

# ARTICULO

# 14

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 31 • SEPTIEMBRE DE 2009

### DOCTRINA

- En los Diez años de Artículo 14. Una perspectiva de género: una mirada multinivel Europa y Género. La normativa Europea y la Igualdad de Género.
- La igualdad de género. Una mirada general a sus fundamentos en los diferentes niveles y espacios constitucionales.
- Las formulaciones normativas de la promoción de un lenguaje igualitario.
- La constitucionalización de la perspectiva de género. En el décimo aniversario de “Artículo 14. Una perspectiva de género”.

### LEGISLACIÓN

- Memoria del análisis de impacto normativo.
- La Carta de Servicios del Instituto Andaluz de la Mujer.

### JURISPRUDENCIA

- Sobre la tutela automática de la mujer embarazada frente al despido.
- Mutilación genital femenina, causa de aceptación de la solicitud de asilo.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

**Dirección:**  
Soledad Pérez Rodríguez  
**Coordinación:**  
Pilar Gutiérrez

**Contenidos:**  
Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga  
**Dirección Técnica:**  
M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer  
**Colaboran:**  
Antonio Javier Trujillo Pérez  
Rafael Naranjo de la Cruz  
M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez  
M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández  
Montserrat Reyes

Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia.  
Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a Boletín Jurídico "Artículo 14", que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.

**Edita:**  
Instituto Andaluz de la Mujer  
C/ Doña María Coronel, 6  
41071 Sevilla.  
Tel.: 954 54 49 10  
Fax: 954 54 49 11  
Puede consultarse "Artículo 14" en:  
[http://www.juntadeandalucia.es/  
/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

**Diseño y Maquetación:**  
Fotomecánica Magenta  
**Imprime:**  
Tecnographic  
**Dep. Legal:**  
SE-2460-01  
ISSN:  
1696-6988

## Sumario:

### DOCTRINA

En los Diez años de *Artículo 14. Una perspectiva de género: una mirada multinivel Europa y Género*. La normativa Europea y la Igualdad de Género. María Luisa Balaguer Callejón (Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía y Catedrática de Derecho Constitucional). ..... 4

La igualdad de género. Una mirada general a sus fundamentos en los diferentes niveles y espacios constitucionales. Gregorio Cámara Villar. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada. .... 24

Las formulaciones normativas de la promoción de un lenguaje igualitario. Francisco Balaguer Callejón. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. .... 30

La constitucionalización de la perspectiva de género. En el décimo aniversario de "Artículo 14. Una perspectiva de género". José Antonio Montilla Martos, Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada. .... 32

### LEGISLACIÓN

Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo. .... 37

La Carta de Servicios del Instituto Andaluz de la Mujer. Fermín Javier Villarrubia Martos, Secretario Judicial de la Administración de Justicia en Málaga, Experto en Gestión de Calidad, Profesor Asociado de Derecho Constitucional). .... 38

### TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN

..... 45

### JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2009, de 18 de mayo de 2009, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el de no ser discriminada por razón del sexo: despido de una trabajadora embarazada, a pesar de que la empresa lo ignorase. .... 49

Sobre la tutela automática de la mujer embarazada frente al despido. Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo. .... 54

La mutilación genital femenina, causa de aceptación de la solicitud de asilo. Ana Salinas de Frías, Asesora Jurídica del Consejo de Europa. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Málaga. .... 61

## ARTÍCULO 14

## PRESENTACIÓN

La Administración de la Junta de Andalucía es referente en el desarrollo de los principios de igualdad de oportunidades y de gestión de calidad, al objeto de integrar la igualdad de género en la gestión pública y de alcanzar el mayor grado de excelencia de los servicios que presta. Este compromiso con la sostenibilidad social adquiere un enorme protagonismo en el momento actual de cambio estructural de nuestra sociedad.

Desde la creación del Instituto Andaluz de la Mujer por el Gobierno andaluz, han sido numerosos los logros alcanzados en el avance en las políticas de igualdad, en desarrollos normativos, y en una mayor participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida. También, en cuanto a la red de servicios que presta el IAM, a través de los cuales se facilita información, asesoramiento y atención a las mujeres, hemos conseguido adoptar sistemas de calidad y herramientas de la excelencia en la gestión de estos servicios para implementar con eficiencia las políticas de igualdad, herramientas que además, han sido premiadas.

En el presente número de Boletín Jurídico Artículo 14, publicamos las exigencias de calidad del IAM, plasmadas en la Carta de Servicios, aunque no tiene un carácter normativo, aprovechamos esta oportunidad para difundirla, ya que entre los fines de la Carta, se encuentran el de facilitar a la ciudadanía la información sobre la prestación de los servicios del Organismo de igualdad y promover su colaboración activa en la mejora continua de los mismos.

Por otro lado, coincidiendo con el décimo aniversario de la publicación del Boletín Jurídico Artículo 14, es un buen momento para reflexionar a cerca de los avances que se han producido al amparo de las garantías y derechos recogidos en los instrumentos legislativos y de la doctrina jurisprudencial más novedosa, que están contribuyendo a la erradicación de la discriminación de género y a favorecer el progreso en la igualdad de mujeres y hombres, para ello, contamos con la colaboración de constitucionalistas de reconocido prestigio que analizan los logros alcanzados, desde un enfoque de género.

La Comunidad Autónoma de Andalucía es pionera en el desarrollo de las políticas públicas para conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres, actualmente consolidadas al más alto rango normativo, aunque todavía existen retos importantes relacionados con las necesidades y los intereses de las mujeres, que exigen mantener permanentemente abierto el debate de género hasta que consigamos lograr y consolidar la igualdad efectiva, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, tal como dispone el artículo 14 de la Constitución, que da nombre a nuestra publicación.

**Soledad Pérez Rodríguez**  
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

## DOCTRINA

## EN LOS DIEZ AÑOS DE ARTÍCULO 14. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO: UNA MIRADA MULTINIVEL

### EUROPA Y GÉNERO. LA NORMATIVA EUROPEA Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía y Catedrática de Derecho Constitucional

**SUMARIO: Introducción. I. Evolución del derecho europeo de género.** 1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. El Tratado de Roma. Evolución jurisprudencial del derecho de igualdad en el art. 119 del Tratado. 3. El Tratado de Ámsterdam: 3.1. Evolución jurisprudencial del art. 141 del Tratado. 3.2. Las técnicas de protección de la igualdad de género: a) La discriminación indirecta. b) La inversión de la carga de la prueba. c) Las acciones positivas. 4. La Carta de los Derechos Fundamentales. 5. Las Directivas comunitarias sobre la igualdad. 5.1. La Directiva 2002/73/CE. 5.2. La Directiva 2006/54/CE. 6. Instituciones europeas en materia de igualdad de género: el Instituto Europeo de Igualdad de Género. 7. Otras resoluciones sobre igualdad de género en el derecho comunitario. **II. Recepción del derecho comunitario en el ordenamiento estatal de España.** 1. La LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad entre mujeres y hombres. 2. La necesidad de una Ley de Igualdad de Trato.

#### Introducción

La recepción de la normativa en nuestro ordenamiento interno requiere tener en cuenta que el nuestro es un Estado compuesto, cuya distribución territorial del poder, mantiene diferentes Asambleas Legislativas, con competencias exclusivas constitucionalmente atribuidas, en las que el Estado central no tiene capacidad legislativa. En realidad, la relación actual entre el ordenamiento comunitario y el estatal, no permite una comparación lineal, en la medida en que no son homologables a veces las categorías jurídicas estatales y europeas, ni en el nivel de aplicabilidad de las normas, ni en la dogmática jurídica, conque a veces se conducen los operadores jurídicos<sup>1</sup>. Además, algunos derechos fundamentales tienen un amplio reconocimiento en nuestra Constitución que no se corresponde con el del Derecho Comunitario. Otros sin embargo, han tenido como consecuencia del desarrollo comunitario, una importante ampliación en nuestro ordenamiento interno.<sup>2</sup>

Las condiciones de homogeneidad a que obliga el estándar europeo de mínimos en relación con los Estados miembros de la Unión, supone en algunas ocasiones un importante avance en la legislación interna de los Estados. Por este impulso se ven compelidos a legislar sobre algunas materias, que aunque reivindicadas por los sectores sociales, no habían merecido la atención del legislador.

#### I. Evolución del derecho europeo de género

##### 1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La igualdad se encuentra regulada en el art. 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, donde se reconoce el derecho a la igualdad de trato sin distinción en función del sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

El primer problema que presenta la regulación de la igualdad se refiere a la propia terminología del precepto. La traducción por “sin distinción, o “sin discriminación”, según se adopte la versión francesa o inglesa ha generado confusión en algunos aspectos importantes de la discriminación positiva. La traducción a nuestro ordenamiento jurídico interno ha sido la de la versión francesa, “sin distinción”, aunque en última instancia esto pasa

<sup>1</sup> De forma convencional utilizamos el concepto de ordenamiento de los Estados y ordenamiento Europeo, cuándo el ordenamiento Europeo forma parte del de los Estados. Sin embargo, la contraposición es útil para evidenciar cómo es el ámbito europeo el que condiciona nuestra legislación interna, obligando a crear normas de desarrollo que de otra forma no existirían y que contribuyen, en este caso a la consecución de un mayor grado de igualdad. Sobre la necesaria articulación de los diferentes niveles de producción normativa. F. Balaguer, “Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”. REDC. n. 69. 2003.

<sup>2</sup> En los derechos laborales, generalmente el ordenamiento interno recepciona directivas que obligan a nuestro Estado a modificaciones legales de derecho interno. Sin embargo, en los derechos políticos la Unión Europea se ha manifestado todavía tímida en las reformas electorales para la incorporación de la mujer a la política activa.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

de ser un mero “nomen iuris” que no debería representar un obstáculo para calibrar el verdadero alcance del precepto.

El segundo problema está en las limitaciones con que se aplica el derecho de igualdad por el Tribunal, que exige que la violación de la igualdad vaya referida a la violación de un derecho fundamental. Ciertamente, esta limitación tiene un aspecto positivo, que es dar un cierto contenido de transversalidad a la norma, en virtud de la cual, todo derecho fundamental en el ámbito europeo tendría garantizada una igual aplicación, pero limita el efecto directo de la igualdad, en cuánto no es invocable en sí misma, sino solamente en relación con otros derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento el efecto interno del Convenio Europeo de Derechos Humanos viene exigido por el art. 10.2 de la Constitución Española que obliga a adoptar como criterios hermenéuticos los derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de los Tratados Internacionales y los Acuerdos suscritos por España. El TC desde el inicio de su jurisprudencia, ha tenido en cuenta este precepto para introducir en sus razonamientos jurídicos no solamente los textos, sino la interpretación que de ellos han hecho la jurisprudencia de los tribunales europeos<sup>3</sup>. De la jurisprudencia del TEDH extrae el TC una importante aportación doctrinal en sus primeros años de funcionamiento si bien, conforme va avanzando en el tiempo, la jurisprudencia del TC se va independizando progresivamente para crear un cuerpo doctrinal propio.

## 2. El Tratado de Roma. Evolución jurisprudencial del derecho de igualdad en el art. 119 del Tratado.

El derecho a la igualdad en el ámbito jurídico europeo se regula inicialmente en el art. 119 del Tratado de Roma y responde sobre todo a una concepción liberal, que contiene exigencias puramente retributivas y referidas a la igualdad salarial, sin concesiones a una visión social más amplia.

Esta regulación, que se limitaba a reconocer la igualdad de trato en el ámbito laboral, ha adquirido sin embargo, un importante desarrollo jurisprudencial con la sola aportación de una serie de Directivas comunitarias de desarrollo de ese inicial principio de igualdad de trato. Primero con la Directiva 75/117 que desarrolló el concepto de igualdad de retribución<sup>4</sup>, y más tarde con la Directiva 76/207/CEE, del Consejo relativa a la aplicación de la 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 las condiciones de trabajo.

## 3. El Tratado de Ámsterdam

### 3.1. Evolución jurisprudencial del art. 141 del Tratado

Estas directivas, unidas a un importante activismo judicial del TJCE ha permitido que con el tiempo, la igualdad de género se considere un auténtico derecho fundamental europeo.<sup>5</sup> El artículo 119 se modifica por el Tratado de Ámsterdam, que en su nuevo artículo 141 contiene los párrafos 3 y 4 donde se desarrollan con mayor amplitud la igualdad de género.<sup>6</sup>

Consecuencia de esa nueva regulación del Tratado de Ámsterdam, es la modificación de la Directiva 76/207/CEE por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante la Directiva 2002/73/CE que desarrolla las previsiones del apartado 3 del artículo 141 del TCE.

La importancia del Tratado de Ámsterdam respecto del art. 119 del Tratado de Roma está en la extensión de lo que solamente era un reconocimiento de la igualdad en materia de salario, a una igualdad real en todos los

<sup>3</sup> Desde la STC 5/1981.

<sup>4</sup> La directiva amplía el concepto de igual trabajo, a “trabajo de igual valor”, lo que comprende todos aquellos trabajos que sean homologables. Exige además que cuando se utilice un sistema de clasificación profesional, este se base en criterios comunes a ambos sexos, para evitar las discriminaciones.

<sup>5</sup> El artículo 119 del Tratado de Roma decía que “cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base mínimo y cualesquiera gratificaciones satisfechas directa o indirectamente en dinero o en especie por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución por razón de sexo significa: a) que la retribución establecida para el mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada, se fija sobre la base de la misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo, es igual para un mismo puesto de trabajo”.

<sup>6</sup> El art. 141 del Tratado de Ámsterdam define ya con amplitud el concepto de igualdad de retribución: “1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. 3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad de hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

ámbitos de las relaciones de género, incluyendo en este concepto de igualdad, la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar libremente medidas de acción positiva.

La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea deriva, no solamente de la afectación a los derechos sobre los que resuelva en interés directo a los ciudadanos españoles, sino por la vinculación hermenéutica que contiene el art. 10.2 de la Constitución Española que obliga a seguir esa orientación jurisprudencial.<sup>7</sup> Las exigencias del art. 10.2 de la CE deben tener en cuenta los niveles de desarrollo de la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJCE, en la medida en que esta norma es parámetro de interpretación para nuestros jueces y tribunales en materia de derechos fundamentales.<sup>8</sup> Cuestión diferente es que nuestro ordenamiento jurídico rebase en algunos aspectos concretos ese nivel mínimo, en cuyo caso la interpretación y aplicación por los jueces y tribunales de esos derechos no tiene que adecuarse por razones obvias a los mínimos garantizados, sino a nuestro propio ordenamiento.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia con todo, ha intentado avanzar en la igualdad material, para lo que ha tenido que sistematizar algunos conceptos, como el de la discriminación indirecta o las discriminaciones ocultas que le permitan llegar a detectar la desigualdad por encima de igualdades aparentes.<sup>9</sup> Al hacerlo así, el Tribunal adopta una perspectiva de género en virtud de la cual, comprueba si una norma, aparentemente neutral, produce sistemáticamente efectos negativos para la igualdad de la mujer.<sup>10</sup>

Respecto de la igualdad de la mujer ha evolucionado desde el concepto de igualdad salarial, como elemento de igualdad entre mujeres y hombres, hasta la posibilidad de introducir acciones positivas en la normativa de los Estados como un medio legítimo de erradicación de la desigualdad de género. Esta evolución ha sido muy significativa en los últimos años, sobre todo a partir de la segunda mitad de los años noventa, cuando el Tribunal tiene que pronunciarse sobre medidas de acción positiva llevadas a cabo por algunos Estados que crean criterios de adjudicación de puestos de trabajo con medidas de favorecimiento para las mujeres.

También se ha producido una importante evolución de las técnicas a que se acoge el TJCE para que la igualdad de género trascienda la igualdad formal, desde la construcción del concepto de discriminación indirecta, hasta la admisión de las medidas de acción positiva para equilibrar la presencia de género en los distintos sectores de la producción.

Durante los primeros años, el Tribunal solamente tiene que pronunciarse sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de salario. Y durante las primeras décadas, por lo general, el TJCE ha venido considerando que en aplicación de la Directiva 76/207, de 9 de febrero, y el antiguo art. 119 del Tratado, el concepto de "retribución" es comprensivo de toda prestación salarial o no, y que las únicas excepciones a la igualdad son las que deriven del equilibrio financiero de los Estados,<sup>11</sup> lo que exige una cierta progresividad en la introducción de medidas que erradiquen la desigualdad.<sup>12</sup>

Pero pronto surge la necesidad de interpretaciones más amplias del art. 119, sobre todo en las cuestiones relacionadas con la maternidad. En lo que se refiere a la protección de la maternidad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha perfilado sobre todo, la idea de que la igualdad de la mujer exige la protección de sus derechos laborales y asistenciales, para que la maternidad no constituya un obstáculo en su incorporación y permanencia en el mercado de trabajo.<sup>13</sup> Y aquí el Tribunal tiene la oportunidad de afirmar que es precisamente la mater-

<sup>7</sup> En realidad el artículo 10.2 de la Constitución Española dice que "las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", lo que no comprende taxativamente una vinculación de los tribunales españoles al TJCE. Sin embargo, el TC ha aceptado pacíficamente esta doctrina como vinculante en sus decisiones. Sobre esa obligatoriedad, las SSTC 64/91, 281/91, y 78/92.

<sup>8</sup> Una sistematizada serie de exigencias, además del art. 10.2 de la CE, expone T. Freixes en "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa". "Cuadernos Constitucionales", n. 11-12. 1993. Pg. 97 y ss.

<sup>9</sup> Sentencia de 30 de abril de 1998, que conoce la cuestión prejudicial acerca de la interpretación de la legislación a la que se acoge una empresa para negarse a una evaluación anual por estar la trabajadora ese año de baja maternal, en relación con el apartado 3 del artículo 2, y artículo 5 de la directiva 76/207/CEE, que garantiza la igualdad de trato en el acceso al empleo, y en las condiciones de trabajo. La sentencia considera que no puede marginarse a la mujer de su derecho a ser calificada anualmente por haber estado en baja maternal.

<sup>10</sup> La STC 22/1994 recepciona la doctrina de los casos Bilka Kaufhaus de 13 de mayo de 1986 y de Kowalska de 27 de junio de 1990, acerca de las discriminaciones indirectas. La discriminación de la actora por la inaplicación del Convenio Colectivo en jornada reducida y que el TC considera inconstitucional en agravio de la desigualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, se completa con la idea de que esos tipos de contrato a tiempo parcial afectan siempre a mujeres.

<sup>11</sup> En el bien entendido que las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por la política social de un Estado y por tanto no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos. Sentencia de 24 de febrero de 1994, Roks y otros contra Bestur van Bedrijfvereniging y otros. Asunto C-343/92.

<sup>12</sup> Sobre el concepto de retribución, la sentencia de 9 de febrero de 1982, Elieen Garland/British Rail Engineering Limited, asunto 12/81. Sobre el de impacto económico, el caso Defrenne II, sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75.

<sup>13</sup> Sentencia de 30 de junio de 1998, sobre la imposibilidad de despedir a una trabajadora por ausencia de su puesto de trabajo debidas a incapacidad laboral producida por un embarazo de riesgo. Es irrelevante que la legislación inglesa permita el despido objetivo por faltas de asistencia, con independencia del sexo, porque lo relevante jurídicamente es la protección de la maternidad.

## DOCTRINA

idad y las circunstancias que de ella se derivan, (embarazo, lactancia), el único hecho diferenciador entre la mujer y el hombre. Esta afirmación que se hace con ocasión de la protección de la maternidad, tiene una gran trascendencia en cuanto a la imposibilidad por parte de los Estados, de mantener ninguna otra que no sea la derivada de esa circunstancia biológica.<sup>14</sup> Lo que tendrá su importancia para impedir la discriminación sexual en el trabajo para determinadas profesiones.<sup>15</sup>

Esta interpretación del apartado 3 del art. 2 de la Directiva 76/207, de la forma más restrictiva posible, es decir referida exclusivamente a las específicas cualidades de la mujer que sólo son la maternidad, el embarazo y lactancia permite al Tribunal abrir la interdicción de la discriminación en materia de género a situaciones muy distintas, y pronunciarse acerca de la imposibilidad de discriminar a las mujeres por ninguna circunstancia referida a las condiciones o al puesto de trabajo, como puede ser la nocturnidad.<sup>16</sup> Tampoco es posible una vez afirmado que la mujer y el hombre no tienen otra diferenciación biológica que la maternidad, permitir que determinadas profesiones sean sustraídas a la mujer, ni se pueda prohibir el desempeño de trabajos sobre los que se necesite una mayor o menor fuerza física.

### 3.2. Las técnicas de protección de la igualdad de género.

#### a) La discriminación indirecta.

Una vez que avanza en la consideración de la desigualdad, y se considera que no hay posibilidad de otra diferenciación entre mujeres y hombres que la biológica derivada de la maternidad, el Tribunal se ve precisado de mecanismos que le permitan detectar cuándo las situaciones de aparente igualdad encierran sin embargo, una conducta discriminatoria en el ámbito laboral. A partir de ahí surge el concepto de discriminación oculta o indirecta, para designar aquellas conductas empresariales que aparentemente eran conformes a la legalidad, pero que tenían un efecto discriminatorio para las mujeres.<sup>17</sup>

El análisis de la discriminación indirecta empieza con la pregunta de si ese dato, hecho o situación afecta mayoritariamente a mujeres, y una vez constatado que eso es así, la norma se declara discriminatoria por contraria al artículo 13 del TCE, al art. 141 del TCE, y a las diferentes Directivas comunitarias contrarias a la discriminación entre hombres y mujeres.

El análisis es objetivo, no hay que tener en cuenta si el Estado ha provocado esa situación intencionadamente o no, lo que es relevante jurídicamente es la situación en sí del resultado discriminatorio. Esto es razonable si tenemos en cuenta cual es el sentido y la finalidad de la interdicción de las discriminaciones indirectas, que es conseguir la igualdad real. Si se trata de avanzar en la igualdad, lo importante es corregir las desigualdades, y para ello resulta intrascendente la intencionalidad de los Estados en producir o no la discriminación. Lo que interesa es que si objetivamente se producen esas situaciones de discriminación, existan mecanismos que se puedan imponer a los Estados.

Para ello se impone la necesidad de determinar mediante la estadística o cualquier otro método, la cantidad de mujeres que están afectadas, en relación con los hombres, por una situación cualquiera, de modo que pueda decirse que estamos ante la discriminación indirecta. En este sentido, el Tribunal habla de “un número suficiente” de personas afectadas, o un porcentaje significativo, que no se trate de fenómenos fortuitos o coyunturales. Sin duda el avance de esta jurisprudencia exigirá la determinación mas detallada de estos porcentajes, o la creación de unos criterios para su determinación porcentual, porque de lo contrario, será difícil en algunos casos constatar si hay o no discriminación según que el parámetro utilizado sea la actividad, la rama productiva, el número de trabajadores por empresa, sector, y un sinnúmero de posibilidades que pueden cambiar significativamente la situación.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> A partir de la década de los noventa, la jurisprudencia del TJCE es constante en cuanto a la interpretación de la Directiva 76/207/CEE, en un sentido amplio respecto de todos aquellos aspectos relacionados con la maternidad y la discriminación en el empleo. Puede verse esta evolución en las Sentencias de 8 de noviembre de 1990, (caso Dekker), de 30 de junio de 1998, (caso Brown), de 4 de octubre de 2001, (caso Tele Danmark), entre otros.

<sup>15</sup> La Sentencia de 30 de junio de 1988, en el asunto 318/86, analiza el acceso a Vigilantes de cárceles mediante un concurso-oposición diferenciado por el sexo en la legislación francesa. El Tribunal exige unos requisitos a esta legislación que no cumpla la legislación francesa: transparencia y control. Utiliza aquí el principio de proporcionalidad.

<sup>16</sup> Sentencia de 25 de julio de 1991, asunto C-345/89, proceso penal contra Alfred Stoeckel. La prohibición del trabajo nocturno solo a mujeres es contraria a la directiva 76.

<sup>17</sup> El concepto de discriminación indirecta ha avanzado considerablemente en la jurisprudencia del TJCE. Recientemente ya el Tribunal analiza cualquier repercusión de género para considerar si existe este tipo de discriminación. Véase la Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2003, sobre el cálculo de pensiones en funcionarios a tiempo parcial, donde se considera que cuando alguna situación afecta de forma muy importante a la mujer, debe corregirse. Un comentario de esta sentencia en Thais Guerrero Padrón, “Actualidad Jurídica Aranzadi”, n. 617. 25 de Marzo. 2004.

<sup>18</sup> Algunas veces, el análisis comparativo se presenta fácil porque hay una diferenciación admitida por los hechos, como la Sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004, que considera un supuesto de discriminación indirecta el caso de una profesora que realiza por cuenta propia un trabajo que en el caso de los hombres es por cuenta ajena.

## DOCTRINA

No obstante el Tribunal es consciente de las limitaciones que deben operar en la discriminación indirecta, y ha matizado en algunas ocasiones su análisis, dejando abierta la posibilidad de que los Estados justifiquen estas medidas en función de sus políticas presupuestarias, y mediante criterios de valoración del impacto que supone a los Estados soportar una sentencia de ese tipo<sup>19</sup>.

*b) La inversión de la carga de la prueba.*

La exigencia de una actividad probatoria en los casos en que las discriminaciones se producen de forma directa, no tiene en principio más dificultad en materia de derechos fundamentales y por tanto de igualdad, que en cualquier otro proceso. Pero cuándo se trata de discriminaciones indirectas, por su propia naturaleza, es muy difícil para la parte actora del procedimiento, demostrar la intencionalidad de producir esa discriminación. El problema se allanó relativamente con la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo<sup>20</sup>. En uso de esa normativa, el Tribunal consideró que si se comprueba que una medida perjudica de forma mayoritaria a las mujeres, pesa sobre el Estado la prueba de la justificación objetiva de esa medida.<sup>21</sup> Cuándo se trata de empresas privadas, la discriminación aparente se puede razonar por el empresario, y la valoración acerca de la discriminación compete al juez nacional<sup>22</sup>.

*c) Las acciones positivas.*

Desde mediados de la década de los noventa, en la que los Estados adoptan medidas de acción positiva en su legislación interna, el Tribunal se ve obligado a pronunciarse acerca de la compatibilidad de esas medidas con el derecho comunitario. Inicialmente el Tribunal no ve conforme al derecho comunitario la legislación que en igualdad de condiciones prioriza la contratación a mujeres, pero la resonancia doctrinal de esa sentencia, derivó a una jurisprudencia más abierta, que se mantiene dentro de unos criterios de proporcionalidad.

Este asunto, resuelto por la Sentencia del Tribunal de 17 de octubre de 1995, (caso Kalanke), que no permite conceder preferencia automática a favor de la mujer en el caso de subrepresentación en ese empleo, tuvo una extraordinaria relevancia mediática y doctrinal, de tal manera que condicionó la jurisprudencia posterior del Tribunal en las siguientes decisiones acerca del mismo tema.<sup>23</sup> A partir de esta sentencia, se genera un importante debate acerca de las medidas de acción positiva que contribuye en buena parte a la generación de las posteriores sentencias que el Tribunal dicta en el caso Marschall y en los casos Badeck y Anderson.<sup>24</sup> La doctrina fue crítica en general con la sentencia del caso Kalanke, y contrariamente al criterio del Tribunal que consideró que no procedían las medidas de acción positiva, se intentó por lo general ir a un criterio de proporcionalidad de esas medidas, pero partiendo de la necesidad de mantenerlas como manera de superar la desigualdad histórica de las mujeres.<sup>25</sup>

El Tribunal de Justicia con ocasión de la siguiente sentencia que dicta en el caso Marschall, ya cambia ese criterio inflexible acerca de la imposibilidad de favorecer a un sexo sobre otro cuando hay igualdad de puntuación en el acceso de un puesto de trabajo, y considera que los Estados pueden establecer medidas de acción positiva para las mujeres con determinadas condiciones.

<sup>19</sup> Regresiva la Sentencia de 14 de diciembre de 1995 que declara no contrario a los arts. 2 y 5 de la directiva 76, la normativa nacional alemana que excluye del Régimen General de las Pensiones aquellos empleos temporales que no cumplan un mínimo de horas semanales a pesar de que constituye un efecto de discriminación indirecta sobre las mujeres que son el colectivo afectado. Las razones que aduce el Gobierno alemán son de orden público, al ser un objetivo de política social ajeno a toda discriminación sexual. Igual la sentencia de 1 de febrero de 1996 sobre legislación que exige un período de carencia mínimo para el derecho de prestaciones, y que también afecta mayoritariamente las mujeres, por estar dentro de los objetivos de política social de los Estados.

<sup>20</sup> En el art. 4 regula la carga de la prueba: "Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad".

<sup>21</sup> Sentencia 170/1984, de 13 de mayo de 1986, caso Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karín Weber von Hartz.

<sup>22</sup> Un ejemplo en la Sentencia de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, de P.M. Enderby contra Frenchay Health Authority y otros. Especialmente complejo porque la discriminación se produjo en normas pactadas en una negociación colectiva.

<sup>23</sup> Sobre esta sentencia se pueden ver los comentarios de F. Rey Martínez, "La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), asunto Kalanke". REDA, n. 47. 1996. M. Atienza, "Un comentario al caso Kalanke", Cuadernos Jurídicos, n. 39. 1996. Este mismo artículo en M. Atienza, "Un comentario al caso Kalanke". Doxa. N. 19. 1996. M. A. Martín Vida, "Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall". REDC. N. 53. 1998.

<sup>24</sup> A la sentencia Kalanke le sucede la sentencia Marschall. STJCE de 11 de noviembre de 1997, caso H. Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, asunto C-409/95. Y posteriormente el caso Badeck sobre el que se dicta sentencia en 1998 y el caso Anderson también en 1998.

<sup>25</sup> Esta sería por ejemplo, la posición de M. Atienza, quien entiende que la utilidad de las medidas estaría justificada en función de algunos criterios: Si resulta eficaz para conseguir el objetivo, si el objetivo es importante, si no hay medidas alternativas, y que lleve la carga de la argumentación. M. Atienza, "Un comentario al caso Kalanke", Doxa, cit. Pg. 119.

## DOCTRINA

Esa línea evolutiva se mantiene en el caso Badeck, y en los casos Essen y Anderson<sup>26</sup>, y en la última sentencia, conocida hasta el momento, que es la del caso Lommers, de 19 de marzo de 2002<sup>27</sup>.

#### 4. La Carta de los Derechos Fundamentales.

La igualdad de género en el derecho europeo ha avanzado significativamente a instancias de la jurisprudencia del TEDH y del TJCE. Y han sido estas resoluciones las que han impulsado la normativa europea, que la mayoría de las veces ha venido a dar reconocimiento a esas resoluciones dictadas “ad casum”, pero que han ido categorizando todos esos conceptos que hoy constituyen el cuerpo consistente de doctrina jurisprudencial respecto de la inversión de la carga de la prueba, o de discriminación indirecta. Otras veces han sido las normas de los Estados, como en el caso de las acciones positivas, las que han forzado a esa jurisprudencia.

Hubiera sido razonable que la redacción de un texto, con vocación de futuro y de homogeneización de la “cultura jurídica europea”, recogiera todas y cada una de esas construcciones. Seguramente por no haberse regulado así, la protección de los derechos previstos en la Carta planteará problemas importantes de articulación con los Derechos Fundamentales regulados en los respectivos Estados.<sup>28</sup>

La Carta de los Derechos Fundamentales regula en el art. 23 la igualdad de hombres y mujeres.<sup>29</sup> La doctrina ha considerado que esta regulación de la Carta rebaja el nivel de reconocimiento en materia de igualdad que venía construyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre todo porque no se dice con claridad que la igualdad sea un derecho fundamental esgrimible ante los tribunales por una acción procesal directa<sup>30</sup>.

#### 5. Las Directivas comunitarias sobre la igualdad.

##### 5.1. La Directiva 2002/73/CE.

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la anterior directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, ha supuesto un motivo de desarrollo de nuestra legislación interna en el ámbito laboral, con urgentes modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral, para intentar adaptar esta normativa a la legislación interna.

Las circunstancias sociales y laborales que se dan en estos momentos en la Unión Europea, no tienen mucho que ver con las que concurrían hace casi cuatro décadas. Y si estas circunstancias han variado sensiblemente en el contexto europeo, con mucha más importancia aún se han producido en Estados como el nuestro, en el que justamente estos años han supuesto la innovación y consolidación de un sistema democrático de reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales, ausente hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978. Estas décadas han sido decisivas para las mujeres en nuestro Estado que ha pasado de una desigualdad institucional, jurídica y social, a una plena igualdad jurídica en el reconocimiento formal de los derechos, (art. 14 de la Constitución) y a una profundización en la igualdad real en las instituciones y el conjunto de la sociedad.

También en el ámbito europeo se han producido importantes cambios desde 1976 en la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, que han tenido su trascendencia en un importante incremento de la legislación en materia laboral por parte de la Unión Europea.

<sup>26</sup> Un comentario de la sentencia de 6 de julio de 2000, caso Anderson, en A. J. Trujillo, “Comentario a la STJCE de 28 de marzo de 2000”, en “Art. 14, una perspectiva de género” n. 4. IAM. Sevilla. 2000, donde analiza el autor la diferencia establecida por el Tribunal entre cuotas rígidas y cuotas flexibles. Otro comentario sobre las dos sentencias, Anderson y Badeck, en M. A. Martín Vida, “Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas: los casos Badeck y Anderson”, en “Art. 14, una perspectiva de género” n. 5. IAM. Sevilla. 2000. Ambos autores analizan los requisitos que el TJCE considera inevitables para las acciones positivas, a saber, que no se prevea la concesión a las mujeres de los puestos de trabajo de manera automática e incondicional, y que se establezcan cláusulas de apertura flexibles.

<sup>27</sup> M. A. Martín Vida ha puesto en relación esta sentencia con la STC 128/87 del Tribunal Constitucional español. Los supuestos son parecidos y la sentencia da la misma solución desestimatoria del derecho de ayuda a guardería a un hombre que la solicita, por entender la igualdad de género desde la discriminación positiva a la mujer para favorecer su incorporación al mercado laboral. M. A. Martín Vida, “Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva”. Civitas. Madrid. 2002.

<sup>28</sup> Sobre este hecho ya ha llamado la atención F. Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”. REDC. N. 64, 2002, pg. 48. Tanto más cuanto que como bien expresa, los niveles de protección de los derechos no son independientes de la relación entre ellos. Por lo general, una protección excesiva de un derecho puede dejar a otro sin protección alguna, destacadamente en los que derivan de los propios procesos, plazos, pruebas, igualdad de partes, de manera que se impondrá seguramente una doctrina progresiva en la articulación entre ambos ordenamientos.

<sup>29</sup> “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.

<sup>30</sup> T. Freixes, “La igualdad y el futuro de Europa: Reflexiones en torno al proceso de constitucionalidad”, en “Art. 14, perspectiva de género”, n. 16. IAM. 2004. La autora considera que esto forzaría una interpretación sistemática de esta norma con el art. 53 que garantiza un estándar mínimo de aplicación en función de los derechos reconocidos en otros textos legales internacionales y europeos.

## DOCTRINA

Como se ha comentado ya respecto de esta Directiva, la propia jurisprudencia del TJCE había venido creando unos criterios acerca de la igualdad compensatoria y otros aspectos relacionados con la igualdad de género.<sup>31</sup>

La Directiva 2002/73/CE contiene importantes figuras jurídicas que han venido siendo objeto de reivindicación por asociaciones y colectivos de los Estados miembros, desde hace algunas décadas, y que se regulan por primera vez en materia laboral, como son las del acoso y el acoso sexual, y la de la discriminación indirecta.

En primer lugar, es muy importante la afirmación que se contiene en el art. 1 de la Directiva, por la que se crea un apartado bis, que se refiere a la transversalidad de las disposiciones legislativas a las políticas y a las actividades públicas, que han de tener en cuenta “de manera activa” el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres.<sup>32</sup> Esta transversalidad, objeto prioritario en la Cumbre de Pekín de 1995, donde se intentó definir el *mainstreaming* o transversalidad de género, como medida paliativa de la desigualdad de las mujeres en el ámbito público, sobre todo en el campo de la participación política, se reafirma ahora como la finalidad propia de esta norma en un intento, teleológico, de conseguir erradicar esa desigualdad.

En segundo lugar, la distinción, que había venido siendo ya claramente establecida por la jurisprudencia, entre la discriminación directa e indirecta. Efectivamente, las discriminaciones que se producen en las condiciones laborales de las mujeres no suelen hacerse de forma explícita y directa, sino de forma solapada e indirecta, por la vía de defraudar la ley y los convenios colectivos.

En tercer lugar, la definición del acoso sexual en el trabajo.<sup>33</sup> Hasta este momento, y en nuestro ordenamiento jurídico no existía un precepto que recogiera esta figura, debiendo de estar a la creación jurisprudencial que lo consideraba dentro del art. 14 de la Constitución y del 175 y ss. de la LPL e incurso en un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito social.

Otro importante aspecto que se regula en la Directiva y que estaba ausente en nuestra legislación laboral, es el de la interdicción de la discriminación en el acceso al empleo. El art. 3 señala como objeto de protección laboral, la obligación de respetar la igualdad en el acceso al mercado laboral. Bien es verdad que existía la posibilidad de sancionar administrativamente a las empresas que discriminaran a una mujer en el acceso al mercado, pero ahora queda clarificada esta posibilidad con una regulación expresa.

Finalmente, interesa destacar el mandato que contiene la Directiva en orden a desarrollar estas disposiciones por parte de los Estados miembros, y realizar las oportunas modificaciones para que se produzca la necesaria adaptación legislativa. En este sentido el art. 2 obliga a los Estados miembros a poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las exigencias de esta Directiva<sup>34</sup>.

## 5.2. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de Julio, relativa a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación.

Con fecha de 26 de julio de 2006, publica el Diario Oficial de la Unión Europea esta Directiva, que refunde toda la normativa anterior en materia de igualdad laboral entre mujeres y hombres.

