

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 29 • DICIEMBRE DE 2008

DOCTRINA

El principio de presencia o composición equilibrada en el contexto de la transversalidad.

LEGISLACIÓN

- Representación política y ausencias de la persona titular de la representación en el Ordenamiento Jurídico Español.
- Programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género.

JURISPRUDENCIA

- Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el equilibrio de sexos en la elección de sus Jueces.
- Filiación
- Reducción de jornada y concreción horaria
- Discriminación indirecta en materia de promoción



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.^a Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.^a del Mar Navas Sánchez

M.^a 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://institutodelamujer)

Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

El principio de *presencia o composición equilibrada* en el contexto de la *transversalidad*. Doctora Susana Ruiz Tarrías. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Almería. 4

LEGISLACIÓN

"Representación política y ausencias de la persona titular de la representación en el Ordenamiento Jurídico Español". María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 29

Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género. 35

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN 41

JURISPRUDENCIA TEDH

Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el equilibrio de sexos en la elección de sus Jueces. Doctora Yaelle Cacho Sánchez. Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad de Cantabria 44

JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2008 (sala de lo civil). Filiación. M.^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro, Universidad de Málaga. 49

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 (Sala de lo Social en Sala General). Reducción de jornada y concreción horaria. Dra. María Dolores Cabello. Universidad de Málaga. 56

JURISPRUDENCIA SOCIAL

Sentencia núm. 287/2008, de 11 septiembre, del Juzgado de lo Social núm. 4, de Zaragoza. Discriminación indirecta en materia de promoción. María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 63

PRESENTACIÓN

Andalucía se encuentra inmersa en un proceso imparable de cambio para conseguir el objetivo de la igualdad de oportunidades, a cuyo fin, resulta necesario redefinir los espacios, desarrollar el actual marco normativo y mejorar su conocimiento, así como, vigilar la aplicación de la legislación existente, que nos permita alcanzar las estrategias establecidas en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, y las prioridades de la agenda política, centradas en la consecución de la representación equilibrada de mujeres y hombres y la implementación de la transversalidad de género en todos los ámbitos.

El debate y la articulación de ambos principios -representación equilibrada y transversalidad de género- son los ejes esenciales para avanzar en la igualdad y se encuentran en el punto de mira de máxima actualidad, por ello, le dedicamos gran parte del presente número de Boletín Jurídico. Del que destacamos, la argumentación jurídica para fortalecer nuestro marco legal con acciones que permitan la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas que ostentan cargos electos, para contribuir a favorecer la presencia de mujeres en los espacios de decisión y poder, como reto para alcanzar la democracia paritaria.

En el plano laboral, a pesar de los importantes esfuerzos y logros conseguidos, aún es una realidad los obstáculos y las situaciones de discriminación y desequilibrio que sufren las mujeres, entre otras, las que viven en el acceso y en las condiciones del empleo, y las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar, en detrimento de sus posibilidades de promoción en el empleo, por ello, destacamos los avances que se contienen en la Ley para la Igualdad, que empiezan a vislumbrarse en el orden jurisdiccional, como es el pronunciamiento del Juzgado de lo Social nº 4, de Zaragoza, en la causa sobre discriminación indirecta en materia de promoción en el empleo, del que cabe señalar la fundamentación jurídica de género a lo que, sin lugar a dudas, ha contribuido la prueba recabada, sobre los estudios realizados por los organismos públicos competentes en materia de igualdad, en relación a la incorporación de las mujeres a puestos directivos en las entidades financieras.

La doctrina, legislación y jurisprudencia que recogemos en el presente número, es una selección de gran utilidad, que aporta elementos suficientes para la reflexión y el discurso jurídico desde una perspectiva de la igualdad de género, y que pone de manifiesto que a pesar de que todavía queda mucho camino por recorrer en la consecución de la plena incorporación de las mujeres en la vida política, en los órganos de representación y en los niveles directivos, seguimos avanzando en el desarrollo normativo y en la interpretación de la norma acorde con los cambios sociales, que responden a una mayor participación de las mujeres y a la necesidad de alcanzar el consenso para armonizar su proyecto de vida personal con la máxima de protagonismo y presencia en todos los ámbitos de la vida política, social y económica.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

EL PRINCIPIO DE PRESENCIA O COMPOSICIÓN EQUILIBRADA EN EL CONTEXTO DE LA TRANSVERSALIDAD

DOCTORA SUSANA RUIZ TARRÍAS

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Almería

Índice: 1. Introducción. 2. La Declaración de Beijing y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el marco de Naciones Unidas. 3. De la “igualdad de género” a la búsqueda de la “transversalidad” en la Unión Europea: a) El reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento europeo; b) Las cuotas por razón de sexo en el ámbito laboral y la jurisprudencia del TJCE. 4. La experiencia francesa e italiana acerca de las cuotas electorales por razón de sexo. 5. El “principio de presencia o composición equilibrada” en las candidaturas electorales como “fórmula de equilibrio entre sexos” en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. 6. Conclusiones.

1. Introducción.

Con la finalidad de erigirse en “ley-código” de la igualdad entre mujeres y hombres, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, recoge un amplio conjunto de medidas legales que afectan a diferentes sectores del ordenamiento jurídico y de la realidad social, entre ellos, el derecho electoral general, incluyendo a través de su Disposición adicional segunda, un nuevo art. 44 bis en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en el que se incorpora el denominado “principio de presencia o composición equilibrada”.

Porque, como se ha subrayado recientemente, pese al amplio desarrollo legal y jurisprudencial que ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad, fruto de la interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, en la última Legislatura, el legislador español ha considerado estos “avances” como “insuficientes en lo que se refiere al objetivo de garantizar la igualdad plena entre mujeres y hombres”¹, de ahí que haya procedido a introducir notorias y significativas modificaciones jurídicas en ámbitos como el de la violencia de género, la discriminación salarial, el desempleo femenino, la conciliación de la vida familiar y laboral y, específicamente, también en el ámbito institucional y político, a través del mencionado principio.

En su virtud, el legislador español pretende, según manifiesta en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica, “conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional”, con el objetivo de mejorar “la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia” ya que como reconociera, en efecto, la Comisión de la Comunidad Europea en la Comunicación de 21 de febrero de 1996 sobre “Integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las políticas y actividades comunitarias” (COM (96) 67 final), la igual participación de mujeres y hombres “simboliza el nivel de madurez política de las sociedades”.

De ahí que resulte imprescindible una mínima referencia a los principales documentos internacionales en los que pretende situarse la voluntad del legislador español y, en especial, a la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995², a partir de la cual “la transversalidad se ha ido incorporando progresivamente como una auténtica estrategia para promover la igualdad de género en el seno de las Naciones Unidas”³.

En ella, en efecto, aún reconociendo la Declaración que “la situación de las mujeres ha experimentado avances en algunos aspectos importantes en el último decenio”, se afirmaba a continuación que “este progreso no ha sido homogéneo”, persistiendo las desigualdades entre mujeres y hombres y que “sigue habiendo obstáculos importantes que entrañan graves consecuencias para el bienestar de todos los pueblos” (punto 5), por lo que los

¹ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: “La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. Pamplona: Thomson-Cívitas. Gobierno del Principado de Asturias, 2007, pág. 23.

² A/ CONF. 177/ 20, de 17 de octubre de 1995.

³ Así lo estiman, fundadamente, SEVILLA MERINO, J.; VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ: “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n^o 67, pág. 67.

DOCTRINA

Gobiernos participantes en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se “comprometían sin reservas a combatir estas limitaciones y obstáculos y a promover así el adelanto y la potenciación del papel de la mujer en todo el mundo”, estando de acuerdo en que “esta tarea exige una acción urgente, con espíritu decidido, esperanza, cooperación y solidaridad, ahora y en los albores del nuevo siglo” (punto 7).

Porque estaban convencidos, entre otros extremos, de que los derechos de la mujer son derechos humanos (punto 14) y que la potenciación del papel de la mujer y su plena participación en condiciones de igualdad en todas las esferas de la sociedad, incluidos la participación en los procesos de adopción de decisiones y el acceso al poder, “son fundamentales para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz” (punto 13). De ahí que estimaran “indispensable diseñar, aplicar y vigilar, a todos los niveles, con la plena participación de la mujer, políticas y programas, entre ellos políticas y programas de desarrollo efectivos, eficaces y sinérgicos, que tengan en cuenta el género, y contribuyan a promover la potenciación del papel y el adelanto de la mujer” (punto 19).

La “Plataforma de Acción” que se constituía a partir de la Declaración exigía para su aplicación “el compromiso de los gobiernos y de la comunidad internacional”, de manera que reconozcan “la necesidad de tomar medidas prioritarias para la potenciación del papel y el adelanto de la mujer” (punto 21), entre las que se incluían, entre otras, la adopción de “las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer” (punto 24), así como “garantizar el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad” a los recursos económicos, incluidos la tierra, el crédito, la ciencia y la tecnología, la capacitación profesional, la información, las comunicaciones y los mercados, como medio de promover el adelanto de las mujeres y las niñas y la potenciación de su papel, “incluso mediante el aumento de su capacidad para disfrutar de los beneficios de la igualdad de acceso a esos recursos para lo que se recurrirá a, entre otras cosas, la cooperación internacional” (punto 35).

En definitiva, afirmaba el texto, “por la presente nos comprometemos en calidad de Gobiernos a aplicar la siguiente Plataforma de Acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género”. Por ello, “instamos al sistema de las Naciones Unidas, a las instituciones financieras regionales e internacionales y a las demás instituciones regionales e internacionales pertinentes, a todas las mujeres y todos los hombres, así como a las organizaciones no gubernamentales, con pleno respeto de su autonomía, y a todos los sectores de la sociedad civil a que, en cooperación con los gobiernos, se comprometan plenamente y contribuyan a la aplicación de esta Plataforma de Acción” (punto 38).

Una Plataforma de Acción que incluía entre sus objetivos “acelerar” la aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer y eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política, porque “la igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz” (punto 1), por lo que reafirmaba “el principio fundamental”, establecido en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de que “los derechos humanos de las mujeres y las niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales”, adoptando como “programa de acción” el de “promover y proteger el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las mujeres a lo largo de su vida” (punto 2), si bien la Plataforma de Acción hace hincapié en que las mujeres comparten problemas comunes que “sólo pueden resolverse trabajando de consuno y en asociación con los hombres para alcanzar el objetivo común de la igualdad de género en todo el mundo” (punto 3).

Desde luego, suponía un paso adelante sobre los acuerdos alcanzados en la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 5 de enero de 1984⁴, donde se afirmaba, entre otros aspectos, que “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y avance de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (artículo 3). Asimismo, el artículo 15 establecía que tales Estados “reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la

⁴ Debe subrayarse que España formuló una reserva a dicha Convención por la que se reconocía que las disposiciones contenidas en la misma “no afectarán a las previsiones constitucionales relativas a la sucesión en la Corona española” (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

DOCTRINA

ley” y, en particular, “en materias civiles”, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad, así como, específicamente, “iguales derechos” para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. Por ello, convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer “se considerará nulo”. Por último, afirmaba que tales Estados reconocerán al hombre y a la mujer “los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y la libertad para elegir su residencia y domicilio”.

No resulta sorprendente, por tanto, que desde aquella perspectiva, el legislador español reconozca en la mencionada norma que la igualdad formal ante la ley, sin dejar de constituir un paso decisivo, ha resultado insuficiente para profundizar en la “madurez política” de la sociedad española, donde es patente la escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, por lo que ha estimado necesaria una acción normativa dirigida a combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, en cumplimiento del mandato dirigido a los “poderes públicos” por el art. 9.2 CE.

En este contexto, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre⁵, el Tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse respecto de las “cuotas” –en este caso, establecidas en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al empleo como es el de los discapacitados-. En este pronunciamiento, el Tribunal reconocía que “es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (...), no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)” (Fto. Jco. 4º).

Ciertamente, la posibilidad de adoptar en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de cuotas en beneficio de las mujeres en las candidaturas electorales, ha planteado en los últimos años un importante debate doctrinal, donde no han faltado opiniones que si bien comparten el común acuerdo acerca del “qué”, discrepan acerca del “cómo”⁶, habida cuenta de que ciertos Estados de nuestro entorno europeo han optado por incorporar sistemas de cuotas a nivel de partido, integrando este compromiso en sus normas de organización y funcionamiento interno (por ejemplo el Partido Social Demócrata de Alemania), bien a través de costumbres o reglas no oficiales relativas a la selección de candidatos que, de hecho, poseen idéntico efecto al de la aplicación de una cuota (como es el caso de los partidos políticos de Noruega)⁷.

Desde tales premisas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, supone un pronunciamiento singularmente relevante en la consideración del principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, no exento de polémica doctrinal y política, por lo que las páginas que siguen suponen una consideración inicial que procura abordar el comentario sobre los argumentos más relevantes contenidos en la mencionada Sentencia, tanto desde la perspectiva de los documentos internacionales más significativos que el legislador español pretendía desarrollar en la norma mencionada como de algunos pronunciamientos relevantes de otras Cortes Constitucionales europeas en el pasado.

