsto en el AGB-DDR”*. El TJCE concluye en el apartado 37 que *“En este contexto procede señalar que la Sra. Sass recibe un trato desfavorable en comparación con un compañero de sexo masculino que hubiera empezado a trabajar en la antigua RDA el mismo día que ella puesto que, al disfrutar de su permiso de maternidad, sólo podrá acceder al grado retributivo superior doce semanas más tarde que dicho compañero”*.

Al respecto, la DA 11^a 10 de la LOIEMH en la modificación operada en el art. 48 4^o del ET señala en el párrafo 12 que *“Las personas trabajadoras se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis”*.

c)

La tercera es la **consideración a efectos de indemnización del salario anterior a la licencia de maternidad o del permiso de paternidad a tiempo parcial**. Así la DA 11^a 21 añade una nueva disposición adicional decimocava en el ET, en los siguientes términos:

“Disposición adicional decimocava. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida. 1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido a la



persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. 2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos establecidos en el párrafo décimo del artículo 48.4 y en el artículo 48 bis”.

2.2

Ámbito de la Seguridad Social y la protección social:

Las correcciones introducidas por la LOIEMH son las que establece la DA 18^a de la misma y que modifican a su vez la LGSS y que se pueden resumir en las siguientes:

a) Maternidad (DA 18^a 6)

Con anterioridad a la LOIEMH la carencia era la misma para todo beneficiario, 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, ahora se flexibiliza el requisito de la carencia de modo que incluso no se exige período de carencia en el caso de personas trabajadoras menores de 21 años y se concede un subsidio especial si no se cumple la carencia. Así **“Si la trabajadora tiene menos de 21 años de edad** en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización” y en los demás casos varía según la edad de la persona trabajadora; Así **“Si la trabajadora tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad** en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, la persona trabajadora acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha” y por último **“Si la trabajadora es mayor de 26 años de edad** en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral”.

Se concede un subsidio especial si no se cumple la carencia de conformidad al art. 133 *sexies* con una prestación del 100 del IPREM que tiene naturaleza de prestación no contributiva salvo que la base reguladora calculada con-

forme al art. 133 *quater* (base reguladora de la IT) o la DA 7^a (trabajo a tiempo parcial) sea inferior.

En los otros casos, la prestación económica sigue siendo la misma, esto un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

b) Riesgo durante el embarazo

Las modificaciones en esta situación son por un lado la calificación de la prestación como prestación derivada de contingencias profesionales y por ello se modifica el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de modo que “La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes” y como consecuencia de ello cambia el titular de la gestión de la misma (antes de la LOIEMH era el INSS y ahora el INSS o la Mutua con quién la empresa haya concertado la cobertura de las contingencias profesionales). Y lógicamente no se exigirá período previo de cotización.

En cuanto a la cuantía antes de la LOIEMH era del 75% de la BR (que era la equivalente a la IT por contingencias comunes) y ahora el 100% de la base reguladora de la IT por contingencias profesionales.

c) Riesgo durante la lactancia natural

La LOIEMH crea una nueva situación protegida con su correspondiente prestación. La situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Y la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo o hija cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

d) Conservación de la prestación de desempleo

Se modifica el apartado 2 del artículo 222, que queda redactado en los siguientes términos: “Cuando la perso-



na trabajadora se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad”.

e) Base reguladora de la prestación por desempleo

De la misma manera, el art. 211 5º de la LGSS establece que en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 del ET para el cálculo de la base reguladora de la prestación (de desempleo) las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

El TS ya en una sentencia de 6 de abril de 2004 (recurso 4310/02) se había atrevido a computar la base sobre las cotizaciones correspondientes al salario real, dicho criterio, sin embargo, fue rectificado en sentencias posteriores para fijar el cálculo sobre la base real de cotización correspondiente a la jornada reducida (SSTS 2 y 23-11-2004, recursos 5013 y 5502), 21-2-2005 y 14-3-2005 (recs 420/04 y 2457/04).