Ha de entenderse, no como una nueva regulación de las condiciones de igualdad entre mujeres y hombres, sino como la unificación de todas aquellas normas que se habían venido implantando en las últimas décadas, con la finalidad de dar congruencia a esa normativa, cuyos conceptos podían ser reiterativos, dando así mayor coherencia en todos aquellos aspectos relacionados con la igualdad en el salario, seguridad social, pensiones y condiciones de trabajo.

Recoge las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE, cuya derogación se posdata en el art. 34 al 15 de agosto de 2009. Habida cuenta que el art. 35 prevé la entrada en vigor de ésta Directiva a los veinte días de su publicación, por lo tanto, está ya en vigor en estos momentos, coexisten en estos momentos tanto las disposiciones refundidas como el texto de refundición, lo que no dejará de producir desajustes. Ciertamente, el ordenamiento jurídico europeo tiene sus peculiaridades, pues esta circunstancia de coexistencia temporal de normas, es difícil de encajar con la coherencia y unidad de un sistema jurídico.

<sup>31</sup> J.A. Montilla Martos, “Comentario a la Directiva 2002/73/CE”. “Artículo 14, una perspectiva de género” N. 11. IAM. Sevilla. 2002.

<sup>32</sup> El art. 1.bis dice que “los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1”.

<sup>33</sup> Define el acoso como “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno humillante u ofensivo”. Y el acoso sexual “como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

<sup>34</sup> El art. 2 dice: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005, o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que exige la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.”

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

A esta situación se añaden algunas otras circunstancias, en relación con su aplicabilidad para los Estados, que también tienen importancia en este sentido. Los arts. 31, 32 y 33 regulan el procedimiento de recepción de esa Directiva por parte de los Estados miembros. Se da un plazo de hasta el 15 de febrero de 2011 para que los Estados transmitan a la Comisión la información sobre la aplicación de esta Directiva. Y hasta el año 2013, para valorar la posibilidad con vistas a las modificaciones necesarias. Y hasta el 15 de agosto de 2008 para la entrada en vigor en los Estados a que va destinada. Esta fecha se puede ampliar a otro año más, en función de las dificultades que pueda plantear a los Estados conseguir los acuerdos necesarios entre las fuerzas sociales, para el cumplimiento de la Directiva.

En cuanto a las materias sobre las que se extiende la refundición, son muy variadas y extensas, y no coinciden puntualmente con las de las directivas que refunden, ya que hay referencias específicas a la directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, como la propia definición de acoso.

El primer considerando expone las materias objeto de refundición entre las que se citan la aplicación de la 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 las condiciones de trabajo; la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes especiales de seguridad social; la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras y la carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo.

Contiene la directiva 35 artículos divididos en 4 títulos, titulados el primero de disposiciones generales, el segundo de disposiciones específicas, el tercero de disposiciones horizontales, y el cuarto, como hemos visto, de disposiciones finales.

El Título I define en su artículo segundo los conceptos que ya había elaborado jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia de "discriminación directa", "discriminación indirecta", "acoso", "acoso sexual", "retribución" y "regímenes profesionales", produciéndose así la reiteración de la que hablábamos respecto de la Directiva 2002, en la que también aparecen definidos algunos de estos conceptos.

En el Título II se contiene ya la regulación sustantiva de los derechos laborales concernidos por la norma. Se incluyen todas las contingencias derivadas de las prestaciones de la seguridad social, enfermedad, vejez, invalidez, accidentes y enfermedades profesionales y desempleo, en las que prohíbe tanto la discriminación directa como indirecta, y se establece la posibilidad de aplazar su aplicación en determinados supuestos.

Igualmente se regula en este título lo atinente a selección de personal y condiciones de trabajo, con especial referencia a los reingresos por maternidad, paternidad y adopción.

En el Título III se contiene la regulación de las garantías de defensa de los derechos. Se obliga a los Estados miembros a que regulen procedimientos judiciales para su defensa. Y se reconoce legitimación procesal a las asociaciones que representen a las personas que hayan sufrido esas lesiones.

En cuanto a la carga de la prueba, se invierte en el sentido de considerar que "Cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato".

Pese al esfuerzo de la jurisprudencia y de la doctrina, en construir un concepto válido y operativo sobre la igualdad de trato, lo cierto es que la inversión de la carga de la prueba en la práctica no se consigue implantar por la dificultad intrínseca del propio concepto de prueba en relación con la inversión. No es fácil exigir a alguien que demuestre no haber hecho, puesto que las pruebas se refieren a hechos. En tal sentido la demostración de no haber llevado a cabo una conducta es difícil y complicada. De ahí la enrevesada redacción del concepto de inversión de la carga de la prueba, que termina diciendo que corresponde a la parte demanda demostrar que no vulneró el principio de igualdad de trato. La primera parte no es menos vulnerable desde el punto de vista de la técnica jurídica: hechos que permitan presumir la existencia de discriminación. Lo que se ha denominado también como prueba de indicios, y que se refiere a ciertas presunciones en relación ciertas conductas. Estamos ante unos conceptos jurídicos muy indeterminados en los que, ciertamente es muy difícil avanzar en su construcción, pero que desde luego, así definidos, son escasamente operativos.

De ahí que el párrafo siguiente determine que esta exigencia se entienda "sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen más favorable a la parte demandante".

Es muy importante en este título, la creación en el art. 20 de una serie de organismos de fomento de la igualdad. Se prevén funciones para ellos de información y cuantificación en materia de igualdad, que tendrán importantes efectos en la toma de conciencia de los Estados en la situación de discriminación real. Y en ese sentido se muestra especialmente operativa la remisión al Instituto Europeo de la igualdad de género, que tendrá otras, esta función de control acerca del desarrollo material de la igualdad.

## DOCTRINA

**6. Instituciones europeas en materia de igualdad de género: el Instituto Europeo de Igualdad de Género.**

El Reglamento Europeo por el que se crea un Instituto Europeo de Igualdad de Género, de 26 de diciembre de 2006, culmina un proceso que se había iniciado en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta del Parlamento y del Consejo.<sup>35</sup>

La base jurídica que permite crear esta institución es el art. 13.2 y el art. 141. 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La primera de las normas en cuanto permite que el Consejo adopte medidas de estímulo para la consecución de objetivos de la Comunidad, y el segundo en cuanto le permite la adopción de medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Las consideraciones previas sobre las que se basa la creación de este Instituto son: la necesidad de que se garantice en todos los ámbitos la igualdad entre hombres y mujeres, en desarrollo de los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; las previsiones del art. 2 y del art. 3.2 del Tratado, de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres -el cumplimiento de los objetivos de no discriminación en las políticas de la Comunidad respecto de la no discriminación de las mujeres-; el art. 13 del Tratado y la posibilidad de que el Consejo adopte medidas tendentes a la lucha contra la discriminación y, por último, el desarrollo habido ya del art. 141 del Tratado en materia de derecho laboral.

Todos estos antecedentes legislativos permiten la creación de un Instituto de Género en el ámbito europeo. Además es necesario justificar su necesidad, lo que hacen las consideraciones previas del Reglamento con estos datos: de un lado, el informe anual de la Comisión sobre igualdad entre mujeres y hombres, que señala en 2004, las grandes diferencias de género en la práctica totalidad de la vida social, económica, política y personal... entre mujeres y hombres, que aconseja una política activa para compensar estas desigualdades y, de otro lado, la posibilidad de que todas esas políticas de igualdad se puedan instrumentar y coordinar a través de una sola institución que homogeneice, sistematice y dirija los objetivos de igualdad, coordinando esfuerzos y actividades en el sentido que señale políticamente la Unión.

Con esta iniciativa, la Comunidad opta por una política de igualdad que supera la concepción de la igualdad formal presente todavía en la mayoría de los textos constitucionales estatales, y se pone al frente de las políticas activas tendentes a conseguir la igualdad real entre las mujeres y los hombres. Esto se explica sobre todo cuando se definen los objetivos de ese Instituto: recopilación, análisis y difusión de información y datos objetivos, fiables y comparables, sobre la igualdad entre hombres y mujeres; el desarrollo de los instrumentos adecuados para la supresión de todas las formas de discriminación por razón de sexo; la integración de la dimensión de género en todas las políticas; el fomento del diálogo entre las partes interesadas y el aumento de la sensibilización entre la ciudadanía para promover la igualdad de género.

Además de estos objetivos genéricos, que ya de suyo podrían justificar la creación de una institución ad hoc para la consecución de la igualdad de género, hay una enumeración de objetivos concretos: el fomento de la participación equilibrada de mujeres y hombre en la vida social; la supresión de los estereotipos sexistas; la cooperación entre los estados miembros; la información estadística acerca de la situación real de ese nivel de desigualdad existente en la actualidad a nivel estatal, regional y local, para permitir a los poderes públicos un mayor conocimiento de la situación de cara a la formulación de políticas concretas; la colaboración con los organismos europeos para facilitar las políticas de igualdad y el aprovechamiento de los recursos, la transversalidad de género en las políticas de los miembros de la Unión. Se está pensando sobre todo en los estados de mas reciente incorporación, a los que se supone mas retrasados en las políticas de género.

El Instituto se regula en 24 artículos que regulan su creación, composición, estructura y funcionamiento. Técnicamente el Reglamento ha adoptado un formato completamente lineal, dando cada artículo título a la materia que regula, sin mayor división en capítulos secciones o títulos. Así, el primer artículo crea el Instituto, el segundo define los objetivos, y sucesivamente, se regulan el funcionamiento, los órganos y su composición. En cuanto a su creación, se prevé una capacidad jurídica propia, con capacidad para obrar en derecho desde la representación procesal, hasta la conclusión de negocios jurídicos. El art. 9 regula su composición, creando tres órganos: un Consejo de Administración, un Foro de expertos, y una dirección a la que se adscribirá el personal adecuado. En el art. 10 se regula la composición del Consejo de Administración, con una fórmula un tanto complicada, lo que se entiende desde la doble complejidad de que se trata de un órgano comunitario, y además, que ha de ser paritario respecto del género: debe estar compuesto por 18 representantes nombrados por el Consejo sobre la base de una propuesta de cada Estado miembro implicado, y un miembro de la Comisión nom-

<sup>35</sup> Ver comentario en M.L. Balaguer Callejón, "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, por el que se crea un Instituto Europeo de Igualdad de Género". ReDCE. N. 5. Enero-Junio 2006. Pg. 395-398.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

brado por la propia Comisión. Se exige que los miembros de ese Consejo de Administración tengan un perfil de formación relacionada con los objetivos del instituto y se recomienda esa representación paritaria, aunque no se hace con carácter normativo sino de recomendación, "se procurará", seguramente por las dificultades que decimos respecto de la necesidad de combinar los criterios geográficos con los propios del género. Se prevé un mando de tres años, excesivamente corto para llevar a cabo unos objetivos siquiera medio plazo: esta exigencia también se entiende por las peculiaridades de la unión, como la de rotar entre todos los Estados componentes de la Unión, de manera que puedan tener la oportunidad de su presencia en este Instituto.

Es muy llamativo el lenguaje con que está redactado un reglamento que proclama entre sus más importantes objetivos la transversalidad de género, y luego enumera cada cargo con el masculino genérico sin el menor esfuerzo de unificación del lenguaje. Al hablar del Consejo crea tres figuras, presidente, vicepresidente y director, y los enumera en masculino, sin tener en cuenta en que posiblemente, dada la composición de equilibrio de género exigida, en algunos de los casos o en todos, estos cargos pueden recaer sobre mujeres.

Por su originalidad, es importante considerar la creación de un foro de expertos. Se regula en el art. 10 y se compone de miembros de organismos competentes especializados en cuestiones de igualdad de género. Cada Estado miembro puede nombrar un representante; las organizaciones especializadas en igualdad de género tendrán dos miembros que serán nombrados por el Parlamento Europeo, y tres por la Comisión, de acuerdo con estos criterios: una ONG que tenga interés en la lucha contra la discriminación de género; organizaciones de empresarios a nivel comunitario; organizaciones de trabajadores a nivel comunitario. Ese foro ha de tener igualmente una representación equilibrada de hombres y mujeres, lo que, a falta de un mayor desarrollo normativo, crea el mismo problema anterior respecto de la dificultad de combinar los criterios de reparto estatal con los de la paridad. Las funciones del foro de expertos, también se detallan, de forma abierta y no taxativa: apoyo a la Dirección del Instituto, fomento de la colaboración entre el Instituto y los Estados miembros e intercambio de información. Respecto del funcionamiento del Foro, puede decirse que entre la defectuosa técnica legislativa que se aprecia en la totalidad del Reglamento, está la de confundir en el art. 11, las funciones del foro con su funcionamiento. Así, en párrafos sucesivos tenemos sus objetivos y funciones, mezclados con las exigencias de convocatoria y periodicidad de sus reuniones. Lo preside el director, se reúne una vez al año, o a petición de un tercio de sus componentes, y se podrá auxiliar de cuantas personas cualificadas se estimen necesarias para la consecución de sus objetivos. La farragosidad con que están redactados todos estos extremos, hace difícil vislumbrar el funcionamiento de ese foro, que además en una sola reunión anual no permite en principio una excesiva operatividad. Afortunadamente se prevé un reglamento de funcionamiento, que quizás pueda clarificar todas estas y otras cuestiones.

La figura del Director, que es nombrado por el Consejo de Administración, parece estar dotada de importantes funciones ejecutivas. Su nombramiento tiene un proceso prolijo que conviene reseñar: ha de producirse primero un concurso al que puedan acceder los "candidatos" (obsérvese nuevamente el condicionante del lenguaje en estas expresiones). Las bases de ese concurso llamado "general", se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea, y en otros lugares de interés. De entre las solicitudes, la Comisión propondrá una lista de candidatos, entre los que el Consejo de Administración elegirá a una persona, que antes de su nombramiento se hará una declaración ante las Comisiones del Parlamento pertinentes, y contestará a las preguntas de sus miembros. Esta fórmula compleja de designación, a salvo que se desarrolle con más detalle, va a producir innumerables dificultades de designación de la dirección de ese Instituto. El hecho de que haya de solicitarse (al menos así parece desprenderse de la lectura del art. 12), mermará las posibilidades de alguna personalidad de suficiente prestigio en materia de género, pueda desempeñar un cargo que por definición está llamado a ser central en el ámbito de las futuras decisiones que en materia de género se adopten en lo sucesivo en la Comunidad. Por lo general, este tipo de nombramientos se efectúan de manera directa, en el entendimiento de que el sometimiento a tantos trámites burocráticos, no son exigibles en personas que tienen acreditadas sus capacidades. Además, no está regulado el proceso de selección en todos sus trámites, lo que de no hacerse en futuro desarrollo, va a producir algunos vacíos legales de difícil baremación, sobre todo si tenemos en cuenta que puede haber, y de hecho seguramente haya, candidaturas de diferentes Estados, cuyos procesos de selección serán muy disímiles. Los criterios de valoración acerca de quién tendría mas preparación para desempeñar esta puesto, pueden crear dificultades importantes. Tampoco parece congruente con el sistema de selección, la duración determinada y limitada además a cinco años. Diferente sería si se produjera por un nombramiento y no por una solicitud. Pero si se obliga a las candidaturas a solicitar el puesto, pasar todos los trámites administrativos, y finalmente su nombramiento se limita en el tiempo, probablemente haya personas que no quieran comprometerse en un proyecto de esa naturaleza. Diferente situación generaría la designación por el Consejo de Administración, en cuyo caso parece mas vinculada a un puesto político, revocable en el mismo plano. Además,

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

la reelección solamente puede darse una vez, con lo que el máximo de permanencia es de 10 años. Y para ello han de valorarse necesariamente, porque así lo exige el párrafo segundo del art. 12, cuáles han sido los resultados conseguidos en el primer mandato, y "la manera como se han logrado" (sic), y las tareas y necesidades del Instituto para los años siguientes.

Sobre las funciones de la persona responsable de la Dirección del Instituto, estas son las propias de las de cualquier institución. Ha de cumplir los cometidos del Instituto, que figuran detallados en el art. 3 del Convenio, preparar los programas de actividades, las reuniones del Consejo de Administración y del Foro de expertos, las relativas al personal, administración ordinaria y procedimientos de evaluación del cumplimiento de los objetivos. Algunas de las funciones que tiene encomendadas esa Dirección no son en cambio típicas de la dirección de una institución, sino más bien de una Secretaría: quizás hubiera sido deseable que junto a la Dirección, se hubiera creado una Secretaría del Instituto para las funciones relativas a personal, cuestiones administrativas, secretaría propiamente dicha y otras actividades de relación y protocolo que exigen una dedicación más burocrática. No parece además que la persona representante legal de la institución, (art. 12.1), se encargue además de los asuntos de intendencia y administración.

Finalmente, en cuanto al personal al servicio del Instituto, lo compondrán funcionarios de las Comunidades con el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas. Además, se prevé la posibilidad, dada la naturaleza del Instituto, que se contraten expertos nacionales para cuestiones concretas.

En lo que se refiere a la elaboración presupuestaria, los ingresos del Instituto estarán constituidos por una subvención de la Comunidad, las cantidades que pueda ingresar en función de los servicios prestados, las contribuciones que aporte cualquier Estado miembro, y las aportaciones de cualquier institución de algún Estado miembro o tercer Estado. No se prevén aportaciones individuales, sino solamente a través de los Estados u organizaciones. Los gastos serán los que se ocasionen con motivo del ejercicio de la actividad, los de personal, administrativos o de infraestructuras. Será el Consejo de Administración quién elabore el presupuesto, que lo enviará a la Comisión, y ésta a su vez lo incorporará al Anteproyecto de presupuesto general de la Unión Europea.

La actividad se iniciará como máximo el 19 de enero de 2008, lo que exige la puesta en funcionamiento de toda la actividad previa en estos doce meses desde su creación. Y además, se someterá a evaluación en el 2010, es decir, solamente dos años después de su puesta en funcionamiento, plazo también relativamente escaso para poder apreciar la efectividad de una institución de esa naturaleza. El art. 20 fija los criterios de evaluación: ha de ser externa e independiente, analizará los efectos que ha tenido en la promoción de la igualdad de género, la necesidad de modificar o ampliar sus funciones, así las repercusiones financieras de esas modificaciones. Y un aspecto importante de esta evaluación lo constituye la posibilidad de valorar "la idoneidad de la estructura de gestión". Posiblemente ese pueda ser el momento de valorar algunas de las críticas a las que aquí hacemos referencia respecto de la necesidad de una secretaría separada de la dirección, o de revisar algunos aspectos del propio Reglamento.

En todo caso, la iniciativa de creación de una entidad como ésta, tiene ya desde su propio origen la virtualidad de que su propia existencia, evidencia una conciencia clara en la Comunidad, de la necesidad de promocionar la igualdad de género, y por lo tanto esto es suficiente razón para alabar la medida. Los demás aspectos de la cuestión, dependerán del desarrollo del conjunto de la Unión Europea y participarán de los esfuerzos de construcción de ésta.

#### **7. Otras resoluciones sobre igualdad de género en el derecho comunitario.**

En este punto se han de mencionar dos importantes Dictámenes del Comité Económico y Social, en relación con el fomento de la actividad empresarial de las mujeres.

El primero que analizamos se refiere al "*Fomento del espíritu empresarial de las mujeres en la región euromediterránea (2007/C 256/25)*". El Comité considera que debe prestarse una atención especial al desarrollo del espíritu empresarial de las mujeres, así como se debe prestar asistencia técnica a empresas dirigidas por mujeres. Parte de la consideración de que es necesario que la Comunidad introduzca programas específicos para favorecer el desarrollo integral de las mujeres, con base en el concepto sociopolítico de los papeles y estatus específicos que la sociedad tradicional impone a las mujeres y que retrasan su desarrollo. Se considera precisa una doble actuación: de una parte dar mayor relevancia a las actividades que las mujeres realizan, remuneradas o no y, de otra, fomentar su integración en otras actividades de las que han permanecido en general aisladas. La forma de conseguir este objetivo por parte de la Unión consiste en favorecer los créditos de pequeña cuantía que animen a las mujeres a realizar actividades mercantiles, y a abarcar nuevos sectores productivos y de servicios, como los de publicidad, mercadotecnia o tarificación.

## DOCTRINA

La segunda medida que analizamos es el Dictamen sobre el tema de *“Empleabilidad y espíritu de empresa- El papel de la sociedad civil, los interlocutores sociales y los organismos regionales y locales desde el punto de vista del género”*. Aquí se parte del análisis de la desigualdad entre mujeres y hombres en el mundo empresarial y se pretende que cada Estado nombre a una persona responsable para la igualdad de género que tendría como función integrar el pacto europeo por la igualdad de género. Los objetivos son que haya más mujeres empresarias, más mujeres empleadas, y con empleo de calidad, así como la eliminación de los estereotipos de género que limitan el espíritu empresarial de las mujeres. Para conseguir esos objetivos, es necesaria la implicación de los poderes públicos y de los interlocutores sociales y un papel activo en las instituciones financieras para favorecer los créditos a las mujeres que permitan activar sus iniciativas empresariales. Como objetivo concreto, la Unión Europea se ha propuesto que para el año 2010, el nivel medio de empleo de las mujeres europeas sea de un 60 por ciento de ocupabilidad. El Pacto Europeo por la Igualdad de Género, que se ha aprobado por el Consejo Europeo en Marzo de 2006, ha establecido un Plan de trabajo para los años 2006 a 2012, en seis ámbitos prioritarios: equiparación económica entre mujeres y hombres, conciliación de la vida profesional y privada, representación paritaria, erradicación de la violencia de género, eliminación de los estereotipos sexistas y promoción de la igualdad de género en la política exterior y la cooperación para el desarrollo. Por ello, el Comité entiende que las acciones han de ir dirigidas a conseguir esos objetivos y de forma cualitativa, ir progresando en la igualdad, con un seguimiento puntual, que debe efectuar cada Estado, mediante esa figura del responsable nacional. También el Dictamen incide sobre el papel de los interlocutores sociales en la conciliación de la vida profesional, familiar y privada. El objetivo de aumentar el nivel de empleo de las mujeres hasta un 60 por ciento de ocupabilidad, exige una actuación decidida de los poderes públicos, una mejor conciliación de la vida personal y familiar, acuerdos laborales flexibles, aumento de los servicios de asistencia, mejoras en la conciliación mediante políticas activas. Se considera que, para llevar a cabo todas estas medidas, es necesario que no solamente los poderes públicos, sino los interlocutores sociales, participen de la toma de conciencia de la necesidad de esa igualdad.

## II. Recepción del derecho comunitario en el ordenamiento estatal de España

### La LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad entre mujeres y hombres.

La Directiva 76/207/CEE, del Consejo, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, es modificada por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante la Directiva 2002/73/CE que desarrolla las previsiones del apartado 3 del artículo 141 del TCE. Ello ha supuesto un motivo de desarrollo de la legislación interna en el ámbito laboral, con urgentes modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral, para intentar adaptar esta normativa a la legislación interna.

Con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas 2002/73/CE y 2004/113/CE. La primera relativa al principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo, y la segunda sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La Directiva 2002/73/CE obligaba al Estado Español a recepcionar las materias objeto de esa normativa: los Estados tenían un plazo previsto hasta el año 2005, aunque se permitía una prórroga de un año más que el Estado agotó aunque estaba ya en esos momentos la Ley en el Congreso de los Diputados. Pero el Estado español no se ha limitado a las materias objeto de la Directiva, sino que va a regular de forma completa y exhaustiva la igualdad real entre mujeres y hombres. La Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres es, en realidad, una de las más importantes apuestas por la igualdad que se conoce en ningún Estado de Europa.

Contiene los elementos de exigencia europea incumbentes al concepto de acoso, acoso sexual, discriminación directa e indirecta, y condiciones de igualdad en el salario y en la formación laboral, pero además es una ley integral de igualdad que se extiende a todos los ámbitos de la vida social, política, laboral y personal de las mujeres, en un intento de acortar las distancias de la igualdad real.

El contenido de la Ley abarca las siguientes materias: pautas generales sobre la transversalidad; un intento de equilibrio de género en materia de representación electoral, de manera que se exija en las listas electorales una proporción de género; la exigencia de negociación a las empresas con su representación sindical en materias que abarcan desde la conciliación de la vida personal y laboral, hasta la exigencia de presencia de mujeres en los consejos de administración de aquellas empresas que excedan de un número determinado de trabajadores; un permiso de paternidad de 8 días que pretende implicar a los padres en la maternidad, principal objeto de discriminación laboral, por el alejamiento del mercado de trabajo que produce en las mujeres y, finalmente, la cre-

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

acción de instituciones estatales dirigidas al desarrollo de la igualdad de género: la Comisión Interministerial de la Igualdad, las Unidades de Igualdad de cada Ministerio, y el Consejo de Participación de la Mujer.

La importancia de esta ley excede con mucho de las materias de las Directivas mencionadas. Sin embargo, conviene llamar la atención ahora acerca de la excesiva reiteración de algunos términos regulados en las Directivas y la ley. En todas ellas se define el acoso, acoso sexual y la discriminación directa o indirecta y aunque las diferencias en estas definiciones son meramente de matiz, puede producir alguna distorsión en la fase de aplicación judicial del derecho, la reiteración de estas definiciones que sin embargo, no mantiene una total identificación en sus términos.

En algún punto las definiciones contienen una técnica legislativa no excesivamente precisa. Valga de ejemplo el art. 5.3 de la ley que dice textualmente que “se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente por razón de sexo”.

La ley no se limita al desarrollo de las Directivas, sino que siguiendo la tendencia de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de erradicación de la violencia de género, regula de forma transversal el derecho de igualdad de las mujeres, adoptando técnicas de igualación y medidas de acción compensatoria, con la finalidad de conseguir la igualdad de género en la realidad social, política y económica del Estado.

De ahí que el desarrollo de las referidas Directivas se aborde aquí desde una perspectiva que desborda ampliamente las exigencias comunitarias. Esta reflexión tiene su importancia para justificar el propio título de la ley, que en el artículo 1 define su objeto como el de «hacer efectivo el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres». Principio que por su parte queda definido en el artículo 3 de forma negativa, como «ausencia de toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Este planteamiento ha generado unas medidas, cuya justificación se ha considerado por algún sector de la doctrina de dudosa constitucionalidad. Como veremos, las exigencias de una cuota representativa de género en las sociedades mercantiles, o de los Planes de Igualdad en las empresas privadas, se ha criticado, como una extensión de la exigencia de medidas positivas más allá de lo permitido en el diseño constitucional de la igualdad. Son valoraciones que se corresponden en cierta manera con una u otra concepción de los fines del Estado Social. Cuando se regula en el artículo 15 la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la actuación de todos los poderes públicos, se adopta por el legislador un nivel de desarrollo del modelo de Estado Social, cuya voluntad es la de efectuar una compensación histórica de una situación de desigualdad que por injusta debe erradicarse de la sociedad. La transversalidad de género es una técnica jurídica que tiene como finalidad la implementación de las políticas de género en los textos legislativos, para fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres en la sociedad.

Ese principio de igualdad de trato, de origen legal, aunque pueda desprenderse del artículo 14 CE en relación con el 9.2, y con la normativa europea respecto de las exigencias de mainstreaming de género, puede tener un efecto transformador del ordenamiento jurídico, en la medida en que permite la materialización del impacto de género, que ya venía regulada en nivel estatal en la Ley 30/2003, de 13 de octubre.

La regulación que esta nueva ley hace sobre el impacto de género abarca no solamente las normas jurídicas, sino también los Planes del Gobierno. Término éste, el de «Planes», que junto al de Plan estratégico, aconsejarían una regulación diferenciada de ese conjunto, y que finalmente han figurado unidos en la ley. Pero en todo caso, y aunque se avanza en extensión respecto de la inicial regulación del impacto de género, aún es necesario que se profundice de forma más exhaustiva en el procedimiento y contenido de esos Informes, a fin de evitar que se conviertan en un mero trámite. La práctica ha venido a demostrar las dificultades de realización de los informes de impacto de género, hasta el punto de limitarse a decir en alguno de ellos que no existe impacto de género en la norma cuya evaluación se solicita. Y una buena parte de la dificultad para su realización está sin duda en esa parquedad de su regulación, que sin embargo exige determinar algunos criterios respecto de su contenido. En efecto, no basta con un mero trámite, sino que debe abordar un contenido material. El Informe de Impacto de Género es una forma de mainstreaming que pretende valorar el impacto de las normas jurídicas en su fase de creación, en relación con los efectos que producirá en el derecho de igualdad entre mujeres y hombres.

Junto a esta técnica de la transversalidad, las medidas de acción positiva, acciones positivas o desigualdad compensatoria, permiten una inmediata efectividad en la consecución de la igualdad de género. De la diferente terminología con la que se conocen en la doctrina estas medidas de protección de género, la ley en su artículo 11 opta por el término de «acciones positivas». En su definición de acciones positivas, la norma recoge las exigencias jurisprudenciales acerca de estas medidas, de proporcionalidad y razonabilidad, así como su relación con la finalidad perseguida.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

Otro aspecto importante de la transversalidad es la utilización de la perspectiva de género en el lenguaje, como una de las maneras de conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres. Es en la interacción del lenguaje donde se crean importantes estructuras de dominación social. Y aquí se pone de manifiesto una forma más de asimetría de las mujeres y los hombres en la sociedad. La ley, consciente de esta realidad, pretende introducir el lenguaje de género, fundamentalmente en la Administración Pública y en los medios de comunicación. Y regula, con un carácter bastante general, la recomendación de que no se haga un uso sexista del lenguaje. Con esta regulación, la ley se enfrenta a sectores amplios de la sociedad que considera correcto el uso del masculino genérico para designar tanto a las mujeres como a los hombres.

También es importante que la ley haya creado instituciones específicas de fomento de la igualdad real entre mujeres y hombres. Así:

- a) La Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres. Esta Comisión tiene como finalidad la coordinación de todas las políticas y medidas adoptadas por los departamentos ministeriales con la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y promover su efectividad.
- b) Las unidades de Igualdad. Se regulan en el artículo 77 que prevé que en cada ministerio se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el derecho de igualdad.
- c) El Consejo de Participación de la Mujer. Probablemente el organismo más importante, desde el punto de vista de la participación social, sea el del Consejo de Participación de la Mujer, «órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y para la lucha contra la discriminación por razón de sexo». Este objetivo tiene una extraordinaria importancia para la canalización de las asociaciones de mujeres, y la articulación de sus intereses como grupo. De ahí la importancia del Reglamento que en su día desarrolle su régimen de funcionamiento, previsto en el párrafo segundo del mismo artículo 78. Su composición, competencias y funcionamiento, se determinarán reglamentariamente, pero con estas mínimas exigencias legales: la participación de las Administraciones Públicas, y la de las asociaciones y organizaciones de mujeres de ámbito estatal.

Finalmente, la ley ha creado un sistema general de representación equilibrada de género que se conoce como el sistema de cuotas. A partir de la última década, y coincidiendo con una importante movilización en Europa sobre la igualdad real de la mujer y las políticas de género, se han intentado instrumentalizar leyes electorales por las que de forma directa o indirecta se exige una mínima representación de mujeres en las listas electorales. Esta cifra, que se inició en los Estatutos de algunos partidos políticos, en un mínimo del 20 por 100 de la representación, se ha ido incrementando progresivamente hasta considerar en algunos casos la exigencia de una paridad perfecta del 50 por 100, y además, en algún caso, adoptando la forma de alternancia de género en la lista, lo que se conoce como lista-cremallera.

En línea de principio, nada se opone a la posibilidad de favorecer con cuotas a determinados colectivos que necesitan el apoyo de los poderes públicos para reducir sus condiciones de desigualdad. El propio TC, en la STC 269/94, ha dado entrada a la constitucionalidad de las cuotas en materia laboral. El TC ha admitido esta posibilidad validando desde el punto de vista constitucional la posibilidad de que se reserven determinados puestos laborales a minusválidos en función de su necesidad de integración laboral. Sin embargo, las cuotas electorales presentan diferencias importantes desde el punto de vista constitucional con respecto a las laborales, por la especial protección del artículo 23 de la Constitución, que regula en su párrafo segundo la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos. Esta exigencia plantea la duda de si el TC consideraría o no constitucional una ley de paridad política. Lo que hasta 2007 el TC había dicho en relación con las exigencias de igualdad del artículo 23, es que no caben diferentes lecturas de la igualdad constitucional, cualquiera que sea la norma en que se encuentre (STC 75/1985). Pero no es menos cierto que la paridad política presenta perfiles muy diferenciados respecto de otras medidas de discriminación positiva, en la medida en que la representación política compromete aspectos del derecho público muy controvertidos histórica y doctrinalmente. Problemas como la indivisibilidad de la soberanía, el derecho de representación sin restricciones, y otros conceptos de derecho público interfieren estas medidas de reforma de leyes electorales, que desde algunas CCAA se han llevado a cabo y cuya constitucionalidad, en algunas de ellas, está pendiente de recurso de inconstitucionalidad.

La Ley ha entrado directamente a regular una cuota de género en todo lo que se refiere a la presencia de la mujer en la vida pública. No es pues una cuota de representación política solamente, sino que la transversalidad que se ha definido en la Exposición de Motivos permanece en todo el contenido material de la Ley.

Define la disposición transitoria primera el concepto de composición equilibrada como una presencia que «en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 por 100 ni sean menos del 40 por 100». La ley regula cuotas de participación de las mujeres en los diferentes ámbitos políticos, sociales y económicos.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

La exhaustividad con que se regulan las cuotas, abarcando toda actividad laboral, funcional y política, ha suscitado en algunos sectores la inquietud de inconstitucionalidad por colisión con el principio de libertad de empresa regulado en el artículo 38 CE, y de mérito y capacidad en el plano funcional y político.

Desde el inicio de su regulación legal, un importante sector de la doctrina constitucionalista consideró que podía colisionar con el derecho de igualdad, la obligación <<ex lege>> de integrar en las listas electorales un porcentaje equilibrado en relación con el sexo de las candidaturas. Esta regulación no ha sido por otra parte uniforme, sino que en algunos casos, la exigencia legal era de paridad total, integrando las candidaturas de forma alternativa, y en otros, como en el caso de la LO 3/2007, atendiendo a un criterio de representación equilibrada, tal y como viene definido en la Disposición adicional primera de la 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”. Esta fórmula se completa con la modificación de la LO 5/1985, del Régimen Electoral General, que añade un art. 44 bis, por el que se regula el porcentaje en tramos de cada cinco puestos y con las previsiones respecto de listas abiertas, como la del Senado, en la que se regulan fórmulas que hagan posible su cumplimiento por parte de las formaciones políticas.

En relación con las primeras leyes que regularon las cuotas electorales, hubo dos recursos de inconstitucionalidad contra las leyes 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la ley electoral 5/1986, de Castilla-La Mancha, y 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de las Islas Baleares. Posteriormente, el Gobierno de la nación han desistido de estos recursos en coherencia probablemente, con la LO 3/2007, de 22 de marzo.

Por lo que se refiere a la LO 3/2007, ya se ha juzgado acerca del tema de las cuotas, después de varios pronunciamientos de anulación de listas electorales que no cumplían con el porcentaje exigido en el art. 44. bis LOREG. Con ocasión de algunas demandas de amparo electoral, las SSTC 96 a 127/2007, han estimado los recursos de amparo en relación con diferentes candidaturas que habían sido anuladas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo, porque no cumplían el requisito de la paridad electoral. Los criterios de fondo se fijan en la primera de las sentencias, la 96/2007, de 8 de mayo, que estima el recurso de amparo del Partido Socialista Obrero Español, contra la Sala de lo contencioso-administrativo n. 2 de la Coruña, que había anulado la candidatura de su partido sin opción a subsanar defecto. La sentencia considera que se ha violado el derecho de tutela judicial efectiva y estima el recurso, pero no entra a valorar la constitucionalidad del artículo 44 bis de la LOREG, por el que se exige la composición equilibrada de género en las listas electorales. Es de suponer que si no se ha declarado inconstitucional el precepto con ocasión de la anulación de las listas, es porque el Tribunal considera constitucionalmente adecuada la paridad electoral.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha tenido por fin oportuna de pronunciarse de forma directa acerca de la constitucionalidad de la LO 3/2007, en lo que se refiere a las cuotas electorales, con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad acumulada a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados. Lo ha efectuado en la STC 12/2008, por la que se desestiman el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, por no ser las cuotas electorales contrarias a la Constitución. La Sentencia se pronuncia sobre una sola norma de la ley, la que hace referencia al contenido del art. 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, en su modificación introducida por la Disposición Adicional Segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo. Por tanto, todos aquellos aspectos que han sido objeto, tanto de debate social como parlamentario, y que se referían a la libertad empresarial, o la propia idea de una ley específica para las mujeres, no son objeto de la sentencia, porque tanto el recurso como la cuestión, solamente han tenido en cuenta la modificación del derecho electoral. La cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Santa Cruz de Tenerife, a la que se acumula el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados. El recurso impugna además las modificaciones sufridas en los arts. 187.2 201,3 y la disposición adicional primera más la disposición transitoria séptima, que se añade como nueva a la LOREG. La Sentencia repasa los principales argumentos de los recurrentes en cuanto al Derecho comparado y europeo en materia de igualdad. La singularidad del art. 9.2 CE respecto de otros ordenamientos como el italiano, impiden esa comparación a juicio del Tribunal. Y centra inmediatamente la cuestión en torno a la posibilidad de inconstitucionalidad con nuestras normas constitucionales. Para ello repasa igualmente el contenido de los arts. 6, 14, 16, 20, 22, 23 y 68.5 invocados por los recurrentes. Así, respecto de la limitación de derechos a los partidos políticos para presentar sus candidaturas, la sentencia la considera plenamente justificada por las exigencias de igualdad real en un Estado social y democrático de derecho, en el que la igualdad es un valor esencial, cuya rea-

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

lización permite el art. 9.2. Es por tanto una limitación legítima porque persigue un fin legítimo. Este argumento simplifica bastante todo el debate que precedió a la ley, y que se había centrado fundamentalmente en los siguientes argumentos: en primer lugar, que las experiencias en derecho comparado han sido consideradas contrarias a sus respectivas constituciones, lo que trasladado a nuestro ordenamiento jurídico, exigiría la misma calificación; en segundo lugar, que la paridad es contraria al concepto de soberanía, porque divide en dos al cuerpo electoral, al establecer una categoría, el sexo, sobre la que gira la representación política y, por último, que la paridad es contraria al derecho de participación política recogido en el art. 23 CE en la medida en que restringe el derecho de los partidos políticos a presentar a los candidatos que consideren más capacitados.