⁵ BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994. Recurso de amparo. Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

⁶ Vid., entre otros, los trabajos de BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “La paridad electoral como finalidad disociada de las acciones positivas a favor de un sexo”. Parlamento y Constitución. n.º 10. Año 2006-2007, págs. 182 y sigs.; MARTINEZ SOSPEDRA, M.: “La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n.º 30/31. Valencia, 2000, pág. 115; REY MARTINEZ, F.: “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”.

Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, n.º 1, 1999, pág. 59; RUIZ MIGUEL, A.: “Paridad electoral y cuotas femeninas”. Claves de la Razón Práctica, n.º 94, 1999, pág. 53; RODRIGUEZ-VERGARA DÍAZ, A.: “Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral”. Art. 14. Una perspectiva de género, n.º 2, 1999, pág. 3 y RODRÍGUEZ RUIZ, B. y RUBIO MARTÍN, R.: “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 81, septiembre-diciembre, 2007, pág. 155.

⁷ “Impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina”. Parlamento Europeo. Dirección General de Estudios. Documento de trabajo. Serie Derechos de la Mujer. W-10. En, http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/femm/w10/4_es.htm. Vid., asimismo, el estudio de SEVILLA MERINO, J.: “Mujeres y hombres en la vida política. Las cuotas para mujeres en los partidos políticos”. Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, n.º 19, julio-diciembre, 2006, págs. 50 y sigs. No obstante, en el Reino Unido, el Tribunal Laboral de Leeds consideró en el caso *Jepson and Dyas-Elliott v. the Labour Party and others* (1996 IRLR 116), que la decisión del Partido Laborista en 1993 y 1996, de presentar en determinadas circunscripciones electorales listas integradas exclusivamente por mujeres, no se encontraba amparada por la Ley de Discriminación Sexual de 1975 (Sex Discrimination Act 1975). Dicha posibilidad se materializó legalmente con la aprobación de la Sex Discrimination (Election Candidates) Act de 2002, que modificó la Ley de Discriminación Sexual de 1975, incorporando a la Sección 5 un nuevo art. 42A, en virtud del cual se permite a los partidos políticos adoptar acuerdos en la elaboración de las candidaturas electorales, con el fin de reducir la desigualdad entre hombres y mujeres elegidos como candidatos del partido para integrar sus listas electorales (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020002_en_1).

DOCTRINA

2. La Declaración de Beijing y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el marco de Naciones Unidas.

Efectivamente, la utilización por las normas internacionales del concepto de “transversalidad” en la aplicación de la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) resulta definitivamente acuñado en la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Beijing, en septiembre de 1995, año del cincuentenario de la fundación de Naciones Unidas.

En ella, al exponer los “objetivos estratégicos y medidas” a adoptar por la Plataforma de Acción en el plano de “la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones”, se consideraba “*Objetivo estratégico G*” que la participación igualitaria de la mujer en la adopción de decisiones no sólo es una exigencia básica de justicia o democracia sino que puede considerarse una condición necesaria para que se tengan en cuenta los intereses de la mujer, ya que “sin la participación activa de la mujer y la incorporación del punto de vista de la mujer a todos los niveles del proceso de adopción de decisiones no se podrán conseguir los objetivos de igualdad, desarrollo y paz” (punto 181).

Por ello, y dado que se “ha avanzado poco en el logro de poder político en los órganos legislativos o en lo que respecta al cumplimiento del objetivo aprobado por el Consejo Económico y Social de que para 1995 haya un 30% de mujeres en puestos directivos”, se proponía como “*Objetivo estratégico G.1*” el de adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones (punto 182).

Un conjunto de medidas que “han de adoptar los gobiernos” (punto 190), “los partidos políticos” (punto 191), “los gobiernos, los órganos nacionales, el sector privado, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de empleadores, las instituciones de investigación y académicas, los órganos subregionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales e internacionales” (punto 192), Naciones Unidas (punto 193) y “las organizaciones de mujeres, las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, los interlocutores sociales, los productores, las organizaciones industriales y las organizaciones profesionales” (punto 194).

Por parte de los Gobiernos, existía el compromiso de conseguir, entre otros, una representación paritaria de las mujeres y los hombres, “de ser necesario mediante la adopción de medidas positivas en favor de la mujer, en todos los puestos gubernamentales y de la administración pública” [punto 190 a)], así como incluso reformar los sistemas electorales para “integrar a las mujeres en los cargos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en las mismas categorías que los hombres” [punto 190 b)], mientras sería objetivo de los partidos políticos, entre otros, “considerar la posibilidad de incorporar las cuestiones de género a su programa político” tomando medidas para lograr que las mujeres puedan participar en la dirección de los partidos políticos en pie de igualdad con los hombres [punto 191 c)].

Por su parte, el definido como “*Objetivo estratégico G.2*” se proponía aumentar la capacidad de la mujer de participar en la adopción de decisiones y en los niveles directivos, incluyendo una serie de medidas que han de adoptar los gobiernos, los órganos nacionales, el sector privado, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de empleadores, los órganos subregionales y regionales, las organizaciones no gubernamentales e internacionales y las instituciones de enseñanza (punto 195).

De ahí que en el párrafo 3 de la Resolución 50/203, de 23 de febrero de 1996, aprobada por la Asamblea General, relativa al seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y aplicación de la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, se “insta” a los Estados, al sistema de las Naciones Unidas y a todas las demás partes a que “promuevan una política activa y visible” por la cual se incorpore una perspectiva de género en todos los planos, entre ellos, la formulación, la supervisión y la evaluación de todas las medidas que procedan para aplicar efectivamente la Plataforma.

Algunos años más tarde, el 16 de noviembre de 2000, durante el Vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, se aprobó la Resolución S-23/3 “Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing”, sobre la base del informe del Comité Especial Plenario del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (A/S-23/10/Rev.1), donde se realizaba una valoración de los progresos alcanzados y de los obstáculos que todavía persistían en la consecución de los objetivos propuestos en la Plataforma de Acción de Beijing⁸.

En el ámbito de “la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones” (apartado G), la Asamblea General constataba una “creciente aceptación” de la importancia que tiene para la sociedad la participación plena de las mujeres en la adopción de decisiones y las estructuras de poder a todos los niveles y en todos los foros, incluidas las esferas intergubernamental, gubernamental y no gubernamental, así como que “un número

⁸ A/RES/S-23-3

DOCTRINA

cada vez mayor de países ha aplicado políticas de adopción de medidas afirmativas y positivas, como sistemas de cuotas o arreglos voluntarios en algunos países”, e, incluso, que “se han establecido o mejorado y reforzado” diversos mecanismos y sistemas nacionales para el adelanto de la mujer, así como redes nacionales e internacionales de mujeres políticas, parlamentarias, activistas y profesionales en varios ámbitos.

Sin embargo, también subrayaba la Asamblea General que a pesar de la aceptación generalizada de la necesidad de lograr un equilibrio entre los géneros en los órganos decisorios a todos los niveles, “persiste una diferencia entre la igualdad de jure y de facto”, porque pese a los considerables avances realizados en la igualdad de jure entre hombres y mujeres, la representación real de mujeres en los niveles más altos de los ámbitos nacional e internacional de adopción de decisiones no ha cambiado significativamente desde que se celebró en 1995 la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, al tiempo que “la muy insuficiente representación de la mujer en los órganos decisorios en todas las esferas, incluso la política (...) impide la inclusión de una perspectiva de género en esas esferas críticas de influencia”. Por ello, concluía que la mujer sigue estando insuficientemente representada en los niveles legislativo, ministerial y subministerial.

Entre las razones que explicaban la escasa efectividad de los programas y medidas de acción positiva desarrollados por los Estados se enumeraban la “falta de recursos humanos y financieros” para actividades de capacitación y promoción relacionadas con las carreras políticas; la “falta de conciencia” por parte de la mujer de la conveniencia de participar en los procesos de adopción de decisiones en algunos casos; el hecho de que los funcionarios elegidos y los partidos políticos “no tuvieran que rendir cuentas de sus actividades” respecto a la promoción de la igualdad entre los géneros y la participación de la mujer en la vida pública; la “falta de sensibilización social” respecto de la importancia de que exista una representación equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la adopción de decisiones; la “falta de disposición” de los hombres a compartir el poder (...).

Ante esta descripción de la situación, a través de la Resolución 55/71, de 4 de Diciembre de 2000, la Asamblea General invitaba al Consejo Económico y Social a continuar promoviendo la “coordinación de la política y la cooperación interinstitucional” para lograr los objetivos planteados en la Plataforma de Beijing y, en concreto, proponía al Consejo la posibilidad de dedicar una serie de sesiones donde se abordara específicamente el avance de la mujer, incorporando una perspectiva de género en toda su labor (Párrafo 8). En este sentido, la Resolución del Consejo Económico y Social de 26 de julio de 2001, introdujo en su planificación un subprograma denominado “Incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de Naciones Unidas” (Párrafo 1)⁹.

Un Consejo Económico y Social que ya en 1997 afirmaba que por “transversalidad” de género debe entenderse el “proceso” evaluador de “las implicaciones sobre mujeres y hombres de cualquier acción prevista, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en cualquier ámbito y en todos los niveles”. En definitiva, afirmaba, “se trata de una estrategia para conseguir que las experiencias y preocupaciones de las mujeres y los hombres formen parte integrante del diseño, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de tal manera que mujeres y hombres se beneficien en condiciones de igualdad, evitando que la desigualdad se perpetúe”. El objetivo final de este “proceso”, según las propias palabras del Consejo Económico y Social, consistía en “alcanzar la igualdad de género”¹⁰.

3. De la “igualdad de género” a la búsqueda de la “transversalidad” en la Unión Europea.

a) El reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento europeo.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa también se había reconocido la necesidad de adoptar medidas concretas para remediar las desigualdades de hecho, en el contexto del reconocimiento del “Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo” (Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. Estrasburgo, 5 de mayo de 1988. Parte II. artículo 1).

Sin embargo, la influencia de la Conferencia de Beijing ha sido patente en la actuación de los órganos comunitarios europeos. Así, el concepto de “transversalidad” de género también fue incorporado en la Comunicación de la Comisión de 21 de febrero de 1996, sobre “Integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las políticas y actividades comunitarias” (COM (96) 67 final), bajo el entendimiento de que la misma no significa la supresión de las medidas concretas que se hayan implementado en beneficio de las mujeres, sino “la movilización de todas las políticas y medidas específicas hacia el objetivo de la consecución de la igualdad”, a través de una valoración de sus posibles efectos sobre mujeres y hombres en el momento de su

⁹ A/RES/55/71

¹⁰ Conclusiones Convenidas 1997/2 del Consejo Económico y Social. Asamblea General. Documentos Oficiales. Quincuagésimo segundo período de sesiones. Suplemento n° 3 A/52/3/Rev.1. pág. 24.

DOCTRINA

definición y puesta en práctica (perspectiva de género). Más concretamente, como antes se afirmaba, la Comisión consideraba que la igual participación de mujeres y hombres “simboliza el nivel de madurez política de las sociedades”¹¹.

En todo caso, el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre 1997, fue el primero en introducir en el derecho originario europeo el objetivo de lograr la igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TCE)¹², concretando en el art. 3.2 TCE que en todas las actividades enunciadas en el presente artículo, la Comunidad se fijará como objetivo “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. A tales efectos, el art. 13 prevé que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar “medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, mientras que los artículos 137.1 y 141, contemplan medidas específicas en el ámbito del derecho al trabajo y a la igualdad en la remuneración entre trabajadores femeninos y masculinos¹³.

De este modo, reconocida como misión de la Comunidad, el Tratado de Ámsterdam otorga carta de naturaleza a la igualdad, en tanto que a partir de este momento la Unión Europea podrá ya “luchar contra cualquier forma de discriminación”, al tiempo que incorpora “disposiciones concretas en favor de la igualdad” que comprenden “acciones positivas sobre el sexo subrepresentado”¹⁴, cuando hasta entonces la igualdad de género en las relaciones laborales había constituido el único ámbito de la actuación comunitaria en la igualdad por razón de sexo que contemplaban los Tratados comunitarios.

Ello ha supuesto no sólo una notable intensificación del derecho derivado relacionado con la igualdad, sino también un reforzamiento de las políticas de transversalidad elaboradas por las instituciones comunitarias, entre las que pueden citarse, sin pretensión de exhaustividad, la Comunicación de la Comisión «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005)» (COM (2000) 335 final) y la posterior Decisión del Consejo, de 20 de diciembre de 2000 (DOCE L 17, de 19 de enero de 2001); la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2000, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y grupos de expertos creados por la Comisión (DOCE L 154, de 27 de junio); y la Comunicación de la Comisión «Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2007)» (COM (2006) 92 final).

Esta línea iniciada en el Tratado de Ámsterdam ha sido continuada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde además de consagrar la expresa prohibición de toda discriminación 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” (art. 21.1), se reconoce expresamente la igualdad “entre hombres y mujeres”, afirmando que la misma “será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, al tiempo que concede carta de naturaleza en cualquier ámbito –y no sólo en el laboral-, a las medidas de acción positiva afirmando que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado” (art. 23).