3.- MEJORAS DE LA LOIEMH EN LOS DERECHOS DE MATERNIDAD

Al margen de la tutela antidiscriminatoria y de las demás categorías definidas al inicio de este trabajo, nada impide que los derechos de maternidad se mejoren dentro de lo que se ha reconocido como derecho innato de la mujer trabajadora a ejercer libremente su derecho a la maternidad. En tal sentido, la LOIEMH introduce mejoras en el régimen jurídico de los derechos de maternidad en el ámbito laboral. Estas son las mejoras:

1

Permiso de maternidad

A

Ámbito laboral

1) Fallecimiento del hijo o hija.

Antes de la LOIEMH, la madre sólo tenía derecho a completar el período de descanso obligatorio de 6 semanas (si éstas no se hubieran agotado). Ahora “el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obli-

gatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo”.

2) Parto prematuro con falta de peso o hospitalización después del parto de más de 7 días.

Antes de la LOIEMH, sólo se contemplaba la suspensión del permiso de maternidad hasta la fecha del alta hospitalaria, a salvo el período de 6 semanas posteriores al parto que eran de suspensión obligatoria. Ahora, sigue existiendo ese mismo derecho a la suspensión y además, “En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que la persona nacida precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se **ampliara** en tantos días como la persona nacida se encuentre hospitalizada, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle”.

3) Fallecimiento de la madre.

Antes de la LOIEMH, el padre podría seguir haciendo uso de la totalidad o de la parte que restase de ese permiso de maternidad. Ahora también pero “con independencia de que la madre realizara o no algún trabajo” y además “a computar desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto”.

4) Cesión del derecho de la madre al otro progenitor.

Antes hablaba de padre ahora de “progenitor”; se mantiene el derecho de cesión de parte del permiso de maternidad (salvo las 6 semanas obligatorias) pero antes existía una excepción la de que “en el momento de la efectividad de la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para la salud”. Se elimina ahora la excepción de modo que si la madre se halla en situación de IT al incorporarse al trabajo el otro progenitor puede seguir disfrutando del permiso de maternidad.

5) Supuesto en que la madre no tenga derecho a la suspensión del contrato por maternidad.

Ahora se establece que *el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente* (permiso de paternidad).

6) Adopción o acogimiento.

Se añade el **acogimiento simple** de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA y siempre que sea de **duración no inferior a un año** y aunque sean **provisionales** (art. 45 1d) ET).

7) Supuesto de discapacidad de hijo o hija, o persona menor adoptada o acogida.



En este caso *“la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida”*.

4.- MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LA LOIEMH

1

Concepto. Tutela

Los derechos de conciliación en la LOIEMH se nombran como los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se añade que se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

Por lo tanto, lo que pretende la LOIEMH es fomentar la corresponsabilidad en un modelo actual y moderno de los derechos de conciliación.

Hay que señalar además, que la propia LOIEMH ha dado entrada a una nueva causa de discriminación, la discriminación por razón de sexo pero derivada del ejercicio de los derechos de conciliación. Y que, como dije, tendrá una especial consideración la discriminación indirecta además de la directa.

Dimensión constitucional de los derechos de conciliación que ya ha sido aplicada por el TC en Sentencia 3/2007 de 15 de enero y también por el TS en sentencia 20/7/2000 (rec. 3799/1999) donde ya señalaba que en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, y en la posterior sentencia de 11 de diciembre de 2001 (rec. 1817/2001), con cita de la anterior, donde se decía que los supuestos de jornada reducida por guarda legal, “tienden a proteger no solo el derecho de las personas trabajadoras a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés de la persona menor a recibir la mejor atención posible”.

Y lo anterior, ha sido, a su vez, aplicado por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en sentencia de 25 de enero de 2008 (recurso 4447/07) en un caso en el que la trabajadora auxiliar de enfermería de una Clínica privada solicitó la adscripción al turno fijo de mañana alegando la necesidad de compatibilizar su trabajo con el cuidado de

sus progenitores mayores y enfermos dado que la empresa modificó el sistema de trabajo a turnos y de un turno de mañana y tarde pasó a establecer turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, a los que la actora se había quietado en un principio. Y se alegaba por la trabajadora y se declaró probado no sólo que su profesión de auxiliar de clínica era ejercida en su mayoría por mujeres (feminización de la profesión) sino que también en su mayoría son mujeres las que cuidan de los mayores y todo ello por aportación de datos estadísticos y además, se alegó que la reducción de jornada le era perjudicial dado que le faltaba muy poco tiempo para la jubilación y ello iba a repercutir en su prestación de jubilación. La Sala estimó la demanda y el derecho de la actora a ser adscrita al turno fijo de mañana mientras subsistieran las necesidades familiares invocadas por entender que, lo contrario, suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.