Para refutar los argumentos de los recurrentes, el Tribunal simplifica bastante los conceptos, lo que le permite realizar afirmaciones poco discutibles. En primer lugar parte de un marco europeo de asentamiento claro y pacífico de las acciones positivas a favor de las mujeres, como condición de justicia material inexcusable para la verdadera democracia. Nuestro art. 10.2 CE que obliga a una interpretación conforme el derecho comunitario e internacional, debe tomar en consideración al Tratado de Niza, y las recientes modificaciones del Tratado de la Unión Europea, que marcan las tendencias legislativas en materia de acciones positivas de igualdad.

El derecho comparado expresa justamente en los ordenamientos estatales, una tendencia a la paridad, lo que ha obligado a esos Estados, (Italia, Francia), a modificar sus textos constitucionales, para integrar la paridad política. Exigencia que en nuestro ordenamiento no es necesaria, porque la redacción del art. 9.2 nos permite esa desigualdad compensatoria.

Respecto de la libertad de presentación de candidaturas de los partidos políticos, la exigencia de la paridad, no es mayor que otras exigencias legales impuestas en toda democracia a las organizaciones políticas que concurren a un proceso electoral. Están dentro de la razonabilidad. (F.J. n. 5).

Finalmente, en cuanto a la fragmentación del cuerpo electoral, es decir la posible colisión entre la ley y el art. 23 CE, considera el Tribunal que el cuerpo electoral no puede confundirse con la soberanía popular. El cuerpo electoral es el conjunto de la ciudadanía que ejerce su derecho al voto, y la soberanía popular es un concepto abstracto e ideal que hace referencia a un modelo de Estado basado justamente en esa idea de imputación del poder a un sujeto constituyente.

De este modo, concluye la Sentencia en la plena constitucionalidad de esta ley, en lo que se refiere al objeto de la cuestión, que coincide con el del recurso de inconstitucionalidad, y por tanto, quedan fuera de enjuiciamiento otras cuestiones que habían sido discutidas en las sucesivas fases de elaboración de la ley.

Hay un importante voto particular en la ley que formula el Magistrado J. Rodríguez Zapata, y que insiste en algunas de las argumentaciones de los recurrentes. Parte de la consideración de que el cuerpo electoral es indivisible. Dado que los elegidos representan a todo el cuerpo electoral, no solo a los que votan sino también a los que no lo hacen, la pluralidad inicial se convierte, después de las elecciones, en un cuerpo único, que no puede dividirse en función de criterio alguno. Ciertamente esto podría ser así, pero con la argumentación del voto particular, también puede no serlo, porque ese concepto de soberanía no es más que una forma de entenderla. Hay otras, como la que se razona en la Sentencia. El otro argumento del voto particular no tiene mejor fortuna, porque es inconstitucionalidad de la limitación impuesta a los partidos políticos. En este caso, a diferencia de la mayoría, se considera que no pueden imponerse limitaciones de esa naturaleza a los partidos políticos. Pero nuevamente se debilita este argumento, si se tiene en cuenta la propia doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la teoría de que no existen derechos ilimitados en nuestro ordenamiento constitucional, y por tanto el equilibrio de los derechos en juego, permite que hay esta limitación, que no es en sí misma desproporcionada. La Sentencia ataja directamente el problema y resuelve la constitucionalidad de la paridad electoral con extraordinaria solvencia. De hecho, la STC 13/2009, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de las Mujeres y Hombres, viene a ser una reiteración de estos argumentos que con toda solidez resuelven acerca de las exigencias de las acciones positivas en un Estado Social. Y ello, pese a la diferencia de regulación, que en este caso no era de representación equilibrada, del porcentaje del 60-40, sino una paridad total del 50-50.

Queda aún pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía. En esta ley, además de paridad del 50-50, se exige la distribución de la lista en alternancia de género.

**La necesidad de una Ley de Igualdad de Trato**

La Directiva 2006 exige una recepción en nuestro ordenamiento jurídico que no puede estimarse cumplimentada por la LO 3/2007. Por una parte, porque se trata de una ley que tiene como destinatarias a las mujeres, y no

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

comprende en su ámbito de aplicación otros sujetos diferentes, y de la otra, porque algunos aspectos incumbentes a las mujeres que se contienen en la Directiva, no se han desarrollado en esa Ley Orgánica. Es pues, necesario su desarrollo en nuestro ordenamiento. Desde 2006 algunas de las normas que se han incorporado a él han podido desarrollarla, pero de manera muy parcial.

Desde esa posición, es posible una ley de igualdad de trato, que efectivamente cumpla los estándares europeos, y avance a su vez en una mayor ampliación de derechos sociales, a colectivos comprendidos o no en la normativa comunitaria. Esta ampliación cuantitativa y cualitativa respondería además al dato de que en el derecho comunitario se viene hablando ya de una nueva Directiva de igualdad de trato, lo que tendría una influencia inevitable en el proceso de creación de nuestro derecho interno.

Para todo ello se parte de la afirmación de que una sociedad en la que hay desigualdad de trato no es una sociedad justa. Los poderes públicos deben garantizar a las personas la igualdad real y efectiva, por encima de la igualdad formal. Para ello es necesario que todas las personas tengan la posibilidad de ejercitar los derechos en condiciones de igualdad, creando los mecanismos precisos para su efectividad.

Esto exige la protección de todas las personas contra las discriminaciones de que puedan ser objeto, en lo que se refiere a todas las manifestaciones de la vida social, aún a algunas actividades que en principio no corresponden a la actividad pública. La vida laboral, personal o social debe poder ejercitarse desde la interdicción de todo tipo de discriminación.

Una ley de igualdad de trato ha de tener en cuenta los siguientes antecedentes: el art. 13 del Tratado Constitutivo de la CEE; los artículos 21, 23, 24, 25, 26 y 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; otras normas comunitarias como las Directivas 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), 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 (que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro), 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo (sobre la aplicación de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación); normas constitucionales como los arts. 14. 9.2, 10 y 49 CE, así como el marco competencial determinado por el art. 149.1.1 y 149.1.28 CE<sup>36</sup>; normas legales como las leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>37</sup>, 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la que se establecen medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por el origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>38</sup>, 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad entre mujeres y hombres y la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte<sup>39</sup>.

Una ley de igualdad de trato debe tener como finalidad la erradicación de la discriminación de todo tipo de desigualdades en función de la pertenencia a cualquier grupo de riesgo, o la determinada por el género. Se consideran grupos de riesgo los que se refieren a la raza o etnia, origen, religión, creencias, edad, capacidad, o sexualidad.<sup>40</sup>

De ahí que el contenido de su Exposición de Motivos deba considerar fundamentalmente el conjunto referido en el apartado anterior como antecedentes, y una explicación, en los términos expuestos en esas normas, de la necesidad de abordar esta materia en el ámbito de la legislación estatal, definiendo también la posición básica a que haya lugar en relación con las competencias de las CC.AA en la materia, así como la debida colaboración con los entes locales. La ley regularía las condiciones básicas, intentando servir de medio para la colaboración entre las diferentes entidades territoriales del Estado, y lo haría al amparo del art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales<sup>41</sup>. A ese nivel mínimo de protección, debe corresponderse un segundo nivel de desarrollo por parte de

<sup>36</sup> El título competencial al amparo del que se haría la ley es el art. 149.1.1 sin perjuicio de las competencias de las CC.AA. del 149.1.20 en materia de asistencia social

<sup>37</sup> En esta ley, la igualdad de oportunidades ha sido definida como el resultado de sumar la ausencia de discriminación con las medidas de acción positiva.

<sup>38</sup> Los campos de actuación de esta ley se extienden a la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda, y en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios. Dicha regulación produjo importantes modificaciones legislativas en las correspondientes leyes de regulación de estos sectores materiales del ordenamiento.

<sup>39</sup> En esta ley se define el racismo (art. 1, e) y la discriminación racial directa o indirecta, como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

<sup>40</sup> Aunque no hay un consenso claro acerca de que la lista de comprensión de estos grupos haya de ser cerrada o abierta. En este sentido, la Directiva 2000/78/CE permite tanto una lista cerrada, con un *numerus clausus* de discriminaciones, como una lista que deje a los Estados la posibilidad de interdicción de cualquier tipo de discriminación presente o futura.

## DOCTRINA

las CC.AA. de manera que a través de la cooperación interadministrativa, éstas puedan desarrollar sus políticas dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Igualmente debe exponerse el ámbito material de aplicación de la ley: sanidad, educación, prestaciones y servicios sociales, vivienda, oferta y acceso a bienes y servicios, empleo, actividad por cuenta propia, ejercicio profesional, formación profesional y ocupacional, condiciones de trabajo y afiliación sindical o empresarial<sup>42</sup>.

En cuanto al género, el Art. 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, la LO 3/2007, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y la regulación estatal en materia de perspectiva de género constituyen la condición jurídica de la exigencia de la regulación en materia de género<sup>43</sup>.

La incorporación de la perspectiva de género no necesita a partir de ahí mayor justificación teórica, porque nuestra legislación estatal prevé que las normas jurídicas lleven incorporado un informe de impacto de género. Esta es razón suficiente para que la perspectiva de género se produzca como una condición de procedibilidad de toda norma jurídica del ordenamiento estatal. Aún así, en una ley de igualdad de trato ha de tenerse en cuenta la posición de género como una variable más de la desigualdad, posiblemente la mayor de todas las desigualdades que se hayan producido a lo largo de la Historia. No es posible regular la igualdad de trato con ignorancia expresa del género. De ahí la incorporación que se propone de regular la específica desigualdad de género, como desigualdad diferenciada del resto de las desigualdades que también afectan a las mujeres.<sup>44</sup>

En todos y cada uno de los grupos que se reconocen en la desigualdad de trato, la posición de la mujer es en la generalidad de los casos, de mayor desigualdad respecto de los hombres de cada uno de los grupos.

Es muy importante finalmente, atender a la previsión de sistemas evaluadores en la ley.<sup>45</sup> La legislación en general, propia de los Estados avanzados en materia social, exige una valoración de resultados, sin la que no se justifica que el Estado ponga en marcha costosos mecanismos para conseguir el fin de la igualdad. Por tanto, debe establecerse en la propia ley algún sistema de evaluación que con carácter periódico de cuenta de los resultados obtenidos.

En lo que se refiere a la estructura de la ley, siguiendo la metodología de cualquier cuerpo legislativo, se abordarían en primer lugar los objetivos y fines que la ley persigue, dando cuenta de la necesidad de erradicar de la sociedad toda discriminación.

A partir de los objetivos y la finalidad de la ley, se debería entrar en la definición de los términos de discriminación directa o indirecta, así como de las conductas obstructivas a la igualdad o discriminatorias.<sup>46</sup>

En lo que se refiere a los sujetos comprendidos en la ley de igualdad de trato, se puede considerar la enumeración de los mismos supuestos que viene marcando el derecho comunitario, o ampliar estos supuestos integrando así una enumeración lo más exhaustiva posible: edad, raza, religión, sexo, estado civil, orientación sexual, nivel de renta, nacionalidad, y salud, y luego una cláusula de cierre similar a la contenida en el art. 14 CE: "y cualquier otra condición personal o social". La ventaja de esta cláusula abierta está en las posibilidades de integrar a todos los sujetos posibles de discriminación, incluso futuros, y naturalmente la desventaja es el grado de indeterminación que la norma contendría en relación a la exigencia de su propia seguridad jurídica. Por lo que se refiere al género, la constatación de la doble discriminación que sufren las mujeres pertenecientes a estos colectivos, así como la exigencia del art. 15 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, demandan que la transversalidad de género de esta ley se añada a la cobertura que a la que como sujetos de derechos tienen.

<sup>41</sup> Sobre la naturaleza de este precepto constitucional, hay una clara controversia doctrinal. Algunos autores consideran que se trata de un verdadero título competencial, como J. Tudela Aranda, en "Derechos constitucionales y autonomía política". Civitas. Madrid. 1994. Pg. 132. Para M. Barceló en cambio, no es posible deducir del art. 149.1.1 competencias de regulación estatal. En "Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico". Civitas. Madrid. 1991. Pg.112. Otros autores consideran que estamos justamente ante un título competencial pero no asimilable al resto de los demás regulados en el art. 149, sino armonizador de una mínimas condiciones estatales, mejorables por las CC.AA. En este sentido, F. Balaguer, "Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización", en "Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual". Coordinador J. Asensi, Edit. Lo Blanch. Alicante. 1997. pgs. 654-664.

<sup>42</sup> La consideración de discriminación se liga así al concepto de Estado Social en la intermediación de los poderes públicos, para conseguir como finalidad, niveles de justicia y equidad. En este sentido, la Constitución se convierte en un instrumento de defensa de los débiles, en la formulación de C. de Cabo Martín, capaz de permitir al Estado el ejercicio de la función redistributiva, con leyes de "contenido", que garanticen derechos a la ciudadanía. C. de Cabo Martín, "La Constitución del más débil", en M.L. Balaguer Callejón, (edit.), "XXV aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas". Servicio de publicaciones de la Diputación de Málaga. 2005.

<sup>43</sup> La Directiva 2002/73/CE obligada a los Estados a regular en su ordenamiento los derechos de la mujer a no sufrir acoso laboral y sexual, así como a no soportar la discriminación directa o indirecta en las relaciones laborales. En el Estado Español la LO 3/2007, de 22 de marzo recepciona esta Directiva, pero en un amplio desarrollo de la igualdad entre mujeres y hombres, regulando las cuotas electorales de participación política, y otras medidas educativas, de participación en Consejos de Administración, y sobre todo de perspectiva de género en la legislación del Estado.

<sup>44</sup> Acerca de la necesidad de integrar el género en el derecho, M.L. Balaguer Callejón, "Mujer y ordenamiento jurídico. La construcción jurídica del género". Cátedra. Madrid. 2005.

<sup>45</sup> Respecto de los sistemas evaluadores de las políticas de igualdad, M. Bustelo y E. Lombardo (edit.), "Políticas de igualdad en España y en Europa". Cátedra. Madrid. 2007.

<sup>46</sup> El concepto de discriminación indirecta tiene una construcción jurisprudencial. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sus decisiones, generalmente en materia laboral, acuñó el término de discriminación indirecta para designar aquellas situaciones en las que pese a no existir una aparente violación del derecho de igualdad, las consecuencias en la aplicación de una norma jurídica producían efectos adversos a algunos colectivos. La Directiva 2002/73/CE del Consejo, relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, define ya este concepto, atribuyéndole consecuencias jurídicas.

## DOCTRINA

Los sujetos legitimados para la interposición de las acciones que la ley permita. En este sentido se pueden considerar varias opciones. La más restrictiva sería una genérica remisión a la LEC, y por tanto la legitimación coincidiría con la legislación general, o la dar legitimación en la ley a personas físicas o instituciones que se relacionen con los grupos afectados. Un argumento de justicia material abundaría sin duda en esta legitimación amplia. Si se pretende una igualdad real y efectiva, ha de tenerse en cuenta que algunos de los grupos aquí concernidos, tienen especiales dificultades para obtener fácilmente asesoramiento o capacidad económica para la gestión de esa postulación procesal. Por otra parte, uno de las finalidades de la ley es la de la obtención de la justicia material por encima de las formalidades obstructivas de algunos procesos. De este modo, la legitimación la tendrían tanto las personas afectadas, como las ONGs, organismos de igualdad, asociaciones de defensa de estos grupos, y naturalmente, las representaciones procesales de los Colegios de Abogados y Procuradores.

En lo que se refiere al procedimiento judicial, se deberían reformar las leyes procesales en lo que se refiere a los plazos, medidas cautelares, prueba, y postulación y representación procesal.

Se debería potenciar el procedimiento previo de conciliación o arbitral, con la finalidad de facilitar soluciones rápidas y eficaces a problemas que no presenten una excesiva complejidad jurídica ni mayores costes procesales a las partes.

En cuanto a la prueba, cuándo se invoque el principio de igualdad de trato, corresponderá a la persona demandada la prueba de que no se ha vulnerado ese principio. Ahora bien, dicho esto, hay que tener en cuenta que la inversión de la carga de la prueba, o más bien el reparto de la carga de la prueba, no garantiza la mayoría de las veces que la parte débil de un procedimiento tenga garantizada la justicia material. Los medios de prueba están generalmente de parte de quién realiza la discriminación, por lo tanto, esta inversión, a veces no permite a la persona discriminada aportar los indicios capaces de invertir la carga de la prueba. Por tal razón sería necesario prever que por parte de algunos organismos se aportaran informes en relación con el proceso. De manera similar a la redacción del antiguo art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, se deberían recabar informes de los organismos regulados en esta misma ley.<sup>47</sup>

Sobre la reparación del daño, cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación, podrá solicitar una indemnización o compensación reales y efectivas, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido. También en lo que se refiere a la reparación del daño se debería pensar en condenas disuasorias de las conductas de discriminación. Si se prevén sanciones pecuniarias de escasa cuantía, las conductas discriminatorias no se van a evitar. Debería pensarse en obligaciones de hacer, reparaciones justas, en lugar de las indemnizaciones graduables por jueces y tribunales.

En cuanto a la indemnidad, ninguna persona sufrirá consecuencias negativas como reacción a una denuncia o procedimiento judicial destinado a hacer cumplir el principio de igualdad de trato.<sup>48</sup>

Hay una coincidencia generalizada en la doctrina en cuánto a la necesidad de que la ley contemple instituciones y organismos de igualdad. En tal sentido, la exigua regulación estatal que ahora pretende ser sustituida por esta ley, ya contempla instituciones que, si bien no se han puesto en funcionamiento, evidenciaban la necesidad de considerar que son necesarias instituciones intermedias entre el Estado y las personas discriminadas, a fin de facilitar la mediación entre conductas discriminatorias y grupos de personas discriminadas. En concreto, las organizaciones no gubernamentales, pueden desempeñar un papel clave en este proceso de integración de ciertos grupos, al ser conocedoras de los problemas de esos grupos, y por ello también, de sus posibilidades de integración social. En relación con la creación de este organismo, la ley debe decantarse en relación con algunas posibilidades que ofrece el derecho comparado. En primer lugar, si debe ser independiente del Gobierno o dependiente de él. En tal sentido, algunas experiencias han demostrado que los organismos independientes son más efectivos en su funcionamiento en la medida en que pueden actuar con más libertad de criterio. En cambio, los organismos estatales muestran una excesiva lejanía a los intereses de los grupos, y en algunos casos, por su composición, son meras reiteraciones de otras instituciones. Sin embargo, la opción por la independencia muestra a su vez la importante dificultad de la financiación, que para dar efectividad a los derechos, ha de ser pública. Debe por consiguiente intentarse una fórmula que solvete estas dificultades, pero parece mejor opción la de la independencia del órgano, con una clara participación de los agentes sociales implicados.

Serían funciones del órgano mediador la asistencia a las víctimas de la discriminación, la realización de estudios sobre la discriminación, así como la publicación de informes y formulación de recomendaciones sobre cuestiones relacionadas con la discriminación.

<sup>47</sup> El art. 13 de la LO 3/2007, de igualdad entre mujeres y hombres, invierte la carga de la prueba en los procesos de derechos de igualdad, siempre que existan indicios de que se haya producido la discriminación.

<sup>48</sup> Esta medida de indemnidad aparece ya en el art. 9 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres, que establece la interdicción de las represalias a aquellas mujeres que ejerciten una acción procesal para el restablecimiento de la igualdad de género.

## DOCTRINA

Su composición naturalmente debe cumplir con la paridad de género por imperativo de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

La incorporación de la perspectiva de género no necesita a partir de ahí mayor justificación teórica, porque nuestra legislación estatal prevé que las normas jurídicas lleven incorporado un informe de impacto de género. Esta es razón suficiente para que la perspectiva de género se produzca como una condición de procedibilidad de toda norma jurídica del ordenamiento estatal. Aún así, en una ley de igualdad de trato ha de tenerse en cuenta la posición de género como una variable más de la desigualdad, posiblemente la mayor de todas las desigualdades que se hayan producido a lo largo de la Historia. No es posible regular la igualdad de trato con ignorancia expresa del género. De ahí la incorporación que se propone de regular la específica desigualdad de género, como desigualdad diferenciada del resto de las desigualdades que también afectan a las mujeres. En todos y cada uno de los grupos que se reconocen en la desigualdad de trato, la posición de la mujer es en la generalidad de los casos, de mayor desigualdad respecto de los hombres de cada uno de los grupos.

Aunque no sea una exigencia de la Directiva de transposición, cabe plantearse si la ley debería contener acciones positivas para la consecución de la igualdad. Algunas experiencias de derecho comparado podrían aconsejar que como medio de conseguir la igualdad, los poderes públicos establecieran una serie de exigencias en relación con los particulares, que facilitaran ciertos aspectos de la igualdad de trato<sup>49</sup>. En este sentido se pueden señalar los seguimientos del equilibrio de igualdad en las contrataciones efectuadas por las empresas, asociadas a las buenas prácticas, con incentivos a esas contrataciones, beneficios fiscales, etc.; exigencias de contratación en los casos de despido, de personas del mismo grupo de pertenencia que las despedidas y preferencias en las contrataciones públicas a aquellas empresas que cumplan ciertos compromisos en materia de igualdad de trato<sup>50</sup>.

## Bibliografía

- ATIENZA, M.- "Un comentario al caso Kalanke". Doxa. N. 19. 1996.
- ATIENZA, M.- "Un comentario al caso Kalanke", Cuadernos Jurídicos, n. 39. 1996.
- BALAGUER CALLEJON, F.- "Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización". En "Ciudadanos e instituciones en constitucionalismo actual". Coord. J. Asensi. Editorial Lo Blanch. Valencia. 1997.
- BALAGUER CALLEJON, F.- "Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos". REDC. n. 69. 2003.
- BALAGUER CALLEJON, M.L.- "Mujer y constitución. La construcción jurídica del género". Edit. Cátedra. Madrid. 2005.
- BARCELO, M.- "Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico". Civitas. Madrid. 1991.
- BILBAO J.M.- "¿Cómo juega el principio de igualdad de trato en las relaciones entre particulares (no laborales)?" En F. Rey (edit.), "III Foro Tercer Sector: igualdad de trato, de oportunidades y tercer sector". Fundación Luis Vives. Madrid. 2007.
- BUSTELO, M y LOMBARDO, E.- "Políticas de igualdad en España y en Europa". Cátedra. Madrid. 2007.
- DE CABO MARTIN, C.- "La Constitución de los débiles". En M.L. Balaguer ed. "XXV aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas". Servicio de Publicaciones de la Diputación de Málaga. 2005.
- ELOSEGUI ITXASO, M.- "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.
- FREIXES SANJUAN, T.- "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa". "Cuadernos Constitucionales", n. 11-12. 1993.
- FREIXES SANJUAN, T.- "La igualdad y el futuro de Europa: Reflexiones en torno al proceso de constitucionalidad", en "Art. 14, perspectiva de género", n. 16. IAM. 2004.
- GUERRERO PADRON, T.- "Actualidad Jurídica Aranzadi", n. 617. 25 de Marzo. 2004.
- MARTIN VIDA, M.A.- "Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall". REDC. N. 53. 1998.
- MONTILLA MARTOS, J.A.- "Comentario a la Directiva 2002/73/CE". "Artículo 14, una perspectiva de género" N. 11. IAM. Sevilla. 2002.
- REY MARTINEZ, F.- "La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), asunto Kalanke". REDA, n. 47. 1996.
- RUBIO LLORENTE, F.- "Mostrar los derechos sin destruir la Unión". REDC. N. 64, 2002.
- TUDELA ARANDA, J.- "Derechos constitucionales y autonomía política". Civitas. Madrid. 1994.

<sup>49</sup> Sobre las acciones positivas, M. Elósegui Itxaso, "Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres". CEPC. Madrid. 2003.

<sup>50</sup> Las posibilidades de vinculación de los particulares en la defensa de los derechos fundamentales, con más reducidas que las de los poderes públicos. De ahí la necesidad de establecer incentivos al cumplimiento de la igualdad en las relaciones entre particulares por parte de los poderes públicos. J.M. Bilbao, "¿Cómo juega el principio de igualdad de trato en las relaciones entre particulares (no laborales)?" En F. Rey (edit.), "III Foro Tercer Sector: igualdad de trato, de oportunidades y tercer sector". Fundación Luis Vives. Madrid. 2007.pg. 81 y ss.

## DOCTRINA

## LA IGUALDAD DE GÉNERO. UNA MIRADA GENERAL A SUS FUNDAMENTOS EN LOS DIFERENTES NIVELES Y ESPACIOS CONSTITUCIONALES

GREGORIO CÁMARA VILLAR.

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

Las normas políticas del constitucionalismo democrático contemporáneo, en sus diferentes niveles, así como los tratados en materia de derechos fundamentales, definen paradigmáticamente el estatuto básico de las personas a partir del reconocimiento de su dignidad, libertad e igualdad, proscribiendo las distinciones odiosas, entre las que se encuentran obviamente las que pudieran estar relacionadas con el sexo. La igualdad entre mujeres y hombres es así un valor, un principio y un criterio fundamental del Estado de Derecho y de la democracia pluralista. Una idea clara, neta, autosuficiente en su fundamentación y que, al menos formulada en su generalidad, es expresamente compartida por la mayoría social en tanto que viene a ser expresión de valores asumidos, ya circulantes desde antiguo como aspiraciones ideales del racionalismo y humanismo propio de las sociedades occidentales. Los derechos de las mujeres son los mismos que los de los hombres. Si hablamos todavía de “derechos de las mujeres” como tema diferenciado es porque *de facto* siguen discriminadas y porque no deducimos todas las consecuencias obligadas de los principios y de las normas constitucionales, así como de las que consagran los derechos humanos.

### La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho internacional y en el ordenamiento comunitario

A lo largo de los últimos decenios se han venido incrementando en el plano internacional y en el interno de los Estados democráticos los instrumentos normativos, las iniciativas y las medidas específicas con una proyección transformadora sobre la base de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en otros pactos y convenios internacionales en materia de reconocimiento y garantía de los derechos de la persona, cuya universalización, garantía y tendencia a una progresiva mayor protección, corriendo parejas con el cada vez más intenso arraigo de la igualdad como valor y principio material o sustancial, es una de las premisas culturales y antropológicas centrales de nuestros días y, por tanto, del constitucionalismo de los siglos XX y XXI.

Hasta mediados del pasado siglo la historia no nos ha deparado las condiciones necesarias para el surgimiento de los instrumentos con los que cimentar política, jurídica y socialmente la igualdad de todas las personas, sin distinciones de sexo. En la Declaración Universal se realizó la proclamación genérica de la libertad y la igualdad de todas las personas (artículos 1 y 2) y del derecho a no ser discriminado del artículo 7<sup>51</sup>; similares proclamaciones se contienen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966<sup>52</sup>, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también contiene disposiciones y medidas de protección para las mujeres<sup>53</sup>. Del mismo modo, en el ámbito regional europeo cabe remitirse al artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales de 1950; y en igual sentido, aún más específicamente, en el ámbito de las Naciones Unidas, al Convenio sobre los derechos

<sup>51</sup> “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; “Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>52</sup> Su artículo 3 establece el compromiso de los Estados Partes “a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos” en él enunciados. Y, entre otros aspectos relativos a la igualdad recogidos en otros preceptos, su artículo 26 dispone lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>53</sup> El artículo 7 establece “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: ... Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.... Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”. Por su parte, el apartado 2 del artículo 10 dispone: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de Seguridad Social”.

## DOCTRINA

políticos de la mujer, de 20 de diciembre de 1952 y a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979<sup>54</sup>.

En el ámbito comunitario europeo, el principio de igualdad entre hombres y mujeres se ha venido haciendo progresivamente intenso partiendo del reconocimiento del antiguo art. 119 del TCE hasta su formulación nueva justamente operada por el Tratado de Ámsterdam, verdadero punto de inflexión en esta materia, en tanto que prevé que <<la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover la igualdad>> (arts. 2 y 3) e introduce un apartado en el artículo 141 TCE (antiguo 119)<sup>55</sup>, que supone la cobertura normativa para sancionar la legitimidad, ya jurisprudencialmente consagrada como <<derecho desigual igualatorio>>, de las medidas llamadas de acción positiva y discriminación inversa, incorporándose así en plenitud al universo axiológico de la comunidad de Derecho que supone la UE. Por tanto, es con Ámsterdam cuando puede decirse que, por un lado, la igualdad entre hombres y mujeres pasa a formar parte, en su generalidad, de un *indirizzo* reforzado de la UE en su conjunto y con referencia a todos los ámbitos sobre los que se proyecta su competencia, en su doble vertiente de principio que señala un objetivo y una obligación positiva de actuación para la Comunidad, así como de articulación estructural de la política social de la Unión y de los Estados miembros; y, por otro, que es a partir de este Tratado cuando las normas de derecho derivado (protagonistas hasta entonces en el tratamiento sectorial de las proyecciones de la igualdad de género, junto con las decisiones del TJC), reciben una plena fundamentación material y formal desde el mismo plano de la normativa comunitaria originaria, convirtiéndose de esta manera en un principio y en un objetivo transversal de todas las políticas de las Comunidades y de sus productos normativos, como transversal es su aplicación, bien como derecho conexo con otros derechos respecto de los que la igualdad se pretenda, bien sustantivamente en cualesquiera otras situaciones o relaciones jurídicas.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el principio de igualdad, tanto en su vertiente negativa de no discriminación, como en la positiva de ampliación de las oportunidades en el acceso al goce de los derechos, adquiere un decidido impulso<sup>56</sup>. Por su parte, el Texto del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa establecía entre los objetivos de la Unión, en su artículo I-3, el de combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres, disponiendo asimismo en su artículo II-23, recogiendo el texto de la Carta, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, que <<será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución>>. Al mismo tiempo, en el párrafo segundo de este mismo artículo, disponía también que <<el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado>>. Estas mismas referencias, como es sabido, han pasado al Tratado de Lisboa, actualmente en proceso de ratificación por los Estados (arts. 2 y 3.3 TUE; art. 157.4 TFUE; el texto de la Carta, proclamada el 13 de diciembre de 2007, sigue diciendo lo mismo a este respecto, pero teniendo en cuenta su carácter jurídicamente vinculante al disponer el Tratado que la Carta tendrá el mismo valor que los Tratados –art. 6.1 TUE).

Estos preceptos, junto con otros que pudieran traerse a colación en el mismo sentido, constituyen paradigmáticamente la manifestación más directa del basamento ético, político y jurídico de la entidad de las obligaciones que tienen todos los poderes públicos para poner en funcionamiento medidas suficientes de carácter protector y positivo, e incluso de discriminación inversa cuando la situación lo requiera, que hagan reales y efectivos los derechos de las mujeres y los hombres en completa igualdad de condiciones.

No hay ni puede verse en estas formulaciones declaraciones retóricas. Se trata, por el contrario, de propugnar normativamente el recurso a una inmersión exigente en la recomposición de la igualdad entre hombres y mujeres, en tanto que incorpora la necesidad de adoptar medidas de transición que puedan implicar justificadamente un trato ventajoso y compensador, dirigido a la consecución de una igualdad que sigue siendo, como

<sup>54</sup> En su artículo 3 establece que “Los Estados tomarán las medidas apropiadas en todas las esferas, y en particular en las esferas política, económica, social y cultural, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”. El artículo 5 obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Y, entre otros muchos aspectos, consagra como no discriminación la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva (art. 4).

<sup>55</sup> “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

<sup>56</sup> Artículos 20: Todas las personas son iguales ante la ley; 21.1: Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; 23: La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

principio, tozudamente desmentida en la realidad por el juego de poderosos factores estructurales que han de ser removidos. De ahí que las obligaciones al respecto de los poderes públicos tengan una inescindible doble dimensión, positiva y negativa: la primera exigiéndoles la promoción de la igualdad para que se haga real y efectiva, y la segunda para que remuevan y superen todos aquellos obstáculos y situaciones que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad entre hombres y mujeres.

**La igualdad entre hombres y mujeres en el ordenamiento constitucional español**

Nuestro orden constitucional se incardina en este mismo sistema valorativo, que inspira el constitucionalismo posterior a 1945, radicalmente normativo y centralmente dispuesto a partir del reconocimiento y el aseguramiento efectivo de la libertad, la igualdad y el pluralismo, sobre los fundamentos de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

A este respecto es necesario partir de la caracterización del Estado español como social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), debiendo hacerse hincapié en el calificativo <<social>>, que expresa un principio finalista, político, de acción, que, entre otros fines y objetivos, persigue eliminar o allanar los obstáculos que impidan la efectividad de la igualdad y el de velar por las personas y grupos que de manera transitoria o permanente estén en situación de inferioridad vital. La Constitución española es, en esta dimensión, sustancialmente transformadora, y el complejo institucional y normativo que vive en su marco debe estar orientado permanentemente por la tensión por hacer realidad los principios y valores constitucionales y asegurar el disfrute por todos sus titulares de los derechos fundamentales.

De esta manera, en el artículo 1.1 se propugna como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento el de igualdad, y en el artículo 10, en su apartado 1, se consagra la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes e inviolables como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, subrayándose así la dimensión institucional y objetiva de los derechos fundamentales, que habrán de ser interpretados, según dispone el apartado 2 del mismo precepto, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Por su parte, el artículo 14 consagra el derecho fundamental a la igualdad, así como el de no ser discriminado, entre otras razones, por el sexo, subrayándose también esta dimensión de la igualdad, como manifestaciones concretas de este principio, en el ámbito del matrimonio (artículo 32), en el de la familia (art. 39) y en el del trabajo (art. 35).

Respecto al matrimonio, la Constitución establece que <<El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica>>, referencia que conduce a tener presente los derechos y deberes de los cónyuges que por mandato constitucional regula la ley y que se concretan en lo dispuesto en los artículos 66 a 68 de Código Civil sobre el fundamento de la plena igualdad jurídica entre los cónyuges. En el ámbito de la protección a la familia, el artículo 39 establece del mismo modo la igualdad de las madres, <<cualesquiera que sea su estado civil>>, posibilitando a efectos de protección de los hijos en condiciones de igualdad la investigación de la paternidad en los términos que establezca la ley. Por su parte, el artículo 35 establece que en relación con el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente, no podrá hacerse en ningún caso discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, en el Estado social y democrático de Derecho en el que España se constituye, sustentado entre otros en el valor <<igualdad>>(art. 1.1), adquiere un carácter central el mandato que incorpora el artículo 9.2, a cuya luz es preciso diseñar, integrar y funcionalizar todas las medidas que se adopten para conseguir la efectividad de la igualdad, la libertad y el pluralismo, al establecer que <<corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social>>.

Esta referencia constitucional genérica a los poderes públicos supone que todos ellos, en los diferentes ámbitos y niveles de gobierno, están obligados a emprender las acciones que sean precisas para alcanzar tales objetivos, si bien va de suyo que deberán hacerlo ateniéndose al ejercicio de las competencias propias según el reparto competencial que resulta del *bloque de la constitucionalidad* y en el marco de los principios que rigen el Estado autonómico, muy destacadamente el de colaboración y lealtad entre Administraciones. La misma lógica constitucional que preside el artículo 9.2 de la Constitución se inserta materialmente y se refleja incluso formalmente en los Estatutos de Autonomía, la norma institucional básica de cada Comunidad, que incorporan un bloque normativo de orden finalista de un tenor muy similar y con igual orientación transformadora.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

Con las medidas de acción positiva susceptibles de ser adoptadas a partir de este mandato y en este marco normativo no se trata ya de la inescusable cuestión de dar el cumplimiento debido al principio de igualdad *tout court* entendido, sino de algo que tiene mucha más sustancia y alcance, porque va mucho más allá de la <<lógica negativa>> del artículo 14 de la Constitución que establece la igualdad en la ley y ante la ley y la prohibición de la discriminación. El mandato del artículo 9.2 ciertamente implica, junto a la puesta en práctica de las en todo caso necesarias e indiscutibles medidas de concienciación y de promoción para cumplir los objetivos de la igualdad entre hombres y mujeres, la concesión cuando fuere preciso, estuviera justificado y fuere razonable, de posiciones de ventaja de alcance históricamente transitorio a los integrantes del colectivo marginado con la finalidad de establecer la igualdad por la vía de disolver o aminorar aspectos concretos de los elementos estructurales que la impiden, dando paso a la posibilidad de establecimiento de un <<*derecho desigual igualatorio*>> (STC 229/1992).

Pero para completar el cuadro constitucional en la materia, es preciso constatar que existe un precepto en nuestra Carta Magna donde se produce de manera expresa una incoherente consagración de la desigualdad entre hombre y mujer, si bien de un alcance muy limitado y enmarcado por las circunstancias y principios históricos de la institución de la Corona. Me refiero al criterio establecido en el art. 57.1 de preferencia del varón sobre la mujer en el mismo grado en la sucesión en la Corona de España, que supone una de las más llamativas contradicciones que esta institución histórica conlleva objetivamente, por la tradición que representa, al configurar la Jefatura de un Estado democrático basado sobre la igualdad como valor, como principio y como derecho. Se trata sin duda de una manifestación más de la básica situación de desigualdad de la mujer en la sociedad contemporánea. Por esta razón creo que es muy necesario el planteamiento de una reforma constitucional en esta materia, en el sentido en que se ha formulado por el Gobierno consulta al Consejo de Estado y recientemente éste ha concretado, de tal manera que, en caso de encontrar el consenso político necesario, se suprimiera ese criterio y se introdujera también aquí el de plena igualdad entre hombre y mujer. De esta forma la Constitución no solo ganaría en coherencia, sino que se adecuaría más a la realidad social y, con ella, también la misma institución monárquica.