Se superaba, de este modo, la incertidumbre que había creado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995, en el asunto *Kalanke/ Freie Hansestadt Bremen*¹⁵, respecto a la legitimidad de las cuotas y otras formas de acción positiva destinadas a favorecer la presencia de mujeres en

¹¹ En el mismo sentido, vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, de 7 de junio de 2000, sobre “Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)” (COM/2000/0335 final), y la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006).

¹² El artículo 2 TCE afirma textualmente: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

¹³ En concreto, la introducción por el Tratado de Ámsterdam del art. 141.4 del TCE respondía, en opinión de T. FREIXES SANJUÁN, a la expresa finalidad de evitar “la consolidación de una jurisprudencia restrictiva como la del caso *Kalanke*” (“La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”. Op. Cit., pág. 50). El texto del art. 141.4 TCE en la versión dada por el Tratado de Ámsterdam, establece: “4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Por su parte, el artículo 137.1 afirma “Para la consecución de los objetivos del art. 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) -la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”.

¹⁴ FREIXES SANJUÁN, T.: “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”. En, VV.AA.: “Mujer y Constitución en España”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 53.

¹⁵ Asunto 450/93. Rec. de Jurisprudencia 1995, pág. I-03051. En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Justicia reconocía que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo contraria al Derecho Comunitario.

DOCTRINA

determinados sectores o niveles de empleo, que dio lugar a la aprobación por la Comisión de una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 27 de marzo de 1996, sobre la interpretación de dicha Sentencia del Tribunal de Justicia¹⁶. En dicha comunicación la Comisión consideraba conveniente modificar la Directiva 76/207/CEE con el fin de precisar las medidas de acción positiva que, sin ser cuotas rígidas, están autorizadas por el Derecho comunitario, así como adecuar el texto de la Directiva a la situación jurídica resultante de la Sentencia *Kalanke*.

Esta indicación formulada por la Comisión se materializó a través de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo¹⁷, donde, entre otros aspectos, se puntualizaba que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo podrá ser legítima si la misma constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo al que responda sea legítimo, y se definía el concepto de “discriminación directa” y de “discriminación indirecta”¹⁸.

En efecto, según el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, a efectos de la presente Directiva se entenderá por «Discriminación directa» la “situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo”, y por «Discriminación indirecta» aquella “situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Más específicamente, la Recomendación [Rec(2003)3] del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público, de 12 de marzo de 2003, sugería a los Estados miembros la adopción del compromiso de promover la representación equilibrada de las mujeres y los hombres mediante el “reconocimiento público” de que la igualdad en el reparto del poder en el proceso de toma de decisiones entre mujeres y hombres de distinta condición y edad, fortalece y enriquece la democracia (párrafo I).

De este modo, si bien los textos internacionales coinciden en reconocer la necesidad de una actuación positiva de los Estados tendente a remover las situaciones de discriminación por razón de sexo y, por ende, a adoptar “medidas” dirigidas a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, la cuestión –que los citados documentos internacionales, lógicamente, mantienen abierta-, reside en determinar, entre otros aspectos, la “naturaleza” de los instrumentos jurídicos a través de los cuales pueden ser adoptadas tales “medidas” así como el “contenido” y el “alcance” de las mismas.

En este sentido, la Recomendación [Rec2003]3] del Comité de Ministros del Consejo de Europa resulta especialmente significativa en tanto que “impone” a los Estados miembros un amplio catálogo de sugerencias, entre las que es posible subrayar a los efectos que nos ocupan:

1. Considerar la posibilidad de “cambios constitucionales y/o legislativos, incluidas medidas de acción positiva”, que favorezcan una participación más equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública.
2. Considerar la adopción de “reformas legislativas” destinadas a establecer umbrales de paridad en las candidaturas a las elecciones locales, regionales, nacionales y supranacionales y, más concretamente, cuando existan listas proporcionales, “considerar la posibilidad de establecer la alternancia de mujeres y hombres”.
3. Considerar la adopción de medidas relativas “a la financiación pública de los partidos políticos que les animen a promover la igualdad de género”.
4. Cuando se observe que los sistemas electorales tienen repercusiones negativas en la representación política de las mujeres en las instituciones para las que se celebren elecciones, “ajustar o reformar” dichos sistemas con el fin de promover la representación equilibrada de las mujeres y los hombres.

En concreto, en el Apéndice a la Recomendación Rec(2003)3, se concretaba que “a los efectos de la presente reco-

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 27 de marzo de 1996, sobre la interpretación de la Sentencia dictada el 17 de octubre de 1995 por el Tribunal Europeo de Justicia en el asunto C-450/93 *Kalanke/Freie Hansestadt Bremen* [COM (96) 88 final].

¹⁷ DOCE L269/15, de 5 de octubre de 2002.

¹⁸ Concretamente, el artículo 2.6 de la Directiva 2002/73/CE afirmaba: “Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

DOCTRINA

mendación, la participación equilibrada de las mujeres y los hombres significa que la representación de mujeres u hombres en cualquier órgano de toma de decisiones en la vida política o pública no debe ser inferior al 40%”.

Más recientemente, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹⁹, añade que, a efectos de esta Directiva, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres significa que: a) no habrá discriminación directa por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y maternidad; y b) no habrá discriminación indirecta por razones de sexo (artículo 4.1), al tiempo que admite la adopción por los Estados miembros de medidas de acción positiva destinadas a compensar o evitar las desventajas sufridas por razón de sexo²⁰.

Por último, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, ha incorporado un artículo 1 bis al Tratado de la Unión Europea, en el que se afirman los valores que sirven de fundamento a la Unión, y que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por “...la igualdad entre mujeres y hombres”²¹, recogiendo entre los objetivos de la Unión que se concretan en el nuevo artículo 2.3 del Tratado de la Unión Europea, el de combatir la discriminación y fomentar “la igualdad entre mujeres y hombres”²².

b) Las cuotas por razón de sexo en el ámbito laboral y la jurisprudencia del TJCE.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha adoptado, como afirma M^a L. Balaguer Callejón, “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”, precisando, a tales efectos conceptos tales como el de “discriminación indirecta” o “discriminaciones ocultas”, que le permiten “detectar la desigualdad por encima de igualdades aparentes”²³.

A este respecto, ha desarrollado una significativa labor –en determinados momentos fuertemente cuestionada–, en el ámbito del empleo y la profesión de la mujer, a través de un proceso evolutivo desde el reconocimiento originario de la igualdad salarial hasta la posterior admisión de acciones positivas introducidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros como instrumentos dirigidos a superar la desigualdad de género. En este proceso, en el contexto de la valoración por el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas de acción positiva incorporadas a la legislación interna de los Estados miembros –como es el caso de cuotas por razón de sexo–, presenta una especial significación, como antes se afirmaba, la Sentencia de 17 de octubre de 1995 (Asunto *Kalanke / Freie Hansestadt Bremen*).

El Sr. Kalanke (Ingeniero Superior de Jardines y Paisajes, que ejercía desde 1973 como técnico de planificación de jardines en el Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, Alemania), fue desplazado en el procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, por la Sra. Glimann (Ingeniera Superior Paisajista que trabajaba desde 1975 también en el mismo servicio como técnico de planificación de jardines), en virtud de la aplicación del art. 4 de la Ley del *Land* de Bremen de 20 de noviembre de 1990, relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Función Pública (*Landesgleichstellungsgesetz*).

El tenor literal de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de 20 de noviembre de 1990 era el siguiente:

“Selección. Provisión de puestos de trabajo y promoción:

1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de Juez, que no tenga fines de formación se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas.

¹⁹ DOUE L373/37, de 21 de diciembre de 2004.

²⁰ Según el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE, “Con objeto de garantizar la plena igualdad en la práctica entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros mantener o adoptar medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo”.

²¹ El artículo 1 bis introducido en el TUE por el Tratado de Lisboa establece: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

²² El apartado 3 del art. 2 introducido en el TUE por el Tratado de Lisboa afirma: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.

²³ BALAGUER CALLEJÓN, M^a L.: “La Constitución europea y la igualdad de género”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, n^o 3. Enero-Junio, 2005, pág. 280.

DOCTRINA

2) Al proveerse un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones superiores se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción. 3) (...)

4) Para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo. La experiencia y las aptitudes específicas, adquiridas por ejemplo en el marco de las tareas familiares, de las actividades que impliquen un compromiso social o sean de carácter no retributivo, se considerarán parte de la capacitación en el sentido de los apartados 1 y 2 únicamente si son útiles para desempeñar la actividad de que se trate.

5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama".

Ante la adjudicación del puesto a la Sra. Glimann en virtud de lo dispuesto en la Ley de 20 de noviembre de 1990, el Sr. Kalanke recurrió judicialmente ante la jurisdicción laboral (*Arbeitsgericht*) y ante el Tribunal de Trabajo del *Land* (*Landesarbeitsgericht*), desestimando ambos órganos jurisdiccionales su demanda al estimar que ambos candidatos poseían la misma capacitación y, por lo tanto, procedía la aplicación de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de 20 de noviembre de 1990.

Finalmente, planteado recurso de casación ante el Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), este Tribunal aceptó el hecho -declarado probado por el Tribunal de Trabajo del *Land*-, de que los dos candidatos tenían la misma capacitación para cubrir el puesto, así como que existía infrarrepresentación de las mujeres en el Servicio de Parques y Jardines.

Asimismo, el Tribunal Federal de Trabajo estimó que el régimen de cuotas establecido por la Ley de 20 de noviembre de 1990 resultaba compatible con la Constitución del *Land* de Bremen, con la Constitución federal alemana y con el artículo 611.a) del Código Civil alemán. Sin embargo, consideraba que existían dudas acerca de la conformidad del artículo 4 de la Ley de 20 de noviembre de 1990 con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo²⁴.

Dichos preceptos de la Directiva afirmaban textualmente:

"Artículo 2:

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

4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1".

De este modo, mediante Resolución de 22 de junio de 1993, el Tribunal Federal de Trabajo planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dos cuestiones de carácter prejudicial sobre la interpretación de los citados apartados de la Directiva 76/207/CEE, a fin de dilucidar si se oponían a una normativa nacional que, como era el caso de la Ley de 20 de noviembre de 1990, en el supuesto de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concedía automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.

En su pronunciamiento, el Tribunal de Justicia comienza por precisar que en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 1 y en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone "la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente" (apartado 15), estimando a continuación que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, "entraña una discriminación por razón de sexo" (apartado 16).

²⁴ DOCE núm. L 39, de 14 de febrero de 1976.

DOCTRINA

No obstante, el Tribunal de Justicia estimaba que debía examinarse si dicha norma nacional tenía cabida en el apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/202/CEE. A tales efectos, consideraba que dicha disposición tenía una finalidad “precisa y limitada”, consistente en “autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social” (apartado 16). Pero, al mismo tiempo, afirmaba, “constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva” que “debe interpretarse restrictivamente” (apartado 21), por lo que, a su juicio, una normativa nacional como la considerada, que “garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción”, no sólo “va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva” (apartado 22), sino que, por su resultado, “sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades” contemplada en el mismo (apartado 23).

Lo cierto es que el Tribunal de Justicia no censuraba la existencia de medidas de acción positiva (apartados 18 y 20 de la Sentencia Kalanke), reconocidas expresamente en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/202/CEE, sino que, por el contrario, en su ponderación de bienes jurídicos protegidos –a través de una argumentación ciertamente parca²⁵–, alcanzaba la conclusión de que ante una medida como la contenida en la Ley de 20 de noviembre de 1990, prevalecía el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En definitiva, aun cuando el Tribunal de Justicia no llegaba a hacerlo explícito, estimaba que la valoración jurídica de una medida que otorgue un trato más favorable a un determinado colectivo –en este caso, las mujeres–, en un ordenamiento jurídico sustentado en el principio de igualdad, requiere de la aplicación de los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad con el fin propuesto por el legislador.

Por ello estimaba J. Fernández Avilés que “en esa idea de proporcionalidad o de razonabilidad, que debe acompañar a la medida de discriminación positiva, reside la decisión aplicativa de la Corte, y también la fragilidad de la misma”, ya que, a su juicio, “no parece que el TJCE aporte excesivos elementos como para que, en una lógica de lo razonable, nos avoquen indefectiblemente a compartir su solución”²⁶.

Desde esta perspectiva, el “elemento axial” de la Sentencia del TJCE en el asunto Kalanke provenía del carácter “excepcional” y de la “interpretación restrictiva” que el Tribunal de Justicia reconocía a la norma comunitaria que legitimaba la diferencia de trato, lo que para J. A. Montilla Martos dificultaba “su funcionalidad como parámetro en el proceso de valoración de la adecuación del tratamiento distinto”²⁷, aunque, en su opinión, esta doctrina no era referible, con carácter absoluto, respecto de cualquier tratamiento diferenciado, sino, en particular, sólo “al establecimiento de cuotas en favor de un determinado grupo infrarrepresentado en un sector del mercado de trabajo”²⁸.