Se trata de un caso similar al de la STC 3/2007 en el que la trabajadora, cajera de Alcampo, había solicitado una reducción de horario. Su jornada de trabajo se desenvolvía en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22,15 horas y en fecha 26 de febrero de 2003 solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo, por guarda legal de un hijo o hija menor de seis años, al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 LET. El horario reducido que solicitó fue el de tarde, de 16 a 21,15 horas, de lunes a miércoles que le fue denegado por la empresa y por el juzgado. El TC estimó la demanda de amparo por cuanto la judicatura de instancia había desestimado la demanda con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión «dentro de su jornada ordinaria» utilizada por el apartado 6 del artículo 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada. A juicio del órgano judicial, la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde y el TC entiende que esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

Cabe afirmar por tanto que la tutela antidiscriminatoria es actuable en relación a los derechos de conciliación y



por ende, respecto de las medidas de igualdad de oportunidades. Pero, a los efectos que nos ocupan, las novedades de la LOIEMH vienen referidos a la **mejora de los derechos de conciliación** en línea con el principio de igualdad de oportunidades y que son, en primer lugar el permiso de paternidad que ha sido la novedad más sobresaliente y conocida de la referida ley.

2

Mejoras de los derechos de Conciliación como Medidas de Igualdad de Oportunidades. Permiso de paternidad

El art. 44 3 de la LOIEMH establece que *“Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los progenitores el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”*.

Que la LOIEMH en su DA 11^a once incluye un nuevo artículo 48 bis en el Estatuto de los Trabajadores en el que establece una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

También se recoge en el art. 45 1 d) en el elenco de causas de suspensión del contrato de trabajo.

El permiso de paternidad es el más claro ejemplo, el más gráfico y expresivo, de la reforma operada por la LOIEMH en relación a la corresponsabilidad en las responsabilidades familiares y la eliminación de los roles asociados al género, fines éstos buscados por la norma.

La duración es de 13 días en los supuestos de nacimiento de hijo o hija, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, ininterrumpidos, y ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4. del ET (que son 2 días o 4 días si es preciso desplazamiento).

No hay prevista ampliación (como sucede ahora en la maternidad en el caso de hijos, hijas o personas menores discapacitadas).

El **titular del derecho** en el supuesto de **parto**, es el otro progenitor (esto es el padre). Si el padre fallece, la madre no tiene derecho a su disfrute, a diferencia del permiso de maternidad que sí se reconoce el derecho del padre a disfrutar de todo o parte del mismo.

En los supuestos de **adopción o acogimiento**, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados (madre o padre) y se añade que cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de

los progenitores (por ejemplo la madre), el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro (el padre); pero también puede ser al revés.

Ejercicio del derecho

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el período comprendido **desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo o hija, previsto legal o convencionalmente**, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, **hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el art. 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión**. La suspensión del contrato a que se refiere este artículo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50%, previo acuerdo entre la persona contratante y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. La persona trabajadora deberá comunicar a la persona contratante, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Garantías jurídicas

Seguidamente cabe señalar que el permiso de paternidad goza de las mismas garantías que el permiso de maternidad en los que se refiere a

- 1) la conservación de las condiciones de trabajo adquiridas durante el mismo y
- 2) la consideración como salario regulador a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el ET del que le hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada por el hecho de haber disfrutado de dicho permiso a tiempo parcial y por último
- 3) goza el permiso de paternidad de la misma protección contra el despido, tanto objetivo como disciplinario.