Si este es el marco constitucional, es preciso referirse para completar el panorama sobre la igualdad de género en España a la legislación de desarrollo. En este sentido, la referencia más importante la constituye sin duda la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas 2002/73/CE y 2004/113/CE; la primera relativa al principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo, y la segunda sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Como es bien sabido, la Ley no se limita al desarrollo de las Directivas citadas, sino que viene a regular de forma transversal el derecho de igualdad de las mujeres, con las técnicas compensatorias antes referidas. En su artículo 1 define su objeto como el de <<hacer efectivo el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres>>, especificando su sentido el artículo 3 como <<ausencia de toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil>>. También es mérito de la ley regular, si bien con un carácter bastante general, la recomendación de que no se haga un uso sexista del lenguaje, del mismo modo que el hecho de haber creado instituciones específicas de fomento de la igualdad real entre mujeres y hombres, como la Comisión Interministerial de Igualdad, las Unidades de Igualdad, y el Consejo de Participación de la Mujer, definido por la Ley como <<órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y para la lucha contra la discriminación por razón de sexo>>. No obstante, el mayor mérito de la misma lo constituye el haber dispuesto respecto de todo su contenido material un sistema general de representación equilibrada de género mediante el principio de presencia o composición equilibrada de mujeres y hombres, definido por la disposición transitoria primera como una presencia que <<en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 por 100 ni sean menos del 40 por 100>>.

Es evidente, por otra parte, que con el principio de presencia o composición equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito específico de la representación política consagrado por la referida Ley y sancionado mediante la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (añadiendo un nuevo artículo, el 44.bis) se ha dado un fundamental paso adelante en materia de igualdad, concretado en la composición imperativamente equilibrada de las candidaturas electorales a partir de las que los órganos representativos de los diferentes niveles de gobierno se conformarán. Paso adelante que ha sido refrendado por la STC 12/2008 al confirmar la plena constitucionalidad de esta medida, que había sido impugnada por el Partido Popular.

## DOCTRINA

**La igualdad entre mujeres y hombres en las recientes reformas estatutarias**

Es especialmente importante, además, referirse por último a los Estatutos de Autonomía, ya que precisamente conforma una nota característica de las recientes reformas estatutarias su sensibilidad a la evolución que en esta materia se ha producido en los últimos años y a las necesidades de desarrollo de la perspectiva de género. La mayoría de los primeros Estatutos incorporaron el principio de igualdad sustancial proclamado en el artículo 9.2 CE con contenidos muy similares a los de la propia Constitución, aunque con diferentes formulaciones, con la excepción de la LORAFNA, donde no aparece contemplado. Además de ello, algunos Estatutos también incorporaron una referencia más específica a la igualdad entre hombre y mujer como principio estatutario. Así, el Estatuto andaluz de 1981, marcando ya una pauta especialmente avanzada en la materia, contenía un principio relativo a la igualdad de género en su artículo 12.2, que establecía: <<La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política>>. Una formulación similar se establece en el Estatuto de Extremadura (art. 6.2) y en el Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 4.3).

Los nuevos Estatutos reformados han sido especialmente sensibles a la necesidad de profundización en la igualdad de género, de manera confluyente con la evolución reciente de la normativa internacional, estatal, europea y propiamente autonómica en la materia. Cabe constatar así una regulación especialmente amplia de la igualdad de género en los nuevos Estatutos, si bien ésta es ciertamente desigual entre ellos tanto en la amplitud como en la intensidad con la que se abordan las temáticas a la que la igualdad se refiere.

Tanto en uno como en otro aspecto destaca singularmente el Estatuto de Andalucía, que dedica a la igualdad de género 17 artículos, entre referencias principales, relativas a derechos o competenciales. El artículo 10.2, reformulando el antiguo artículo 12.2, contempla la igualdad del hombre y la mujer como principio que se incluye entre los objetivos básicos de la Comunidad autónoma en los siguientes términos: <<La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social>>. Del mismo modo, es preciso tomar en consideración que el apartado 1 del artículo 10 viene también a reformular la versión primaria del principio de igualdad sustancial incluyendo un último párrafo referido a las medidas de acción positiva: <<La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias>>; esta referencia a las acciones positivas se vuelve a reiterar, por otra parte, en el artículo 14 al establecer las prohibiciones de discriminación. Además de todo ello, como principio y derecho específico se recoge en el art. 15 precisamente con esa rúbrica (igualdad de género): <<Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos>>.

El Estatuto catalán, además de la referencia del Preámbulo a la igualdad entre hombres y mujeres anteriormente mencionada, reitera en el artículo 4, apartados 2 y 3, el principio de igualdad sustancial y la <<equidad de género >> como un valor a promover por los poderes públicos de Cataluña y viene a establecer de manera específica y con carácter general los <<derechos de las mujeres>> en el artículo 19: <<1. Todas las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación. 2. Las mujeres tienen derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados>>.

El Estatuto de la Comunidad Valenciana, al señalar al legislador que elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad Valenciana los ámbitos en los que primordialmente habrá de centrarse la Generalitat, menciona en el apartado 3 del artículo 10 la <<igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo>> y, con formulación propia de un principio rector, el artículo 11 determina que la Generalitat <<velará en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo y garantizará que lo hagan en igualdad de condiciones>>, garantizándose a estos efectos la compatibilidad de la vida familiar y laboral.

Por su parte, el Estatuto de Baleares, además de mencionar también en su Preámbulo la igualdad entre hombres y mujeres, establece en su artículo 17 un principio específico de no discriminación por razón de sexo y el derecho de <<todas las mujeres y hombres>> al << libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía>>.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

El Estatuto de Aragón se limita a incorporar en su artículo 20 a) el principio de igualdad sustancial y una declaración general sobre el derecho a no sufrir discriminación en el artículo 12, así como a dirigir a los poderes públicos un mandato para <<garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos, con atención especial a la educación, el acceso al empleo y las condiciones de trabajo>> (art. 24 c)).

Finalmente, el Estatuto de Castilla y León se refiere del mismo modo al principio de igualdad sustancial en su art. 8.2, establece el principio de no discriminación por razón de género y dirige un mandato a los poderes públicos para la garantía de la <<transversalidad>> del principio de la igualdad de género en todas sus políticas, promoviendo acciones positivas <<para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sobre todo en los ámbitos educativo, económico, laboral, en la vida pública, en el medio rural, en relación con la salud y con los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género>> (art. 14).

La proyección de la igualdad se manifiesta también en ámbitos más concretos, como es el caso de la participación. El Estatuto de Andalucía es especialmente intenso en esta materia. Ya en el artículo 10.2 se refiere a la promoción de la democracia paritaria entre los objetivos básicos de la Comunidad, pero esta cuestión alcanza su máxima concreción en el artículo 105.2, en el que dispone que la ley electoral <<establecerá criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales>>. Por otra parte, el Estatuto refleja la dimensión de la democracia paritaria en otros niveles: el artículo 107 introduce la necesidad de la observancia del principio de <<presencia equilibrada entre hombres y mujeres>> en los nombramientos y designaciones de instituciones y órganos que corresponda efectuar al Parlamento; y el artículo 135 establece esta misma presencia equilibrada en el nombramiento de los miembros de los órganos directivos y colegiados o consultivos de la Administración andaluza.

El Estatuto de Cataluña también hace referencia a la democracia paritaria, pero no la hace al principio de presencia equilibrada en los órganos anteriormente mencionados. Así, en su artículo 56, apartado 3, establece que la ley electoral de Cataluña <<debe establecer criterios de paridad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales>>. Los Estatutos de Aragón, Baleares y Comunidad Valenciana no contienen ninguna referencia específica ni al establecimiento de criterios de paridad en las listas electorales, ni al principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres, si bien contienen una referencia genérica a la participación en la vida política en igualdad de condiciones (arts. 15.1, 17.2 y 11, respectivamente). Por su parte, el Estatuto de Castilla y León establece un mandato al legislador para la promoción de la igualdad efectiva entre los hombres y las mujeres en el acceso a los mandatos representativos autonómicos (art. 11.3).

Otros muchos aspectos son tenidos en cuenta por los Estatutos para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y, consiguientemente, para la realización efectiva del derecho. Así, se contempla la proyección de este principio en los ámbitos social y laboral y en dimensiones en las que por su prolijidad no podemos detenernos, que tienen que ver con el acceso a la formación, la ocupación y la formación profesional, condiciones de trabajo, contratación y subvenciones públicas, conciliación de la vida laboral y familiar, garantías de no discriminación por embarazo o maternidad, transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas, valoración del trabajo doméstico y familiar, etc.... Del mismo modo, los Estatutos se refieren a medidas que son necesarias para el fomento de una cultura más igualitaria en los ámbitos educativo, social y en los medios de comunicación.

En conclusión, puede decirse que la formulación de la igualdad de género que incorporan los nuevos Estatutos es realmente avanzada y congenial en su propio nivel y espacio constitucional con los principios y derechos constitucionales y con la regulación de la Unión Europea en sus normas fundamentales. Suponen un avance que resalta en sus referencias explícitas el relativo desfase en el que ya se encuentran los principios constitucionales en la medida en que no recogen las nuevas realidades y necesidades que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Constitución ha venido poniendo de manifiesto.

## DOCTRINA

## LAS FORMULACIONES NORMATIVAS DE LA PROMOCIÓN DE UN LENGUAJE IGUALITARIO

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN.

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

**Sumario: 1.-La lucha por un lenguaje igualitario. 2.-La normativa estatal. 3.-La normativa andaluza. A modo de conclusión.**

### 1.-La lucha por un lenguaje igualitario.

La lucha histórica por la igualdad ha estado siempre sometida a todo tipo de resistencias e incomprensiones. La defensa del orden establecido cuenta habitualmente con ventajas considerables respecto de los intentos de superarlo. Para empezar, nuestra forma de percibir la realidad se ha configurado desde las pautas de un sistema de valores preexistente, lo que contribuye a su reproducción. Frente a lo que conocemos, las alternativas implican siempre riesgos y esos riesgos suelen ser invocados y amplificadas por las personas que defienden la permanencia de las situaciones que provocan desigualdad.

Un ejemplo de estas dificultades es la lucha por la igualdad en el lenguaje. Cada cierto tiempo se levantan voces autorizadas contra los intentos de avanzar en la construcción de un lenguaje no discriminatorio. Voces que apelan a la pureza del lenguaje, injustamente maltratado, al parecer, por las nuevas formulaciones que pretenden superar la articulación marcadamente masculina de la lengua castellana (algo que afecta, en diversa medida, a todas las lenguas del Estado). Esa preocupación es selectiva, sin embargo: nadie parece preocuparse públicamente del reiterado uso incorrecto de <<lo que>> o de la proliferación abrumadora del llamado <<infinitivo indio>> cuando se comienzan las frases con <<decir que...>>.

Al parecer lo cuestionable no es hablar mal sino hablar con una intencionalidad política, con la pretensión explícita de modular el lenguaje o de cambiar algunos de sus términos si fuera necesario. Porque el lenguaje no discriminatorio es una propuesta política que pretende llevar la lucha por la igualdad hasta sus últimas consecuencias. La cuestión es si se puede aspirar a menos si realmente queremos la igualdad.

El lenguaje es un poderoso instrumento de reproducción cultural. Una sociedad racista se expresa a través del lenguaje, como lo hace una sociedad clasista o machista. Cuando una sociedad intenta superar el racismo o el clasismo comienza a cambiar lentamente los términos que utiliza y empieza a usar otros, dejando como expresiones arcaicas o políticamente incorrectas las que reflejaban la discriminación racial o social. Esto es algo que está ocurriendo también con expresiones machistas que, por fortuna, están siendo desterradas de nuestro lenguaje de manera natural por el desuso social.

Cuando hablamos de promover un lenguaje no discriminatorio nos estamos refiriendo a algo diferente. No se trata sólo de evitar el lenguaje machista sino de contribuir a la superación de una configuración masculina del lenguaje que refleja la histórica ausencia de la mujer de los espacios públicos y su muy limitada intervención en la construcción social del lenguaje. El lenguaje se ha sedimentado históricamente en clave masculina sencillamente porque una gran parte de las zonas comunes (y específicamente todas aquéllas que tenían que ver con el desarrollo social y económico así como con la creación cultural) estaban monopolizadas por los hombres.

Es posible que, dejado a su decurso natural, el lenguaje se fuera amoldando a nuevas realidades sociales más igualitarias. Del mismo modo que pudiera esperarse que la sociedad fuera también más igualitaria, por lo que a presencia de la mujer en el mundo laboral y en los espacios públicos se refiere, sin adoptar medidas de acción positiva. Pero el proceso sería mucho más lento y el resultado incierto. Lo que se le pide a los poderes públicos es que hagan lo que esté en su mano (comenzando por la redacción de los textos normativos y los documentos oficiales, por ejemplo) para evitar la discriminación en el lenguaje.

Por fortuna, existen ya referentes legales que avalan la necesidad de transformar el lenguaje en un sentido no discriminatorio. Los más relevantes se encuentran en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

\* Dedicado a Rosario Valpuesta Fernández.

## DOCTRINA

efectiva de mujeres y hombres, a nivel estatal, y en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, en nuestra Comunidad Autónoma.

**2.-La normativa estatal.**

Por lo que se refiere al ámbito estatal, el apartado 11 del artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone que, a los fines de esa Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: <<La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas>>.

Este mandato a los poderes públicos contiene dos previsiones diferenciadas. Por un lado, desde la perspectiva de la propia actividad interna de la Administración, obliga a la implantación de un lenguaje no sexista. No se trata sólo de promover o de fomentar sino de una obligación legal incondicionada que debe ser respetada por todos los poderes públicos. El debate sobre el lenguaje no discriminatorio resulta ya, por tanto, improcedente en el ámbito de la actividad administrativa. Como con cualquier otra norma legal, los poderes públicos tienen que poner todos los medios a su alcance para asegurar su pleno cumplimiento.

La segunda previsión tiene un alcance más amplio y, al mismo tiempo, una menor intensidad normativa: fomentar el lenguaje no sexista en las relaciones sociales, culturales y artísticas. Es obvio que en este ámbito no es posible establecer la obligación de utilizar el lenguaje en un sentido no discriminatorio, pero sí es posible realizar una actividad orientada a transformar una cultura lingüística conformada actualmente en un sentido discriminatorio, fomentando una cultura igualitaria.

Más allá de estas determinaciones generales, la Ley Orgánica contiene otras previsiones específicas. Así en el apartado 4 de su artículo 28, se establece que <<En los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas>>. Igualmente, la letra b) del apartado 1 del artículo 37 de la LO, determina que <<La Corporación RTVE, en el ejercicio de su función de servicio público, perseguirá en su programación los siguientes objetivos: b) Utilizar el lenguaje en forma no sexista>>. La misma previsión se contempla en la letra b) del apartado 1 del artículo 38 para la Agencia EFE.

**3.-La normativa andaluza.**

La normativa andaluza contiene un número más abundante de preceptos dedicados al lenguaje no discriminatorio. Comenzando por las previsiones de carácter general, el apartado 10 del artículo 4 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, establece que, para la consecución del objeto de esa ley, serán principios generales de actuación de los poderes públicos de Andalucía, en el marco de sus competencias <<La adopción de las medidas necesarias para eliminar el uso sexista del lenguaje, y garantizar y promover la utilización de una imagen de las mujeres y los hombres, fundamentada en la igualdad de sexos, en todos los ámbitos de la vida pública y privada>>.

La ley andaluza diferencia en preceptos distintos el ámbito general de actuación de los poderes públicos y la intervención específica de la Administración sobre su esfera de actividad. Esta última está contemplada en su artículo 9 que determina que <<La Administración de la Junta de Andalucía garantizará un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus políticas>>.

Como proyección específica en el ámbito laboral, se recoge en el apartado 3 b) de su artículo 28 que <<La Administración de la Junta de Andalucía garantizará que los convenios colectivos: b) Hagan un uso no sexista del lenguaje>>.

Igualmente, el apartado 2 del artículo 51, dispone que <<En los proyectos desarrollados en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, financiados total o parcialmente por la Administración de la Junta de Andalucía, se garantizará que su lenguaje y contenido no sean sexistas>>.

Por último, el apartado 1 del artículo 58, en su primer párrafo, establece que <<Los medios de comunicación social, cuya actividad se encuentre sujeta al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, promoverán la aplicación de un uso no sexista del lenguaje e impulsarán la transmisión de una imagen de las mujeres y los hombres libre de estereotipos sexistas>>.

Como se puede observar, nuestra Comunidad Autónoma ha seguido las pautas que han caracterizado a Andalucía en la lucha por la igualdad de género, en la que ha tenido siempre un papel muy destacado en el conjunto del Estado Autonómico. De ahí el amplio número de preceptos que la Ley dedica al lenguaje no sexista, estableciendo las condiciones necesarias para el desarrollo de un lenguaje igualitario.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

**A modo de conclusión.**

Como hemos tenido ocasión de observar, tanto a nivel estatal cuanto a nivel autonómico de Andalucía, se han sentado las bases para avanzar en la implantación de una cultura lingüística igualitaria. Es muy importante, no obstante, que las medidas legislativas no se conciban como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que requerirá de ulteriores esfuerzos. El lenguaje no cambiará –más allá del ámbito específico de acción de los poderes públicos- sólo porque las leyes lo establezcan, sino a través de una profunda transformación de nuestra cultura política y social en materia de género.

Son muchas las resistencias que habrá que vencer y las incomprensiones procedentes incluso de sectores sociales que propugnan la igualdad de género en otros ámbitos. En última instancia, estamos ante una nueva frontera que es necesario superar para construir una sociedad más igualitaria. El lenguaje igualitario no garantiza la igualdad, pero el lenguaje discriminatorio sí la entorpece y la dificulta.

La plena transformación del lenguaje en un sentido igualitario no será efectiva hasta tanto la sociedad española no asuma y utilice nuevas formulaciones en todos los idiomas del Estado. Es un gran esfuerzo y un reto importante, que llevará tiempo. Resulta muy difícil innovar sobre el lenguaje que hemos aprendido y corregirnos cuando nos expresamos. Máxime si tenemos en cuenta que no siempre hay alternativas lingüísticas claras y precisas al lenguaje discriminatorio. Pero no es imposible y tampoco supone pedir demasiado. En realidad, es sólo pedir coherencia.

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. EN EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE “ARTÍCULO 14. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO”

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS,  
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

1.- “Artículo 14. Una perspectiva de género” es, desde hace años, un instrumento imprescindible para cualquier académico o ciudadano ocupado por, o preocupado de, las cuestiones de género. La lectura de este Boletín de Información y Análisis Jurídico, editado por el Instituto Andaluz de la Mujer, permite seguir las novedades legislativas y jurisprudenciales que inciden en el tratamiento de las cuestiones de género no sólo en Andalucía. Queda mucho camino para recorrer hasta garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres a la que se refiere el art. 9.2 de la Constitución pero en los diez años de Boletín han quedado plasmados los avances producidos en España. Ha coincidido con el periodo de consolidación y reconocimiento de las acciones positivas no como una actuación excepcional, susceptible, en su caso, de justificación, sino como un componente esencial de la concepción de la igualdad entre mujeres y hombres en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Tanto el legislador, estatal y autonómico, como el Tribunal Constitucional, con la importante incidencia del Derecho europeo, han hecho posible lo que hace quince o veinte años parecía una utopía: la normalización de las acciones positivas, del “derecho desigual igualatorio”, por decirlo en los términos de una de las sentencias pioneras. En estas líneas de homenaje y reconocimiento a la labor efectuada por *Artículo 14* pretendo repasar brevemente el camino recorrido para apuntar, finalmente, el que, a mi juicio, queda por recorrer. Partiremos de los primeros acercamientos a la constitucionalidad de estas medidas a través de la “interpretación integrativa” de los artículos 14 y 9.2 CE para culminar con su nítida inclusión en la agenda política, tanto en la actividad legislativa estatal y autonómica como en los nuevos Estatutos de Autonomía y la aceptación de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Este proceso conlleva el asentamiento definitivo en nuestro sistema político de las acciones positivas para garantizar la igualdad real y efectiva de la mujer en cuanto alcanza a ámbitos aparentemente problemáticos como el derecho punitivo o la presencia equilibrada en órganos representativos. Tras recorrer esos caminos ya transitados pero a los que siempre procede volver la mirada, concluiré con la referencia al trecho aún pendiente desde la perspectiva formal: la constitucionalización de la perspectiva de género.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

2.- En primer lugar, recordemos los orígenes. El Tribunal Constitucional había limitado en sus primeros pronunciamientos el alcance efectivo del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva del art. 9.2 CE en cuanto resultaba limitado por su propia estructura lógico formal de carácter finalista. En este sentido, el Tribunal rechaza la posibilidad de extraer un derecho subjetivo a un trato diferenciado, susceptible de amparo constitucional (STC 6/1988). No obstante, pronto empieza a atisbarse su utilización, en relación al objeto que aquí nos ocupa, en la determinación de que debe entenderse por desigualdad que entrañe discriminación. Así, tras superar la doctrina restrictiva de la STC 103/1983, acepta, a partir de la STC 128/1987, que una norma que asume como finalidad de la diferenciación la promoción de la igualdad real y efectiva no vulnera el principio de igualdad jurídica del art. 14 CE. Por tanto, si bien de forma puntual, y planteado como excepción, el Tribunal se refiere al art. 9.2 CE para justificar cierta desigualdad formal, en definitiva el establecimiento de acciones positivas, en aras de la igualdad real y efectiva.

La argumentación del Tribunal en la citada sentencia pionera partía de que no toda desigualdad normativa constituye una discriminación, en el sentido de desigualdad constitucionalmente prohibida, sino sólo la que no esté objetiva y razonablemente justificada. Hasta ahí el pronunciamiento tradicional. El rasgo novedoso es que el mandato constitucional a los poderes públicos inserto en el art. 9.2 CE se integra en el juicio de razonabilidad para aportar el punto de conexión teleológico de la diferenciación normativa derivando de ello su conformidad con el principio de igualdad. Cuando el Tribunal se plantea la supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado de un varón por el reconocimiento de un plus de guardería a la mujer casada que trabaja, y no al hombre en similares circunstancias (STC 128/1987), o el periodo de lactancia artificial sólo a la mujer (STC 109/1993) considera que esas medidas diferenciadoras en atención al sexo no son discriminatorias en virtud de su vinculación a la promoción de la igualdad real y efectiva de la mujer respecto al varón en el mercado de trabajo, que justifica esas acciones positivas. Y alcanza esa conclusión a través de una "integración interpretativa" de los dos preceptos constitucionales pese a sus diferencias de naturaleza y sistemáticas. La construcción teórica de esta idea la hallamos en la STC 216/1991 en cuanto el Tribunal Constitucional plantea de forma expresa la *modulación* del principio de igualdad jurídica del art. 14 derivada del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva, aunque en ese supuesto no se refiere a una medida de acción positiva. Lo que plantea el Tribunal es que una desigualdad fáctica puede convertirse en desigualdad jurídica cuando se mantiene en el tiempo, sin cumplirse, por tanto, el mandato del artículo 9.2 CE. De esta forma, la interpretación integradora dejaba entreabierto el cauce, si bien de forma excepcional, para aceptar medidas de acción positiva en el sentido de tratamientos formalmente desigualitarios a favor de las mujeres cuando pretendieran la promoción de la igualdad real y efectiva.

3.- Pero en ese camino hacía el nítido reconocimiento de las acciones positivas en España no podemos soslayar la incidencia del ordenamiento europeo, que se integra como un nivel constitucional más en nuestro ordenamiento complejo, dual o multinivel. La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido evolucionando a partir de la sentencia *Kalanke*, teniendo a *Marshall* o *Badeck* como hitos más significativos. Si en *Kalanke* ante una norma de un Land alemán que concedía "preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas" establece la excepcionalidad de la diferenciación normativa, en *Marshall* se acepta incluso la "discriminación inversa", a condición de que no tuviera carácter automático.

Con el sustento de esta doctrina, el legislador europeo ha sido más incisivo y avanzado que el interno en el reconocimiento de las acciones positivas, especialmente en materia de empleo. Así, la primera Directiva 76/207/CEE fue sustituida por la trascendental 2002/73/CE, que ya comenté en el número 11 de esta Revista. Cómo apuntaba entonces supuso una actualización y concreción tanto conceptual como en su objeto de esta cuestión. Conceptual porque incluye la definición de nuevos conceptos: discriminación indirecta o acoso sexual, pero también en su objeto porque completa el proceso de concreción de la igualdad de trato en relación al sexo. Sus novedades más destacadas eran la distinción expresa y definición de la discriminación indirecta, apuntada en la jurisprudencia, como la derivada de disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros, junto a las formas directas de discriminación, y la definición y tratamiento del acoso por razón de sexo y el acoso sexual. En definitiva supone superar una concepción puramente formal de la igualdad de trato para dar entrada a las medidas de acción positiva como un elemento ordinario en el tratamiento de la igualdad pues "habrá de tenerse en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad". Supone, por tanto, un nítido respaldo a las medidas de acción positiva que puedan desarrollar los Estados miembros, siquiera en el ámbito afectado, pero, más allá de esto conlleva también una obligación positiva pues los Estados deberán cumplir, de una u otra

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

forma, una obligación positiva en relación con la igualdad al imponerse un entendimiento activo de ésta. En esa línea, 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 en asuntos de empleo y ocupación, actualiza esta concepción al refundir diversas Directivas anteriores.

En fin, para mostrar el reconocimiento de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el ordenamiento europeo procede recordar finalmente que se mencionan expresamente en el Derecho originario. El art. 141.4 TCE señala que “el principio de igualdad de tratado no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Incluso, con un alcance transversal, sin limitarse al ámbito laboral, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa adquirirá el valor jurídico de los Tratados, señala en su artículo 23, tras destacar que la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representados”.

4.- Con estos precedentes en la jurisprudencia constitucional y en el ordenamiento europeo, en los últimos años, especialmente a partir de 2004, el legislador ha desarrollado incisivas políticas legislativas de igualdad a través de medidas de acción positiva para luchar contra la situación histórica de preterición de la mujer en España en todos los ámbitos, no sólo en el laboral, sino también en el político o incluso en el cultural. Frente al tradicional carácter relacional del derecho subjetivo a la igualdad, precisado de término de comparación y no susceptible de desarrollo legislativo, en el planteamiento clásico, se ha puesto en marcha una agenda legislativa de contenido positivo que pretende avanzar en la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. Huelga recordar que los dos hitos más significativos son la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y la LO 3/2007, para la igualdad entre mujeres y hombres. Como es conocido, la importancia de la primera de estas leyes radica en la inclusión de un tipo penal específico “violencia de género”, definido como la violencia sufrida por las mujeres en su relación de pareja. Más allá de las medidas de sensibilización, las medidas asistenciales y la creación de organismos específicos, los rasgos más significativos son los de tipo penal: orden de protección para evitar la agresión, regulación de prisión preventiva para estos supuestos y, especialmente, la tipificación de estos delitos en función del sujeto pasivo: la mujer que sufre la agresión. Con esta última medida el legislador incluye las medidas de acción positiva en el derecho punitivo. En segundo lugar, debe mencionarse la LO 3/2007. Si la trascendencia de la LO 1/2004 radica en que supuso aceptar que las medidas de acción positiva pueden alcanzar a cualquier ámbito, incluido el derecho punitivo, la LO 3/2007 destaca por su carácter transversal, generalizando las medidas de acción positiva. Como señala el artículo 1 su objeto es “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres”, abarcando desde la administración, a las empresas y sociedades mercantiles o cualesquiera órganos representativos a partir del principio de representación equilibrada (no más del 60% de un sexo ni menos del 40% del otro) que se ha convertido desde ese momento en un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, con incidencia en cualesquiera ámbitos.

Pero en esta agenda legislativa reciente no podemos soslayar la importancia de los nuevos Estatutos de Autonomía. Estamos ante una norma pactada entre el territorio y el Estado que se aprueba por las Cortes Generales como Ley Orgánica, con eficacia territorial limitada, que constituye la norma institucional básica de un determinado territorio. Es trascendente recordar que en ese espacio competencial autonómico los nuevos Estatutos han configurado un tratamiento de la igualdad que se aleja de la concepción formal originaria y recoge diversos mecanismos para garantizar la igualdad real y efectiva.

Seguramente el Estatuto que se ha convertido en paradigma del nuevo tratamiento de la igualdad a través del “derecho desigualitario igualador” es el de Andalucía. Más allá de los mandatos programáticos sobre la igualdad real y efectiva, que pueden derivarse de la propia Constitución y ya estaban en el Estatuto de 1981, se incluyen tres rasgos novedosos a nuestro objeto: la referencia específica a las medidas de acción positiva, el mecanismo de control del impacto de género y el principio de democracia paritaria. En el primer sentido, recogiendo lo apuntado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero no todavía en nuestra Constitución, el art. 14 se refiere expresamente a las medidas de acción positiva, incorporándolas directamente, y no por interpretación integradora, al propio derecho subjetivo a no ser discriminado cuando señala que “la prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas”. En segundo lugar, resulta también trascendente la mención estatutaria al “impac-

## DOCTRINA

to de género" en la producción normativa de la Comunidad Autónoma. Conforme a lo establecido en el art. 114 "en el procedimiento de elaboración de las leyes y disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma se tendrá en cuenta el impacto por razón de género del contenido de las mismas". Se garantiza con ello que las normas andaluzas tendrán un carácter no sexista al haberse analizado previamente ese impacto de género. Finalmente, se garantiza también la democracia paritaria concretada en la presencia equilibrada de mujeres y hombres incluso fuera del ámbito de lo público. Sus manifestaciones concretas en el Estatuto se refieren, no obstante, a las listas electorales (art. 105.2); presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones que corresponda efectuar al Parlamento (art. 107) y a los órganos directivos de la administración andaluza (art. 135).

5.- Como se ha recordado, especialmente en los últimos cinco años asistimos a un reconocimiento normativo nítido, sin titubeos, de la promoción de la igualdad real y efectiva de la mujer en relación al hombre a través de las medidas de acción positiva, configuradas como un rasgo definidor de la concepción de la igualdad. Sin embargo, resulta necesario destacar que esta trascendente política legislativa está consolidándose y puede desarrollarse en el futuro merced a la doctrina del Tribunal Constitucional que en recientes sentencias ha aceptado tanto la posibilidad de acciones positivas en derecho punitivo como el principio de representación equilibrada. Puedo únicamente mencionar las sentencias clave y destacar su significado en este proceso evolutivo de la concepción de la igualdad. Así, la constitucionalidad de la garantía de la representación equilibrada de mujeres y hombres ha sido establecida por la STC 12/2008. El argumento del Tribunal para considerar constitucionales medidas que a juicio de los recurrentes resultaban contrarias a diversos preceptos constitucionales (arts. 103, 23 o 6, entre otros) es la "sustantivización de la igualdad formal" en cuanto "el constituyente completa la vertiente negativa de proscripciones de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de la igualdad material". La consecución del objetivo igualatorio, constitucionalizado en el 9.2 CE, habilita al legislador para establecer un tratamiento desigual que garantice esa presencia equilibrada. Incluso en la STC 13/2009 se ha aceptado que el legislador autonómico establezca como representación equilibrada no ya el 60-40 sino un exacto 50-50 entre los dos sexos. En consecuencia, la posición del Tribunal es especialmente nítida al reconocer la importancia de la consecución de la igualdad real y efectiva a través de acciones positivas a favor de la mujer como grupo históricamente infrarrepresentado, en este caso en el ámbito político. Acaso, hubiera sido deseable una mayor concreción del juicio de igualdad, más allá de la afirmación del 9.2 como punto de conexión teleológica de la medida diferenciadora, para adentrarse en el juicio de proporcionalidad, específicamente desde los criterios de adecuación y necesidad, aunque la conclusión hubiera sido la misma.

La otra sentencia clave que tampoco podemos soslayar es la STC 59/2008. Como se sabe, en ella se enjuiciaba a través de la cuestión de inconstitucionalidad el precepto del Código Penal que en virtud de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, introducía un delito agravado de maltrato ocasional en el que el sujeto pasivo era únicamente la mujer, esto es, introducía un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos. La importancia de esta sentencia estriba en que el Tribunal acepta la incidencia de las medidas de acción positiva con una justificación objetiva y razonable en el Derecho punitivo, acaso el ámbito más difícil de alcanzar. En esta sentencia, y en la posterior 45/2009, sobre un supuesto similar, el Tribunal ha aceptado la razonabilidad de la diferenciación. Parte de la legitimidad del fin de la norma: prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer. A partir de ello, establece la razonabilidad en torno a dos ideas. En primer lugar, el mayor desvalor de las agresiones hacia la pareja en las que el agresor actúa conforme a una pauta cultural de dominación justifica una pena mayor para prevenirlas; en segundo lugar, la vinculación de la agresión a una arraigada estructura desigualitaria que considera a la mujer inferior al hombre, por lo que resulta especialmente dañada su dignidad. Por ello, resulta razonable que el legislador aprecie una gravedad o reproche peculiar en estas agresiones del hombre sobre la mujer en el seno de la pareja.

6.- Este repaso a los hitos legislativos y jurisprudenciales nos muestra el paulatino reconocimiento en España de medidas de acción positiva que encuentran su justificación, y con ello su adecuación a la igualdad, en la promoción de la igualdad real y efectiva de la mujer respecto al hombre. Sin embargo, ese reconocimiento procede del legislador, estatal y autonómico, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional e incluso de los Estatutos de Autonomía. Nada se dice en la Constitución, que soslaya la perspectiva de género. En este contexto, el repaso anterior al reconocimiento de la perspectiva de género en nuestro ordenamiento puede servir de excusa para concluir con la necesidad de incorporarla a la Constitución. Conocemos el recelo en España a cualquier refor-

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

ma constitucional, como si el texto constitucional fuera sagrado e intocable. La consecuencia estética es que la lectura de la Constitución deja un sabor añejo, pero la jurídico-constitucional es la separación entre el texto y la realidad constitucional, que deteriora uno de los pilares de la Constitución democrática, jurisdiccionalmente garantizada, de la segunda mitad del siglo XX: su normatividad.

El debate sobre la reforma constitucional es recurrente en España, pero también melancólico. En el discurso de investidura de 2004, el Presidente Rodríguez Zapatero planteó su voluntad de reformar la Constitución en cuatro puntos concretos: inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas, reforma del Senado, reconocimiento expreso de la Unión Europea y eliminación de la discriminación de la mujer respecto al hombre en la sucesión de la jefatura del Estado. El Consejo de Estado, a propuesta del Gobierno, emitió un voluminoso Informe en el que planteaba las distintas posibilidades de reforma. Sin embargo, como ha ocurrido otras veces, especialmente con la reforma del Senado, el debate quedó interrumpido *sine die*. A mi juicio, la razón de los continuos fracasos de los amagos de reforma constitucional es que ninguna de las reformas planteadas cuenta con un relevante impulso desde la ciudadanía que anime a la clase política a abordar una tarea que presumen compleja, siquiera por lo ignoto, al no haberse abordado nunca, más allá de la puntual modificación del art. 13.2 CE. Pese a la coincidencia general en el inadecuado funcionamiento del Senado, al carecer de una función definida, su posible reforma resulta indiferente para la ciudadanía. De la misma forma, la mención a las Comunidades Autónomas constituidas o a la Unión Europea tiene un carácter más bien estético pero ninguna consecuencia práctica. Y, sin embargo, para maduración de nuestro ordenamiento constitucional resulta conveniente iniciar algún procedimiento de reforma constitucional de forma que esta se advierta en España como un proceso normal, de la misma manera que ocurre en Alemania o Italia. Se trata, por tanto, de aunar la necesidad jurídico-constitucional con un objeto que concite un cierto apoyo ciudadano. Ello podría ocurrir con la única reforma de las planteadas sobre la que existe una conciencia generalizada de que la situación es insostenible: eliminar la discriminación de la mujer respecto al hombre en la sucesión a la jefatura del Estado. Y ello, especialmente si no se presenta de modo aislado, sino articulada en una propuesta más ambiciosa para incorporar la perspectiva de género a la Constitución, esto es, no sólo para eliminar cualquier atisbo de discriminación de la mujer sino para incorporar la concepción actual de la igualdad. Una reforma de estas características acaso podría contar con el impulso de la parte de la ciudadanía implicada en la lucha por garantizar la real y efectiva igualdad de mujeres y hombres en España.

En este sentido, una hipotética reforma para incluir la perspectiva de género en la Constitución debería revisar su letra para adaptarla a un lenguaje no sexista, desatendido en 1978, y podía incluir, de forma tentativa, al menos tres modificaciones constitucionales. En el art. 14 debería incluirse una referencia expresa a la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, de la misma forma que se hace en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. En segundo lugar, obviamente debería eliminarse la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión en la jefatura del Estado, una discriminación por razón de sexo que, como todo el mundo comparte, chirría en un ordenamiento que nos presenta a la igualdad como uno de sus valores superiores. En tercer lugar, se podría atender desde la propia Constitución a la situación de las diputadas y senadoras que por razón de maternidad no pueden asistir a las sesiones, siquiera como expresión de la preocupación constitucional por las cuestiones de género. Las opciones que se debaten a nivel legislativo, y podrían tener su reflejo constitucional, son la sustitución temporal, modelo extendido en el derecho comparado y recogido en algunas Constituciones, la delegación del voto, que requeriría, a su vez, eliminar la referencia a la indelegabilidad del art. 79.3 CE o el uso de medios telemáticos. Son supuestos extensibles a la paternidad e incluso a enfermedades prolongadas, pero cuya razón de ser se vincula al acceso y permanencia de mujer en el proceso político y a la adaptación de las reglas que lo rigen a las condiciones naturales del sexo femenino.