Sin embargo, el carácter “absoluto e incondicional” de la preferencia que la Ley de Bremen reconocía a la mujer, según la opinión del Tribunal de Justicia, no resultaba “justificada” teniendo en cuenta que dicha preferencia se aplicaba previo cumplimiento de dos condiciones inexcusables, como son: la igualdad de capacitación y la existencia de infrarrepresentación en el sector laboral correspondiente²⁹.

En definitiva, puede afirmarse, como ha estimado J. A. Fernández Avilés, que se trataba de una decisión “próxima a una concepción neutra y formalista del principio de no discriminación que, probablemente, no sea compartible desde la perspectiva de una visión más progresiva y sustancial del mismo”³⁰. De ahí que B. Quintanilla Navarro haya considerado que “el elemento más «peligroso» de la postura adoptada en este caso por el TJCE” proviene de que “de la lectura de esta sentencia podría llegar a pensarse que lo que prima es el principio de igualdad formal, que parte de la ficción jurídica de que todos somos iguales, para garantizar, a su vez, la igualdad de trato en el contenido y en la aplicación de la ley. Y esa lectura sí llevaría, necesariamente, a afirmar que el Tribunal rechaza las acciones positivas, pues todas ellas implicarían una «discriminación»”³¹.

No obstante, a partir de la vigencia del Tratado de Amsterdam no será posible una resolución del Tribunal de

²⁵ Como subraya M. ATIENZA, la parquedad de la argumentación del Tribunal de Justicia en el asunto «Kalanke» dificulta “determinar con precisión qué debe considerarse como la *ratio decidendi* del fallo” (“Un comentario al caso Kalanke”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pág. 121).

²⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)”. *Actualidad Laboral*. Núm. 44. 1995, págs. 770-771.

²⁷ MONTILLA MARTOS, J. A.: “Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española”. En, VV.AA.: “El constitucionalismo en la crisis del Estado social”. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1998, pág. 95.

²⁸ MONTILLA MARTOS, J. A.: “Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española”. *Op. Cit.*, pág. 98.

²⁹ En este sentido, vid. RUIZ MIGUEL, A.: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pág. 135.

³⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)”. *Op. Cit.*, pág. 771.

³¹ QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glimann»”. *Actualidad Laboral*, núm. 5. 1996, pág. 156.

DOCTRINA

Justicia como la dictada en el asunto *Kalanke*, negando las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, ya que, como afirma T. Freixes Sanjuán, el Tratado de Ámsterdam permitirá al Tribunal de Justicia “ampliar el ámbito de la eficacia jurídica de la igualdad entre hombres y mujeres”³².

En efecto, la valoración de las medidas de acción positiva por razón de sexo por el Tribunal de Justicia resulta radicalmente diferente en la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (Asunto *Marschall/Westfalen*)³³.

El 8 de febrero de 1994, el Sr. Marschall, que trabajaba como profesor titular y que percibía la retribución correspondiente al nivel de base del grado A 12, presentó su candidatura para la promoción a una plaza de grado A 13 «Docente capacitado para la enseñanza secundaria de primer grado y que ejerza como tal», del centro escolar de Schwerte (Alemania). No obstante, el gobierno comarcal de Arnsberg (*Bezirksregierung Arnsberg*), le informó de que tenía intención de nombrar a una candidata para esa plaza en aplicación de lo dispuesto en la última frase del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública del *Land* (*Beamtengesetz*), en su versión de 1 de mayo de 1981, modificada mediante el artículo 1 de la séptima Ley de Modificación de Determinadas Normas de la Función Pública, de 7 de febrero de 1995.

Según dicho apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública, “cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor (...)”.

Formulada la correspondiente reclamación por el Sr. Marschall, el gobierno comarcal de Arnsberg la desestimó por considerar que la candidata seleccionada debía ser forzosamente promovida conforme a dicha legislación, habida cuenta de que según los informes de calificación, dicha candidata y el reclamante poseían idéntica capacitación y el número de mujeres de grado A 13 en el momento en que se publicó la vacante era inferior al de hombres.

El Sr. Marschall interpuso recurso ante el Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen (*Verwaltungsgericht Gelsenkirchen*) con objeto de que se ordenara al *Land* que lo promoviera al puesto controvertido. Dicho Tribunal, tras constatar que el Sr. Marschall y la candidata seleccionada tenían igual capacitación, consideró que la resolución del litigio dependía de la compatibilidad del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, planteando ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la correspondiente cuestión prejudicial.

A juicio del *Land*, la disposición controvertida “introduce un criterio de promoción suplementario, el de la condición de mujer, destinado a neutralizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las candidatas femeninas en relación con los candidatos masculinos”. Porque, según estimaba, “en caso de igual capacitación, el empresario tiende a promover a un hombre antes que a una mujer, debido a la aplicación de determinados criterios tradicionales de promoción que perjudican en la práctica a las mujeres, tales como la edad, la antigüedad y el hecho de que el candidato sea el cabeza de familia que asegura la única fuente de ingresos del hogar” (apartado 4). De este modo, a juicio del *Land*, la preferencia concedida a las candidatas femeninas “está destinada a servir de contrapeso de los criterios tradicionales de promoción, aunque sin suplantarlos” (apartado 15). No obstante, el *Land* reconocía que al establecer que debe promocionarse a las mujeres, “salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”, el legislador “eligió conscientemente un concepto jurídico impreciso con objeto de garantizar la suficiente flexibilidad y, en particular, para dejar a la Administración un margen de apreciación que le permita tener en cuenta todos los motivos que puedan concurrir en la persona de los candidatos”, de tal modo que, a pesar de la norma de preferencia, “la Administración siempre puede optar por el candidato de sexo masculino basándose en los criterios, tradicionales o no, de promoción” (apartado 5).

Tanto el *Land* como los Gobiernos austriaco, español, finlandés, noruego y sueco, junto a la Comisión –todos ellos personados en la causa-, consideraron que una norma nacional como la controvertida constituía “una medida destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva” (apartado 14). El Gobierno austriaco estimaba, además, que estaba destinada a “corregir procedimientos discriminatorios de selección de personal” (apartado 15 in fine), mientras que los Gobiernos finlandés, sueco y noruego añadían que “favorece el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y contribuye, de esa forma, a reequilibrar los mercados de trabajo

³² FREIXES SANJUÁN, T.: “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”. Op. Cit., pág. 55.

³³ Asunto C-409/95. Repertorio de Jurisprudencia Rec. 1997, p. I-6363.

DOCTRINA

que, en su estado actual, siguen estando ampliamente compartimentados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional”, precisando también el Gobierno finlandés que “la experiencia demuestra que las acciones que se limitan a intervenir en la orientación y la formación profesionales de las mujeres, o en el reparto de responsabilidades profesionales y familiares, no bastan para poner fin a esta compartimentación de los mercados de trabajo” (apartado 16).

Por todo ello, el *Land* y los Gobiernos anteriormente citados estimaban que la disposición controvertida “no garantiza a las mujeres una preferencia absoluta e incondicional” y, por lo tanto, se mantenía dentro de los límites fijados por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Kalanke* (apartado 17).

Por el contrario, los Gobiernos francés y del Reino Unido –también personados en la causa-, consideraban que la norma cuestionada “no está amparada por la excepción del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva” (apartado 18), ya que entendían que al conceder preferencia a las candidatas femeninas, la disposición “va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y pretende establecer una igualdad de representación entre hombres y mujeres”, siendo aplicable a este caso lo dispuesto en la Sentencia *Kalanke* (apartado 19). A su juicio, la cláusula de excepción que contenía dicha norma no disminuía el carácter discriminatorio de la misma, porque dicha cláusula sólo se aplicaría “excepcionalmente” y no en condiciones normales. Al mismo tiempo, afirmaban que la formulación de dicha “cláusula de excepción” en términos “a la vez generales e imprecisos, vulneraría el principio de seguridad jurídica” (apartado 20).

El Tribunal de Justicia, tras recordar los términos del pronunciamiento en la Sentencia *Kalanke*, estimó que, a diferencia de la normativa examinada entonces, la disposición controvertida en el caso actual no suponía una promoción automática de las candidatas femeninas, en tanto que contenía una “cláusula de apertura” en favor de los candidatos masculinos (apartados 23 y 24), considerando que la cuestión estribaba en dilucidar si una norma nacional que contenga dicha cláusula mantiene su finalidad de promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el sentido del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva (apartado 25).

En este sentido, tras recordar la interpretación contenida en la Sentencia *Kalanke* respecto del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, el Tribunal consideró que “el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades” (apartado 30), de donde dedujo que la norma cuestionada podía contribuir a reducir las desigualdades de hecho que afectan a las candidatas femeninas (apartado 31).

Al mismo tiempo, a juicio del Tribunal la disposición controvertida en este caso, el apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública antes transcrito, contenía lo que denominaba como una “cláusula de apertura” que “no sobrepasa los límites” y que permitía justificar la conformidad de dicha norma con el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, aun cuando dicha coexistencia estuviera sometida a una concreta interpretación de la norma nacional que el Tribunal de Justicia precisó en un claro pronunciamiento interpretativo, a saber:

1º. Que dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que

2º. Tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas (apartado 33).

En última instancia, afirmaba el Tribunal, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si se cumplen tales requisitos en la aplicación de la norma al caso controvertido (apartado 34).

Nos encontramos, por lo tanto, ante un supuesto en el que la norma nacional contiene una medida de acción positiva en beneficio de las candidatas femeninas de igual capacitación que aspiren a un puesto en un nivel en el que el sexo femenino se encuentra infrarrepresentado, acompañada de una cláusula –denominada por el Tribunal de Justicia “de apertura”–, en virtud de la cual dicha preferencia queda anulada si concurren en un candidato masculino “motivos” que “inclinan la balanza a su favor”.

La indeterminación de dicha cláusula –reconocida, por otro lado por el propio *Land*–, respondía a la voluntad de reconocer a la Administración un margen de discrecionalidad. Sin embargo, su formulación en términos tan imprecisos como los señalados permite considerar que en virtud de la misma, la Administración puede rebasar ampliamente los límites de la discrecionalidad, incurriendo en una clara arbitrariedad y, en este sentido, resulta justificado el argumento sostenido por los Gobiernos francés y de Gran Bretaña en el sentido de que dicha cláusula afectaría al principio de seguridad jurídica.

DOCTRINA

Al ofrecer una interpretación del precepto de la Ley de la Función Pública cuestionado, el Tribunal de Justicia pretendió acotar el margen de actuación de la Administración eliminando los riesgos de una posible actuación arbitraria ofreciendo, de este modo, una significación de dicha cláusula que sea compatible con el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, la interpretación formulada por el Tribunal de Justicia del precepto controvertido no excluye la aplicación de los que el *Land* de Westfalen consideraba los criterios “tradicionales” de selección: edad, antigüedad y el hecho de que el candidato sea cabeza de familia, en tanto que todos ellos pueden ser considerados criterios “objetivos” referidos a la persona de los candidatos de ambos sexos, de modo que la preferencia de las candidatas femeninas se convertiría en el criterio residual de selección de candidatos.

De los pronunciamientos del Tribunal de Justicia examinados resulta, por lo tanto, una interpretación restrictiva del contenido del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE y, en consecuencia, de las medidas dirigidas a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las mujeres en el acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, aunque dicho criterio restrictivo, ciertamente, presenta diferentes grados si se comparan las Sentencias *Kalanke* y *Marschall*.

En efecto, mientras en la Sentencia *Kalanke* el Tribunal estableció que las medidas de acción positiva que conceden un trato preferente y automático a las mujeres son contrarias al Derecho comunitario, en la Sentencia *Marschall* se aclara que tales medidas son conformes con el Derecho comunitario si incluyen una “cláusula de apertura”.

En todo caso, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado en ninguna de las Sentencias examinadas acerca de sistemas de “cuotas rígidas”, es decir, de medidas que implican la reserva de un porcentaje determinado de puestos en ciertas categorías que necesariamente han de ser ocupados por mujeres. De hecho, M^a A. Martín Vida afirma expresamente que las medidas cuestionadas en las Sentencias *Kalanke* y *Marschall*, en virtud de las cuales se promociona a la mujer –igualmente cualificada e infrarrepresentada en la categoría profesional del puesto a cubrir-, “no convierte a este modelo de «discriminación positiva» en un modelo de «cuota rígida»³⁴.

En efecto, la legislación cuestionada en las Sentencias *Kalanke* y *Marschall* otorgaba a las mujeres una ventaja añadida en una situación de igualdad de capacitación, en el caso de que la concurrencia de candidatos se produzca en un sector en que las mujeres están infrarrepresentadas. De ahí que J. A. Fernández Avilés haya afirmado, “siguiendo un razonamiento, *a fortiori*”, que “un sistema de cuotas rígido, que reserve un determinado número de puestos con carácter exclusivo para las mujeres con indiferencia de su capacitación respecto de un eventual candidato masculino, y que no se sustente sobre alguna de las otras excepciones previstas por la Directiva, debe considerarse mayormente incompatible con la misma, pues vulnera de forma más intensa y directa el principio de trato igual”³⁵.