Nada se dice en relación a las vacaciones, lo que por un lado se justifica por el hecho de que el permiso es mucho más reducido que la maternidad y segundo por cuanto el período de tiempo dentro del cual va a poder disfrutarse permite poder conciliar el disfrute de las vacaciones con el permiso de paternidad. En todo caso el tiempo de disfrute del permiso de paternidad deberá ser considerado tiempo de servicios a efectos del devengo de vacaciones, y demás condiciones laborales, como antigüedad.



Compatibilidad entre la paternidad y la maternidad

Por último, cabe analizar lo dispuesto en el art. 48 bis del ET cuando establece que *“Esta suspensión (paternidad) es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48 4º”*.

Existen numerosos supuestos en los que un trabajador puede compartir con el otro progenitor el permiso de maternidad (por cesión de la madre en caso de parto o por acuerdo entre los progenitores de distribuir el período de suspensión por maternidad en caso de adopción o acogimiento). En estos casos, nada impedirá que además se pueda disfrutar del permiso de paternidad.

Pero también en todos aquellos casos en que el padre (otro progenitor) haya disfrutado en su totalidad el período de suspensión por maternidad (fallecimiento de la madre, imposibilidad legal de la madre o disfrute en su totalidad del padre en caso de adopción o acogimiento) nada impedirá el disfrute del permiso de paternidad incluso por aquel progenitor que haya ya disfrutado del permiso de maternidad como será el caso de fallecimiento de la madre o en el caso de que la madre no tuviera el derecho a la suspensión del contrato por maternidad, mientras que en el último supuesto, adopción o acogimiento en el que el permiso de maternidad lo ha disfrutado el padre en exclusiva, parece que del tenor de la norma, nos lleva a concluir que será la mujer la que disfrutará del permiso de paternidad.

3

Otros derechos de conciliación mejorados en la LOIEMH

1

Art. 34 8º ET

“La persona trabajadora tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”.

Dicho precepto permitirá complementar a aquellos otros preceptos del ET donde se prevén concretas medidas de conciliación, tales como la reducción de jornada de los apartados 4 y 5 del art. 37 del ET y que sólo contemplan reducciones de jornada pero que junto con el art. 34 8º permitirán que la conciliación se produzca con cambios en la distribución de la jornada (cambios de turnos, adscripción a un turno fijo, fijación de un horario continuado). En todo caso, la norma se remite a lo que se pacte

en convenio colectivo o con la persona contratante en acuerdo individual, por lo cual, lo condiciona a los términos que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con la persona contratante, respetando lo previsto en aquel acuerdo lo que no permitiría como dice la STS de 13-6-2008 (recurso 897/2007) *“admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador”*.

En efecto, el TS recientemente (STSS de 13-6-2008 y 18-6-2008, recursos 897/2007 y 1625/2007 respectivamente) ha tenido oportunidad de pronunciarse en dos supuestos en los que la pretensión de ambas trabajadoras era la de cambio de horario sin reducción de jornada. En la STS de 13/6/2008 señala que dicha pretensión no tiene amparo legal teniendo en cuenta que no se pretende una reducción de jornada cuya concreción horaria corresponde a la trabajadora al amparo del art. 37 4º y 6º del ET pero que, en todo caso, *“A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el art. 34 del ET, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho de la persona trabajadora a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con la persona contratante, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral de la persona trabajadora”*. (Dicha sentencia dictada en Pleno tiene voto particular de Rosa Virolés y Jordi Agustí Juliá).

En otro orden de cosas, la DA 17 del ET (tras la nueva redacción dada por la LOIEMH) dispone que *“Las discrepancias que surjan entre personas contratantes y contratadas en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”* y es claro que también el derecho del art. 34 8º del ET podrá ser ejercitado en dicho procedimiento, por lo que en definitiva, se convertirá en un juicio de ponderación de los intereses en juego y si es el interés de la persona trabajadora el que debe prevalecer nada impedirá la posibilidad de que se acepte un cambio de horario (el pretendido por el accionante) sin que vaya acompañado de una reducción de jornada.

2

Art. 37 3 b) ET

Se añade para el permiso allí previsto de dos días (4 en caso de desplazamiento) el supuesto de *“intervención*



quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario” teniendo en cuenta que el avance de la ciencia médica permite en la actualidad numerosos casos de intervenciones quirúrgicas sin necesidad de hospitalización.