Hasta aquí quería llegar. Es un planteamiento puramente tentativo, como podrá imaginarse, pero acaso apropiado para celebrar el décimo aniversario de este Boletín del Instituto Andaluz de la Mujer cuyos contenidos son rigurosamente trabajados por las compañeras y compañeros del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga, bajo la dirección de María Luisa Balaguer. Les felicito por el arduo trabajo realizado en estos años y les animo a seguir con la tarea muchos años más.

## LEGISLACIÓN

## REAL DECRETO 1083/2009, DE 3 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA LA MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO<sup>57</sup>

### Exposición de Motivos<sup>58</sup>

#### Artículo 2. Estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo.

1. La memoria del análisis de impacto normativo deberá contener los siguientes apartados:

e) Impacto por razón de género: se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera.

#### Artículo 3. Memoria abreviada.

1. Cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa se realizará una memoria abreviada que deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma; listado de las normas que quedan derogadas; impacto presupuestario e impacto por razón de género. A este respecto la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera incluirá indicaciones del contenido preciso de la memoria abreviada.

2. El órgano u órganos proponentes deberán justificar oportunamente en la propia memoria los motivos de su elaboración abreviada.

#### Disposición adicional primera. Elaboración de una Guía Metodológica.

A propuesta de los titulares de los Ministerios de la

Presidencia, Economía y Hacienda, Política Territorial e Igualdad, se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 31 de diciembre de 2009, una Guía Metodológica que deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo.

#### Disposición adicional segunda. Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La documentación que deberá acompañar al anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, será la establecida en el artículo 37.2 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria. Anualmente, en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se dictan normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, se incluirán las oportunas instrucciones para la evaluación del impacto de género.

#### Disposición adicional tercera. Informe sobre el impacto por razón de género en los proyectos de Planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y en las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público.

Las previsiones de este real decreto relativas al informe sobre el impacto por razón de género serán también aplicables a los proyectos de planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público, en los términos establecidos en los artículos 19 y 55 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>57</sup> BOE núm. 173, de 18 de julio de 2009.

<sup>58</sup> Se transcriben párrafos 4º (“En línea con lo anterior, el presente real decreto tiene por objeto precisar el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género, que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, a los que hacen referencia los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que fueron modificados por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, valoración que reiteró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”), 5º (“La finalidad última de la Memoria del análisis de impacto normativo será garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias”) y 9º (“Por lo que respecta a los informes de impacto por razón de género, son una herramienta eficaz para introducir el principio de igualdad en las políticas públicas a través de los planes y las normas legales, facilitando una toma de decisiones basada en una mejor información: los posibles efectos que va a producir la medida sobre hombres y mujeres, advirtiéndolo a quienes la proponen sobre las consecuencias deseadas y las no deseadas y proponiendo, en su caso, su modificación. Se trata, por tanto, de un análisis previo a la aprobación de la norma, al objeto de garantizar que todas las políticas públicas contribuyan al objetivo de la igualdad y a una mayor cohesión social desde la perspectiva de género. A este respecto, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ordena al Gobierno que desarrolle reglamentariamente la ya mencionada Ley 30/2003, de 13 de octubre, con la precisión de los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración del informe de impacto por razón de género”).

## LEGISLACIÓN

## CARTA DE SERVICIOS DEL INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER<sup>59</sup>

FERMÍN JAVIER VILLARRUBIA MARTOS

Secretario Judicial de la Administración de Justicia en Málaga,  
Experto en Gestión de Calidad, Profesor Asociado de Derecho Constitucional

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. II. La gestión de calidad. III. Herramientas de la gestión de calidad. IV. Las cartas de servicios. V. Naturaleza jurídica. VI. Publicación de la Carta de Servicios del Instituto Andaluz de la Mujer.

### CONSIDERACIONES PREVIAS

El Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 24 de julio de 2009 publicó la Resolución de 9 de junio de 2009 por la que se aprueba la Carta de Servicios del Instituto Andaluz de la Mujer, elaborada por su Secretaría General, previo informe de la Dirección General de Modernización e Innovación de los Servicios Públicos de la Junta de Andalucía.

La trascendencia de esta publicación, que no tiene la naturaleza jurídica de una norma o disposición legal ni reglamentaria, sino la de un mero acto administrativo, aunque merecerá una referencia somera desde una perspectiva cuasi jurídica, merece no obstante una reflexión, que -en el marco de esta publicación- ha de relacionarse necesariamente con la llegada de nuevas disciplinas como es, en el presente caso -la ya muy extendida- de la gestión de calidad.

En efecto, los distintos ejercicios profesionales, generalmente primero en el ámbito de la empresa privada y después en el sector público, incorporan de modo constante durante su desarrollo nuevos conocimientos y utilidades, con el objetivo siempre de mejorar su eficiencia. Estos conocimientos que, en la mayoría de los casos, dan lugar a nuevas disciplinas científicas -que muchas veces llegan a adquirir la categoría de ciencias autónomas- acaban llegando también, aunque sea en los últimos lugares, al análisis por parte del mundo del Derecho en cuanto ciencia reguladora de los comportamientos sociales. Esto se debe a que el Derecho, pese a su ortodoxia científica, no puede permitirse por mucho tiempo permanecer alejado de los nuevos estudios que no vienen a ser, en definitiva,

más que nuevas manifestaciones del funcionamiento de la propia sociedad y sus ciudadanos.

Es por ello que, aunque cuando en este caso el debate no esté aún planteado, valdrá la pena, en un futuro no muy lejano, plantearse cuáles sean las relaciones que pueden encontrarse entre el mundo del Derecho y el mundo de la Gestión de Calidad y, en sentido, una de esas interacciones puede manifestarse en la aprobación -generalizada ya en el campo de la Administración Pública- de las Cartas de Servicios, documentos que constituyen una de las principales y más recurrentes herramientas de los sistemas de gestión de la calidad.

Pero para una mejor comprensión de lo indicado, es preciso explicar algunas nociones y antecedentes históricos de esta nueva disciplina.

### LA GESTIÓN DE CALIDAD

Aunque la calidad como factor inherente a toda actividad humana haya existido siempre, la Gestión de Calidad, tal y como hoy se entiende, se ha desarrollado durante el siglo XX, de modo determinante por el paso de la producción artesanal a la producción en serie o en cadena y, principalmente, en Estados Unidos<sup>60</sup>. Si hasta los años sesenta la calidad permanece en el ámbito de la ingeniería, a raíz de los impulsos venidos especialmente de las empresas de Japón, el factor humano se incorpora al mundo de la calidad, pasando a entenderse como toda una filosofía de la empresa y, así, ya en los años setenta, W. Edwards DEMING -uno de los principales expertos de la calidad- concibe ésta, no como un fin en sí mismo, sino como un método de gestión con el objetivo de optimizar la empresa, sus productos y la satisfacción del cliente, con la consiguiente ventaja competitiva en el mercado, considerando que todos los errores y no sólo los de producción o diseño dañan la imagen de empresa.

<sup>59</sup> Publicada como Anexo a la Resolución de 9 de junio de 2009, del Instituto Andaluz de la Mujer (BOJA núm.121, 24 de junio de 2009, pp. 42-9). Se puede consultar también en <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/-CARTA-DE-SERVICIOS-I-A-M-.html>. De acuerdo con el punto 3 de la parte dispositiva de la Resolución la "Carta de Servicios tendrá efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía".

<sup>60</sup> Como dice José Prieto Diego, en su Programa Modular de Gestión de Calidad, organizado por el Departamento de Economía Aplicada y Estadística de la Universidad Nacional de Educación a Distancia: "... En Estados Unidos la compañía Ford en la fabricación de automóviles, y en 1920 la compañía Western Electric, segregaron las funciones de calidad y de fabricación, haciendo de la calidad uno de los puntos fundamentales de la organización del trabajo y haciéndola depender de la dirección".

## LEGISLACIÓN

Así, la Gestión de la Calidad se ha definido como *“el proceso de identificar, aceptar, satisfacer y superar constantemente las necesidades y expectativas de todas las partes interesadas relacionadas con la organización con respecto a los productos y servicios que dicha organización proporciona”*. Por lo dicho, un sistema de calidad es un instrumento de gestión de una organización que, definiendo objetivos, procesos y responsabilidades, tienen por objeto conseguir la satisfacción de los clientes de forma más eficaz.

En definitiva, y como dijo H. J. Van Ham, *“las organizaciones con éxito han entendido la gestión de calidad como un proceso de cambio de cultura a largo plazo y para toda la organización y han aceptado la satisfacción total del cliente como el principio fundamental que debe guiar todos sus valores y acciones”*.

Siendo, pues, la búsqueda de la satisfacción del cliente -el usuario del servicio en el campo de la Administración Pública- la idea rectora de la Gestión de Calidad, la filosofía de esta ciencia se ha sintetizado en una serie de principios fundamentales, que aún pudiendo variar ligeramente en función de los varios modelos existentes, vienen a reducirse, en definitiva, a los siete siguientes:

- 1.) La organización enfocada al cliente, tanto las necesidades actuales como las expectativas futuras de los usuarios.
- 2.) El liderazgo: la base de la calidad es el compromiso y el liderazgo de la dirección.
- 3.) La participación del personal, que es la esencia de toda organización.
- 4.) La gestión por procesos, es decir, los resultados se alcanzan más eficazmente cuando las actividades de la organización se gestionan como un proceso.
- 5.) El enfoque hacia la toma de decisiones basada en hechos.
- 6.) La mejora continua.
- 7.) Las relaciones mutuamente beneficiosas con los proveedores y restantes partes interesadas.

Sobre los principios fundamentales de la Gestión de Calidad entra en juego la actividad de normalización –por supuesto, no entendida en un sentido jurídico-, la cual, teniendo por objeto la elaboración, difusión y aplicación de normas encaminadas a unificar criterios con respecto a determinadas materias, así como la utilización de un lenguaje común en un campo de

actividad concreto, da lugar a las conocidas normas de calidad<sup>61</sup>. Estas normas son documentos aprobados por organismos de normalización reconocidos, que contienen especificaciones técnicas, basadas en los resultados de la experiencia, elaborados por consenso, de aplicación voluntaria y que están disponibles al público.

Finalmente, la certificación es la declaración, hecha por un organismo de certificación acreditado, de la conformidad de un sistema de calidad con alguna norma o modelo certificable, y que evidencia ante terceras partes la capacidad de una organización para producir sus productos o prestar sus servicios. La certificación de un sistema de calidad se plasma en un certificado de registro o marca, camino que nos lleva a las ya conocidas certificaciones ISO<sup>62</sup> de calidad –las que en España suele otorgar la entidad AENOR<sup>63</sup>-, o quizás algo menos conocido, al más extendido dentro la Administración Pública, modelo EFQM<sup>64</sup>.

### HERRAMIENTAS DE LA GESTIÓN DE CALIDAD

Partiendo de que, como ya hemos dicho, la gestión de calidad propugna que el fin fundamental de toda organización debe ser conocer y satisfacer las necesidades y expectativas de sus clientes o usuarios, especialmente a través de la mejora continua de sus procesos, esta ciencia -como todas las ciencias- se ha ido sistematizando y disciplinando, no sólo en sus principios y conceptos, sino también en su aplicación y desarrollos prácticos, lo que ha dado lugar inevitablemente a la consagración de una serie de técnicas y herramientas –muchas veces matemáticas o estadísticas- que se vienen a utilizar habitualmente con el fin de establecer sus métodos y cumplir sus objetivos. En definitiva, los expertos en cualquier materia acaban utilizando de manera repetida una serie de técnicas, que finalmente son aceptadas en mayor o menor grado por todos cuantos desarrollan dicha ciencia. En el mundo de la Gestión de Calidad, consecuencia de esa tecnificación, las herramientas de calidad constituyen esas técnicas que facilitan la construcción, implantación, evaluación, seguimiento y mejora de los sistemas de gestión de calidad.

Así, aún cuando pueda no haber unanimidad en la determinación de un catálogo cerrado de tales herramientas de calidad, suelen aceptarse como tales por

<sup>61</sup> Las primeras normas surgieron en el campo militar, después en los sectores aeronáutico y aeroespacial, desarrollándose después más significativamente en el sector de la automoción.

<sup>62</sup> La Organización Internacional de Normalización (ISO) nació en 1947 para promocionar el desarrollo de las actividades de normalización a nivel mundial, publicando las normas internacionales ISO, guías y manuales. Las normas pueden ser de varias clases, nacionales, regionales –europeas- o internacionales. Las primeras normas ISO se aprobaron en 1987, luego se revisaron en 1994, y la penúltima versión es de 2000.

<sup>63</sup> Existen muchas empresas autorizadas oficialmente para certificar sistemas de aseguramiento de la calidad, en España, están TUV, BUREAU VERITAS, y especialmente, AENOR –Asociación Española para la Normalización-, que es la más conocida a nivel nacional.

<sup>64</sup> Las siglas EFQM significan Fundación Europea para la Gestión de Calidad (*European Foundation for Quality Management*) y, a través de ellas, el MODELO EFQM de EXCELENCIA EMPRESARIAL reconoce la excelencia de una organización a través de la aplicación de ocho conceptos fundamentales parecidos a los de las conocidas certificaciones ISO. Al final, los modelos ISO y EFQM presentan más analogías que diferencias, de modo que mientras que el modelo ISO ha tenido mayor índice de aplicación entre las empresas privadas, en cambio, el modelo EFQM, ha sido más elegido por las Administraciones Públicas.

## LEGISLACIÓN

la mayoría de los autores, principalmente, el diagrama de flechas o flujograma, el histograma, las hojas de recogida de datos o de verificación, el diagrama causa-efecto, la tormenta de ideas, el diagrama de Pareto<sup>65</sup>, el diagrama de dispersión, el benchmarking –o técnica de emulación- o el círculo de calidad<sup>66</sup>.

Pues bien, dentro de estas herramientas de la gestión de calidad, y especialmente dentro del campo de la Administración Pública, destaca en los últimos tiempos la aprobación de las llamadas Cartas de Servicios, las cuales, como a continuación explicaremos, no constituyen -en contra de lo que pudiera pensarse en un principio- documentos libremente elaborados y emitidos sin sujeción a parámetro alguno, sino, más bien al contrario, documentos elaborados con un fin determinado y siguiendo una serie de normas y criterios tasados y aceptados por la ciencia de la gestión de calidad. A las Cartas de Servicios nos referiremos algo más detalladamente a continuación.

### LAS CARTAS DE SERVICIOS

Según los conceptos definidos por la gestión de la calidad, la Carta de Servicios es un documento que tiene por objeto informar al ciudadano sobre los servicios públicos que gestiona una Administración, las condiciones en que se prestan dichos servicios, los derechos de los ciudadanos en relación con los mismos y los compromisos de calidad que se ofrecen en relación con su prestación<sup>67</sup>.

Como ya se ha anticipado, la elaboración de estas Cartas de Servicios no es caprichosa ni aleatoria, sino que los manuales y las normas de la gestión de calidad imponen una serie de características que deben reunir dichos documentos.

En efecto, como principales requisitos que deben reunir las Cartas de Servicios suelen mencionarse<sup>68</sup>:

1.) La redacción de la Carta debe estar hecha en lenguaje claro y sencillo fácilmente comprensible para el ciudadano.

2.) Dentro del contenido de la Carta de Servicios necesariamente deben incluirse los siguientes apartados:

2.1. Información de carácter general:

- Identificación.
- Servicios que se prestan.
- Forma de participación de los ciudadanos en la mejora de los servicios.

- Normativa legal aplicable.
- Derechos concretos de los ciudadanos.
- Disponibilidad y acceso al Libro de Sugerencias y Reclamaciones.

- Direcciones postales y Teléfonos.

2.2. Información derivada de compromisos de calidad y de la normativa aplicable:

- Indicadores de referencia.
- Niveles o estándares de la calidad ofrecida.
- Sistemas de gestión de la calidad.

2.3. Información de carácter complementario:

- Otros datos de interés.

3.) En la elaboración de la Carta de Servicios deben seguirse una serie de pasos tasados que, básicamente, pueden sintetizarse en los siguientes:

3.1. Constitución de equipos de trabajo formados por directivos y empleados que estén en contacto directo con el usuario, y que sean conocedores de la cartera de servicios ofrecidos y de los procedimientos de trabajo.

3.2. Identificación de datos generales y legales, unidad administrativa, carta a desarrollar, identificación de los principales servicios prestados y normativa legal vigente.

3.3. Establecimiento de los compromisos de calidad, detección de las expectativas de los usuarios, fijación o definición de los estándares, realización del diagnóstico de los niveles actuales y establecimiento de los compromisos y los indicadores de calidad

3.4. Identificación de la información complementaria a incluir en la Carta.

3.5. Redacción de la Carta, de modo sencillo y comprensible para los destinatarios, sin declaraciones genéricas o ambiguas e incorporando indicadores y compromisos.

3.6. Publicación de la Carta, normalmente en trípticos que recogen la información relevante del documento-matriz, y establecimiento de un plan de comunicación de la Carta, tanto interno, dirigida al personal empleado, como externo, dirigido a las personas usuarias del servicio.

3.7. Seguimiento periódico de la Carta y de los indicadores fijados para comprobar el cumplimiento de los objetivos y compromisos de calidad fijados.

3.8. Actualización del contenido de la Carta, planteando nuevos compromisos y tendiendo siempre hacia la mejora continua en la prestación de los servicios.

<sup>65</sup> Según el conocido principio de Pareto, "el 80% de los problemas o incidentes que ocurren son ocasionados normalmente por el 20% de los elementos que intervienen en producirlos".

<sup>66</sup> La base y el éxito de la mayoría de estas herramientas está en que sean utilizadas por grupos de trabajo multidisciplinares.

<sup>67</sup> La principal referencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía es el Decreto 317/2003, de 18 de noviembre, por el que se regulan las Cartas de Servicios, el sistema de evaluación de la calidad de los servicios y se establecen los premios de calidad de los servicios públicos.

<sup>68</sup> La descripción del contenido, requisitos y características de las Cartas de Servicios, muy parecida en todo caso a las que suelen contenerse en los demás manuales, es la que la propia Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía incluyó en su publicación "Herramientas para la Gestión de la Calidad", Fuente: Internet: [www.cjap.junta-andalucia.es/calidad\\_servicios/calidad.php](http://www.cjap.junta-andalucia.es/calidad_servicios/calidad.php).

## LEGISLACIÓN

**NATURALEZA JURÍDICA**

Como ya se apuntó, las Cartas de Servicios -aun cuando como la del presente caso sea publicada en un boletín oficial-, en ningún caso, pueden ser calificadas de normas o disposiciones legales o reglamentarias y ello, no sólo porque no emanan de ningún poder u órgano que tenga facultad legislativa o reglamentaria, sino porque, por definición, la Gestión de Calidad y sus herramientas no se fundamentan en el establecimiento de normas de obligado cumplimiento, sino en el establecimiento de criterios unificados de aplicación voluntaria que, basadas en los resultados de la experiencia, pretenden ofrecer un lenguaje común de comunicación a las empresas, Administración y consumidores y usuarios, con el objetivo último de ofrecer ventajas y beneficios a todas las partes intervinientes. Por ello, desde la perspectiva del mundo del Derecho es necesario advertir que a estas Cartas de Servicios, así como a cualesquiera otro de los documentos o procedimientos que se elaboran dentro de los sistemas de gestión de calidad, no les es posible atribuir ningún valor de fuerza de ley o disposición reglamentaria y que, por tanto, debe descartarse de plano que puedan tener cualquier fuerza de obligar desde un punto de vista normativo. En efecto, en el campo en el que nos movemos no es posible hablar de las Cartas de Servicios como normas vinculantes ni con fuerza de ley en ningún caso, no pudiendo encuadrarse dentro de ninguna de las fuentes de producción del Derecho que consagra nuestro art. 1 del Código Civil -entendidas estas como las distintas formas en que se expresa o manifiesta la voluntad o la

espontaneidad social apta para producir las normas jurídicas que constituyen el Derecho-, ni siquiera aún cuando pudiera hablarse de costumbre o uso jurídico. Esto se refuerza si no olvidamos que las Cartas de Servicios nacen dentro de una disciplina como la de la Gestión de Calidad, que lo último que busca es el establecimiento de normas que puedan ser de obligado cumplimiento: más bien sus objetivos distintos no son otros que, bajo el principio supremo de la búsqueda permanente de la satisfacción de las necesidades y expectativas de sus usuarios, lograr la mejora voluntaria y sistémica en la eficiencia de la gestión y prestación de los productos y servicios de una organización. Por ello, en mi opinión, el debate de la naturaleza jurídica de estos documentos, que ni siquiera está planteado aún dentro del mundo del Derecho, no ya a nivel jurisprudencial sino ni siquiera a nivel doctrinal, debe cerrarse con el reconocimiento de estas Cartas de Servicios con el valor de actos administrativos y, por tanto, con la única posibilidad -en su caso- de canalizar su tratamiento legal a través de lo prevenido para el procedimiento y los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**PUBLICACIÓN DE LA CARTA DE SERVICIOS DEL INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER<sup>69</sup>**

Planteada así la cuestión, la Carta de Servicios del Instituto Andaluz de la Mujer, publicada como Anexo de la Resolución de 9 de junio de 2009, de la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, y publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía Número

<sup>69</sup> Se reproduce parcialmente. La Carta de Servicios del Instituto Andaluz de la Mujer tiene como finalidad facilitar a las personas usuarias la obtención de información, los mecanismos y la posibilidad de colaborar activamente en la mejora de los servicios prestados por este Organismo. Su objetivo es conseguir una mejora de los servicios prestados a las personas usuarias y para ello el Organismo adoptará las medidas necesarias para garantizar que el contenido de la presente Carta se aplique por todas las personas a su servicio.

**A) DATOS DE CARÁCTER GENERAL****I. DATOS IDENTIFICATIVOS****I.I. Datos identificativos del Instituto Andaluz de la Mujer.**

El Instituto Andaluz de la Mujer es un Organismo Autónomo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Se prestan los Servicios en los siguientes ámbitos:

1. Integración de la perspectiva de género en las actuaciones y políticas públicas.
2. Igualdad en la educación.
3. Igualdad en el empleo y conciliación de la vida personal y laboral.
4. Salud y bienestar social.
5. Participación social, política y cultural.
6. Atención a la mujer y contra la violencia.
7. Atención general a la mujer, información y sensibilización.

Igualmente, forman parte del mismo otros servicios que, por su carácter de instrumentales, no van a ser objeto de inclusión en esta Carta de Servicios.

**I.II. Misión del Instituto Andaluz de la Mujer.**

El Instituto Andaluz de la Mujer (IAM) tiene como misión promover las condiciones para que la igualdad entre mujeres y hombres de Andalucía, sea real y efectiva, haciendo posible la participación y presencia de las mujeres en la vida política, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política.

**I.III. Identificación de la Unidad responsable de la elaboración, gestión y seguimiento de la Carta de Servicios.**

Hasta tanto se constituyan las distintas Unidades de Calidad en la estructura orgánica de la Junta de Andalucía será la Secretaría General del Instituto Andaluz de la Mujer la responsable de la coordinación operativa en los trabajos de elaboración gestión y seguimiento de la presente Carta de Servicios.

**I.IV. Formas de colaboración y participación con el Instituto Andaluz de la Mujer.**

Las personas usuarias de los servicios que presta el Instituto Andaluz de la Mujer, ya sean de carácter interno -personal que presta los servicios, unidades u órganos administrativos- o externos -ciudadanía- podrán colaborar en la mejora de la prestación de los servicios a través de los siguientes medios:

1. Mediante la expresión de sus opiniones en las encuestas que periódicamente se realizan sobre la prestación de los servicios de «Gestión de Subvenciones».
2. A través del Libro de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía.
3. Mediante su participación en encuentros, reuniones, jornadas y foros que a tal efecto se organicen por el Instituto Andaluz de la Mujer.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

121, de 24 de junio de 2009, ofrece, como una herramienta eficiente de la gestión de calidad, un documento que, de manera sencilla y comprensible, permite dar a conocer a los usuarios, tanto internos como

externos, del Instituto Andaluz de la Mujer, la información básica de los servicios que presta este organismo. Con ello se facilita en última instancia la mejora de los servicios que el Instituto presta, canalizando

## II. SERVICIOS

## II.I. Relación de Servicios que presta.

El Instituto Andaluz de la Mujer presta sus Servicios en los siguientes ámbitos, desarrollados por los Servicios Centrales del mismo, los Centros Provinciales de la Mujer y los Centros Municipales de Información a la Mujer:

## 1. Integración de la perspectiva de género en las actuaciones y políticas públicas.

1.1. Impulsar el enfoque integrado de género en colaboración con otros Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas.

1.2. Dotar a las unidades administrativas de la Junta de Andalucía de conocimientos y herramientas para integrar la dimensión de género en sus decisiones y actividades a través de la Unidad de Igualdad y Género.

1.3. Investigar y fomentar el conocimiento de la situación de las mujeres andaluzas en distintos ámbitos.

1.4. Proporcionar formación y crear foros de reflexión y debate en materia de igualdad de oportunidades.

## 2. Igualdad en la educación.

2.1. Sensibilizar en materia de coeducación al colectivo educativo y elaborar materiales y recursos didácticos para fomentar la igualdad entre niños y niñas.

2.2. Ofrecer apoyo a las Universidades públicas andaluzas para la realización de cursos universitarios especializados en materia de género.

3. Igualdad en el empleo y conciliación de la vida personal y laboral.

3.1. Ofrecer preformación, formación, y orientación para el empleo a las mujeres andaluzas a través de los servicios «UNEM».

3.2. Proporcionar itinerarios de inserción (Orientación, Formación y Prácticas en empresas) a mujeres universitarias a través de los servicios «UNIVERSEM».

3.3. Promocionar el espíritu empresarial de las mujeres y la adaptabilidad de las empresas mediante cursos de apoyo a las mujeres emprendedoras y empresarias. Programa «SERVAEM».

3.4. Apoyar la creación y mantenimiento de empresas constituidas mayoritariamente por mujeres.

3.5. Prestar asesoramiento, apoyo y seguimiento a las empresas andaluzas, públicas o privadas, para la elaboración e implantación de planes de igualdad como medio para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas. Programa «IGUALEM».

3.6. Proporcionar asistencia letrada gratuita a aquellas mujeres que sufran discriminación laboral. Servicio defensa Legal.

3.7. Proporcionar asesoramiento y orientación en Ayuntamientos andaluces en materia de conciliación entre la vida laboral, personal y familiar «CONCILIA».

## 4. Salud y bienestar social.

4.1. Promocionar la salud celebrando jornadas que aborden materias del ámbito de la salud que influyan en el bienestar de la mujer.

4.2. Ofertar ayudas a entidades sin ánimo de lucro para la realización de programas dirigidos a la atención a mujeres en situación de riesgo de exclusión social.

4.3. Desarrollar foros provinciales de género para la integración social de mujeres inmigrantes.

## 5. Participación social, política y cultural.

5.1. Sensibilizar a la población andaluza en materia de igualdad, mediante el reconocimiento público de personas, colectivos e instituciones que hayan destacado en su defensa.

5.2. Conceder subvenciones a las asociaciones de mujeres y a las federaciones de las mismas para dinamizar el movimiento asociativo.

## 6. Atención a la mujer y contra la violencia.

6.1. Proporcionar información y asesoramiento jurídico telefónico a través del 900 200 999.

6.2. Proporcionar información y asesoramiento jurídico «On line» a través de la página Web del Instituto Andaluz de la Mujer [www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer).

6.3. Facilitar el acceso al Servicio de Atención Integral y Acogida a mujeres y a sus hijos e hijas víctimas de violencia de género, proporcionando acogida de emergencia, durante las 24 horas del día todos los días del año.

6.4. Facilitar ayudas económicas a las mujeres que han pasado por los programas de atención integral y acogida a víctimas de violencia de género.

6.5. Proporcionar itinerarios personalizados de inserción laboral a mujeres víctimas de violencia de género a través del Programa «Cualifica» facilitando becas-salario.

6.6. Ofrecer asistencia legal y psicológica a mujeres víctimas de agresiones y abusos sexuales.

6.7. Proporcionar asistencia legal a las mujeres víctimas de violencia de género, en caso de impago de pensiones de alimentos y/o compensatorias.

6.8. Ofrecer información y actividades de promoción a las mujeres pertenecientes a colectivos de especial vulnerabilidad.

## 7. Atención general a la mujer, información y sensibilización.

7.1. Informar y asesorar a las mujeres sobre sus derechos y recursos existentes, a través del teléfono 900 200 999, servicio totalmente gratuito y disponible las 24 horas del día, todos los días del año.

7.2. Ofrecer información y atención personalizada a las mujeres a través de los distintos Centros Provinciales y Municipales de la Mujer.

7.3. Ofrecer información a través de la «Guía de los Derechos de las Mujeres» en la página Web del Instituto Andaluz de la Mujer.

7.4. Recopilar, tratar, organizar y difundir la información y documentación relacionada con mujeres y género a través del Centro de Documentación «María Zambrano» ([documentacion.iam@juntadeandalucia.es](mailto:documentacion.iam@juntadeandalucia.es), [biblioteca.iam@juntadeandalucia.es](http://biblioteca.iam@juntadeandalucia.es)). Para ello el Centro dispone de gran variedad de servicios, que se facilitan por diversos medios: en sala con documentación, en general, de libre acceso, por teléfono, fax, correo postal, correo electrónico y a través de la página Web del Instituto Andaluz de la Mujer.

7.5. Impartir formación al personal de los Centros y Servicios de Atención a las Mujeres

II.II Normativa reguladora de los servicios prestados por el Instituto Andaluz de la Mujer ( La enumeración de esta normativa puede verse en BOJA cit, pp. 43-4).

## III. DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS

## III.I. Derechos de las personas usuarias.

- De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las personas usuarias de los servicios tienen derecho a:

1. Ser tratadas con el debido respeto y consideración.

2. Recibir información de interés general y específica en los procedimientos en los que sean interesadas, que se tramiten en este Organismo de manera presencial, telefónica, informática y telemática.

3. Ser atendidas de forma directa y personalizada.

4. Obtener la información administrativa de manera eficaz y rápida.

5. Recibir una información administrativa real, veraz y accesible, dentro de la más estricta confidencialidad.

6. Obtener una orientación positiva.

7. Conocer la identidad de las autoridades y personal que les atiende o tramita los procedimientos en que sean parte.

## IV. SUGERENCIAS Y RECLAMACIONES

## IV.I. Libro de Sugerencias y Reclamaciones.

1. Las personas usuarias tienen reconocido su derecho a formular sugerencias y reclamaciones sobre el funcionamiento de los servicios prestados por la Administración de la Junta de Andalucía.

2. El Libro de Sugerencias y Reclamaciones es también un instrumento que facilita la participación de la ciudadanía en sus relaciones con el Instituto Andaluz

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

el conocimiento y colaboración de dichos usuarios. Con tal objetivo que, técnicamente pudiera parecer simple, se contribuye -en definitiva- a lo que según propugna la gestión de calidad debe ser el objetivo

primordial de toda organización, más aún en el campo de la Administración Pública: la búsqueda de la satisfacción de las necesidades y expectativas de las personas usuarias, en este caso, a través del conoci-

de la Mujer, ya que ésta puede presentar las reclamaciones oportunas cuando considere haber sido objeto de desatención, tardanza o cualquier otra anomalía, así como formular cuantas sugerencias estime conveniente en orden a mejorar la eficacia de los servicios.

3. El Libro de Sugerencias y Reclamaciones se encuentra ubicado en formato papel en todos los Registros de documentos de la Junta de Andalucía. También está disponible en Internet en formato electrónico: ([lsr.cjap.junta-andalucia.es/lstri/inicio.jsp](http://lsr.cjap.junta-andalucia.es/lstri/inicio.jsp)).

## IV.II. Formas de presentación de las sugerencias y reclamaciones.

1. Las personas usuarias que pretendan formalizar una sugerencia o reclamación podrán hacerlo, rellenando las hojas autocopiativas del Libro en los Registros de documentos de la Administración de la Junta de Andalucía, en las demás formas previstas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, o por Internet, rellenando el formulario electrónico en la página web: [lsr.cjap.junta-andalucia.es/lstri/inicio.jsp](http://lsr.cjap.junta-andalucia.es/lstri/inicio.jsp).

2. Si la sugerencia o reclamación se realiza por Internet y se dispone de un certificado digital, el formulario se firmará digitalmente y se presentará electrónicamente y de forma automática en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía desde la mencionada página web. Si se realiza por Internet pero no se dispone de un certificado digital, la misma deberá ser impresa en papel, firmada y presentada en cualquier Registro de documentos de la Administración de la Junta de Andalucía y en los Ayuntamientos andaluces, o en las demás formas previstas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, donde se devolverá copia sellada.

## IV.III. Tramitación.

Las sugerencias y reclamaciones se tramitarán según el procedimiento establecido en el Decreto 262/1998, de 2 de agosto (BOJA núm. 73, de 17 de septiembre de 1998) y, si se presentaran en los Registros de los Centros de la Mujer, deberá remitirse a los Servicios Centrales copia de la sugerencia o reclamación así como propuesta de informe antes de ser tramitada la misma a la Inspección General de Servicios.

Si la sugerencia o reclamación se presentara mediante un escrito sin utilizar el modelo establecido en el Libro de Sugerencias y Reclamaciones deberá, igualmente remitirse a los Servicios Centrales copia de la sugerencia o reclamación y propuesta de respuesta antes de dar cumplimiento trámite de la misma a la persona interesada.

## V. DIRECCIONES Y FORMAS DE ACCESO (El contenido de este apartado puede verse en BOJA cit., pp. 45-7)

## B) DATOS DERIVADOS DE COMPROMISOS DE CALIDAD Y DE LA NORMATIVA APLICABLE

## I. COMPROMISOS DE CALIDAD

## I.I. Niveles de compromisos de calidad ofrecidos.

La relación de servicios correspondientes al Instituto Andaluz de la Mujer se prestarán y reconocerán conforme a los siguientes compromisos de calidad:

1. En relación con los servicios prestados a través del ámbito integración de la perspectiva de género en las actuaciones y políticas públicas.

1.1. Evaluar el Impacto de Género en toda la normativa que apruebe el Consejo de Gobierno.

1.2. Asesorar y formar a las distintas unidades administrativas de la Junta de Andalucía para que incluyan la perspectiva de género en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de sus actividades.

1.3. Realizar al menos dos investigaciones y estudios al año dirigidos a conocer la situación de las mujeres en Andalucía.

1.4. Organizar jornadas, cursos y otras acciones formativas dirigidas a diferentes colectivos y a la ciudadanía en general, con el objetivo de sensibilizar y proporcionar formación en materia de igualdad de oportunidades.

2. En relación con los Servicios prestados a través del ámbito igualdad en la educación.

2.1. Difundir al menos dos veces al año materiales y recursos coeducativos entre la Comunidad Educativa.

2.2. Organizar Cursos de experta y experto en género en colaboración con las universidades públicas andaluzas en las ocho provincias de la Comunidad Autónoma.

3. En relación con los Servicios prestados a través del ámbito Igualdad en el empleo y conciliación de la vida personal y laboral.

3.1. Convocar anualmente subvenciones dirigidas a la preformación, formación y orientación para el empleo a las mujeres andaluzas (UNEM).

3.2. Conceder subvenciones a las nueve Universidades públicas andaluzas (UNIVERSEM).

3.3. Formar, a través de diferentes medidas formativas de carácter individual y grupal, a mujeres emprendedoras para la creación de empresas, así como a mujeres empresarias que necesiten apoyo y asesoramiento para hacer crecer y consolidar sus empresas. SERVAEM.

3.4. Prestar servicios de apoyo a empresas de mujeres mediante itinerarios personalizados (SERVAEM).

3.5. Convocar anualmente subvenciones para la creación y mantenimiento de empresas de mujeres.

3.6. Asesorar a empresas andaluzas públicas o privadas para implantar planes de igualdad.

3.7. Prestar asistencia letrada gratuita a todas aquellas mujeres que denuncien discriminación laboral por razón de género.

3.8. Asesorar y orientar a los Ayuntamientos andaluces en materia de conciliación entre la vida laboral, personal y familiar «CONCILIA».

4. En relación con los Servicios prestados a través del ámbito salud y bienestar social.

4.1. Celebrar una jornada que aborde materias del ámbito de la salud que influyan en el bienestar de la mujer.

4.2. Convocar subvenciones dirigidas a entidades sin ánimo de lucro para la atención de mujeres en situación de riesgo de exclusión social.

4.3. Convocar anualmente foros provinciales de género para la integración social de mujeres inmigrantes.

5. En relación con los Servicios prestados a través del ámbito participación social, política y cultural.

5.1. Premiar a personas, colectivos e instituciones que hayan destacado en la defensa de la igualdad de oportunidades convocando anualmente al menos seis premios.

5.2. Convocar anualmente subvenciones dirigidas a las asociaciones de mujeres y a las federaciones de las mismas para la dinamización del movimiento asociativo.

6. En relación con los Servicios prestados a través del ámbito Atención a la mujer y contra la violencia.

6.1. Prestar a las mujeres asesoramiento jurídico gratuito todos los días del año, a través del teléfono 900 200 999.

6.2. Proporcionar asesoramiento jurídico on-line, sobre violencia de género, a través de la página web [www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer) en un plazo máximo de 48 horas tras la petición de asesoramiento.

6.3. Facilitar la acogida inmediata y la atención integral las 24 horas del día todos los días del año.

6.4. Asegurar la ayuda económica a todas las mujeres víctimas de violencia de género que la soliciten y cumplan con los requisitos exigidos.

6.5. Proporcionar orientación, formación ocupacional y prácticas en empresas de mujeres víctimas de violencia de género, proporcionando becas-salario, ayudas de asistencia.

6.6. Ofrecer asesoramiento y asistencia legal gratuita a mujeres por causa de agresiones y abusos sexuales, así como apoyo psicológico gratuito.