En principio, podría considerarse que este resultó el tema al que hubieron de enfrentarse el Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional italiana, al plantearse en sus respectivos países problemas de constitucionalidad por el desarrollo en ellos de los intentos más significativos por ampliar la presencia de mujeres en los órganos de representación, adoptando a tales efectos acciones positivas consistentes en el establecimiento de cuotas por razón de sexo en las candidaturas electorales.

4. La experiencia francesa e italiana acerca de las cuotas electorales por razón de sexo.

En efecto, en 1982 fue aprobada en Francia la Ley por la que se modificaba el Código electoral y el Código municipal y relativa a la elección de consejeros municipales y a las condiciones de inscripción de los franceses residentes fuera de Francia, recurrida ante el Consejo Constitucional francés a través de una cuestión previa de inconstitucionalidad por los diputados de la oposición en la Asamblea Nacional, resuelta por la Sentencia n^o 82-146, de 18 de noviembre³⁶.

En concreto, los recurrentes estimaban contrario a la Constitución el artículo 4 del citado texto legal, por el que se incorporaba un nuevo artículo L 260 bis al Código electoral, según el cual en los municipios de más de 3500 habitantes, las listas de candidatos no podían incorporar más del 75% de personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que los consejeros municipales son elegidos por escrutinio de listas cerradas y bloqueadas, en las que los electores no pueden modificar su contenido ni el orden de presentación de los candidatos.

³⁴ MARTÍN VIDA, M^a A.: “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia «Marschall»”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18. Núm. 53. Mayo-Agosto, 1998, pág. 333.

³⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La discriminación positiva en el ámbito europeo (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)”. Op. Cit., págs. 772-773.

DOCTRINA

En la mencionada Sentencia, el Consejo Constitucional partió del análisis del contenido tanto del art. 3 de la Constitución –relativo a la atribución de la soberanía y a las condiciones de elegibilidad³⁷–, como de la conocida y clásica definición de la ley contenida en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano³⁸, dado que éste último texto, en virtud de lo establecido en el Preámbulo de la Constitución de 3 de junio de 1958, forma parte de la Constitución actualmente vigente³⁹.

Del análisis sistemático de ambos preceptos, el Consejo Constitucional francés dedujo que es la “condición de ciudadano” la que posibilita el ejercicio del derecho de voto así como el de ser elegido en condiciones idénticas para todos, sin otras limitaciones que las derivadas de la edad, incapacidad o la nacionalidad, o de otra razón cuyo fin sea garantizar la libertad del elector o la independencia del elegido. Estos principios, afirmaba el Consejo Constitucional, tienen “valor constitucional” y “se oponen a toda división en categorías de los electores o los elegibles” en “todo tipo de sufragio político”, incluidas la elección de los consejeros municipales (Apartado 7).

Desde tales premisas, consideró que el precepto cuestionado, relativo a las listas sometidas a los electores, en tanto que “supone una distinción entre candidatos por razón de sexo, es contrario a los principios constitucionales antes citados”, de tal modo que el artículo L 260 bis del Código electoral según la redacción contenida en el artículo 4 de la Ley sometida a examen, “debe ser declarado contrario a la Constitución” (Apartado 8).

Dicho pronunciamiento, en el que el Consejo Constitucional francés analiza el sistema de cuotas por sexo únicamente desde la perspectiva de la igualdad formal, suscitó un importante debate político y doctrinal sobre la base de la pregunta “¿Para reducir las desigualdades que provienen de las costumbres, pueden introducirse en la ley discriminaciones permanentes?”⁴⁰.

A este respecto, se ha de subrayar la contundente opinión contraria a lo deducido por el Consejo Constitucional por parte de Ph. Blacher, quien estimó que el artículo 3 de la Constitución se refiere “únicamente al derecho de voto”, pero no al conjunto del derecho electoral y, más concretamente, al establecimiento de “cuotas” por sexo, en tanto que la finalidad de éstas últimas no es otra que la de favorecer una representación política más equilibrada entre hombres y mujeres, de manera que una medida de esta naturaleza “en ningún caso, afecta al derecho de voto”.

Con todo, lo más “sorprendente” del pronunciamiento analizado consiste, en opinión del autor precitado, en el hecho de que el Consejo Constitucional no tiene en cuenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en el tercer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946, según el cual “La Ley garantiza a la mujer, en todas las esferas, derechos iguales a los del hombre”. Este “voluntario olvido” del Consejo Constitucional confirma, a su juicio, que el juez constitucional “rehúsa tratar diferentemente a los hombres ciudadanos y a las mujeres ciudadanas”, con la consecuencia –a través de la aplicación de una lógica “siesiana”–, de “prohibir cualquier división del cuerpo electoral”⁴¹.

Por ello, la consecuencia más destacable, desde el punto de vista constitucional, de la Sentencia de 18 de noviembre de 1982, reside en el hecho de que la interpretación del principio de igualdad –entendido exclusivamente como igualdad formal o igualdad ante la ley– realizada por el Consejo Constitucional francés no sólo implica la incompatibilidad de las cuotas por sexo en las candidaturas electorales con el ordenamiento jurídico francés, sino que también podría justificar la inconstitucionalidad de cualquier otra medida de acción positiva.

³⁶ C. C. n.º 82-146 D.C. de 18 noviembre 1982. Recueil, p. 66.

³⁷ El artículo 3 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 establece: “La soberanía nacional pertenece al pueblo, quien la ejerce por medio de sus representantes y por la vía del referéndum.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse el ejercicio de la soberanía.

El sufragio puede ser directo o indirecto, en las condiciones previstas por la Constitución. Siempre es universal, igual y secreto. Son electores, en las condiciones determinadas por la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad, de ambos sexos, que gocen de sus derechos civiles y políticos” (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Madrid: Tecnos, 1991, pág. 227).

³⁸ Por su parte, como resulta conocido, el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar, personalmente o por sus representantes, en su elaboración. La Ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Como todos los ciudadanos son iguales a sus ojos, todos son igualmente admisibles a las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos” (MARTÍNEZ ARANCÓN, A.: “La Revolución francesa en sus textos”. Madrid: Tecnos, 1989, págs. 6-7).

³⁹ El primer párrafo del Preámbulo de la vigente Constitución de la Quinta República francesa afirma que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946” (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Op. cit., pág. 227).

⁴⁰ AVRIL, P. y GICQUEL, J.: “Chronique constitutionnelle française (16 octobre 1982-15 janvier 1983)”. Pouvoirs: Revue française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques”, n.º. 25, 1983, pág. 191.

⁴¹ BLACHER, Ph.: “Droit constitutionnel et identité féminine”. Revue Administrative, n.º. 289, 1996, pág. 39. En efecto, según afirmaba E.-J. SIEYÈS, “Je me figure la Loi au centre d’un globe immense; tous les Citoyens sans exception, sont à la même distance sur la circonférence & n’y occupent que des places égales; tous dépendent également de la Loi; tous lui offrent leur liberté & leur propriété à protéger; & c’est que j’appelle les droits communs de Citoyens” (“Qu’est-ce que le Tires-Etat?”. Pergamon press, 1789, págs. 116-117. En: <http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47521t.r=siey%C3%A8s.langES>).

DOCTRINA

Ello no significa que la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés no haya reconocido que el principio de igualdad “no excluye que el legislador regule de manera diferente situaciones diferentes”, ni tampoco la posibilidad de que establezca excepciones a la igualdad “por razones de interés general”⁴², sino que de la argumentación mantenida en la Sentencia de 18 de noviembre de 1982 no se desprende, como lógica consecuencia, que el “sexo” pueda ser considerado por el juez constitucional como una “diferencia” y las medidas de acción positiva como “razones de interés general” que justifiquen el trato desigual de la mujer en la ley⁴³.

Finalmente, a través de la Ley constitucional n° 99-569 de 8 de julio de 1999⁴⁴, relativa a la igualdad entre mujeres y hombres, el art. 3 de la Constitución francesa pasó a incluir un último apartado según el cual “la ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”.

Por lo que se refiere al caso italiano, el artículo 5.2, párrafo segundo, de la Ley n. 81, de 25 de marzo de 1993 [Elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del consejo municipal y del consejo provincial (GU n. 072. Suppl. Ord. de 27/3/1993)], modificada por la Ley n. 415, de 15 de octubre de 1993 (GU n. 245 de 18/10/1993), en relación con la elección de los consejeros municipales en municipios de hasta 15.000 habitantes, afirmaba que “en las listas de candidatos ninguno de los dos sexos podrá estar representado en grado superior a los tres cuartos de los consejeros asignados”.

Dicho precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Consejo de Estado, a raíz del recurso presentado por Maio Giovanni contra el Ministerio del Interior, resuelta mediante Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de septiembre de 1995⁴⁵.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional declaraba inconstitucional el precepto citado por considerarlo contrario a los artículos 3, párrafo primero y 51 párrafo primero de la Constitución italiana de 1947⁴⁶, si bien debe subrayarse el hecho de que, a pesar de que el Consejo de Estado planteó la duda acerca de la conformidad constitucional de la disposición citada respecto de los artículos 3 párrafo primero, 51 párrafo primero y 49 de la Constitución italiana, el pronunciamiento de la Corte Constitucional se fundamenta en el análisis de los dos primeros preceptos, pero no en éste último, según el cual “todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir con método democrático a determinar la política nacional”⁴⁷.

En opinión de la Corte Constitucional, ambos preceptos constitucionales –los artículos 3, 1° y 51, 1°– “garantizan la absoluta igualdad entre los dos sexos en el acceso a los cargos públicos electivos, en el sentido de que la pertenencia a uno u otro sexo no puede ser nunca asumida como requisito de elegibilidad ni tampoco se deduce que deba afirmarse respecto del derecho a ser candidato”. De hecho, según declara la Corte Constitucional, la posibilidad de ser presentado como candidato no es sino “la condición prejudicial y necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse, por lo tanto, en concreto, del derecho al sufragio pasivo” (Considerando 4°).

Desde esta perspectiva, la Corte reconoce que la norma cuestionada tiende a configurar “una especie de acción positiva” dirigida a favorecer una igualdad no sólo formal, sino también sustancial, entre los dos sexos, en el acceso a los cargos públicos electivos en el sentido previsto en el apartado segundo del art. 3 de la Constitución⁴⁸ (Considerando 5°). Tales medidas de acción positiva, “deliberadamente desiguales”, aunque pueden tener su fundamento en la eliminación de situaciones de inferioridad social o económica o, más ampliamente, pueden ir dirigidas a compensar o remover las desigualdades materiales entre los individuos (en tanto que presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), no pueden, sin embargo, “incidir directamente en el contenido mismo de aquellos mismos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales”.

⁴² Vid., entre otras, Sentencia n° 87-232, de 7 de enero de 1988. Recueil p. 17.

⁴³ Este fue el caso, a modo de ejemplo, de la Sentencia del Consejo Constitucional francés n° 94-358, de 26 de enero de 1995, relativa a la distribución del territorio, donde el juez constitucional consideró que el principio de igualdad “no es obstáculo a lo que dispone el legislador, a través del otorgamiento de ventajas fiscales, medidas de incitación al desarrollo y a la mejora de ciertas partes del territorio nacional con miras al interés general” (Considerando 34), lo que equivalía a reconocer la constitucionalidad de un sistema de “cuotas” fiscales (C. C. n° 94-358 D.C. de 26 junio de 1995. J. O. de 1 de febrero de 1995).

⁴⁴ JO n° 157 de 9 de julio de 1999, p. 10175.

⁴⁵ GU n. 20/09/1995.

⁴⁶ El párrafo primero del artículo 3 de la Constitución de la República italiana, de 27 de diciembre de 1947, establece: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales y sociales”. Por su parte, el párrafo primero del artículo 51 afirma: “Todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, pueden acceder a la función pública y a los cargos electivos en condiciones de igualdad, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley” (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Op. cit., págs. 135 y 143, respectivamente).

⁴⁷ CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Op. cit., pág. 142.

⁴⁸ Según afirma el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución: “Es misión de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (CASCAJO CASTRO, J. L. y GARCÍA ALVAREZ, M.: “Constituciones extranjeras contemporáneas”. Op. cit., pág. 135).

DOCTRINA

Más concretamente, respecto de la medida legal cuestionada, la Corte estimaba que una “acción positiva” de esta naturaleza no resulta coherente con “la finalidad” indicada en el párrafo segundo del art. 3 de la Constitución, dado que no se propone “remover” los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que le atribuye directamente aquellos mismos resultados. Por este motivo, afirmaba que, considerada en tales términos, dicha medida de “acción positiva” persigue el resultado “expresamente excluido” por el artículo 51 de la Constitución, terminando por crear “discriminaciones actuales como remedio a las discriminaciones pasadas” (Considerando 6°).