Los problemas que se habían planteado en la vida judicial eran los relativos a si el nacimiento por cesárea debía ser calificado como “nacimiento por hijo o hija” a estos efectos, y si la intervención quirúrgica sin hospitalización había de considerarse enfermedad grave con respuestas diversas (en casos concretos de operación de cataratas, pruebas de amniocentesis o similares fue denegado el permiso por no exigir hospitalización) aunque no fuera un tema unificado por el TS.

3

Art. 37 4º ET

El permiso de lactancia tiene por objeto facilitar a la mujer o en su caso al hombre la continuidad en la realización de su trabajo durante el período de lactancia de su hijo, hija, hijos o hijas. En relación al referido permiso de lactancia se produce dos mejoras:

- a) se amplía *“proporcionalmente en los casos de parto múltiple”* y
- b) la posibilidad de *“acumularlo (el permiso de lactancia) en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con la persona contratante respetando, en su caso, lo establecido en aquella”*.

La acumulación por jornadas completas en el caso de que así lo establezca el convenio ya lo entendió como mejora aceptable la STS de 20/6/2005 (recurso 83/2004), y en tal sentido la reforma legal lo que ha hecho es dar por buena esta solución jurisprudencial manteniendo la condición de que esta posibilidad venga prevista en convenio colectivo o en contrato individual.

En todo caso procede destacar que el precepto sigue exigiendo que la madre trabaje por cuenta ajena tanto para disfrutarlo ella como para que lo disfrute el padre por cesión de la madre.

4

Art. 37 5º ET

Se incrementa la edad de la persona menor que da lugar a la reducción de jornada, antes era 6 años, ahora 8 años y en segundo lugar, se reduce el límite mínimo, antes la reducción debía ser al menos de un tercio, ahora puede ser, como mínimo de un octavo, lo que en una jornada de ocho horas diarias implicará una reducción de una hora diaria, en muchos casos suficiente para hacer efectiva la conciliación.

Hay que tener en cuenta, además, que del ejercicio de dicho derecho de conciliación no se verá perjudicada la

persona trabajadora (tampoco en el caso del apartado 4bis y 7 del art. 37 –hijos e hijas prematuras o que precisen hospitalización o víctimas de violencia de género–) en el caso de las indemnizaciones previstas en el propio estatuto pues será considerado el salario anterior.

Este derecho es el que ha generado más dudas interpretativas, tales como las ya mencionadas en los supuestos de la STC 3/2007 o en la de la Sala de Galicia, antes mencionada.

5

Art. 46 2º ET

La reforma permite que se solicite una excedencia voluntaria de una duración mínima de 4 meses, duración ésta muy inferior a la anterior (2 años) y que limitaba, lógicamente, el acceso a la misma dado que un período de 2 años dificulta mucho más el retorno a la empresa que un plazo de 4 meses teniendo en cuenta que en la excedencia voluntaria no hay reserva del puesto de trabajo. Se reconoce así la importancia vital que la excedencia voluntaria puede tener en la conciliación de la vida personal y familiar aunque se encuentra a faltar que no se beneficie a la excedencia voluntaria del régimen jurídico que sí tiene la forzosa en tanto en cuanto en ésta última sí se computa su duración como tiempo efectivo de servicios. No cambia sin embargo, el período de tiempo que debe transcurrir para volver a ejercer de nuevo dicho derecho, plazo de cuatro años desde el final de la anterior excedencia que, era lógica en el caso de una duración mínima de 2 años pero no lo es tanto, si se solicita sólo para un período de 4 meses.

6

Art. 46 3º ET

En la excedencia por cuidado de hijos, hijas y familiares la reforma lo que ha establecido es un incremento en la excedencia por cuidado de familiares que antes no podía ser superior a un año y ahora no puede ser superior a dos años. En el caso de excedencia por cuidado de hijos e hijas el período sigue siendo el mismo, no superior a 3 años (y se añade *–provisionales–* en relación a los acogimientos).