6.7. Facilitar asistencia letrada gratuita a mujeres víctimas de violencia de género en caso de impago de pensiones de alimentos y/o compensatorias, para ejecución civil y/o querrela criminal.

6.8. Ofrecer a las mujeres información, asesoramiento personalizado y acceso a los recursos sobre violencia de género a través de los Centros Provinciales de la Mujer.

7. En relación con los Servicios prestados a través del ámbito Atención general a la mujer, información y sensibilización.

7.1. Prestar atención y asesoramiento a las mujeres y a las demás personas y entidades que lo requieran, proporcionando una información especializada a través de los Centros Provinciales de la Mujer, del teléfono gratuito 900 200 999 (24 h) y de la Web del Instituto Andaluz de la Mujer.

7.2. Elaborar, editar y difundir las publicaciones periódicas «Meridiam» y «Artículo 14» relacionadas con la igualdad de oportunidades cuatrimestralmente.

7.3. Facilitar el acceso al Servicio de información y documentación a través de la atención directa, y difusión en sala, por teléfono, fax, correo postal, correo electrónico y de la Web [documentacion.iam@juntadeandalucia.es](http://documentacion.iam@juntadeandalucia.es).

7.4. Buscar, recopilar, tratar, organizar y difundir la información y documentación relacionada con mujer y género.

7.5. Organizar acciones formativas dirigidas al personal de los Centros y Servicios de Atención a las mujeres.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

miento sencillo y accesible de la información sobre los servicios que se prestan.

Con una extensión, que podría considerarse algo

mayor de la deseable<sup>70</sup>, la Carta de Servicios analizada muestra cada uno de los apartados que se consideran necesarios en este tipo de documentos, fijando

## II. INDICADORES

## II.I. Indicadores de calidad.

Con el fin de verificar el nivel obtenido en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esta Carta por el Instituto Andaluz de la Mujer, se establecen los siguientes indicadores del nivel de calidad y eficacia de los servicios prestados por este Organismo.

1. Respecto a los servicios prestados a través del ámbito integración de la perspectiva de género en las actuaciones y políticas públicas.
  - 1.1. Número de informes de evaluación del impacto de género realizados respecto del total de normativas aprobadas por el Consejo de Gobierno.
  - 1.2. Número de actuaciones realizadas para implicar a las unidades administrativas de la Junta de Andalucía en procesos de transversalidad de género respecto a las planificadas.
  - 1.3. Número de investigaciones o estudios realizados con el objeto de conocer la situación de las mujeres respecto al valor planificado
  - 1.4. Número de participantes en las jornadas, encuentros y actividades de formación por provincias, respecto al año anterior.
2. Respecto a los Servicios prestados a través del ámbito igualdad en el empleo y conciliación de la vida personal y laboral.
  - 2.1. Número de actuaciones realizadas en el ámbito educativo respecto del total planificado.
  - 2.2. Número y porcentaje de cursos realizados en materia de género en colaboración con las Universidades respecto del total planificado
  - 2.3. Respecto a los Servicios prestados a través del ámbito Igualdad en el empleo y conciliación de la vida personal y laboral.
    - 3.1. Número de subvenciones concedidas respecto a las presentadas en tiempo y forma (UNEM).
    - 3.2. Número de subvenciones concedidas respecto a las presentadas en tiempo y forma (UNIVERSEM).
    - 3.3. Número de acciones formativas y de sensibilización dirigidas a mujeres emprendedoras y empresarias puestas en marcha respecto al año anterior (porcentaje).
    - 3.4. Porcentaje de empresas de mujeres que han recibido asesoramiento respecto del total que lo solicitó.
    - 3.5. Número de ayudas concedidas para la creación y mantenimiento de empresas de mujeres respecto al año anterior (porcentaje).
    - 3.6. Número de empresas andaluzas asesoradas en la implantación de planes de igualdad respecto al año anterior. Porcentaje de mujeres atendidas a través del «Servicio de Defensa Legal» respecto del total de casos solicitados.
    - 3.7. Número de Ayuntamientos andaluces asesorados en materia de conciliación entre la vida laboral, personal y familiar, respecto a la planificación anual. «CONCILIA».
4. Respecto a los Servicios prestados a través del ámbito Salud y bienestar social.
  - 4.1. Número de jornadas realizadas anualmente en materias del ámbito de la salud, respecto a las planificadas.
  - 4.2. Número de subvenciones concedidas a entidades sin ánimo de lucro respecto del total de entidades sin ánimo de lucro que solicitaron subvención.
  - 4.3. Número de foros provinciales de género para la integración social de mujeres inmigrantes, respecto al total planificado.
5. Respecto con los Servicios prestados a través del ámbito participación social, política y cultural.
  - 5.1. Número de premios concedidos anualmente respecto a lo planificado, diferenciado por tipo de premios (porcentaje).
  - 5.2. Número y porcentaje de subvenciones concedidas a Asociaciones y Federaciones de Asociaciones de mujeres respecto a las solicitadas.
6. Respecto a los Servicios prestados a través del ámbito Atención a la mujer y contra la violencia.
  - 6.1. Número de consultas atendidas por tipología en el Servicio de Asesoramiento Jurídico telefónico 900 200 999, respecto al año anterior.
  - 6.2. Número y porcentaje de consultas atendidas por tipología en un plazo de 48 horas en los Centros Provinciales de la Mujer, en el Servicio de Asesoramiento Jurídico, telefónico y en el Servicio de Asesoramiento Jurídico «On-line» respecto del total de peticiones recogidas.
  - 6.3. Número de mujeres, hijos e hijas atendidas en recursos de emergencia respecto del total de casos susceptibles de ser atendidos (porcentaje).
  - 6.4. Número de mujeres, hijos e hijas atendidas en casas de acogida respecto del total de casos susceptibles de ser atendidos (porcentaje).
  - 6.5. Número de mujeres, hijos e hijas atendidas que han residido en piso tutelado respecto del total de casos susceptibles de ser atendidos (porcentaje).
  - 6.6. Número de ayudas concedidas sobre el total de las solicitadas a las mujeres que cumplan los requisitos y que han pasado por los Programas de Atención y Acogida a víctimas de violencia de género (porcentaje).
  - 6.7. Número de mujeres víctimas de violencia de género atendidas en itinerarios de inserción laboral respecto del total de mujeres víctimas de violencia de género que cursaron solicitud (porcentaje).
  - 6.8. Número de mujeres atendidas en el Servicio de Asistencia Legal para víctimas de agresiones y abusos sexuales respecto del total de mujeres que solicitaron el servicio.
  - 6.9. Porcentaje de procedimientos judiciales por impago de pensiones con asistencia letrada gratuita respecto a los solicitados.
  - 6.10. Número de consultas atendidas por tipología en los Centros Provinciales de la Mujer, respecto del total.
7. Respecto a los Servicios prestados a través del ámbito Atención general a la mujer, información y sensibilización.
  - 7.1. Número y porcentaje de llamadas atendidas en un plazo de 24 horas en la línea 900 200 999, respecto a las llamadas recibidas. Diferenciadas por tipo de información solicitada y por provincias.
  - 7.2. Número de personas usuarias atendidas en los Centros Provinciales de la Mujer, diferenciado por tipo de servicio prestado y provincias, respecto a las solicitadas.
  - 7.3. Número de personas usuarias atendidas en los Centros Municipales de la Mujer, diferenciado por tipo de servicio prestado y provincias, respecto a las solicitadas.
  - 7.4. Número de visitas recibidas en la Web diferenciadas por secciones, respecto al año anterior.
  - 7.5. Número de revistas (Meridiam y Artículo 14) publicadas al año, cuatrimestralmente respecto del total de publicaciones planificadas.
  - 7.6. Número de personas atendidas por el Centro de Documentación María Zambrano segmentadas por el tipo de atención recibida y el medio utilizado para ello, respecto a las que lo solicitaron (al menos debe garantizarse seis medios diferentes de acceso a los servicios).
  - 7.7. Número de documentos adquiridos, tratados y prestados anualmente por el Centro de Documentación María Zambrano, respecto al año anterior.
  - 7.8. Número anual de convocatorias del Instituto Andaluz de la Mujer remitidas por el Centro de Documentación «María Zambrano» a la correspondiente lista de distribución de información de suscripción libre a través de la web, respecto al año anterior.
  - 7.9. Número de acciones formativas realizadas respecto al total de las planificadas.

## C) DATOS DE CARÁCTER COMPLEMENTARIO

## I. HORARIOS Y OTROS DATOS DE INTERÉS

## I.I. Horarios de atención al público.

- Lunes a viernes desde las 9,00 hasta las 14,00 horas.
- El servicio telefónico 900 200 999 funciona las 24 horas del día, todos los días al año.

## I.II. Otros datos de interés.

- El servicio de asesoramiento jurídico on-line sobre violencia contra las mujeres funciona ininterrumpidamente a través de la página Web del Instituto Andaluz de la mujer [www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer).
- Se puede acceder a los servicios del Centro de Documentación especializada en materia de mujer a través de la web del Instituto Andaluz de la Mujer.
- En el año 2005 el Instituto Andaluz de la Mujer obtuvo el premio a la Excelencia.
- El Instituto Andaluz de la Mujer tiene la Certificación en Calidad en la Gestión de Subvenciones a la Mujer según la norma UNE- EN- ISO 9001/2008, dicha certificación es renovada cada tres años.

<sup>70</sup> Quizás los únicos reparos que, desde el punto de vista técnico, puedan ponerse a la Carta sean la excesiva longitud de algunos de sus apartados, o algo de confusión en la expresión de algunas de las direcciones de los distintos servicios y centros del Instituto Andaluz de la Mujer, que pueden no quedar demasiado claras para las personas usuarias.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

con claridad y sencillez la misión y los servicios que presta el Instituto Andaluz de la Mujer, concretados en siete apartados que luego se desarrollan en función de los servicios, compromisos e indicadores de calidad:

- 1.) Integración de la perspectiva de género en las actuaciones y políticas públicas.
- 2.) Igualdad en la educación.
- 3.) Igualdad en el empleo y conciliación de la vida personal y laboral.
- 4.) Salud y bienestar social.
- 5.) Participación social, política y cultural.
- 6.) Atención a la mujer y contra la violencia.
- 7.) Atención general a la mujer, información y sensibilización.

La Carta de Servicios se estructura así en tres apartados y nueve subapartados ya clásicos en todas las cartas de este tipo:

- 1.) Datos de carácter general:
  - 1.1. Datos identificativos.
  - 1.2. Servicios.
  - 1.3. Derechos de las personas usuarias de los servicios.
  - 1.4. Sugerencias y reclamaciones.
  - 1.5. Direcciones y formas de acceso.
- 2.) Datos derivados de compromisos de calidad y de la normativa aplicable:
  - 2.1. Compromisos de calidad.
  - 2.2. Indicadores de calidad.
- 3.) Datos de carácter complementario:
  - 3.1. Horarios.
  - 3.2. Otros datos de interés.

Sobre esta estructura, la Carta describe detallada-

mente la relación de todos los servicios que presta el Instituto Andaluz de la Mujer, concretados en treinta y un puntos glosados respecto de cada uno de los ámbitos de actuación del organismo; recoge asimismo la normativa aplicable de todos los rangos normativos –que abarcan desde las fuentes propias del Derecho de la Unión Europea y las del Consejo de Europa, hasta las normas legales y reglamentarias de ámbito nacional y autonómico –pormenorizándose leyes orgánicas y ordinarias, decretos, órdenes y acuerdos administrativos-. Recoge también lo que es más importante desde el punto de vista de la gestión de calidad: los compromisos e indicadores de calidad que, medidos en términos de evaluación constante y concreción numérica de objetivos y actuaciones, permitirá mediante su adecuado seguimiento la mejora continua en los servicios prestados.

Todo ello, unido a la información ofrecida en términos de derechos de las personas usuarias, formulación y tramitación de quejas y sugerencias, información de las direcciones postales, telefónicas y telemáticas de los distintos servicios centrales y centros provinciales del Instituto, transporte y horarios de atención al público, hace de esta Carta de Servicios lo que, en definitiva ha de constituir su objetivo inicial y final: ser una herramienta más en lo que –como la propia Carta proclama– constituye la misión, y también la visión última, del Instituto Andaluz de la Mujer, esto es, *“La promoción de las condiciones para que la igualdad entre mujeres y hombres de Andalucía sea real y efectiva, haciendo posible la participación y presencia de las mujeres en la vida política, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política”*.

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN<sup>71</sup>**Unión Europea**

- Directiva 2009/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre las reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje (Versión refundida)<sup>72</sup>. Artículo 2 y).
- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular<sup>73</sup>. Artículo 2 i).
- Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que

se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados)<sup>74</sup>. Artículos 39.3, 54.3) b) i); Anexos VII.10; X.B.b); XI Artículo 4.4.

- Reglamento (CE) n° 664/2009 del Consejo de 7 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Apartado elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Universidad de Málaga.

<sup>72</sup> DOUE, L 163, 25.06.2009.

<sup>73</sup> DOUE, L 168, 30.06.2009.

<sup>74</sup> DOUE, L 243, 15.09.2009.

<sup>75</sup> DOUE, L 200, 31.07.2009.

## LEGISLACIÓN

- Reglamento (CE) n° 646/2009 de la Comisión de 23 de julio de 2009 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC), en lo referente a la lista de 2010 de variables objetivo secundarias sobre la distribución de los recursos dentro del hogar<sup>76</sup>.

- Reglamento (CE) n° 846/2009 de la Comisión de 1 de septiembre de 2009 que modifica el Reglamento (CE) n° 1828/2006, por el que se fijan normas de desarrollo para el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y el Reglamento (CE) n° 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional<sup>77</sup>. Anexo VI, 2.1.1, 2.1.6, 3.1.1.

- Recomendación del Consejo de 25 de junio de 2009 relativa a la actualización en 2009 de las Orientaciones Generales de Política Económica de los Estados miembros y de la Comunidad y a la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros (2009/531/CE)<sup>78</sup>. Anexo: Austria punto 5; España punto 2; Malta punto 7; Países Bajos punto 7.

- Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo de 19 de mayo y 9 de julio de 2008 por la que se establecen medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo (2009/C 159/01)<sup>79</sup>. Artículos 31.4, 42.1.

- Decisión n° 912/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 relativa a la participación de la Comunidad en un programa europeo de investigación y desarrollo en metrología emprendido por varios Estados miembros<sup>80</sup>. Considerando 25), Artículo 2 g).

- Decisión del Comité Mixto del EEE n° 36/2009 de 17 de marzo de 2009, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE<sup>81</sup>.

- Decisión del Comité Mixto del EEE n° 51/2009 de 24 de abril de 2009, por la que se modifica el anexo XVIII

(Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE<sup>82</sup>.

**Estatal general**

- Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte<sup>83</sup>. Artículo 79.2.

- Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores<sup>84</sup>. Artículo 77 b) del Reglamento (no del Real Decreto).

- Real Decreto 924/2009, de 29 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla a través del Instituto de Gestión Sanitaria para la implementación de las estrategias del Sistema Nacional de Salud en cuidados paliativos, seguridad de pacientes, prevención de la violencia de género y atención al parto normal en el año 2009<sup>85</sup>. Artículos 1, 5 a), 7, 8; Anexos I, IV, V.

- Real Decreto 1012/2009, de 19 de junio, por el que se convoca una asignación directa de cuotas lácteas integradas en la reserva nacional y se modifica el Real Decreto 347/2003, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de gestión de cuota láctea<sup>86</sup>. Artículo 2.3.a).

- Real Decreto 1037/2009, de 29 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento<sup>87</sup>. Artículo 18.1.k).

- Real Decreto 1041/2009, de 29 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales<sup>88</sup>. Artículos 10.4 y 11.1.

- Real Decreto 1042/2009, de 29 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia e Innovación<sup>89</sup>. Disposición final primera (Uno).

- Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normati-

<sup>76</sup> DOUE, L 192, 24.07.2009.

<sup>77</sup> DOUE, L 250, 23.09.2009.

<sup>78</sup> DOUE, L 183, 15.07.2009.

<sup>79</sup> DOUE, C 159, 13.07.2009.

<sup>80</sup> DOUE, L 257, 30.09.2009.

<sup>81</sup> DOUE, L 130, 28.05.2009.

<sup>82</sup> DOUE, L 162, 25.06.2009.

<sup>83</sup> BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2009.

<sup>84</sup> BOE núm. 138, de 10 de junio de 2009.

<sup>85</sup> BOE núm. 145, de 16 de junio de 2009.

<sup>86</sup> BOE núm. 149, de 20 de junio de 2009.

<sup>87</sup> BOE núm. 157, de 30 de junio de 2009.

<sup>88</sup> BOE núm. 157, de 30 de junio de 2009.

<sup>89</sup> BOE núm. 157, de 30 de junio de 2009.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

vo<sup>90</sup>. Exposición de Motivos (párrafos 4º, 5º y 9º), Artículos 2.1.e), 3.1, Disposiciones adicionales segunda y tercera.

- Real Decreto 1086/2009, de 3 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación<sup>91</sup>. Arts. 8.1 h), 8.2 p), q).

- Real Decreto 1207/2009, de 17 de julio, por el que se crean y constituyen 106 juzgados, se constituye un juzgado y se crean 28 plazas de Magistrado en Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales correspondientes a la programación del año 2009<sup>92</sup>. Exposición de Motivos (5º párrafo), Artículo 6.1.i), Anexo XIII.

- Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales<sup>93</sup>. Artículo 1.b).

- Real Decreto 1305/2009, de 31 de julio, por el que se crea la Red de Museos de España<sup>94</sup>. Artículo 3.4.

- Real Decreto 1372/2009, de 28 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal<sup>95</sup>. Exposición de Motivos (párrafo 2º); Artículo único puntos Cuatro y Seis.

- Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>96</sup>. Artículo 140.2.

- Real Decreto 1460/2009, de 28 de septiembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento<sup>97</sup>. Artículo 14.2 a); Anexo: Objetivo tercero, escala local, punto 4.

- Resolución de 29 de abril de 2009, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros para la creación de una Comisión Institucional para la determinación, estudio y propuesta de los elementos esenciales de la nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial. Anexo 1º y

3º párrafo<sup>98</sup>.

- Orden PRE/1597/2009, de 15 de junio, por la que se crea la Comisión de Seguimiento del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España<sup>99</sup>. Punto sexto.

- Orden IGD/1661/2009, de 17 de junio, por la que se regulan las características y las condiciones de otorgamiento y empleo de la Medalla y la Placa a la Promoción de los Valores de Igualdad<sup>100</sup>.

**Andalucía**

- Ley 3/2009, de 28 de mayo, por la que se aprueba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA)<sup>101</sup>. Art. 11.3.

- Acuerdo de 29 de junio de 2009, de la Mesa del Parlamento de Andalucía, sobre normas por las que se regula la concesión de ayudas y subvenciones para actividades de cooperación y solidaridad con los países en vía de desarrollo<sup>102</sup>. Norma séptima b), c) y f).

- Decreto 166/2009, de 19 de mayo, por el que se modifica el Decreto 121/2008, de 29 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Educación<sup>103</sup>. Punto Ocho.

- Decreto 167/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y Administración Pública<sup>104</sup>. Artículo 12.2.a).

- Decreto 169/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes<sup>105</sup>. Artículo 4.2.d).

- Decreto 170/2009, de 19 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo<sup>106</sup>. Artículo 1.3.

- Decreto 172/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca<sup>107</sup>. Artículos 8 a) y 12.1.b).

- Decreto 174/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la

<sup>90</sup> BOE núm. 173, de 18 de julio de 2009.

<sup>91</sup> BOE núm. 163, de 7 de julio de 2009.

<sup>92</sup> BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2009.

<sup>93</sup> BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2009.

<sup>94</sup> BOE núm. 204, de 24 de agosto de 2009.

<sup>95</sup> BOE núm. 224, de 16 de septiembre de 2009.

<sup>96</sup> BOE núm. 226, de 18 de septiembre de 2009.

<sup>97</sup> BOE núm. 235, de 29 de septiembre de 2009.

<sup>98</sup> BOE núm. 106, de 1 de mayo de 2009.

<sup>99</sup> BOE núm. 145, de 16 de junio de 2009.

<sup>100</sup> BOE núm. 151, de 23 de junio de 2009.

<sup>101</sup> BOJA núm. 117 de 19 de junio de 2009.

<sup>102</sup> BOJA núm. 131, de 8 de julio de 2009.

<sup>103</sup> BOJA núm. 95, de 20 de mayo de 2009.

<sup>104</sup> BOJA núm. 95, de 20 de mayo de 2009.

<sup>105</sup> BOJA núm. 95, de 20 de mayo de 2009.

<sup>106</sup> BOJA núm. 95, de 20 de mayo de 2009.

<sup>107</sup> BOJA núm. 95, de 20 de mayo de 2009.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

Igualdad y Bienestar Social<sup>108</sup>. Artículos 1.2 letras b) y g), 2 y 11.

- Decreto 254/2009, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se determina la clasificación y se regula el procedimiento para la acreditación y el Registro Electrónico de Agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento<sup>109</sup>. Exposición de Motivos, párrafo 12°.

- Decreto 266/2009, de 9 de junio, por el que se modifica el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012, aprobado por el Decreto 395/2008, de 24 de junio<sup>110</sup>. Exposición de Motivos, párrafo 9° y Artículo único (Uno).

- Decreto 267/2009, de 9 de junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Sevilla y se crea su Comisión de Seguimiento<sup>111</sup>. Artículo 2.3, Anexo: Memoria de información: 4.4 (2° párrafo) y 7 (6° párrafo), Memoria de ordenación: 3 c).

- Decreto 276/2009, de 16 de junio, por el que se aprueba el Plan Anual de la Cooperación Andaluza<sup>112</sup>. Anexo: Presentación (criterio de calidad segundo); Objetivo 1: primer párrafo; Tabla 1; Eje segundo del Programa Operativo con Enfoque Regional para el Sistema de la Integración Centroamericana y párrafos uno, seis, doce, catorce del Eje sexto; Objetivo 2: Línea prioritaria 1, intervención 3; Objetivo 4, línea prioritaria 1 penúltimo párrafo.

- Decreto 277/2009, de 16 de junio de 2009, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Andaluz de Administración Pública<sup>113</sup>. Artículo 8.4.

- Decreto 293/2009, de 7 de julio de 2009, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para

la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía<sup>114</sup>. Exposición de Motivos II (2°), III (2°), Artículos 26.2, 77.1 y 3, 88, 111.2, 134, Disposición adicional novena 2 y 4.

- Decreto 306/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el Primer Plan Integral para los Andaluces y Andaluzas en el Mundo<sup>115</sup>. Exposición de Motivos (párrafo 10°); II.1.1; II.1.3.1; II.1.3.2; II.1.3.3; II.2.2; II.2.4; II.7.3; III.3.3.5; VI.1.1; Objetivos específicos 2.1, 2.3, 2.5, 2.7, 3.6, 3.8, 7.2, 9.6, 9.7, 9.11, 10.5, 10.6, 10.7.

- Decreto 308/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Málaga y se crea su Comisión de Seguimiento<sup>116</sup>. Artículo 2.3.

- Decreto 319/2009, de 27 de agosto, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009, del funcionariado de Administración Local con habilitación de carácter estatal, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>117</sup>. Artículo 4.4.c).

- Decreto 322/2009, de 1 de septiembre, por el que se crea la Comisión Permanente de Seguimiento del Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013 y se establece su composición, funciones y funcionamiento<sup>118</sup>. Artículos 2.2, 5.1.a).12.

- Decreto 324/2009, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía<sup>119</sup>. Artículos 14.1 y 37.1.

- Decreto 326/2009, de 15 de septiembre, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño en Andalucía<sup>120</sup>. Artículos 3.2, 25 y Disposición final segunda.

<sup>108</sup> BOJA núm. 95, de 20 de mayo de 2009.

<sup>109</sup> BOJA núm. 109, de 9 de junio de 2009.

<sup>110</sup> BOJA núm. 125, de 30 de junio de 2009.

<sup>111</sup> BOJA núm. 132, de 9 de julio de 2009.

<sup>112</sup> BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2009.

<sup>113</sup> BOJA núm. 131, de 8 de julio de 2009.

<sup>114</sup> BOJA núm. 140, de 21 de julio de 2009.

<sup>115</sup> BOJA núm. 155, de 11 de agosto de 2009.

<sup>116</sup> BOJA núm. 142, de 23 de julio de 2009.

<sup>117</sup> BOJA núm. 180, de 14 de septiembre de 2009.

<sup>118</sup> BOJA núm. 183, de 17 de septiembre de 2009.

<sup>119</sup> BOJA núm. 180, de 14 de septiembre de 2009.

<sup>120</sup> BOJA núm. 191, de 29 de septiembre de 2009.

## JURISPRUDENCIA · TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 124/2009, DE 18 DE MAYO DE 2009 (VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN CON EL DE NO SER DISCRIMINADA POR RAZÓN DEL SEXO: DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA, A PESAR DE QUE LA EMPRESA LO IGNORASE) <sup>121</sup>**

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia núm. 325/2004, de 7 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, confirmada en casación por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2006, que declaró ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia del despido de la recurrente en amparo, llevado a cabo por la mercantil Y., el mismo día en que la despidió, sin que la empresa conociera en ese momento su estado de embarazo.

La demandante de amparo imputa a las Sentencias recurridas la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Al respecto argumenta, en síntesis, que el art. 55.5 b) del Estatuto de los trabajadores (LET), en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral, contempla como presunción legal el hecho objetivo del embarazo de la mujer trabajadora en el momento de producirse el cese, despido, extinción o la no renovación del contrato de trabajo, sin necesidad de que la trabajadora acredite el conocimiento de su estado de gestación por el empresario. Las Sentencias impugnadas han convalidado en este caso la improcedencia de su despido cuando, en aplicación del citado art. 55.5 b) LET, al hallarse en estado de gravidez en la fecha de despido, éste debía haber sido calificado como nulo, al no haber llevado a cabo el empresario una actividad probatoria suficiente que despejase cualquier atisbo de discriminación.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación del recurso de amparo, al estimar que, tras la nueva redacción dada al art. 55.5 b) LET por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, el conocimiento por el empresario del estado de embarazo de la trabajadora despedida es absolutamente irrelevante, persiguiendo el legislador como finalidad materializar una eficaz acción positiva tendente a la protección de la mujer trabajadora, con independencia de que su embarazo sea o no conocido por el empleador.

La representación procesal de Y., opone como óbices procesales a la admisión de la demanda de amparo su extemporaneidad (art. 44.2 LOTC), por haber sido interpuesta transcurrido con creces el plazo legalmente previsto, y la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC, en la redacción anterior a la dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo], al no haberse personado la demandante de amparo en el recurso de casación para la unificación de la doctrina tramitado ante la Sala de lo

Social del Tribunal Supremo, circunstancia esta última que determinaría además su falta de legitimación, por no haber sido parte en el proceso judicial previo. En cuanto a la cuestión de fondo planteada, se pronuncia a favor de la desestimación de la demanda de amparo, al considerar que la aplicación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, requiere lógicamente el conocimiento por la empresa del embarazo de la trabajadora despedida, lo que no aconteció en este caso, en el que la demandante no comunicó su embarazo a la empresa porque ella misma lo desconocía.

2. Antes de proceder al enjuiciamiento de la cuestión de fondo suscitada hemos de examinar los óbices procesales que a la admisión de la demanda de amparo opone la representación procesal de Y.

a) Invirtiendo en su análisis el orden en que dichos obstáculos procesales se exponen, hemos de rechazar, en primer término, la denunciada falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo], por no haberse personado la demandante de amparo en el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la representación procesal de Y., contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 18 de enero de 2005. En efecto, la demandante de amparo interpuso recurso de suplicación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, en el que obtuvo de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia una Sentencia favorable a sus intereses, pues, estimando el recurso de suplicación, revocó la Sentencia de instancia y declaró la nulidad de su despido por discriminatorio (art. 14 CE). Por tanto, como hemos declarado en supuestos semejantes al ahora considerado, habiendo obtenido la demandante de amparo una Sentencia favorable a sus pretensiones, personarse en el recurso para la unificación de la doctrina no era un deber, sino una facultad, y esa naturaleza potestativa impide que la inactividad pueda volverse en su contra más allá de su propio ámbito en el proceso donde se produce. De modo que no hay que dar por agotada la vía judicial a los efectos de la interposición del presente recurso de amparo (por todas, SSTC 43/1990, de 15 de marzo, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 2; 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 2).

Tampoco cabe admitir la falta de legitimación que alega la representación procesal de Y., en estrecha relación con el ante-

<sup>121</sup> Suplemento del BOE núm. 149, de 20 de junio de 2009. No se reproducen los Antecedentes, que pueden consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/06/20/pdfs/BOE-A-2009-10257.pdf>.

## JURISPRUDENCIA · TC

rior óbice procesal, pues, en coherencia con lo expuesto, la parte que no comparece en el recurso de casación para la unificación de la doctrina tras haber obtenido una Sentencia favorable en segunda instancia, como acontece en este caso, no pierde su condición de parte procesal ni, por consiguiente, la legitimación *ad procesum* exigida por el art. 46.1 LOTC. El litigante en la situación aquí analizada no pierde, en efecto, su condición de parte, sino que, como tal, sigue sometido a la eventual decisión recaída en el recurso de casación promovido por la parte contraria. Su posición procesal es la misma, es decir, recaída Sentencia definitiva en el recurso de casación para la unificación de la doctrina gravosa para sus intereses está legitimado para promover recurso de amparo constitucional (STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 3).

b) Igual suerte desestimatoria ha de correr la denunciada extemporaneidad de la demanda. A la recurrente en amparo, que, como venimos diciendo, no se personó en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, le fue notificada la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2006, en fecha 13 de diciembre de 2006, según certificación del Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada. No obstante, la recurrente afirma en la demanda de amparo que tuvo conocimiento extraprocesal de aquella Sentencia en fecha 15 de noviembre de 2006, esto es, antes que le fuera notificada, sin que exista en las actuaciones dato alguno que permite constatar, como sostiene la representación procesal de Y., que con anterioridad a dicha fecha ya había tenido conocimiento extraprocesal de la Sentencia dictada en casación. Así pues, tomando la citada fecha, y de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, iniciado el cómputo del plazo de veinte días para promover recurso de amparo que establece el art. 44.2 LOTC, en la redacción anterior a la dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, desde el día 16 siguiente es evidente que la demanda, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 14 de diciembre de 2006, se interpuso dentro del referido plazo legal.

3. La cuestión de fondo suscitada, esto es, la interpretación que debe efectuarse del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en orden a si es necesario o no el conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la trabajadora para que su despido no procedente pueda ser calificado como nulo, ya ha sido abordada por este Tribunal en la STC 92/2008, de 21 de julio, cuya doctrina procede reiterar. No obstante ha de precisarse con carácter previo que, a los efectos de un correcto encuadramiento de la queja de la recurrente en amparo, aunque en su demanda invoca la vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE), ésta ha de ponerse en íntima y estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues, en definitiva, lo que en aquélla se cuestiona es la interpretación y aplicación que del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, han

efectuado en este caso tanto el Juzgado de lo Social como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

a) Dijimos entonces, y hemos de reiterar ahora, que el canon de constitucionalidad aplicable en casos como el que nos ocupa es el reforzado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por “tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)”, de modo que lo que “el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego ... que exprese o trasluzca ‘una argumentación axiológica que sea respetuosa’ con su contenido”. En este sentido razonamos que “no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales en el presente procedimiento ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas ... Nos encontramos, por tanto, ante resoluciones judiciales especialmente cualificadas por razón del derecho fundamental a cuya efectividad sirve el precepto legal cuya interpretación se cuestiona, ‘sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles” (FJ 6).

b) Por lo que se refiere a la concreta interpretación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, declaramos que:

“nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que ... la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.

## JURISPRUDENCIA • TC

La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE" (FJ 8).

c) Profundizando en esta línea argumental, señalamos que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, añadió:

"al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad ('será también nulo' dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria [92/85]), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enumerar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y sería, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a 'la fecha de inicio del embarazo' (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero -inmodificado- del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación".

"Frente a esta claridad interpretativa -continuamos declarando en la mencionada STC 92/2008, de 21 de julio- no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, ad-

virtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa 'superando los niveles mínimos de protección' previstos en la Directiva ... Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional. En primer lugar, desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental ... Se exime con ello, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluido el deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)" (FJ 8).

d) Concluimos en la citada Sentencia afirmando que: "la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación -particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados" (FJ 9).

4. La aplicación de la doctrina constitucional que se ha expuesto ha de conducir en este caso, al igual que el que fue ob-

## JURISPRUDENCIA • TC

jeto de la STC 92/2008, de 21 de julio, a concluir que las Sentencias del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al estimar ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia de su despido efectuado por la empresa en la misma fecha en que éste tuvo lugar, condicionando la aplicación del art. 55.5 b) LET, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, al encontrarse la recurrente embarazada en el momento del despido, a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento de su estado de gravedad en dicho momento.

**FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,  
**POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida y, en su virtud:  
 1º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Restablecerla en sus derechos y, a tal fin, anular la Sentencia núm. 325/2004, de 7 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, dictada en los autos de despido núm. 286-2004, y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2006, recaída en el recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 1452-2005, declarando la nulidad del despido de la recurrente en amparo con los efectos legales previstos.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.  
 Dada en Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil nueve

**VOTOS**

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 18 de mayo de 2009 dictada en el recurso de amparo núm. 11224-2006.*

Como Ponente de la Sentencia he asumido el papel de expresar sobre el caso el parecer de la Sala, que no el mío propio, el cual considero conveniente hacer público por este Voto discrepante, ejercitando al respecto la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, con respeto en todo caso del parecer de mis colegas, aunque no lo comparta.

Las razones de mi disenso son las siguientes:

1. La Sentencia se ha situado en una línea de aceptación plena de la doctrina de la STC 92/2008, de 21 de julio, referida a un caso similar en lo esencial al actual.

Mi discrepancia frente a la doctrina de dicha STC 92/2008, de 21 de julio, de haber prosperado mi propio criterio, hubiera exigido a la Sala atenerse a lo dispuesto en el art. 13 LOTC sometiendo la cuestión a la decisión al Pleno; por lo que soy consciente de que la viabilidad de mi tesis hubiese exigido una rectificación por el Pleno de la doctrina de la Sentencia de la Sala Primera, a escasos meses de haberla pronunciado, di-

fícilmente alcanzable, y más cuando en definitiva la doctrina de dicha Sentencia sobre la interpretación del art. 55.5 b) LET ha acabado imponiéndose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia dictada por su Sala de lo Social de 16 de enero de 2009, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina.

Valga, pues, este hecho como reconocimiento del sentido prudencial del criterio seguido por la Sentencia de la que discrepo, lo que no me basta, no obstante, para sacrificar a él mi propia opinión, aunque no se comparta por mis compañeros de Sala.

2. La clave de la argumentación de la Sentencia consiste en reconducir a un problema de discriminación por razón de sexo; esto es, de vulneración del art. 14 CE, lo que es pura interpretación de un precepto legal, el art. 55.5 b) LET, realizada por el Tribunal Supremo desde la posición institucional que le asigna el art. 123 CE.

Creo que, dada esa posición institucional, el juicio sobre sus Sentencias por parte de este Tribunal debe ser especialmente cuidadoso, evitando el riesgo de posible sustitución de su papel de intérprete de la Ley. Para corregir por nuestra parte una interpretación de aquélla por el Tribunal Supremo, es necesario extremar el rigor argumental en la demostración de que la interpretación cuestionada vulnera las garantías constitucionales (art. 123 CE), que es el espacio lógico en el que se impone la superioridad del Tribunal Constitucional respecto al Tribunal Supremo.

En mi opinión sólo cuando una interpretación de la Ley por el Tribunal Supremo no pueda tacharse de razonable en términos constitucionales, y cuando por ello resulte contraria a una “garantía constitucional”, entre los que deben incluirse los derechos fundamentales y entre ellos el de tutela judicial efectiva, sería cuando, en su caso, este Tribunal Constitucional podría corregirla, imponiendo sobre ella la interpretación constitucionalmente adecuada del precepto legal de que se trate.

En el caso actual, a diferencia del resuelto por la STC 92/2008, de 21 de julio, en el que la Sentencia recurrida era de un Tribunal Superior de Justicia, nos enfrentamos a una Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el papel institucional que le asigna el art. 123 CE, de interpretación del art. 55.5 b) LET, cuya doctrina, por cierto, se reitera en otras Sentencias del mismo, una de la misma fecha y otras dos de 29 de febrero y 12 de marzo de 2008, Sentencias todas ellas dictadas antes de la STC 92/2008, de 21 de julio.

3. Parto de la consideración de que un despido motivado por el embarazo de la mujer constituye una discriminación por razón de sexo, y que a partir de esa consideración, en un despido de una mujer embarazada, que pretenda justificarse por una causa diferente del embarazo, debe operar, en principio, el mecanismo de inversión de la carga de la prueba, partiendo de la existencia de indicios del motivo discriminatorio.

Ahora bien, estimo, compartiendo la tesis esencial de la Sen-

## JURISPRUDENCIA • TC

tencia del Tribunal Supremo recurrida, que aquí el problema no es de despido por motivo de embarazo en cuanto motivación oculta respecto de la que debe operar la inversión de la carga de la prueba, sino directamente de interpretación del art. 55.5 b) LET, en el sentido de si la previsión legal del embarazo en cuanto supuesto de la calificación legal del despido nulo exige el conocimiento de tal situación por el empresario.

No puedo aceptar que, si la previsión legal se sitúa en el marco de una discriminación por razón de sexo, el reproche que tal discriminación supone para el que la práctica pueda ser compatible con un desconocimiento por el imputado del hecho por el que se le reprocha: el embarazo de la mujer en este caso.