No obstante, la propia Corte reconoce que tales medidas, “constitucionalmente ilegítimas” cuando son establecidas mediante la ley, pueden ser valoradas positivamente cuando son “libremente adoptadas” por los partidos políticos, asociaciones o grupos que participan en las elecciones, de acuerdo con las previsiones contenidas en sus respectivos estatutos o reglamentos relativos a la presentación de candidaturas (Considerando 7°).

Numerosas opiniones doctrinales mostraron la debilidad de la argumentación de la Corte Constitucional en dicho pronunciamiento. Así, U. de Siervo subrayaba, entre otros aspectos, la improcedencia de la equiparación realizada por la Corte Constitucional entre “elegibilidad” y el derecho a ser candidato, o la limitación que se deriva para las acciones positivas de la afirmación según la cual las mismas no pueden incidir directamente en el contenido mismo de los derechos fundamentales⁴⁹. En el mismo sentido, G. Brunelli, se refería a la “hostilidad” de la Corte Constitucional hacia las medidas de “acción positiva” en la línea del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso Kalanke)⁵⁰. Por su parte, G. Cinanni, consideraba que la inconstitucionalidad de una norma como la cuestionada no derivaba tanto de la ruptura del principio de igualdad, sino de la alteración que suponía en la “representación política según está configurada en nuestro ordenamiento”⁵¹.

Sin embargo, varios años más tarde el problema de la desigualdad de representación de las mujeres en las instituciones representativas reaparece en el contexto de la reforma constitucional relativa a la forma de Estado.

En efecto, la Ley Constitucional n. 2 de 31 de enero de 2001 (“Disposiciones relativas a la elección directa de los Presidentes de las Regiones de Estatuto especial y de las provincias autónomas de Trento y Balzano”)⁵², encomienda al legislador regional la tarea de adoptar las medidas idóneas para fomentar el equilibrio en la representación electoral entre ambos sexos, mientras que la Ley Constitucional n. 3, de 18 de octubre de 2001 (“De modificación del Título V de la parte segunda de la Constitución”)⁵³, proporciona una nueva redacción al art. 117.c) párrafo 7 de la Constitución, asignando a la legislación regional las tareas de “remover los obstáculos que impidan la plena paridad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica” y promover “la paridad entre mujeres y hombres en el acceso a los cargos electivos”.

Tras estas reformas constitucionales, la Corte Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse nuevamente –aunque manifestando un distinto parecer–, sobre el sistema de cuotas de mujeres en las candidaturas electorales, a través de la Sentencia n. 49 de 10 de febrero de 2003⁵⁴, donde se pronunciaba sobre algunas disposiciones de la Ley regional del Valle de Aosta, aprobada el 25 de julio de 2002, y, en concreto, respecto de su artículo 2, donde se incluía un nuevo precepto en la legislación electoral en virtud del cual cada lista de candidatos en las elecciones al Consejo regional debía contemplar la presencia de candidatos de ambos sexos.

Según el parecer de la Corte Constitucional en esta última Sentencia, la norma cuestionada no establece la pertenencia a uno u otro sexo como requisito ulterior de elegibilidad y mucho menos para ser candidato. De otra parte, la medida prevista en la ley impugnada “no puede calificarse como una de aquellas «medidas legislativas, deliberadamente desiguales»” que, según ha reconocido la propia Corte –en referencia a la Sentencia n. 422 de 1995–, no pueden “incidir directamente sobre el contenido mismo” de los derechos fundamentales, “rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales”, en tanto que, en opinión de la Corte, no se contempla en la misma ninguna medida de “desigualdad” dirigida a favorecer a los individuos pertenecientes a grupos en situación de desventaja, ni de “compensar” tales desventajas a través de ventajas legislativamente atribuidas.

⁴⁹ DE SIERVO, U.: “La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali”. En *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XL. Fasc. 5. Settembre-Ottobre, 1995, págs. 3270-3271.

⁵⁰ BRUNELLI, G.: “Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell’illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali”. En *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XL. Fasc. 5. Settembre-Ottobre, 1995, pág. 3275.

⁵¹ CINANNI, G.: “Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne”. En *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XL. Fasc. 5. Settembre-Ottobre, 1995, pág. 3293.

⁵² G. U. n. 26 del 1 febrero 2001.

⁵³ G. U. n. 248 del 24 de octubre de 2001.

⁵⁴ G. U. de 19 de febrero de 2003.

DOCTRINA

No existe, en definitiva, a juicio de la Corte Constitucional, “ninguna incidencia directa sobre el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de uno u otro sexo, todos igualmente elegibles sobre la base exclusivamente de los requisitos prescritos”, pues las disposiciones recurridas “no establecen la pertenencia a uno u otro sexo como requisito para la ulterior elegibilidad, ni tampoco para la posibilidad de ser candidatos de los ciudadanos particulares. La obligación impuesta por la ley y la consiguiente sanción de invalidez conciernen sólo a las listas y a los sujetos que las presentan”.

En otras palabras, la Corte Constitucional parece rechazar su anterior consideración del derecho a ser candidato como “la condición prejudicial y necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse, por lo tanto, en concreto, del derecho al sufragio pasivo”, afirmando en esta ocasión que “las disposiciones examinadas establecen un vínculo no ya con el ejercicio del voto o de los derechos de los ciudadanos elegibles, sino con la formación de la libre elección de los partidos y de los grupos que elaboran y presentan las listas electorales, impidiéndoles (sólo) la posibilidad de presentar listas formadas por candidatos todos del mismo sexo” (Considerando 3.1).

Sin duda propiciada por este pronunciamiento de la Corte Constitucional, una posterior reforma de la Constitución llevada a cabo mediante la Ley Constitucional n. 1, de 30 de mayo de 2003⁵⁵, modificaba el párrafo 1 del artículo 51 añadiendo los términos siguientes: “A tales fines la República fomenta con las medidas adecuadas la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, de tal modo que, en opinión de E. Ceccherini, se reconocía “una cierta simetría entre los cargos electivos a nivel estatal y a nivel regional, legitimando medidas de reequilibrio en cualquier proceso electoral”⁵⁶.

5. El “principio de presencia o composición equilibrada” en las candidaturas electorales como “fórmula de equilibrio entre sexos” en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero.

En nuestro ordenamiento jurídico, diferentes Comunidades Autónomas han reformado sus leyes electorales en los últimos años con el fin de favorecer la presencia de mujeres en sus respectivas Asambleas Legislativas.

Este es el caso de la Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, cuyo artículo 1 dispone la modificación del artículo 16.4 de la Ley electoral de las Illes Balears, reconociendo la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas electorales, a través de un sistema de listas “cremallera”⁵⁷. Un sistema muy semejante al previsto en la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha⁵⁸, y en la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía⁵⁹. Por su parte, la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en su Disposición final Cuarta –a través de la cual se modifica la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, añadiendo un párrafo, con el número 4, al artículo 50-, opta por reconocer la obligación de que las candidaturas electorales estén integradas, al menos, por un 50 por ciento de mujeres, proporción que deberá mantenerse en el conjunto de la lista de candidatos y en cada tramo de seis nombres⁶⁰.

Frente a las dos primeras leyes autonómicas citadas fueron planteados recursos de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno, que se tuvieron por desistidos mediante los Autos del Tribunal Constitucional 359/2006, de 10 de octubre (Balears) y 331/2006, de 26 de septiembre (Castilla-La Mancha), mientras que la legislación electoral de Andalucía y del País Vasco, recurridas en inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, siguen en vigor a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

⁵⁵ G. U. n. 134, de 12 de junio de 2003.

⁵⁶ CECCHERINI, E.: “La igualdad de sexos en la representación política: la experiencia italiana”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, n.º 6, Julio-Diciembre 2006, pág. 347.

⁵⁷ BOE núm. 170, de 17 de julio de 2002. Según esta reforma legal, el art. 16.4 de la Ley Electoral queda redactado en los términos siguientes: “4. Con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa”.

⁵⁸ BOE núm. 169, de 16 de julio de 2002. Dicha norma legal añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 de la Ley electoral de Castilla-La Mancha, con la siguiente redacción: “Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes”.

⁵⁹ BOJA núm. 74, de 18 de abril de 2005. Concretamente, el artículo 23, apartado 1 de la Ley electoral de Andalucía queda redactado del siguiente modo: “1. La presentación de candidaturas, en las que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares”.

⁶⁰ BOPV núm. 42, de 2 de marzo de 2005. El contenido del nuevo párrafo 4 del art. 50 de la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco es el siguiente: “Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para los suplentes”.

DOCTRINA

En el ámbito estatal, la aprobación de la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla específicamente en su Disposición adicional 2ª, la inclusión de un nuevo artículo 44 bis en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), donde se articula un procedimiento basado en el principio de “composición equilibrada de mujeres y hombres” que, partiendo de unos contenidos cuantitativos específicos aplicables a las candidaturas electorales presentadas para las elecciones al Congreso de los Diputados, a las elecciones municipales y de los consejos y cabildos insulares, así como en las elecciones al Parlamento Europeo y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, establece las posibilidades de desarrollo por el legislador autonómico para esta últimas y precisa el contenido del principio cuando las candidaturas del Senado “se agrupen en listas”.

Según dispone la mencionada Disposición adicional 2ª, las candidaturas electorales deberán ser elaboradas de modo que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los dos sexos supongan “como mínimo el cuarenta por ciento”, de manera que cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres “será lo más cercana posible al equilibrio numérico”. Aquella proporción mínima también se mantendrá en cada tramo de cinco puestos y será exigible “en el conjunto de la lista”, y esta última exigencia en los últimos tramos de la lista que no alcancen los cinco puestos. Por lo que se refiere al Senado, las candidaturas que se agrupen en listas, también deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres “lo más cercana posible al equilibrio numérico”⁶¹.

Dicho precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, así como de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, resueltos conjuntamente a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, donde se ha reconocido la conformidad constitucional de ese “principio de presencia o composición equilibrada”.

De este modo, la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, constituye el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la conformidad con la Constitución de las cuotas electorales por razón de sexo.

Concretamente, la cuestión de inconstitucionalidad planteaba la conformidad constitucional del artículo 44 bis de la LOREG, introducido por la citada Disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, con el art. 23 de la Constitución, en relación con los artículos 6 y 14, también de la Constitución española. Dicha cuestión de inconstitucionalidad trae causa de la Resolución de 27 de abril de 2007, de la Junta Electoral de Zona de Icod de los Vinos, por la que se denegaba la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular para el municipio de Garachico en las elecciones de 27 de mayo siguiente –integrada exclusivamente por mujeres-, fundándose en que dicha candidatura no se ajustaba a lo previsto en el art. 44 bis de la LOREG.

Tras la alegación formulada por el representante legal del Partido Popular ante la Junta Electoral de Zona, afirmando que dicha candidatura electoral era conforme a la Constitución, se publicaron en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife las candidaturas proclamadas sin que figurase entre ellas la presentada por el Partido Popular en el municipio de Garachico.

Esta resolución de la Junta Electoral de Zona fue objeto de recurso contencioso-electoral, presentado con fecha de 2 de mayo de 2007, donde se solicitaba el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 44 bis de la LOREG, al entender que dicho precepto podría vulnerar lo dispuesto en los arts. 14 y 23 CE así como en los arts. 16 y 20.1 a) CE.

Tras el escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Fiscal oponiéndose al recurso contencioso-electoral y señalando la improcedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y del escrito de alegaciones de la parte actora solicitando que dicha cuestión de inconstitucionalidad se tramitara por el procedimiento preferente y sumario contemplado en la LOREG, el órgano jurisdiccional elevó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional mediante Auto de 5 de mayo de 2007.

⁶¹ La Disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone la inclusión de un nuevo apartado 44 bis en la LOREG, con el siguiente tenor: “1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas. 2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista. 3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados. 4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico”.

DOCTRINA

En el mismo, el órgano judicial recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sufragio pasivo reconocido en el art. 23.2 CE y del principio de igualdad (artículos 9.2 y 14 CE), así como las sentencias del Consejo Constitucional francés y de la Corte Constitucional italiana acerca de esta misma materia y afirma que “una cosa es promover condiciones, remover obstáculos y facilitar la participación en la vida pública de las mujeres (art. 9.2 CE) y otra bien distinta imponerla e imponerla a costa de la libertad política de las mujeres recurrentes a las que la Ley garantiza unos mínimos pero también fija un techo a sus legítimas aspiraciones de participar activamente en los asuntos públicos”.

También se plantea el problema desde la perspectiva del contenido esencial del artículo 23.2 CE, entendiendo que “en el derecho fundamental de acceso a la función pública el principio de mérito y capacidad se integra en el contenido del derecho”, sin que se aprecie exclusión de la mujer cuando los procesos selectivos se basan en tales criterios, al contrario de lo que sucede, afirma el órgano judicial, “en los supuestos de nombramiento libre o discrecional”, donde la “meritocracia”, si bien constituye “un principio de política jurídica que junto con la igualdad de oportunidades son fundamentales en la organización y funcionamiento de una sociedad progresista hacia valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1 CE), resulta “discutible” que “forme parte del contenido esencial del derecho fundamental aquí concernido”.