Y la segunda mejora es la posibilidad de fraccionar su disfrute, esto, dividir el tiempo de la excedencia solicitada en varios períodos, cuya concreción deberá realizarse con acuerdo entre persona contratada y persona contratante, teniendo en cuenta además, que durante el primer año de dicha excedencia, la persona trabajadora tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, de modo que, si por ejemplo se han solicitado dos años de excedencia, la persona trabajadora puede dejar transcurrir un año e incorporarse a su puesto de trabajo pero si vuelve a disfrutar del resto del período solicitado de excedencia, sólo tendrá derecho a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

■ ALTO GÁLLEGO

Serrablo, 113. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.

■ BAJO CINCA/BAIX CINCA

P.º Barrón Segorie, 7 bajos. Teléfonos 974 454 196 – 974 472 147. Fraga.

■ CINCA MEDIO

Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.

■ HOYA DE HUESCA

Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.

■ LA JACETANIA

Levante, 10. Teléfono 974 356 735. Jaca.

■ LA LITERA/LA LLITERA

Doctor Flemig, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.

■ LOS MONEGROS

Avda. Huesca, 24 (pasaje comercial). Teléfono 974 570 701. Sariñena.

■ RIBAGORZA

Ángel San Blancat, 6. Teléfono 974 540 385. Graus.

■ SOBRARBE

La Solana, s/n. Teléfonos 974 500 909 – 699 319 053. Aínsa.

■ SOMONTANO DE BARBASTRO

P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

■ ANDORRA-SIERRA DE ARCOS

Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.

■ BAJO ARAGÓN

Mayor, 2 bajo dcha. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.

■ BAJO MARTÍN

Lorente, 45. Teléfono 978 826 474. La Puebla de Híjar.

■ CUENCAS MINERAS

Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.

■ GÚDAR-JAVALAMBRE

Plaza de la Villa, 1. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.

■ JILOCA

Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.

■ MAESTRAZGO

Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.

■ MATARRAÑA/MATARRANYA

Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 884. Valderrobres.

■ SIERRA DE ALBARRACÍN

Portal de Molina, 16. Teléfono 978 704 024. Albarracín.

■ TERUEL

San Francisco, 1, planta baja. Teléfono 978 641 050. Teruel.

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

■ ARANDA

Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.

■ BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP

Plaza de España. Ayuntamiento. Teléfono 976 639 078. Caspe.

■ CAMPO DE BELCHITE

Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.

■ CAMPO DE BORJA

Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.

■ CAMPO DE CARIÑENA

Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.

■ CAMPO DE DAROCA

Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.

■ CINCO VILLAS

Avda. Cosculluela, 1. Teléfono 976 661 515. Ejea de los Caballeros.

■ COMUNIDAD DE CALATAYUD

San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.

■ RIBERA ALTA DEL EBRO

Plaza de España, 1. Teléfono 976 613 005. Alagón.

■ RIBERA BAJA DEL EBRO

Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.

■ TARAZONA Y EL MONCAYO

Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.

■ VALDEJALÓN

Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.

■ ZARAGOZA

Santa Teresa de Jesús, 30-32. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es



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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL

iاملaboral@aragon.es

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

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

ASESORÍA EMPRESARIAL

iamza@aragon.es

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

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

ASESORÍA SOCIAL

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

E SPACIO

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

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

C O N T E N I D O

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

DERECHO COMPARADO

La regulación de la igualdad entre hombres y mujeres en la normativa laboral de los países nórdicos. Por Emma Rodríguez Rodríguez. Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.....	6
---	---

DERECHO ESPAÑOL

Legislación

Las políticas públicas sobre los tiempos de la ciudad, en especial las normas gallegas. Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado especialista del Orden Social. Tribunal Superior de Justicia de Galicia.....	16
---	----

La democracia representativa paritaria. Algunas cuestiones en torno a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por Dra. María Macías Jara. Doctora de Derecho. Profesora de Derecho Constitucional ICADE.....	22
--	----

Las reglas de carga de la prueba en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Por Javier López Sánchez. Profesor Titular de Derecho Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.....	48
---	----

Jurisprudencia

Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174 tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Por Carmen López-Rendo Rodríguez. Doctora en Derecho. Abogada. E Isabel Abella Ruiz de Mendoza. Abogada.....	55
--	----

El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación. Por Isabel Olmos Parés. Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia.....	70
--	----