La idea de discriminación exige con lógica naturalidad el conocimiento del hecho al que se refiere la discriminación, y por ello no creo que pueda hablarse correctamente de despido "motivado por el embarazo", si el embarazo no se conoce.

El motivo, como elemento subjetivo de la acción (en este caso del acto unilateral de despido), exige el conocimiento del hecho que determina esa acción. No acepto que pueda hablarse de motivo de una acción humana sin conocimiento del hecho que se toma como motivo.

Esta visión subjetiva de la motivación por lo demás es conforme con nuestra doctrina de la que se hace eco la STC 92/2008, de 21 de julio, FJ 3, con cita de la STC 38/1981, de 23 de noviembre.

4. A partir de ahí el problema que en este caso se suscita es el de si la interpretación del art. 55.5 b) LET que fundamenta el fallo de la Sentencia recurrida es contraria a alguna garantía constitucional (art. 123 CE) para que, en su caso, podamos corregir esa interpretación.

Para llegar a una conclusión tal, creo que no basta con oponer a la interpretación de la Ley hecha por el Tribunal Supremo una interpretación diferente de este Tribunal como supremo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC), sino que será preciso, en necesario respeto del papel institucional que al Tribunal Supremo atribuye el art. 123 CE, tan reiteradamente citado en este voto, justificar por nuestra parte la falta de razonabilidad, arbitrariedad o error patente de la Sentencia del Tribunal Supremo, de modo que su interpretación de la Ley pueda a la postre merecer el reproche de vulneración del art. 24 CE.

A mi juicio, ninguno de estos graves reproches pueden hacerse a la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida, y sin ellos no creo que pueda llegarse a la conclusión de la Sentencia mayoritaria de que la recurrida vulnera los arts. 24 y 14.1 CE; por lo que, en mi opinión, el recurso de amparo debía haber sido desestimado.

5. No entro a decidir cuál deba ser la interpretación correcta del art. 55.5 b) LET, problema, en principio, de pura legalidad ordinaria, limitándome a enjuiciar si la interpretación que se cuestiona resulta inconstitucional.

Y al respecto no puedo compartir la argumentación de nues-

tra Sentencia, tomada de la STC 92/2008, de 21 de julio.

Si, como se dice en la Sentencia al interpretar el art. 55.5 b) LET, se ha producido la adición de un nuevo supuesto de nulidad del despido por la Ley 39/1999, no me parece lógico, como argumento para corregir la interpretación de dicho precepto por el Tribunal Supremo, que ese nuevo supuesto a la postre deba ser reconducido al supuesto inicial al que se adiciona.

Por ello considero un planteamiento argumental erróneo el de que "tanto el sentido propio de las palabras al enumerar un supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero" "como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero", puedan conducir a la conclusión de que la exigencia de conocimiento por el empresario del estado de embarazo de la mujer merezca la grave calificación por nuestra parte de que "tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación -particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados".

Creo que con tal modo de razonar lo que se está haciendo en definitiva no es sino refundir el art. 55.5 b) LET con el inciso inicial del art. 55.5, para proyectar sobre la interpretación del primero la aplicación de un canon que sólo debe operar respecto de la del segundo.

En mi lectura del "sentido propio de las palabras", cuando en el art. 55.5 LET después de su inciso primero ("será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador") dice que "será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a)..., b)...", el sentido de adición respecto al inciso primero entraña que los supuestos adicionados no están incluidos en aquél.

Y en esa misma personal lectura opino que también "la interpretación contextual del precepto en relación con el párrafo primero", lleva a la misma conclusión de que el precepto cuestionado introduce un supuesto nuevo, no incluido en el del párrafo primero.

La finalidad innovatoria del supuesto adicionado, a que alude la Sentencia, que resulta indudable, no creo que en sí misma aporte ningún elemento decisivo para la interpretación del precepto desde la óptica constitucional, en términos de poder calificar la interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo en los duros términos en que se hace en nuestra Sentencia, aplicando la doctrina de la STC 92/2008, de 21 de julio.

El hecho de que cada uno de los supuestos legales en contraste (inciso primero del art. 55.5 LET e inciso segundo) conduzca a la nulidad no puede entenderse, como tal vez se hace implícitamente en la STC 92/2008, de 21 de julio, en el sentido de que la nulidad sea precisamente clave de la interpre-

## JURISPRUDENCIA • TC

tación constitucional. La nulidad es una calificación legal de un acto unilateral del empresario, que puede tener hoy por causa una vulneración de derechos fundamentales, o la vulneración de una garantía legal no necesariamente impuesta por el respeto de un derecho fundamental.

En tal sentido no creo que pueda oponerse a ninguna garantía constitucional la interpretación de que el embarazo cuando el despido no se motivó por él (explícitamente o de modo oculto) pueda ser o no una causa legal de nulidad, aunque constitucionalmente deba serlo, si opera como motivo.

Y es en este segundo plano, en el que se sitúa la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida en este proceso de amparo, que desde un prisma de constitucionalidad (y por supuesto sin aventurarme en consideraciones de pura legalidad) no me merece el reproche que le ha merecido a la Sentencia de la que discrepo, al seguir la doctrina de la STC 92/2008, de 21 de julio.

Por todo ello, y como ya he adelantado, creo que el recurso debía haberse desestimado.

En ese sentido emito mi Voto. Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil nueve.

## SOBRE LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LA MUJER EMBARAZADA FRENTE AL DESPIDO

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

**SUMARIO:** I. El contexto. II. La doctrina de la STC 92/2008. III. Las precisiones del voto particular del TS. IV. Nuevo pronunciamiento del TC, esta vez con voto particular. V. Un par de consideraciones sobre los votos discrepantes. VI. Sobre el tema de la tutela a plazo. VII. Algunos comentarios de cierre

### I. EL CONTEXTO

La sentencia del TC 92/2008, de 21 julio, ha definido doctrina en uno de los temas que dieron lugar a un más apasionado debate doctrinal y jurisprudencial, como es el de la exigibilidad, como palanca que desencadena la protección específica frente al despido de la mujer embarazada, de acreditar el conocimiento por la empresa del estado de gestación. Es un asunto sobre el que ya en su momento expresé mi opinión y no pensaba manifestarla de nuevo, una vez que el tema se resolvió, creo que de forma definitiva –con lo poco “definitivas” que en derecho pueden ser en todo caso las respuestas-. No pensaba hacerlo porque tengo la impresión de que la controversia se ha personalizado demasiado, como una especie de lucha de titanes, entre quienes lideraban, desde los ámbitos de toma de decisión judicial, una y otra postura. En este escenario, no resulta cómodo formular un comentario de opinión inofensivo hacia unas y otras personas y al mismo tiempo crítico. Por eso quiero comenzar estas páginas poniendo de manifiesto que los argumentos de derecho de ambas partes han sido contruidos con una finura jurídica muy considerable. Incluso los votos particulares de las sentencias del 2009, tanto del TS como del TC, han añadido más bagaje de doctrina. Ha faltado, eso sí, que la discusión haya sido algo más de guante blanco. En fin, sólo una deuda que no podía prorrogar ya más tiempo con esta revista me ha hecho escribir esta reflexión, que espero que pueda suponer un pequeño elemento más para profundizar en un asunto que sigue siendo trascendente.

La Ley 39/1999, de 5 noviembre supuso un paso más en la trasposición de la Directiva 92/85/CEE, no el primero, pero tampoco el último. Pero fue, sin duda, la que centró más su atención en la tutela de la mujer embarazada y en el mandato del art. 10 de esta norma derivada. Ello no obstante, no era claro que el ordenamiento español precisara de modificaciones para cumplir con la misma. La doctrina del TC previa a la STC 92/2008 pone de relieve que, sin la herramienta del despido nulo si no procedente, la extinción del contrato de la mujer embarazada gozaba ya de una protección que podría calificarse de sustantiva. Con todo, hay un dato en dicho art. 10 que no ha sido suficientemente realzado y que se deduce de su redacción: la Directiva no concibe una tutela causal frente a la extinción del contrato, sino una tutela a plazo: se trata de prohibir el despido “entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”. Es evidente que este sistema protector obedece a técnicas propias de ordenamientos jurídicos distintos del nuestro, pero es el que es. Este dato, que ha permanecido siempre en la penumbra, me parece mucho más significativo y digno de atención que la definición de mujer embarazada que aporta el art. 2, cuyo trasfondo estrictamente preventivo es evidente, además de unánimemente reconocido. Quiero decir que el objetivo de la Directiva no consistió tanto en garantizar una protección causal, más propia de la Directiva 76/207/CEE, que una protección temporal, una especie de indemnidad que se prolongaba desde el comienzo del embarazo hasta el final de la licencia maternal.

En estas páginas no voy a aludir a la doctrina judicial previa a la STC 92/2008, ni a la del TC ni a la del TS, porque ya es suficientemente conocida<sup>122</sup> y porque creo, además, que hasta entonces no hay una clara quiebra de jurisprudencia

<sup>122</sup> Me remito al muy interesante estudio de NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI*, RMTAS, n° 73, 2008, pp. 171 ss.

## JURISPRUDENCIA • TC

entre ambos órganos. Antes bien, se aprecia una notable coincidencia de planteamientos y una utilización normalizada por parte de la jurisdicción ordinaria de las técnicas auspiciadas por el TC de protección de derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo cual, quisiera apuntar que una lectura entre líneas de alguna de las sentencias de éste previas a 2008 sugiere una postura favorable a una interpretación jurídica como la que al final se decanta. Me refiero, en especial, a la STC 41/2002, de 25 febrero. En ella, claramente, se parte de la hipótesis de que la empresa desconoce el embarazo de la trabajadora despedida, hipótesis que corta de raíz el propio debate sobre la intencionalidad discriminatoria en la decisión extintiva. Pero se trata de una sentencia que aplica el art. 14 de la CE y la prohibición de despido discriminatorio sin la apoyatura de la Ley 39/1999, pues el despido objetivo se había producido el 6 marzo 1995. Ello no obstante, al hacer referencia a la Directiva 92/85/CEE, reconoce que dicha Directiva “estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad (espacio temporal sobre el que en su totalidad se extiende la protección: STJCE de 30 de junio de 1998, asunto *Brown*). En expresión que acentúa la importancia de la cuestión temporal con la referencia explícita al comienzo del embarazo.

## II. LA DOCTRINA DE LA STC 92/2008

Aunque se trata de una doctrina suficientemente conocida, bueno es sintetizar su contenido más relevante como sigue –eso sí, prescindiendo de la doctrina general relativa a la discriminación por embarazo, y a las reglas sobre desplazamiento de la carga de la prueba, harto reiteradas por el Tribunal:

1º.- Difícilmente puede sostenerse la existencia de un tratamiento discriminatorio derivado del embarazo cuando el estado de la persona afectada no era conocido por la empresa, de modo que, desde una perspectiva de las reglas probatorias, es razonable exigir la acreditación del conocimiento por parte del empresario.

2º.- Ahora bien, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, debe analizarse la interpretación que la sentencia recurrida había hecho de los arts. 53 y 55 del ET, en redacción procedente de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, la cual añadió diversos supuestos de nulidad al originario del despido discriminatorio o en vulneración de derechos fundamentales, entre ellos uno relacionado con el embarazo de la mujer trabajadora. En resumen, se trata de valorar si dicha interpretación puede vulnerar el art. 24 de la Constitución por arbitraria.

3º.- Además, y como quiera que están en relación el art. 24 y el art. 14 CE, el canon de interpretación que debe emplearse es el reforzado propio de estas situaciones. Desde este prisma hay que valorar si la sentencia está motivada, es razonable y no incurre en error patente. Teniendo en cuenta pues, que se

trata de interpretar una norma jurídica relativa a las garantías de la mujer a no ser tratada de modo discriminatorio por razón de su embarazo. La interpretación judicial, tiene, por consiguiente, el sesgo cualificado de las que afectan los derechos fundamentales de las personas, de tal forma que no puede interpretarse asépticamente el supuesto, como si sólo se debatiese el derecho fundamental del art. 24 CE. Las exigencias de la tutela judicial efectiva, así contextualizada, necesariamente son más exigentes, coherentes y respetuosas con el derecho sustantivo puesto en juego.

4º.- En este campo de juego, la decisión judicial recurrida había argumentado con excesiva parquedad, a partir de que no había quedado acreditado que el empresario conociese el estado de embarazo de la trabajadora, pese a que fuese lógico suponer que sí lo conocía. El Tribunal Superior de Justicia arguye, simplemente, que es lógico concluir que el cese nada había tenido que ver con la situación gestante de la trabajadora afectada, sino con las causas organizativas aducidas por la empresa. Pero llega a tal conclusión sin efectuar el recorrido por la prueba indiciaria y el desplazamiento del *onus probandi* debido en estos casos.

5º.- Sí reflexiona no obstante la sentencia de suplicación acerca de la exigibilidad del conocimiento del embarazo por parte del empresario, a la vista de la interpretación de los arts. 53 y 55 ET efectuada por el TS en algún pronunciamiento anterior –cuya pertinencia ahora no viene al caso–, y concluye en la respuesta afirmativa a dicha exigencia, a partir de la definición que el art. 2 de la Directiva 92/85/CE aporta de mujer embarazada.

6º.- Pero dicha conclusión, desde la perspectiva del TC, es claramente irrazonable, pues olvida que la Directiva referida constituye un mínimo que, desde luego, puede mejorar la normativa interna, como expresamente afirma que hace la Ley 39/1999, de 5 noviembre. Nada del art. 55 ET –ni del art. 53– permite concluir que la protección dispensada a la mujer embarazada se hace depender de que la empresa tome conocimiento del embarazo y aun menos de que la trabajadora le comunique expresamente su estado. Bien al contrario, los más elementales criterios de interpretación del art. 3 del Código Civil, así como el criterio de interpretación *pro constitutione* imponen como conclusión debida que la protección que dispensa el ET a la mujer embarazada es una protección automática, sólo dependiente de que ésta acredite su estado.

7º.- La protección de la maternidad se liga directamente a la no discriminación por razón de sexo, además de a otros derechos, como a la seguridad y a la salud en el trabajo. El riesgo de perder su puesto de trabajo, junto con la desigualdad retributiva son, a juicio del TC, los dos principales factores determinantes de la discriminación laboral de la mujer. En las situaciones fácticas suscitadas antes de la entrada en vigor de la Ley de conciliación, los Tribunales debían utilizar la técnica de la prueba de indicios, desplazamiento de la carga de la prueba y justificación por la empresa de móviles absolutamente ajenos al embarazo de la mujer cesada. Pero en

## JURISPRUDENCIA • TC

esta situación impacta la Ley 39/1999, al introducir nuevos supuestos de nulidad en los arts. 53 y 55, de cuyo tenor literal no puede deducirse que se exige la prueba del conocimiento del embarazo por la empresa. En la “fecha de inicio del embarazo” éste no es conocido siquiera por la propia trabajadora interesada.

8°.- Es más, la propia lógica contextual lleva a la misma conclusión, si se tiene en cuenta que la reforma operó sobre uno y otro precepto dejando inmodificada la tradicional causa de nulidad por vulneración de derechos fundamentales y por discriminación e introduciendo causas nuevas, automáticamente generadoras de nulidad más allá de la aplicación de las técnicas probatorias ya tradicionales.

9°.- El que la exposición de motivos de la Ley 39/1999 exprese que se dirija a atajar los despidos “motivados” por el embarazo no es argumento de peso que obste a la conclusión de la nulidad automática, pues para alcanzar esa finalidad la técnica jurídica empleada puede ser variada. Se opta por una tutela reforzada, muy conveniente en un escenario en el que la prueba del conocimiento del embarazo por la empresa puede resultar enormemente compleja, hasta el punto de poder quedar muy cercenado el derecho fundamental a la no discriminación.

10°.- La ley exime, así, de que haya de acreditarse que un tercero conoce un dato que corresponde a la esfera más íntima de la persona, que tal vez prefiera mantener oculto al conocimiento ajeno, tal vez incluso para preservar su puesto de trabajo. Así se fortalece el derecho a la no discriminación, de una forma además muy coherente con el derecho a la intimidad, a través de una técnica legal de garantía reforzada y automática.

11°.- Esta indemnidad reforzada sirve, además, a los derechos a la salud en el trabajo y a la protección de la familia.

12°.- Por supuesto, cabrían otras alternativas legales, que no pasen necesariamente por una tutela objetiva. Pero, mejorada la protección legal, no cabe que los órganos judiciales opten por una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor. Así se restringiría el alcance de las normas protectoras de derechos fundamentales, de forma inconsistente con la jurisprudencia constitucional. Vulnerándose, en síntesis, el canon de razonabilidad y de interpretación reforzada y la efectividad de un derecho fundamental que la ley ordinaria ha querido proteger de forma intensa.

### III. LAS PRECISIONES DEL VOTO PARTICULAR DEL TS

La jurisprudencia del TS se adecuó a la del TC al poco de la publicación de la sentencia 92/2008. En concreto, ya en la sentencia de 17 octubre 2008 (RCUD 1957/2007), con una argumentación jurídica que, de forma más sintética, reproduce los fundamentos de aquélla. A esta sentencia siguen otras, también de perfil más bien bajo, como las SSTs de 17 marzo 2009 (RCUD 2251/2008) y de 6 mayo 2009 (RCUD 2063/2008). Con éstas, se modifica la jurisprudencia contra-

ria, que se había gestado fundamentalmente con la STS (de Sala General) de 19 julio 2006 (RCUD 1402/2005), seguida por SSTs de 24 julio 2007 (RCUD 2520/2006), de 29 febrero 2008 (RCUD 657/07) y de 12 marzo 2008 (RCUD 1695/2007). En alguna ocasión (STS de 30 abril 2009, RCUD 2428/2008), el Alto Tribunal prefiere, más que glosar la jurisprudencia constitucional, reproducirla literalmente. Pero acaso el pronunciamiento de mayor interés sea la STS de 16 enero 2009 (RCUD 1758/2008), que cuenta con el aliciente de que incluye un voto particular firmado por el ponente de la STS de 19 julio 2006. En él se combate el cambio de criterio del TS auspiciado por la STC 92/2008. Se arguye que el Alto Tribunal no puede abdicar de su propia competencia de enjuiciamiento, que le viene atribuida por el art. 123 de la Constitución, como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Y que no otra cosa ha hecho al plegarse al criterio del TC, cuando la cuestión debatida era puramente de legalidad ordinaria. Pues se trataba no tanto del desarrollo de un derecho fundamental, sino de su régimen jurídico, contenido además en una norma con rango de ley ordinaria, como es el ET. Porque la materia de desarrollo de un derecho fundamental está exclusivamente confiada a la Ley Orgánica. Por consiguiente, es al TS al que compete fijar la interpretación jurisprudencial de, en este caso, el art. 55.5 ET. En realidad –prosigue el voto particular con su argumentación– la sentencia 92/2008 reconoce implícitamente esta circunstancia cuando concede que “la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999”. Por todo lo cual, no se entiende por qué el TC debe aplicar el canon reforzado de control de constitucionalidad, si no es contraria a la doctrina de éste la conclusión de no considerar acreditada la existencia de un despido motivado por el embarazo y si el régimen jurídico de protección frente al despido por embarazo no requería de una regla como la del art. 55.5 para adecuarse a la Directiva comunitaria. En este contexto, concluye el voto, es útil diferenciar entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* y recordar que la STC 92/2008 se refería a un supuesto en el que el estado de embarazo de la mujer despedida era perceptible en la fecha del despido, en tanto que en la situación enjuiciada por el TS era hecho probado que la empresa desconocía la situación de la trabajadora afectada. De tal forma que este dato es decisivo, a juicio del magistrado discrepante, para considerar que toda la argumentación relativa a la exégesis de los arts. 53 y 55 formulada por el TC sólo podía entenderse como argumentos a mayor abundamiento.

### IV. NUEVO PRONUNCIAMIENTO DEL TC, ESTA VEZ CON VOTO PARTICULAR

Al poco, el TC de nuevo tiene que enfrentarse al mismo tema, con la particularidad añadida, para avivar el debate entre ambos órganos –TC y TS– de que se trataba del recurso de amparo presentado contra la STS de 19 julio 2006. Como cabía es-

## JURISPRUDENCIA • TC

perar, se otorga el amparo y se anula la sentencia del Alto Tribunal. Pero, como quiera que la Sala interviniente es distinta de la que había dictado la STC 92/2008, en este caso se produce un voto particular, sumamente interesante y bien elaborado. El voto mayoritario de la STC 124/2009, de 18 mayo, reproduce la doctrina de la anterior, de tal modo que sobra cualquier otro comentario. En cuanto al particular, se articula con base en las siguientes consideraciones:

1.- El voto mayoritario reconduce a un problema de discriminación por razón de sexo lo que no es sino una cuestión interpretativa de la legalidad ordinaria, a la cual ha dado respuesta el TS en uso de las atribuciones que le confiere el art. 123 de la Constitución. De ahí que el juicio del TC ha de ser extremadamente cauteloso, a la vista de la función institucional que dicho precepto reconoce al Alto Tribunal. Ha de evitarse que éste resulte en la práctica suplantado en su papel interpretador de la Ley. Todo lo cual exige extremar el rigor argumental, para demostrar que la interpretación realizada vulnera las garantías constitucionales. Máxime cuando se trata de valorar una sentencia del TS.

2.- En este caso, no se trata de un despido motivado por un embarazo, sino de la pura interpretación del art. 55.5 b) ET, en torno a si la calificación de nulidad exige el conocimiento por parte del empresario del embarazo. En este marco de consideraciones, no parece aceptable, desde el punto de vista del magistrado discrepante, que pueda tildarse de discriminatoria una decisión que parte del desconocimiento de dicha circunstancia, porque la idea de discriminación exige la plena consciencia por parte de la empresa del hecho por el que discrimina a la mujer.

3.- Desde el punto de vista de la interpretación legal, para que pueda entenderse vulnerado el art. 24, habría que acreditar que la misma no era razonable, que era arbitraria o que incurría en error patente. Circunstancias que no concurren, sin perjuicio de cuál debiera ser la interpretación correcta del art. 55.5 b) ET.

4.- Si dicho inciso ha introducido un nuevo supuesto de nulidad, no parece lógico que, a la postre, se reconduzca al redil de la discriminación, esto es, al supuesto originario con respecto al cual había obtenido autonomía. Porque no de otro modo puede entenderse la utilización del canon hermenéutico reforzado sólo propio de las vulneraciones de los derechos fundamentales y, de entre ellos, el derecho a la no discriminación. Una exégesis legal razonable del precepto invita a pensar que los supuestos adicionados por la Ley 39/1999 son distintos del originario de la vulneración de dicho derecho. En este ámbito, no parece haber espacio para poder calificarse la interpretación efectuada por el TS en los duros términos de la STC 92/2008. A fin de cuentas, que la calificación que proceda en los nuevos supuestos sea la nulidad no tiene que ser clave de la interpretación constitucional. Esta calificación puede producirse por desconocimiento de una garantía legal no necesariamente relacionada con el respeto de un derecho fundamental.

## V. UN PAR DE CONSIDERACIONES SOBRE LOS VOTOS DISCREPANTES

No creo que sea ahora necesaria una crítica sobre los votos particulares del TS y del TC. Ya he anticipado que ponen de relieve, con solvencia, óbices competenciales, y muy en particular, relativos a la función revisora que le corresponde al TC y que me merecen el mayor respeto. Con todo, el posibilismo que refleja el del TS sobre una diferencia entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* a los efectos de limitar el alcance de la doctrina de la STC 92/2008 ha quedado severamente comprometido con el voto mayoritario de la STC 124/2009. En el caso del voto de esta última, el magistrado disidente, legítimamente, proyecta de nuevo una opinión personal que ha ya vertido en otros numerosos votos particulares, relativo a los límites sobre la función revisora del TC cuando está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva concebida de modo instrumental como vulneración de un derecho fundamental sustantivo. De ahí que sus críticas al recurso al expediente del canon reforzado propio de los casos en los que la interpretación afecta el contenido de un derecho fundamental se formulan con pie forzado, centrándose más bien en que la interpretación del TS no era irrazonable, arbitraria ni incurría en error patente.

Ambos votos particulares admiten, por lo menos a efectos dialécticos, que la causa de nulidad derivada del embarazo puede ser distinta y autónoma de la originaria derivada de vulneración de derechos fundamentales y del principio de no discriminación. En este sentido, se aproximan algo a la tesis de la nulidad automática. En particular, el voto del TC, porque el del TS, más bien, argumenta sobre el fondo del asunto sólo por remisión al voto mayoritario de la STS de 19 julio 2006. Pero, en realidad, sus fundamentos interpretativos se hacen más bien al servicio de la línea argumental principal, que consiste en achacar al TC un exceso en el ejercicio de sus competencias revisoras en materia de garantías constitucionales. En la práctica, éste es el núcleo de la dialéctica entre ambos órganos. Y aquilatar cuál de los dos tiene más razón significa tanto como decantarse por cuál interpretación debió prevalecer: la del TS o la del TC. La disyuntiva tiene cierto interés, porque el cambio de criterio del TS a partir del 17 octubre 2008 se sustentó en la doctrina constitucional, sin una elaboración propia que podía partir, *vg.*, del voto discrepante de la sentencia de 19 julio 2006. Dicho en otras palabras, el debate sobre la posible extralimitación del TC<sup>123</sup> es una mera superposición de planos del debate de fondo, relativo a la exigibilidad de la prueba del conocimiento del embarazo.

Los acontecimientos pudieron haberse producido de otro modo, porque la doctrina del TS de 2006 aparentaba ser reversible, pues la sentencia de Sala General se había construido sobre una frágil mayoría. Pero, habiéndose pronunciado el TC en 2008, probablemente la Sala Cuarta prefirió adoptar una postura obediente más que reverdecir una discusión

<sup>123</sup> Sobre el particular, SEMPERE NAVARRO, A.V., *Protección de la embarazada frente a su despido*, AS, BIB 2008\1745.

## JURISPRUDENCIA • TC

que se había saldado en principio con una jurisprudencia aparentemente interina. Dicho en otros términos, la STC 92/2008 generó una aparente incomodidad entre los magistrados y magistradas que habían sustentado, bien el voto mayoritario, bien el voto particular, la cual los aglutinó en una postura común casi unánime de remitirse sin más a los fundamentos de esta sentencia del TC. Postura que acaso nos haya hurtado un giro en la doctrina unificada que, hasta 2008, en absoluto era descartable.

Digo todo esto porque me parece más oportuno hablar del huevo que del fuero. Es decir, no creo que ahora resulte útil insistir sobre los límites del amparo constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde el punto de vista de revisar interpretaciones judiciales irrazonables, arbitrarias o evidentemente erróneas, con el recurso adicional a un canon reforzado de exigencia argumental a la jurisdicción ordinaria. Antes bien, conviene volver sobre el tema central relativo a las garantías de la trabajadora embarazada.

#### VI. SOBRE EL TEMA DE LA TUTELA A PLAZO

Que la interpretación finalmente prevalente es la más apropiada constituye una toma de postura que puede sostenerse con argumentos de política de derecho, pero también con criterios interpretativos muy atendibles. Desde el punto de vista de la política del derecho, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico precisa de mecanismos de tutela reforzada frente al despido por embarazo. La técnica de desplazamiento de la carga de la prueba no había sido, en la práctica, suficientemente garantista. Antes bien, que el tema de la prueba del conocimiento adquiriese el alto grado de centralidad que ocupó a partir del año 2000 en nuestros repertorios de doctrina judicial pone de relieve que eran necesarias herramientas de protección más objetivas. Es verdad que, desde una perspectiva formal, podía no ser exigible un sistema de tutela adicional al general de prueba de indicios. Pero éste se mostraba bastante inefectivo en la lucha contra las discriminaciones ocultas motivadas por el embarazo. Sin que quepa caer en generalizaciones, ha habido bastante contumacia entre las empresas a la hora de extinguir el contrato de muchas trabajadoras con ocasión de sus embarazos. A este respecto, los abrumadores datos de litigiosidad resultan muy evidentes. En este contexto, la Ley 39/1999, como advirtió en su exposición de motivos, no se contentó con una trasposición de mínimos de la Directiva 92/85/CEE. Incluyó un plus de protección, como volvió a hacer la LO 3/2007, de 22 marzo, en este caso en el período siguiente a la incorporación al trabajo tras la licencia por parto. Era necesario, pues, superar la lógica del art. 96 LPL y de la Directiva 97/80/CE.

Además, la interpretación jurídica aporta más argumentos a favor de la tesis de la protección automática. El TC plasmó muchos de ellos. Pero cabría apuntar alguno más. Es muy evidente para mí que la Directiva de maternidad no se decantó por una técnica de protección causal frente al despido

durante el embarazo, sino por una protección puramente temporal, a plazo. Para la protección causal ya estaba la Directiva 76/207/CEE y sigue estando la Directiva 2006/54/CE. Se trata de evitar la discriminación de la mujer en las condiciones de trabajo y no por casualidad muchas de las más emblemáticas sentencias sobre maternidad –muy principalmente, la sentencia *Dekker* de 1990– se ampararon sólo en la Directiva 76/207/CEE. La Directiva 92/85 persigue algo distinto: proteger a la mujer durante su embarazo. Protección, pues, temporal, no causal. La Ley 39/1999, con mayor o menor intencionalidad tradujo la expresión del art. 10 de esta Directiva “entre el comienzo de su embarazo” por “desde la fecha de inicio del embarazo”. Dentro de este plazo hay que proteger el despido de las trabajadoras, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora. Protegerlo, eso sí, de acuerdo con las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro. Y, en el caso de nuestro ordenamiento, la opción tenía que ser necesariamente la tutela real y no la puramente obligacional propia del despido improcedente<sup>124</sup>, una vez que la protección frente a la discriminación por razón de sexo era asimismo la real.

Que la protección de la Directiva de maternidad es a plazo, no causal, se comprueba fácilmente con un análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia. Muy en particular, resulta elocuente la sentencia *Mayr*, de 26 febrero 2008 (asunto C-506/06). En ella, se deniega la protección, al amparo del art. 10 de la Directiva de maternidad, a una mujer que se había sometido a un tratamiento de fecundación artificial, pero que, cuando le preavisan el despido, todavía no estaba embarazada puesto que no se le habían implantado en el útero los óvulos fecundados, aunque sí se le había practicado la denominada punción folicular. Y, en la argumentación, se hace referencia directa al hecho de que la protección de la norma derivada nace, precisamente, con el comienzo del embarazo. Puede reproducirse el siguiente pasaje, muy concluyente:

*“...del decimoquinto considerando de la Directiva 92/85 se desprende que la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de esta última tiene por objeto evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada. En estas circunstancias, es evidente, como señaló, por su parte, el Gobierno austriaco, que la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo. No obstante, aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación in vitro, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados in vitro a su útero”.*

La doctrina del Tribunal es, pues, concluyente: la fecha que

<sup>124</sup> Una reflexión clave sobre ambas, en BAYLOS GRAU, A., *Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, RDS, n° 46, 2009, pp. 11 ss.

## JURISPRUDENCIA • TC

ha de considerarse es la más precoz posible de existencia del embarazo. A partir de entonces, la trabajadora está cubierta por el art. 10 de la Directiva. Y la protección de este precepto tiene una finalidad concreta ligada con la salud de la mujer afectada<sup>125</sup>. Esta finalidad en absoluto ha sido tomada en consideración por la doctrina judicial interna. La tutela frente al despido ostenta una vertiente, así pues, preventiva, como es propio de una Directiva aprobada a partir de la Directiva 89/391/CEE. El Tribunal de Justicia no hace en este pasaje más que recrearse en una interpretación de dicho art. 10 que, por lo demás, resulta muy evidente a partir de su tenor literal. Hay un dato significativo en este pronunciamiento: la trabajadora le hace saber a la empresa que van a implantarle los óvulos cuando ya ha recibido comunicación verbal del cese. Lo cual no le merece al Tribunal ningún comentario, aunque era evidente que, desde una interpretación lineal del art. 2 de la Directiva, tampoco podría considerarse embarazada en el momento del preaviso del despido, porque no se ajustaba a los requisitos del referido precepto en cuanto a la notificación a la empresa de su estado. El óbice de la sentencia para no aplicar la tutela del art. 10 se centró sólo en que no estaba realmente embarazada cuando le comunicaron telefónicamente su despido. En realidad, es casi un elemento recurrente en las sentencias relativas a la protección de la mujer embarazada frente al despido la irrelevancia de la comunicación a la empresa de su estado.

Pero el Tribunal es consciente de la más que posible conexión entre la decisión de la empresa y el tratamiento de fecundación artificial al que se había sometido la trabajadora. Y concluye que el despido por tal causa constituye, evidentemente, una discriminación directa por razón de sexo:

*“Es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse. Sin embargo, las intervenciones de que se trata en el asunto principal, es decir, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres. De ello se sigue que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo. Admitir que un empresario pueda despedir a una trabajadora en circunstancias como las del asunto principal sería por lo demás contrario al objetivo de protección que persigue el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, en la medida en que, ciertamente, el despido se base esencialmente en el tratamiento de fecundación in vitro y, en particular, en las intervenciones específicas, mencionadas en el apartado precedente, que dicho tratamiento implica.*

En síntesis, desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria, debe distinguirse la protección de la mujer embarazada, que se prolonga desde el comienzo mismo del embarazo y llega hasta la extinción de la licencia por maternidad, y la tutela de la mujer frente a decisiones del empresa-

rio basadas en circunstancias que afectan sólo a las mujeres, entre ellas el propio embarazo, las cuales encuentran protección, en tanto que discriminaciones directas, en la Directiva 76/207 –o, si se prefiere, en la 2006/54-. Ésta responde a una relación causa-efecto, en tanto que aquélla tan sólo a una conexión temporal. Es la diferencia que debe formularse en el espacio interno entre la protección del art. 55.5 b) ET y la del art. 55.5 *ad initium*. En otras palabras, a la tutela automática del art. 55.5 b) se le añade una tutela causal, de modo que ambas son compatibles y complementarias entre sí. Es evidente, *vg.*, que si la nulidad del despido sólo se produce por el dato temporal de que la mujer está embarazada –lo sepa o no el empresario-, no cabe la imposición de una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, pues para ello se exige que el despido se haya producido precisamente a causa del embarazo. Así lo ha reconocido, por lo demás, el TC en la sentencia 342/2006, de 11 diciembre. Y, si la mujer no está embarazada, pero se le despide por causa de un embarazo no puede ampararse –como sucedió en el caso *Mayr*- en la tutela que el ordenamiento jurídico presta a la mujer embarazada.

En realidad, hay un argumento del voto particular a la STC 124/2009 muy digno de compartirse: el despido nulo de la mujer embarazada no es un despido discriminatorio porque no se produce a causa de su embarazo; se produce tan sólo “con ocasión” de su embarazo. Si hay un elemento causal en la decisión de la empresa, el despido es nulo por discriminación sexista, no específicamente por embarazo. La Ley 39/1999 innovó el art. 55 –así como el art. 53- no sólo para excluir la improcedencia como calificación posible en estos supuestos, sino también para incorporar unos casos de tutela frente al despido que no exigen que se acredite la relación causa-efecto. En el fondo, es así para el embarazo y para los casos de despidos coincidentes con el ejercicio de derechos ligados a los permisos parentales: en el caso, *vg.*, del despido de una persona que se hubiese acogido a una excedencia por cuidado de familiares, el órgano judicial no tiene que valorar, a través de la prueba de indicios, si la causa del despido ha sido el ejercicio de ese derecho. Le basta con comprobar que hay una coincidencia temporal entre decisión extintiva y solicitud o ejercicio del derecho de conciliación para, si el cese no es procedente, calificarlo como nulo. El esquema del embarazo no es –no puede ser- distinto. Otra cosa es que el despido por ejercicio de derechos parentales pueda constituir, además, una discriminación indirecta, o el despido por embarazo una discriminación directa. A estos efectos sí que hay que estar a las específicas reglas probatorias de ambas clases de discriminación.

Desde otro punto de vista, la Ley 39/1999 ha mejorado el Derecho comunitario también en otros aspectos. Uno muy evidente se refiere al cómputo de las inasistencias a los efectos de un despido objetivo. De acuerdo con la letra d) del art. 52, no computan, entre otras, las inasistencias derivadas de enfermedad causada por el embarazo, aunque éstas sean poste-

<sup>125</sup> Finalidad que ya había sido señalada en la sentencia *Tele Danmark*, de 4 octubre 2001 (asunto C-109/00).

## JURISPRUDENCIA • TC

riores a la finalización de la suspensión por parto. Es decir, de los porcentajes de inasistencias previstas en dicha letra se excluyen también las bajas por incapacidad temporal de menos de veinte días derivadas de complicaciones que tienen su causa en el embarazo y en el parto. Sobre este tema, aunque ni la Directiva de maternidad ni la Directiva 76/207 contemplasen reglas específicas, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades se pronunció en el sentido de que no podía considerarse discriminatorio por razón de sexo un despido basado en las inasistencias de una trabajadora debidas a una enfermedad causada por el embarazo. En concreto, en la sentencia *Hertz*, de 6 noviembre 1990 (asunto C-179/88), consideró que no podía protegerse, al amparo de la Directiva 76/207, a una trabajadora cuyo despido se debió a ausencias frecuentes justificadas por enfermedades que se derivaban de su anterior embarazo. La Corte entendió que no cabía diferenciar entre estas específicas enfermedades y otras que afectaban indistintamente a mujeres y hombres<sup>126</sup>. En contraste con esta doctrina, el art. 52 d) ET impide computar para un despido objetivo por inasistencias las derivadas de enfermedades –aunque sean posteriores al embarazo– derivadas precisamente de éste. Distinguiéndolas, así pues, de cualesquiera otras enfermedades. A este respecto es claro que la legislación interna mejora nítidamente el Derecho Comunitario. Por cierto, la LO 3/2007, de 22 marzo, tomó en consideración estas enfermedades, para declarar, salvo procedencia, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato derivada de las mismas, tanto en el caso del despido disciplinario –art. 55.5 a)– como objetivo –art. 53.4 a) ET–.