En última instancia, el Tribunal *a quo* afirma que el precepto legal cuestionado “restringe la libertad” de los partidos políticos –destinatarios de la norma-, a la hora de nombrar a sus candidatos”, estimando, incluso, que el hecho de “busca(r) candidatos de cuota y no por valía personal puede incluso ser contrario a la dignidad de la persona”.

Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad planteado el día 21 de junio de 2007 por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados se fundamenta, en primer término, en el reconocimiento de que las acciones compensatorias a favor de un sexo, basadas generalmente en el art. 9.2 CE, resultan incompatibles con el derecho de participación política formulado en art. 23 CE, en tanto que determinados derechos e instituciones constitucionales “no son capaces de aceptar en su concepción y funcionamiento la invasión de la acción positiva, por razones de incongruencia o irrazonabilidad”, incluso por la desproporcionalidad de la medida, “pues puede llegar a perjudicar a ese colectivo en los casos que ya ha conseguido (o superado) una igualdad en el punto de partida”.

Asimismo, entienden los recurrentes que el legislador electoral “debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, positiva o negativa, basada en tales circunstancias”, considerando que la misma razón que asistiría al hecho de que “la mitad social femenina” aparezca reflejada obligatoriamente en las candidaturas podría permitir ese mismo beneficio a otras categorías o segmentos sociales, con reservas de puestos a ancianos, jóvenes, discapacitados, etc., dando lugar a una “disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o de categorías, más cercanos al corporativismo de regímenes antidemocráticos que a la libertad de la democracia representativa”. De este modo, para los actores, el precepto legal recurrido supone una “revisión de la democracia representativa española, lo que exigiría una previa reforma constitucional”.

Tras referirse a los ejemplos de derecho comparado en los que la inclusión legal de cuotas por sexo en las candidaturas electorales ha ido precedida de una reforma constitucional, los recurrentes entienden que “sólo una reforma constitucional podría cambiar el concepto unitario de cuerpo electoral, admitiendo su fragmentación por categorías, apelando a razones como ésta del género, y de esa manera permitir la imposición de cuotas”, considerando que el precepto cuestionado vulnera el art. 23 CE y la libertad de expresión del pluralismo político de los partidos (art. 6 CE), que es manifestación patente de un valor propio del ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE), además de incidir en la configuración de los órganos constitucionales por fragmentar y categorizar el concepto de pueblo español (art. 66 CE), limitando el contenido del derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones al Congreso y al Senado (arts. 68.1 y 5 y 69.2 CE, respectivamente), además de poner en “entredicho” la libertad de pensamiento en la motivación de participar en los asuntos públicos (art. 20.1^a) CE). Asimismo, los recurrentes cuestionaban el precepto legal desde la perspectiva del principio de igualdad, estimando que si bien dentro de dicho principio caben medidas o acciones positivas adoptadas al amparo del art. 9.2 CE, “las acciones de discriminación positiva tienen (...) un marco casuístico muy particular, que depende de cada circunstancia concreta y un espacio de desarrollo complejo en tanto quieran ser compatibles con el principio de igualdad ante la ley (a fin de no ser ellas mismas, nacidas de la igualdad, las que terminen menoscabándola)”. Por este motivo, entendían que el legislador orgánico, al introducir el sistema de cuotas por razón de sexo en las candidaturas electorales había incurrido en “una suerte de presunción legislativa convalidante que supera la concurrencia de las situaciones de postergación de un colectivo en razón de su género, en cada

DOCTRINA

uno de los territorios que van a participar en la consulta”, considerando –a través de la argumentación ya utilizada en la Sentencia del TJCE que resolvía el Asunto Kalanke y en la Sentencia de la Corte Constitucional italiana, antes examinadas-, que dicha medida no se limita a promover la igualdad de oportunidades, colocando a hombres y mujeres en condiciones de igualdad en el punto de partida, sino que genera una obligación de resultado.

En tales circunstancias, afirmaban los recurrentes que la Disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de mayo, vulnera el art. 6 CE, incurriendo en el “despropósito” de impedir “que un partido feminista reivindicativo (...) presente una lista formada exclusivamente por candidatas, como es el caso de la candidatura presentada por el Partido Popular en el municipio tinerfeño de Garachico”.

Finalmente, los Diputados recurrentes sostenían que el precepto legal cuestionado también vulnera la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos (art. 20.1 a CE), al impedir la existencia de candidaturas integradas sólo por hombres o sólo por mujeres para la defensa de los valores que estimen pertinentes.

En opinión del Tribunal Constitucional los argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado deben ser considerados desde la perspectiva de que “los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)”, según afirmaba en la Sentencia 235/2000, de 5 de octubre, Fto. Jco. 11. Sentada esta premisa, el Tribunal reconoce que tanto en los textos de Derecho internacional general como en el ámbito del Derecho comunitario, constituye una “piedra angular” la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres. Sin embargo, al margen de los mandatos genéricos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, los Tratados Internacionales “no se pronuncian, en principio, sobre los concretos instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento”. Respecto de las referencias a la jurisprudencia constitucional francesa e italiana, el Tribunal Constitucional constata la “diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y el nuestro”, proveniente de la “singularidad que en nuestro caso supone la amplitud del contenido del art. 9.2 CE que se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar”, lo que explica, a su juicio, que la incorporación en tales países de medidas como la cuestionada en este asunto, “haya ido precedida o acompañada, según los casos, de reformas constitucionales que han incorporado la idea de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la representación política” (Fto. Jco. 2º).

Analizando en concreto la disposición impugnada tanto por la cuestión de inconstitucionalidad como por el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estima que la misma “no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favorecedora a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100)”. Una disposición legal que, en todo caso, afirma, posee un “efecto bidireccional”, ya que asegura la proporción indicada tanto para uno como para otro sexo.

Partiendo de tales premisas, el Tribunal Constitucional analiza la posible vulneración por la disposición legal cuestionada del principio de igualdad (arts. 14 y 23), del derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 y 68.5 CE) y del derecho de asociación en partidos políticos (arts. 6 y 22 CE), como instrumentos de articulación de la voluntad política de los ciudadanos en torno a cualquier ideología (arts. 16 y 20.1 a) CE).

El punto de partida del análisis se sitúa en la consideración de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos “tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el art. 44.1 LOREG, exclusivamente a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores”. Precisados en tales términos los destinatarios de la norma, en opinión del Tribunal Constitucional dicho requisito legal no constituye, en puridad, “una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual”, en tanto que los partidos políticos y las agrupaciones de electores constituyen “entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia”.

De este modo, “el problema constitucional de fondo” se plantea, afirma, especialmente, en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones directas con los arts. 22 y 16 CE e, indirectamente, con el principio de igualdad (art. 14 y 23 CE) (Fto. Jco. 3º).

En cuanto al art. 9.2 CE, el Tribunal Constitucional recuerda la doctrina sentada respecto de la igualdad proclamada por el art. 1.1 de la Constitución como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, inherente al

DOCTRINA

Estado social y al Estado de Derecho, que encuentra su traducción en la igualdad formal contemplada en el art. 14 y en la igualdad sustancial recogida en el art. 9.2 CE. Ésta última significación del principio de igualdad, afirma, “es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4)”, y adquiere pleno sentido y virtualidad en la interpretación sistemática del alcance de los diversos preceptos constitucionales, de tal modo que “la caracterización de nuestro modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional”. En este contexto interpretativo, “la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía” (Fto. Jco. 4º).

Como se afirma en la exposición de motivos de la LO 3/2007, de 22 de marzo, según recuerda el Tribunal Constitucional, el denominado “principio de presencia o composición equilibrada” contenido en el art. 44 bis LOREG, persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Para el cumplimiento de esta finalidad el legislador se sirve de los partidos políticos -instrumento para la participación política (art. 6 CE)- y, desde esta perspectiva, que los partidos políticos “coadyuven por imperativo legal -esto es, por mandato del legislador constitucionalmente habilitado para la definición acabada de su estatuto jurídico- a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional”.

Porque en su doble condición de “instrumento para la participación política y de medio de expresión del pluralismo” como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE), y que los diferencia del resto de asociaciones, “es perfectamente legítimo que el legislador defina los términos del ejercicio de esas funciones y cometidos” de modo que la voluntad popular a cuya formación y expresión concurren y la participación para la que son instrumento sean siempre el resultado del ejercicio de la libertad y de la igualdad “reales y efectivas” de los individuos, como expresamente demanda el art. 9.2 CE.

La libertad de presentación de candidaturas por los partidos “no es, ni puede ser absoluta”, en tanto que el legislador, “en atención a otros valores y bienes constitucionalmente protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas)”, a las que viene a sumarse la del equilibrio por razón de sexo que, de este modo, “ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional”. Más aún, según la opinión del Tribunal Constitucional, “esa restricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales”.

En efecto, el fin perseguido -la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE)- resulta legítimo; el régimen instrumentado por el legislador -limitado a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, con excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la Ley hasta 2011 para las inferiores a 5.000, y que, “sólo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno u otro sexo”-, resulta razonable, y, en última instancia, “es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo”.

Idénticos argumentos aplica el Tribunal Constitucional a la posible vulneración del art. 6 en conexión con el derecho de asociación (Fto. Jco. 5º).

Del mismo modo, el Tribunal estima que el precepto cuestionado “tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]”, ni siquiera de la ideología feminista, en tanto que a partir del art. 44 bis LOREG, “es el propio art. 9.2 el que, una vez concretado en términos de Derecho positivo su mandato de efectividad, convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres”. Porque, según estima, en el “nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible”.

En definitiva, a través de la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres “no se impide” la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar “machistas” o

DOCTRINA

“feministas”. Lo que exige dicha norma es que “cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo”, de tal modo que, aún en el supuesto en que se sostuviera que “instrumentalmente (aunque no sustantivamente), la limitación de la libertad de presentación de candidaturas a la que nos estamos refiriendo pudiese afectar a los derechos de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE, tal limitación habría de entenderse constitucionalmente legítima, en cuanto que resultaría proporcionada”, según las razones expuestas anteriormente (Fto. Jco. 6º).

Los argumentos expuestos anteriormente respecto de los partidos políticos deben ser matizados en algunos aspectos, a juicio del Tribunal Constitucional, respecto de las agrupaciones de electores, habida cuenta de la distinta naturaleza entre unos y otras, reconocida por la doctrina del propio Tribunal.

Según estima el Tribunal Constitucional, del mismo modo que los partidos políticos no son titulares del “derecho fundamental de sufragio (pasivo o activo)”, sino sólo los ciudadanos, puede predicarse, “aunque con menor intensidad”, respecto de las agrupaciones de electores. Al margen de las diferencias conceptuales, estructurales y organizativas entre unos y otras, afirma, los miembros de una agrupación de electores –al igual que los miembros de los órganos de los partidos políticos–, “no ejercen el derecho de sufragio pasivo” a no ser que ellos mismos sean incluidos en las candidaturas electorales.

Los miembros de una agrupación de electores “no candidatos” ejercen el “derecho de participación en los asuntos públicos *lato sensu* (art. 23.1 CE), pero no el específico derecho de participación consistente en concurrir como candidatos en unas elecciones”, y este derecho, afirma el Tribunal Constitucional “no comprende la facultad de formar candidaturas con libertad plena”, sino de conformidad con los requisitos establecidos en la ley, entre los que resulta “legítimo” el “principio de composición equilibrada”, que encuentra fundamento en el art. 9.2 CE. La exigencia respecto de las agrupaciones de elaborar sus candidaturas según el principio de equilibrio entre sexos, tampoco condiciona, a juicio del Tribunal, la elegibilidad de los integrantes de las mismas, ya que tanto formal como materialmente, dicho requisito no supone una causa de inelegibilidad. De este modo, la “composición equilibrada” en razón de sexo de la lista electoral “no cercena de manera intolerable las posibilidades materiales” de ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Por todo ello, recordando además los argumentos expresados en el Fundamento Jurídico 5º respecto de las limitaciones a la libertad de los partidos políticos en la confección y presentación de candidaturas, el Tribunal Constitucional considera que las medidas impugnadas, aplicadas a las agrupaciones de electores, “superan el canon de proporcionalidad por ser su fin legítimo de acuerdo con el art. 9.2 CE y resultar razonables y adecuadas a la finalidad perseguida” (Fto. Jco. 7º).

El Tribunal Constitucional descarta igualmente la posible vulneración por la norma recurrida de los artículos 14 y 23 CE. Por lo que se refiere a la igualdad de los ciudadanos, afirma, la disposición cuestionada no incorpora “fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido (sin perjuicio de la singularidad que reviste la habilitación a la legislación electoral autonómica contenida en el segundo párrafo del art. 44 bis 1 LOREG (...)) sino que plasma (...) un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo”.