Quiero decir con ello que la Ley 39/1999, de 5 noviembre, por más que en algunos aspectos no alcanzara los estándares mínimos de la Directiva 92/85/CE, en otros se situó por encima de las exigencias del ordenamiento comunitario. En el caso del despido por embarazo, yo no diría tanto que mejoró la normativa derivada como que conjugó su técnica de la tutela temporal con elementos propios del derecho interno, en concreto la tutela real del despido nulo y el descarte de la improcedencia como calificación posible. Este último lo rescató –como más tarde haría la LO 1/2004, de 28 diciembre– de la normativa previa a la Ley 11/1994, de 19 mayo, en el caso del despido durante la incapacidad laboral transitoria de la persona afectada.

Por último, conviene traer a colación un argumento más obvio, relativo al derecho a la intimidad de la trabajadora embarazada. Con todo lo determinante que pueda ser el concepto de tal trabajadora del art. 2 de la Directiva, basado en que comunique su estado al empresario, lo cierto es que el derecho de aquélla de no notificarlo debe tenerse en cuenta, como parte esencial de su derecho a la intimidad personal. Desde luego, así lo ha entendido la Comisión Europea y, tácticamente, el propio Tribunal, al hacer suya tal opinión en el asunto *Tele Danmark*. En el caso del ordenamiento español,

es claro que la jurisprudencia del TS anterior a la STC 92/2008 producía una situación en la que, *de facto*, la mujer embarazada se veía compelida a comunicar inmediatamente su gestación, para adquirir el derecho a la tutela frente al despido. En ese contexto, el derecho al silencio no dejaba de ser retórico, ante la amenaza, muy avalada por la experiencia colectiva, de que la empresa adaptase una decisión extintiva del contrato. De otro modo, la prueba de que ésta conocía el estado de la trabajadora, las más de las veces, se convertiría en una barrera de muy difícil superación.

## VII. ALGUNOS COMENTARIOS DE CIERRE

Ha habido cierta especulación sobre el significado de que la LO 3/2007, de 22 marzo, no terciara en esta polémica, en un tiempo en el que la jurisprudencia del TS era proclive a exigir que la trabajadora acreditase que el empresario conocía su estado. Máxime porque reformuló los arts. 53 y 55 para añadir algún supuesto más de despido nulo vinculado a la maternidad<sup>127</sup>. En este contexto, podría sostenerse que el silencio del legislador era un espaldarazo a la tesis del TS. Yo creo que ello no es así en absoluto. Claramente, la Ley nada dispuso porque nada había que disponer. El tenor literal de los arts. 53 y 55 era suficientemente inequívoco en su redacción literal. Y, si alguna duda cupiese –como legítimamente ha cabido– la normativa y la doctrina judicial comunitarias, más que alentar la postura inicialmente sostenida por el TS, avala la contraria, como he tenido ocasión de argumentar. Aunque así no fuese, mal podría deducirse del silencio legal una complicidad con la doctrina unificada del Alto Tribunal. Desde luego, una interpretación sistemática de las novedades introducidas en ambos preceptos del ET más bien avalaría la postura finalmente defendida por el TC y a la que a la postre se sumó el propio TS.

Con todo, la jurisprudencia ya consolidada, que ha revertido la doctrina de la STS de 19 julio 2006, ha contribuido a cerrar el círculo relativo a las múltiples vicisitudes de la trasposición al Reino de España de la Directiva de maternidad. El elenco de normas que han pretendido, de forma imperfecta, incorporarla en su totalidad, desde la Ley 31/1995, de 8 noviembre, hasta la LO 3/2007, de 22 marzo, siempre dejaban un resquicio de fracaso. Sólo con el RD 298/2009, de 6 marzo se han incorporado los listados de agentes nocivos o potencialmente nocivos para la salud de la trabajadora, del feto o del lactante y se ha culminado, en el plano normativo, dicha trasposición. Este hito, conjuntamente con los últimos coletazos posteriores a la STC 92/2008, hacen las veces de “certificación de calidad” de nuestro ordenamiento en la materia cubierta, a nivel comunitario, por la Directiva 92/85/CE.

Y está bien que sea así en un tiempo en el que, en contraste, las noticias sobre la Directiva del permiso parental –la 96/34/CE– o sobre la del principio de igualdad en materia

<sup>126</sup> La misma doctrina en la sentencia *Larsson*, de 29 mayo 1997 (asunto C-400/95).

<sup>127</sup> Sobre este tema, CABEZA PEREIRO, J., *Prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo*, TL, n° 91, 2007, pp. 170 ss.

## JURISPRUDENCIA • TS

de Seguridad Social –la 79/7/CEE- son muy otras, y ponen de relieve que los estándares comunitarios sobre los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral, resultan absolutamente irrelevantes. La contundencia del Tribunal de Justicia al avalar el sistema español de cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencia común en el caso de una trabajadora que tenía su jornada reducida por guarda legal –sentencia *Gómez Limón*, de 16 julio 2009, asunto C-537/07- resulta muy decepcionante. No tanto por el sentido del fallo, desde luego muy predecible, como por su línea argumental, que deja pocos resquicios a una interpretación más sensible a las posibles discriminaciones indirectas.

Dicho todo lo cual, quizá el desenlace de este contencioso entre el TS y el TC pudo haber sido otro en sus aspectos adjetivos, pero debía necesariamente concluir como concluyó en sus aspectos sustantivos. Desde luego, algunos apostamos, ante la polarización del TS en julio de 2006, que el propio Tribunal volvería sobre su doctrina y la unificaría en sentido contrario. No fue así *propio motu*, porque se interpuso el TC, pero quizá lo habría sido de no haber mediado los dos recursos de amparo que dieron lugar a las dos sentencias del TC comentadas. No me interesa demasiado el debate sobre si éste actuó con exceso. El hecho cierto es que la posición jurídica de la mujer embarazada ha quedado mejor salvaguardada.

## LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA, CAUSA DE ACEPTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ASILO

ANA SALINAS DE FRÍAS,

Asesora Jurídica del Consejo de Europa.

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Málaga.

La institución del refugio, surgida desde el punto de vista del Derecho internacional público en tiempos de la Sociedad de Naciones como consecuencia de los grandes desplazamientos de población provocados por la Revolución soviética, debe su existencia inicialmente a la aparición de conflictos armados. Como consecuencia de esa revolución un gran número de personas perdieron su nacionalidad y necesitaron protección internacional, razón por la cual la Sociedad de Naciones creó la Oficina del Alto Comisario para los Refugiados, antecedente directo del actual ACNUR, establecido por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>128</sup>. Un año más tarde se adoptaba en Ginebra la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados el 28 de julio de 1951, y que define el concepto de refugiado de manera clara y estricta, en la medida en que la concesión de dicho estatuto supone la restricción del ejercicio de las competencias personales de los Estados y, de alguna manera, de su soberanía. Conforme a la misma, y una vez modificada por su Protocolo adicional de 31 de enero de 1967, se considera refugiado a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se en-

cuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él<sup>129</sup>.

En la medida en que se trata de personas pertenecientes a alguno de los grupos de protección establecidos que sufren persecución, el Estado de acogida contrae, conforme a Derecho internacional, unas obligaciones mínimas entre las que destacan un trato favorable en materia de empleo –ya se trate de trabajo por cuenta ajena<sup>130</sup>, por cuenta propia<sup>131</sup> o de profesiones liberales<sup>132</sup>–, de seguridad social<sup>133</sup> y, sobre todo, la prohibición de expulsión y de devolución (*non-refoulement*)<sup>134</sup>. Pero precisamente por esta mayor protección de la que disfrutaban los refugiados, cuando los flujos migratorios se han intensificado y globalizado, los intentos de uso fraudulento y de quedar acogido a esta categoría han proliferado, produciéndose lo que en los últimos años se ha conocido como “flujos mixtos” o, lo que es lo mismo, “movimientos de población complejos que comprenden solicitantes de asilo, refugiados, migrantes económicos y otros migrantes”<sup>135</sup>. No obstante, la

<sup>128</sup> Vid Res. 319-IV, de 1949, y 428-V, de 1950.

<sup>129</sup> Vid art. 1 del Convenio de Ginebra.

<sup>130</sup> *Ibidem*, art. 17.

<sup>131</sup> *Ibidem*, art. 18.

<sup>132</sup> *Ibidem*, art. 19.

<sup>133</sup> *Ibidem*, art. 24.

<sup>134</sup> Vid *ibidem*, art. 33.

## JURISPRUDENCIA • TS

calificación de una persona como refugiado no sólo está intervenida por el propio Alto Comisariado para los Refugiados de Naciones Unidas (ACNUR) y sus respectivos representantes nacionales, sino que se trata de una calificación otorgada con carácter objetivo y global.

En lo hasta aquí dicho aún no ha aparecido la figura del asilo, que supone la concesión de una protección de las mismas características que la descrita brevemente respecto de los refugiados, pero en este caso concedida con carácter individual, si la persona solicitante siente temores de persecución exactamente por inclusión en alguna de las cinco causas consideradas convencionalmente: raza, religión, nacionalidad, grupo social determinado u opiniones políticas. En el caso del asilo se trata, pues, de una concesión graciable por parte del Estado ante una solicitud individual de protección por parte de un extranjero, de fuerte raigambre histórica, pero que falló en su momento en todos los intentos de transformarse de prerrogativa del Estado en derecho de la persona perseguida, pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establezca el derecho de toda persona a buscar asilo y a disfrutar de él en caso de persecución<sup>136</sup>.

Así pues, la fragilidad jurídica de la institución del asilo<sup>137</sup> podría decirse que emana de su propia naturaleza, en la medida en que se trata de una concesión graciable por parte del Estado y que queda sometido, en todo caso, a la regulación interna que éste establezca. Dicha regulación ha sido especialmente generosa en algunos ordenamientos internos, que establecieron en su momento un verdadero derecho subjetivo del extranjero a obtener asilo, como ocurrió con la Ley Fundamental de Alemania<sup>138</sup> o la Constitución francesa<sup>139</sup>. En el caso de la Constitución española, su sabia redacción ha escapado a esta polémica y evitado también, en fin, la necesidad de reformas posteriores, al establecer en su artículo 13.4 que *“la ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Y así ha ocurrido con la adopción de la Ley 5/1984,

de 5 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reformada sustancialmente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, desarrollada a su vez reglamentariamente por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, modificado posteriormente por los RRDD 864 y 865/2001, de 20 de julio, 1325/2003, de 24 de octubre, y 2393/2004, de 30 de diciembre. La actual ley, de nuevo en proceso de reforma, ha venido a acabar con la indefinición de dos situaciones sólo nominalmente diferenciadas, afirmándose en su Exposición de Motivos la supresión de la duplicidad del asilo y el refugio, fuente de confusión y abusos, y definiendo el asilo como *“la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951”*, reconduciendo a la vía ordinaria de la legislación de extranjería el llamado *“asilo por razones humanitarias”*, lo que en su momento fue objeto de duras críticas<sup>140</sup>.

Establecidos, por tanto, la definición de asilo y sus problemas básicos (carácter graciable del Estado, necesario incardinamiento en algunas de las causas de persecución establecidas convencionalmente y apreciación progresivamente restrictiva como consecuencia de su invocación a efectos de inmigración, generando los llamados flujos mixtos)<sup>141</sup>, el Tribunal Supremo español (TS) se ha venido enfrentando a una serie de recursos, bien como consecuencia de la denegación de la solicitud de asilo por parte del Ministerio del Interior, bien como consecuencia de la inadmisión a trámite de la propia solicitud de asilo.

Resulta pertinente, a efectos de valorar la aportación de una serie de sentencias del TS que culmina -por el momento- la decisión de 11 de mayo de 2009, recordar brevemente el procedimiento de solicitud de asilo conforme a la legislación española en vigor, en la medida en que la jurisprudencia desarrollada se produce en dos momentos diferentes: bien en la admisión a trámite de la solicitud de asilo, bien una vez admitida, como recurso contra la decisión denegatoria de asilo por parte del Ministerio del Interior. En líneas generales el

<sup>135</sup> Vid Oficina Internacional para las Migraciones (OIM): Glosario sobre Migración, en Derecho Internacional sobre Migración, 2004, p. 42, [http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/main/site/published\\_docs/serial\\_publications/greenbook7\\_spa.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/main/site/published_docs/serial_publications/greenbook7_spa.pdf). Respecto del concreto plan de acción de ACNUR en relación a estos flujos mixtos vid: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4598.pdf>.

<sup>136</sup> Vid DUDH, art. 14.1.

<sup>137</sup> No se recoge, por ejemplo, como derecho humano, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y es evidente esta debilidad también en la Declaración sobre asilo territorial de Naciones Unidas, adoptada el 14 de diciembre de 1967 por unanimidad pero que sucumbió al intento de convocatoria de una conferencia internacional codificadora en la materia.

<sup>138</sup> Vid antiguo art. 16.2, concediendo un derecho subjetivo a obtener asilo por parte del extranjero perseguido solicitante del mismo, modificado en la reforma constitucional de 26 de mayo de 1993, que excluye del mismo a los extranjeros procedentes de países considerados “seguros”, cuya lista se ha establecido por ley (vid actual art. 16.b).

<sup>139</sup> La Constitución francesa sucumbió también a una aproximación restrictiva del asilo en su reforma de 25 de noviembre de 1993 a partir de la cual se invierte la naturaleza jurídica de la institución, que deja de ser un derecho subjetivo del solicitante para convertirse en una potestad graciable del Estado, tal y como establece su artículo 53.1, §2.

<sup>140</sup> Vid SALINAS DE FRIAS, A: “Refugio y Asilo” en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2006, pp. 360 y ss.

<sup>141</sup> Como consecuencia de la globalización la emigración internacional ha aumentado y los flujos migratorios económicos, compuestos mayoritariamente por personas que buscan mejorar sus condiciones materiales de vida, enmascaran igualmente personas necesitadas de protección como los asilados y los refugiados, que incluso en ocasiones recurren a las mafias que controlan la inmigración ilegal para poder salir del país en el que sufren persecución, provocando la perversión de que en muchos casos se presume que los solicitantes de asilo y refugio no son sino migrantes económicos mientras no se demuestre lo contrario, y que las políticas de protección que suponen el asilo y el refugio encuentren su regulación en la normativa general y más restrictiva de la extranjería. Por otra parte, como se ha puesto muy acertadamente de relieve, con el fin de la guerra fría el valor del refugiado como propaganda ha menguado, mientras su número ha crecido geométricamente al hilo de los numerosos conflictos locales que durante la guerra fría las grandes potencias habían mantenido embridados. Para hacer frente a esta situación el modelo desarrollado hasta el momento, basado en el asilo, es insuficiente ante la imposibilidad en unos casos, o la falta de voluntad en otros, de absorber a los nuevos refugiados. Vid REMIRO BROTONS, A. et alt., *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, p. 1014.

## JURISPRUDENCIA • TS

procedimiento de entrada previsto en la Ley 9/1994 reformada ha sido progresivamente endurecido, de manera que si antaño la presentación de la solicitud de asilo en puesto fronterizo habilitaba a entrar y permanecer en España en tanto el expediente era resuelto, la reforma operada permite la inadmisión a trámite en el mismo puesto fronterizo, evitando la entrada del solicitante. En tal caso la Ley pone a disposición del solicitante una petición de reexamen con efectos suspensivos en cuya resolución habrá de participar el representante nacional del ACNUR. Si la solicitud es admitida a trámite, corresponde al Ministerio del Interior la concesión o no del estatuto en cuestión, quedando el examen del expediente a cargo de la Comisión Interministerial creada a tal efecto y compuesta por un representante de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Asuntos Sociales, y a cuyas sesiones será convocado el representante en España del ACNUR. En caso de ser denegada la solicitud, el solicitante de asilo deberá abandonar el país salvo que cumpla los requisitos exigidos por la ley de extranjería para permanecer en territorio español, en este caso bajo la consideración de extranjero.

Así pues, la persona solicitante de asilo en España debe, en el momento de la solicitud, explicar los temores fundados que tiene de ser perseguida, que serán valorados en dos momentos procesales diferentes: al admitir a trámite la solicitud de asilo, en cuyo caso es jurisprudencia consolidada del TS que dichas alegaciones en este primer momento basta con que tengan un carácter meramente indiciario de persecución personalizada y particularizada. Y en un segundo momento, en la decisión gubernativa de concesión o denegación del asilo como respuesta al expediente de solicitud incoado ante el Ministerio del Interior. En los casos que nos ocupan se trata de en qué medida la condición de mujer supone, en relación a ciertos países, sobre todo africanos, la pertenencia a un grupo social que sufre persecución y que, por tanto, la condición de mujer sea determinante en dicha persecución e incline la balanza en favor del asilo. En todo caso la persecución alegada:

*" (...) debe poder reconocerse como tal, como una persecución propiamente dicha, por su origen, por su causa o motivo, por su entidad y por la falta de protección institucional frente a ella (...) para que pueda hablarse de persecución es preciso que los hechos acaecidos o que se tema puedan ocurrir sean lo suficientemente graves, por su naturaleza o su repetición: ya sea que constituyan un atentado grave a los derechos humanos, por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, ya sea que impida de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen (...) "*<sup>142</sup>.

Por lo que hace a los casos de inadmisión a trámite de una solicitud de asilo alegando la pertenencia al sexo femenino como motivo de persecución y base de temor suficiente para

admitir a trámite la solicitud, la jurisprudencia protectora del TS se inicia claramente con la Sentencia 1836/2005, de 31 de mayo de 2005, en la que la recurrente, de nacionalidad somalí y que había salido como refugiada de aquel país en 1992 en pleno conflicto armado, alega en su solicitud de asilo haber sufrido violación a manos de soldados somalíes y luego keniatas y tanzanos mientras residía en campos de refugiados establecidos en dichos países, pese a lo cual la solicitud es inadmitida a trámite por la Administración española, por entender que en ella no concurría ninguna de las causas previstas en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Ley 5/84, modificada por la Ley 9/94. El TS, en una decisión sin duda loable que demuestra una interpretación progresista, actualizada, respetuosa y adaptada a las circunstancias personales del recurrente sea del sexo que sea, no dudó en afirmar que:

*"La interesada describió en su solicitud (y en su petición de reexamen) unos hechos que, en principio, pueden revestir los caracteres de una persecución por razón de sexo, acaecidos primero en su país y luego en Tanzania y en Kenia.*

*Tal y como hemos dicho en numerosas sentencias, es un requisito positivo (descripción de una persecución) junto con un requisito negativo (que no haya manifiesta falsedad o inverosimilitud), lo que abre el trámite. Y aunque la diferencia pueda creerse demasiado sutil, no lo es: la Administración —y, derivativamente, los Jueces y Tribunales— no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución y si es o no manifiestamente falso o inverosímil; basta esto para que la solicitud merezca el trámite (...).*

*Sin embargo, basta la lectura del relato expuesto en la petición de asilo, ampliado en la ulterior petición de reexamen, para constatar que aquella describió una situación grave y continuada de persecución por razón de sexo, (encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales). En consecuencia, la solicitante del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, adujo, para impetrar este derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España para que se le reconozca la condición de refugiada, expuesta en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud. Será al término del procedimiento, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se pueda deducir si existen o no los indicios suficientes, según la naturaleza del caso, para decidir que se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo"*<sup>143</sup>.

Consecuentemente con estas afirmaciones el Tribunal Supremo admitió el recurso y estableció la admisión a trámite de la solicitud de asilo. Pero lo importante es la interpretación establecida sobre el artículo 1 del Convenio de Ginebra de cara a la Administración española y la concesión en su caso del asilo: cuando la mujer solicitante de asilo alega una persecución que se identifica exclusivamente con su sexo y

<sup>142</sup> Vid STS de 7 de julio de 2005 (recurso 2107/2002), retomando los términos de la Posición Común del Consejo de la UE de 4 de marzo de 1996, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado" (DOCE L 63, de 13/03/1996, p. 2).

<sup>143</sup> Vid STS de 31 de mayo de 2005 (recurso 1836/2002), y reiterando literalmente este planteamiento STS de 10 de noviembre de 2005 (recurso 3930/2002).

## JURISPRUDENCIA • TS

con atentados a su persona de carácter sexual (en este caso violación), se puede entender que es objeto de persecución por pertenencia a un grupo social y que, por lo tanto, sus fundados temores, si constatados posteriormente mediante los informes, pruebas y declaraciones oportunas, serían motivo suficiente de concesión del asilo.

La línea jurisprudencial abierta, además de novedosa, se ha consolidado desde entonces, en una serie de casos. Así, en el recurso presentado por otra solicitante de asilo de nacionalidad somalí que sufrió malos tratos, vejaciones y ataques sexuales perpetrados casualmente contra las mujeres refugiadas, a las que no consideraban personas ni concedían ningún valor ni reconocían derecho alguno, en el que el TS ha corroborado la línea jurisprudencial abierta, entendiendo que las causas aducidas por la solicitante puede considerarse incluidas entre las establecidas por el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, lo que hace admisible a trámite su solicitud<sup>144</sup>. O el caso de otra nacional somalí que huyó de su país a Kenia, tras la destrucción de su casa y el asesinato de parte de su familia, donde vivieron en campamentos de refugiados en los que sistemáticamente se violaba a las mujeres incluyendo a su hermana y a ella, aunque a ella en menos ocasiones porque *“al ser más pequeña era más fácil esconderla”*<sup>145</sup>.

Este primer conjunto de casos configura y concreta, pues, como motivo de admisión a trámite de una solicitud de asilo, las agresiones sexuales sufridas por una mujer huída de su país como consecuencia de conflicto bélico a manos de soldados en campamentos de refugiados. La actitud hostil de éstos, la situación de indefensión de estas mujeres (refugiadas) y el tipo de agresión sufrida, siempre sexual e íntimamente unida a su condición de mujeres, constituyen para el TS motivo de temor de persecución suficiente al menos en sede de admisión a trámite de la solicitud de asilo, como motivo de peligro verosímil.

Otra vertiente de esta nueva interpretación de las causas de asilo previstas en el Convenio de Ginebra, en relación con el sexo femenino, tiene que ver con el hostigamiento a las mujeres, en especial musulmanas, para contraer matrimonio de manera forzada, que el TS ha entendido también como posible causa de asilo y motivos de temor suficiente y creíble de cara a admitir a trámite la solicitud de asilo. Así, se ha puesto de manifiesto en el caso de la solicitud de asilo presentada por una mujer víctima de acoso, hostigamiento y amenazas por un hombre en su país de origen, Nigeria, respecto de la cual el TS ha afirmado lo siguiente:

*“(…) En efecto, basta repasar el relato de la solicitante de asilo para constatar que en él se expuso una persecución por razón de sexo, plasmada en el hostigamiento y amenazas de un hombre que pretendía obligarla a casarse con él, que en principio reviste carácter*

*protejible (por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales). Ciertamente es que la recurrente no denunció los hechos ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad de Nigeria, pero ella misma aclara que lo hizo por miedo a las consecuencias que la denuncia pudiera tener para ella misma y para sus padres, siendo esta una alegación que no cabe descartar apriorísticamente como inverosímil o inverosímil; más aún visto que un informe del ACNUR obrante en las actuaciones –del que podemos hacer uso en este sentido conforme a la posibilidad prevista en el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción– señala expresamente que “según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país.*

*En suma, la recurrente expuso su relato en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud. Será al término del procedimiento, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se pueda deducir si existen o no los indicios suficientes, según la naturaleza del caso, para decidir que se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo”*<sup>146</sup>.

Y ello pese a que la persecución era ejercida no por un agente estatal sino por un particular, pues como también el TS ha establecido en su jurisprudencia, dicha persecución es aceptable a efectos de solicitud de asilo cuando el Estado la tolere<sup>147</sup>.

La última evolución en la protección específica de la mujer respecto de aquellos temores fundados de volver a su país por persecuciones relacionadas únicamente con su sexo, es la surgida en relación con la práctica, presente en algunos países africanos y no perseguida, de la mutilación genital femenina. Dicha práctica como causa de persecución específica contra la mujer que justificaría, en su caso, la concesión del asilo, se plantea en un primer momento contra la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo por parte de una nacional nigeriana que escapa de su país al ser perseguida para practicarle la ablación del clítoris, práctica que, además de no admitir por voluntad propia, le infunde un enorme temor, al haber muerto por su causa tanto su hermana como una amiga. A este respecto el TS aceptó el planteamiento del tribunal de instancia en su resolución del recurso contencioso-administrativo, y entendía que:

*“Pues bien, respecto del motivo de inadmisión previsto en el artículo 5.6.b), debe señalarse que esta Sala considera que sí concurren las causas que dan lugar a la concesión de asilo, que se encuentran*

<sup>144</sup> Vid Sentencia de 9 de septiembre de 2005 (recurso 3428/2002).

<sup>145</sup> Vid STS de 10 de noviembre de 2005 (recurso 3930/2002).

<sup>146</sup> Vid STS de 28 de febrero de 2006 (recurso 735/2003), posición corroborada por las Sentencias del TS que resuelven los recursos 4881/2003, 6597/2003, 9300/2003 y 4773/2004.

<sup>147</sup> Vid Sentencias del TS de 20 de abril, 5 y 20 de mayo, y 28 de septiembre de 2001, así como STS 735/2005 citada *supra*.

## JURISPRUDENCIA • TS

previstas –por remisión del artículo 3 de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo– principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y se resumen en la concurrencia de temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en su país de origen, pues concurre un fundado temor a sufrir persecución cuando se teme sufrir un atentado contra su integridad física –mutilación genital– por razón de su pertenencia a un determinado grupo social –las mujeres– (...) procedente o consentido por las autoridades de su país de origen<sup>148</sup>.

En mayo de 2009 el TS ha terminado de afirmar rotundamente como causa de concesión de asilo en España el hecho de haber sufrido mutilación genital por parte de una mujer –en el caso de autos nigeriana–, apoyando su posición en toda la jurisprudencia protectora de la mujer hasta aquí descrita y, específicamente señalando la concesión del asilo como protección frente a una mutilación salvaje y una afección de derechos fundamentales como es la ablación del clítoris. La respuesta del Tribunal, estructurada sobre la base de la jurisprudencia hasta ahora establecida, ha sido contundente:

*“(…) Esta Sala (…) ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnera de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (...); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (...), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (...), referidas, por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria (...).”*

Argumentación con la que el TS enlaza con sus sentencias anteriores y particulariza la situación de persecución de las mujeres, en especial en el caso de Nigeria, y que ilustra además con un listado amplio de conductas atentatorias contra sus derechos fundamentales y constitutivas *per se* de temores fundados de persecución, en la medida en que el Estado en cuestión no da muestras de combatirlos ni perseguirlos de forma efectiva: entre ellas se encuentran los matrimonios forzados incluso con menores de edad, la privación de derechos hereditarios, la falta de sanción de malos tratos y, por supuesto, la mutilación genital:

*Más específicamente (...) recogimos el criterio del ACNUR sobre la práctica de la mutilación o ablación genital en Nigeria, en el sentido de que “existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital” y que la mutilación genital, aun estando prohibida en algunos Estados, “parecería que aún se practica extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo”, concluyendo (...) que la huida con la finalidad de evitar esa reprochable práctica de la abla-*

*ción genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra.*

*En estas y en otras sentencias sobre casos similares, referidas a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria, transcribíamos un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en ese país. Decía aquel informe: “según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país.*

*Y, lo que es más importante, esas mismas consideraciones se recogen en los informes obrantes en los autos de este concreto recurso sobre la situación sociopolítica de Nigeria. En efecto, en el curso del periodo probatorio se unió a las actuaciones un informe del ACNUR en el que se indica que aun cuando la mutilación genital femenina (MGF) está decreciendo en ese país y se han promovido campañas oficiales en su contra, “la práctica es todavía común en la mayor parte de Nigeria, especialmente en las áreas rurales. Generalmente, la MGF se practica en las niñas durante la infancia, cuando llegan a la pubertad o como preparación para el matrimonio. En casos muy excepcionales, las mujeres son circuncidadas antes o después de dar a luz el primer hijo”. Más aún, se apunta en ese informe que ciertamente algunos Estados han aprobado normas para prohibir la MGF, pero las penas impuestas son mínimas, y “a pesar de la prohibición en algunos de estos Estados sigue siendo practicada regularmente”; se insiste en que “la edad a que se somete a niñas y mujeres a la MGF varía desde la primera semana de nacimiento hasta que la mujer da a luz a su primer hijo”, y se especifica que “la MGF se practica particularmente entre las comunidades de carácter étnico edo y urhobo”, dato este último que es particularmente relevante en el caso que nos ocupa porque en el listado de datos personales (...) consta que el idioma materno de la solicitante de asilo y recurrente en casación es, precisamente, el edo. Y más todavía, aclara el informe de ACNUR que “una mujer que se haya negado a contraer matrimonio o a sufrir la MGF puede que no sea recibida con facilidad por sus familiares o por miembros de su comunidad en otra parte del país (...) abandonar la familia supone exclusión social y económica para la mayor parte de los nigerianos y particularmente para las mujeres (...) la única salida para las mujeres que se encuentran en estos casos es la prostitución”. Sin que sea garantía de protección suficiente la denuncia ante las Autoridades del país, pues, aclara este informe: “las mujeres que sufren violencia doméstica se enfrentan a numerosas barreras cuando buscan protección. Estas barreras incluyen leyes discriminatorias y punitivas (incluyendo la sharia), el estigma social que*

<sup>148</sup> Vid ST AN de 16 de mayo de 2003, en relación al recurso contencioso-administrativo núm. 523/2001, posteriormente aceptado en la STS de 10 de octubre de 2006 (recurso 6597/2003).

## JURISPRUDENCIA • TS

supone denunciar, los altos costes de cualquier acción legal, las actitudes de la policía y del sistema judicial, la falta de refugios y albergues para las mujeres que huyen de la violencia y las dificultades de vivir como una mujer divorciada. El sistema legal nigeriano ha sido acusado de crear un sistema jurídico complejo y confuso donde a las mujeres se les deniega por lo general una protección adecuada<sup>149</sup>.

El Tribunal toma en consideración, a la hora de valorar si efectivamente existe riesgo para la solicitante, la situación social en su país de origen, la protección ofrecida por su sistema jurídico conforme a su sexo, la frecuencia de dichas conductas atentatorias y el grado de persecución de las mismas por el propio sistema legal nacional. Aceptando como acreditada la nacionalidad nigeriana de la recurrente y “su situación de huida frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la bárbara práctica de la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado”, por otra parte considerado *per se* como causa independiente de persecución como se ha visto, y verosímil el relato de la recurrente, procede a valorar si dicho relato se encuentra suficientemente justificado, en cuyo caso ha de desembocar necesariamente en la concesión del asilo. Y a este respecto el alto Tribunal entiende que:

*“(…) Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzados, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los “indicios suficientes”, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a los que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.*

*Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación formulado por D<sup>a</sup> X así como el recurso contencioso-administrativo por ella in-*

*terpuesto, anular la resolución impugnada y, en definitiva, reconocer a la solicitante el derecho de asilo indebidamente denegado”<sup>150</sup>.*

La afirmación, por tanto, del TS es clara y contundente, y en la medida en que la solicitante de asilo demuestre haber sufrido tal atentado a sus derechos y a su intimidad, habrá lugar a la concesión del asilo.

De alguna manera así ha sido reconocido en el Proyecto de reforma de la ley española de asilo recientemente adoptado por el Pleno del Congreso. Dicho Proyecto que, no obstante, no ha sido valorado positivamente en todos sus aspectos<sup>151</sup>, ha corregido una situación que de hecho ya se venía produciendo desde la promulgación de la Ley de igualdad<sup>152</sup>, y a la hora de explicar de forma individualizada los distintos motivos de persecución ha incorporado por primera vez, en relación con la persecución por pertenencia a un grupo social determinado, el género como circunstancia determinante de la misma, siguiendo las directrices y límites marcados por la jurisprudencia del TS que se acaba de exponer, al establecer que:

*“Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores a sufrir persecución singularizada por motivos de género, sin que aquéllas o éstos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”<sup>153</sup>.*

Aún así no pasan desapercibidas las dificultades de conseguir el reconocimiento del carácter de refugiado por quien ha padecido semejante maltrato y que, a todas luces resulta obvio, no puede volver a su país. La necesidad, ante el endurecimiento progresivo de las condiciones de entrada en el territorio de la Europa comunitaria para este tipo de solicitantes, de mezclarse con flujos de inmigración ilegal ha provocado que éstos reciban el mismo trato en la frontera cuando son apresados, siendo devueltos inmediatamente a sus lugares de origen desatendiendo la obligación internacional de *non-refoulement*, pero aún más, que en caso de éxito en la entrada ilegal en el país no se denuncie inmediatamente la situación padecida y se solicite el asilo, sino que éste se solicite *in extremis* ante el riesgo de ser identificado como inmigrante ilegal. Tal ha sido el caso de una solicitante de asilo nigeriana a la que inicialmente se inadmitió a trámite la solicitud de asilo pese a la gravedad del temor manifestado, por entender la Administración que excedió el plazo para la solicitud del asilo. La respuesta del TS también fue clarividente en cuanto a la discriminación entre situaciones de verdadera persecución y de inmigración legal, en sentido positivo para la concesión del asilo:

<sup>149</sup> Vid STS de 11 de mayo de 2009 (recurso 3155/2006), FJ tercero.

<sup>150</sup> Vid *ibídem*, FJ séptimo.

<sup>151</sup> Vid la opinión negativa del CEAR: <http://www.cear.es>; de Amnistía Internacional: [www.es.amnesty.org/actua/acciones/espana-reforma-ley-asilo](http://www.es.amnesty.org/actua/acciones/espana-reforma-ley-asilo); o del ACNUR: [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=8423](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=8423)

<sup>152</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre establecía en su Disposición adicional vigésima novena: “Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos: «Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género». La mención resultaba insuficiente y dicha adición fue profusamente comentada por el CEAR en su informe general de 2008.

## JURISPRUDENCIA • TS

*“(...) La interesada es una mujer de escasa formación, que llegó a Valencia (según relata) en un barco como polizón junto con otras veinte personas, y que razonablemente podrá sentir temor o reparo en comparecer ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad españolas y explicar las razones de persecución por razón de sexo por la que había huido de su país. Por otra parte, pidió asilo por su propia iniciativa, sin que hubiera sido identificada o detenida antes por las Fuerzas de Seguridad españolas ni se hubiera incoado contra ella ningún expediente por razón de su estancia ilegal en España, y además el retraso en la presentación de la solicitud de asilo no fue especialmente relevante, atendidas sus circunstancias personales. (...) Todas estas razones, conjuntamente examinadas, son, a juicio de esta Sala, suficientes para justificar la tardanza en la solicitud de asilo”<sup>154</sup>.*

Y en sentido negativo, para su denegación, a fin de no desnaturalizar la razón de ser y la finalidad a las que responde la institución del asilo y poder reconocer como tal la persecución alegada y la falta de protección frente a ella:

*“(...) la recurrente en casación afirma en el desarrollo del motivo casacional que tiene derecho al asilo porque forma parte de un colectivo discriminado, el de las mujeres africanas, más aún habida cuenta de su condición de “divorciada-repudiada” (...) que la convierte en una persona condenada al abandono y a la miseria (...) los únicos hechos relevantes son los que la solicitante consignó al solicitar asilo; y en este caso, no fue eso lo que expuso la actora en su solicitud de asilo, donde se limitó a decir (...) que tras divorciarse de su marido, por no aceptar que éste tomara una segunda esposa, no consiguió encontrar trabajo, por lo que, tras diversos desplazamientos por otros países africanos a la búsqueda de empleo, viajó hasta España, siempre con el ánimo de encontrar mejores condi-*

*ciones de vida. Nada dijo entonces sobre una supuesta situación de desprotección general e institucionalizada hacia la mujer por parte de las Autoridades de su país de origen, Camerún. Mas bien resulta de su relato que su periplo por diversos países hasta recalar en España se debió a la búsqueda de subsistencia económica, y no a la existencia de una persecución protegible a través del asilo (...) el sólo hecho de ser mujer, sin más consideraciones, no puede dar lugar a la concesión del asilo salvo que se asocie a una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica en el país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos o le impida continuar su vida en ese país (...)”<sup>155</sup>.*

En este sentido el TS, además de combatir la cicatería de la Administración española a la hora de interpretar las causas de persecución incluidas en el Convenio de Ginebra para dejar sin protección todos los casos antes referidos, ha sabido distinguir también, de entre los casos de asilo solicitado por mujeres que alegaban ser víctimas de persecución por razón de pertenencia a un grupo social especialmente desfavorecido en su país, aquellas incursiones en territorio nacional no merecedoras de tal protección por tratarse de desplazamientos por razones puramente económicas, esto es, de búsqueda de mejores condiciones de vida. La distinción es, pues, posible, y la concesión merecida del asilo también, por lo que sólo cabe lamentar la confusión y la cicatería en muchos casos de la Administración española en la consideración de los recursos tanto por inadmisión como por denegación, ignorando en este sentido las recomendaciones del ACNUR en su Plan de Acción de los diez puntos o del Consejo de Europa al respecto<sup>156</sup>.

<sup>149</sup> Vid STS de 11 de mayo de 2009 (recurso 3155/2006), FJ tercero.

<sup>153</sup> Vid BOCC, Congreso de los Diputados, Serie A, 13-1, 19 de Diciembre de 2008, 121/000013 Proyecto de Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, art. 7,1,e).

<sup>154</sup> Vid STS de 6 de octubre de 2006 (recurso 6597/2003), FJ cuarto.

<sup>155</sup> Vid STS de 7 de julio de 2005 (recurso 2107/2002), FJ cuarto.

<sup>156</sup> Vid, entre otras, Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1808 (2007) sobre “Assesment of transit and processing centres as a response to mixed flows of migrants ans asylum seekers” y la Resolución 1569 (2007) sobre la misma materia.

## **Instituto Andaluz de la Mujer**

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

[www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**