Respecto del derecho de sufragio pasivo, afirma, “el art. 23.2 CE no incorpora entre sus contenidos un pretendido derecho fundamental a ser propuesto o presentado, por las formaciones políticas, como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3)”, por lo que “no puede entenderse quebrantado el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo”, como tampoco del derecho de sufragio activo, en tanto que del art. 23.1 CE tampoco “puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales” (Fto. Jco. 9º).

Finalmente, en cuanto a la crítica de la presunta fragmentación del cuerpo electoral, el Tribunal Constitucional estima que las previsiones contenidas en la norma cuestionada “no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo”, en tanto que “el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él”. Un “cuerpo electoral” que se encuentra “sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento”. Por las mismas razones, afirma, se debe descartar la posible vulneración del art. 68.5 CE denunciada por los Diputados que han interpuesto el recurso de inconstitucionalidad (Fto. Jco. 10º).

Dicho pronunciamiento ha sido objeto de un Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, cuya posición se fundamenta en la consideración de que resulta constitucionalmente admisible que los partidos políticos “pueden acoger en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer

DOCTRINA

en las listas electorales”. Pero en nuestro “modelo constitucional” la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales “vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de auto-organización de los partidos políticos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada”. Desde tales premisas, el Magistrado sugiere reflexionar “sobre las razones por las que en Francia, Alemania, Italia, Portugal o Bélgica, la introducción de cuotas o paridades en la actividad política ha venido precedida de la reforma de sus respectivas Constituciones”.

6. Conclusiones.

Desde luego, existe una voluntad generalizada, expresada en los ordenamientos jurídicos europeos e impulsada por instancias internacionales y supranacionales, de favorecer la presencia de las mujeres en la esfera de lo público y, en particular, en el ámbito institucional y político.

Sin embargo, los primeros intentos de favorecer la presencia de la mujer en los órganos de representación desarrollados en Francia (1982) e Italia (1993), a través de cuotas en las candidaturas electorales, no contaron, en principio, con la consideración favorable por parte del Consejo Constitucional francés y de la Corte Constitucional italiana. En ambos casos, se estimó que la introducción de cuotas por razón de sexo en las candidaturas electorales vulneraba el principio de igualdad formal reconocido en el ordenamiento constitucional respecto de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, afirmando además, la Corte Constitucional italiana que una medida como la señalada, aun cuando se admitiera que tiene por finalidad compensar o remover las desigualdades materiales entre los individuos, no puede, sin embargo, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos fundamentales garantizados en igual medida a todos los ciudadanos.

En ambos supuestos, a fin de salvar los obstáculos respecto de la conformidad constitucional de dichas medidas de acción positiva a favor de las mujeres, se procedió a la reforma de los respectivos Textos Constitucionales, de la Constitución francesa mediante la Ley Constitucional n° 99-569, de 8 de julio de 1999 y de la Constitución italiana a través de la Ley Constitucional n. 1, de 30 de mayo de 2003, introduciéndose referencias específicas al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la participación política⁶².

En el ordenamiento europeo, tras la acuñación del concepto de “transversalidad” (*gender mainstreaming*) en la aplicación de la perspectiva de género por la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Beijing, el objetivo de lograr la igualdad entre mujeres y hombres fue introducido en el derecho originario europeo por el Tratado de Ámsterdam (1997), pudiendo apreciarse una significativa evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de la conformidad de ciertas medidas de promoción laboral de la mujer adoptadas por los Estados miembros con la Directiva 76/207/CEE, como se ha podido deducir del estudio de las Sentencias *Kalanke/Freie Hanstadt Bremen*, 1995 y *Marschall/Westfalen*, 1997.

Pero en ninguna de estas Sentencias el Tribunal de Justicia se ha pronunciado acerca del sistema de “cuotas rígidas”, es decir, de medidas que implican la reserva de un porcentaje determinado de puestos en ciertas categorías laborales para las mujeres, y el objeto de sus pronunciamientos en relación a las cuotas se ha mantenido invariablemente en el ámbito laboral aunque, desde luego, es posible constatar una interpretación restrictiva por parte del Tribunal respecto del contenido del art. 2.4 de la Directiva antes mencionada – con diferentes grados en una y otra Sentencia-, donde se reconoce la validez de las medidas adoptadas por los Estados miembros encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y, en especial, a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en el ámbito laboral.

En este contexto, la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, por la que se modifica la LOREG, añade un nuevo artículo 44 bis que pretende “asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad”, a través de una fórmula que es calificada por la Exposición de Motivos como “principio de presencia o composición equilibrada” en el ámbito de la representación política, respondiendo a la misma finalidad que las legislaciones francesa e italiana,

Una medida que, según el propio legislador, constituye una “acción normativa” dirigida a combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación en el ámbito de la representación política por razón de sexo, en cumplimiento del mandato dirigido a los “poderes públicos” por el art. 9.2 CE.

⁶² En el caso de Bélgica, la aprobación de la Ley de 24 de mayo de 1994, que fijaba “los mínimos de candidaturas de mujeres en un tercio de las listas electorales”, no impidió la reforma, en el año 2002, de los arts. 10 y 11 de la Constitución. Por su parte, en Portugal se utilizó la reforma constitucional del art. 109 para introducir la obligación de los poderes públicos de “promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos” (BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: “Mujer y Constitución. La Construcción jurídica del género”. Ediciones Cátedra. Universidad de Valencia. Instituto de la Mujer, 2005, pág. 120).

DOCTRINA

Un mandato constitucional que legitima, en general, las denominadas medidas de “acción positiva” como instrumento jurídico válido para dar cumplimiento al sentido que adquiere el principio de igualdad, a partir de la conexión sistemática entre los artículos 9.2 y 14 CE y, en concreto, para superar situaciones de desventaja de la mujer que provienen de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad, en el sentido en que ha sido desarrollado por una dilatada doctrina del Tribunal Constitucional sobre las “medidas de acción positiva” -también llamadas “derecho desigual igualatorio”⁶³-, aun cuando la intervención de los “poderes públicos” en tales supuestos no resulte ilimitada, en tanto que tales “diferenciaciones normativas” deben someterse al cumplimiento de ciertos requisitos.

Sin embargo, como ha estimado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, existe una diferencia sustancial entre nuestro ordenamiento constitucional y los ordenamientos italiano y francés, en tanto el art. 9.2 CE se encuentra dotado de un contenido más amplio, “que se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar”, lo que permite entender al “principio de presencia o composición equilibrada” como una configuración legislativa del derecho de sufragio contemplado en el art. 23 CE.

En este sentido, el contenido del art. 44 bis LOREG no configura una medida de “discriminación compensatoria o inversa” (favorecedora a un sexo sobre otro), sino que, con un sentido finalista más amplio y, en última instancia, dando cumplimiento al mandato contenido en el art. 9.2 CE de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean “reales y efectivas”, contiene una “fórmula de equilibrio entre sexos”, que tampoco puede ser considerada como “estrictamente paritaria”, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una “regla” de porcentaje mínimo de presencia de unos y otras en las candidaturas electorales. Desde tales premisas, no puede entenderse que dicho precepto genere una “obligación de resultado”, en tanto que no impone la alternancia por sexo en las candidaturas electorales, sino un equilibrio entre hombres y mujeres que ha de aplicarse en tramos de cinco puestos en las mismas.

Por ello, aun cuando el derecho de sufragio constituye un derecho de configuración legal respecto del cual el legislador ha establecido limitaciones contenidas en los artículos 3 y 6 de la LOREG, en su vertiente de derecho de sufragio activo y pasivo, respectivamente, según reconoce el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia, el requisito contenido en el art. 44 bis LOREG no constituye, en puridad, “una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual”, en tanto que los “únicos destinatarios directos” de dicho precepto son quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el art. 44.1 LOREG, “exclusivamente los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores”.

El legislador español, constitucionalmente habilitado para la definición del estatuto jurídico de los partidos políticos, se sirve de éstos últimos -en tanto que instrumento para la participación política (art. 6 CE), pero no titulares por definición del derecho de sufragio activo y pasivo-, para promover la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, tomando en consideración que en dicho ámbito, a pesar de la vigencia del principio de igualdad formal entre hombres y mujeres, éstas últimas han estado siempre materialmente preteridas. Una finalidad, por lo demás, inequívocamente encuadrada en el contenido del art. 9.2 CE, que no puede suscitar “reparos de legitimidad constitucional”.

De ahí que el art. 44bis de la LOREG tampoco vulnere la libertad de los partidos políticos, coaliciones de partidos y agrupaciones de electores, en tanto que ésta “no es, ni puede ser absoluta”, pudiendo ser limitada por el legislador “en atención a otros valores y bienes constitucionalmente protegidos”, como de hecho sucede en la confección de las candidaturas, donde los partidos se encuentran obligados a respetar determinadas condiciones referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas. A tales condiciones viene a sumarse la del equilibrio por razón de sexo que, de este modo, en opinión del Tribunal, “ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional”. Más aún, según la opinión del Tribunal Constitucional, “esa constricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales”.

Finalmente, en cuanto a la crítica relativa a la presunta fragmentación del cuerpo electoral, el Tribunal Constitucional estima que las previsiones contenidas en la norma cuestionada no suponen una compartimen-

⁶³ Vid., por todas, STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993. Cuestión de inconstitucionalidad. Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

DOCTRINA

tación del cuerpo electoral en función del sexo, ni producen quiebra alguna en la noción de ciudadano, ni, en última instancia, disuelven el interés general en intereses particulares.

Porque como ajustadamente subraya, no debe confundirse el cuerpo electoral con el sujeto titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque la voluntad de éste último se exprese a través del primero. Un “cuerpo electoral” que se encuentra sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), limitación que no concurre en el pueblo soberano, en tanto que “unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento”.

En definitiva, el Tribunal Constitucional estima que el fin perseguido –la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23)- resulta legítimo; el régimen instrumentado por el legislador –limitado a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, con excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la Ley hasta 2011 para las inferiores a 5.000, y que “sólo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno u otro sexo”-, resulta razonable, y, en última instancia, “es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo”.

Ciertamente, como reconoce P. Biglino Campos, este razonamiento del Tribunal Constitucional “se aproxima en algunos momentos al juicio de proporcionalidad”, en tanto que, aunque con variaciones en la terminología utilizada, en el fondo del argumento “se analiza la idoneidad y la necesidad de la medida”. La reticencia del Tribunal a aplicar en este punto el juicio de proporcionalidad puede explicarse, a juicio de la autora, “en las dificultades que entraña el juicio de proporcionalidad para enjuiciar la actuación del legislador porque, en este caso, no está nada claro que sea un análisis enteramente jurídico”, ya que en la operación de establecer “la adecuación entre medios y fines o ponderar la primacía de unos bienes constitucionales sobre otros, entran en juego valoraciones de naturaleza subjetiva”⁶⁴.

Ante tales implicaciones, la renuencia del Tribunal Constitucional a aplicar el juicio de proporcionalidad se situaría, por lo demás, en el contexto de la consideración expresada por él mismo en la Sentencia 189/1987, de 24 de noviembre⁶⁵, al estimar las posibilidades reales que justifican la adopción de decisiones y normas por parte de los “poderes públicos” al amparo de lo dispuesto en el art. 9.2 CE no pueden ni deben ser conocidas ni valoradas por el propio Tribunal Constitucional. Unos “poderes públicos” que, por lo demás, en aquella Sentencia, estimaba el Tribunal Constitucional que estaban sujetos a un mandato constitucional por el art. 9.2 CE, que debía entenderse dirigido al “legislador y al Gobierno”, órganos constitucionales a los que se reconoce “el poder de iniciativa” para adoptar decisiones y normas “dentro de las posibilidades reales” con el fin de “conseguir los fines constitucionalmente previstos”.

⁶⁴ BIGLINO CAMPOS, P.: “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 83, mayo-agosto 2008, págs. 290-291.

⁶⁵ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 1987. Recurso de amparo. Ponente: Sr. Tomás y Valiente.

LEGISLACIÓN

“REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y AUSENCIAS DE LA PERSONA TITULAR DE LA REPRESENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL”

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía

Consideraciones previas.

I. Las normas jurídicas de referencia.

II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca del contenido del derecho de representación política.

1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de representación en general.

2. La posición de la persona representante en el grupo parlamentario.

III. Propuestas de modificación legislativa.

Consideraciones previas.

Las exigencias de adecuación de la legislación a la realidad social se han previsto en nuestro ordenamiento jurídico que en el Código Civil, prescribe la necesidad de que las normas sean interpretadas de conformidad con el momento histórico. La irrupción de la mujer en la vida política, supera sin embargo las exigencias interpretativas de esa necesidad de adecuación al momento, porque plantea situaciones que no permiten esa actividad interpretativa y exigen una nueva configuración normativa. La actividad interpretativa de las normas tiene un límite que es el propio texto, del que no cabe extraer normas para supuestos en modo alguno previstos.

Estas situaciones presentan un problema de relevancia teórica importante, en la medida en que comprometen elementos nucleares del Estado como es el de la representación y su insustituibilidad, que exigen un tratamiento legislativo compatible con el respeto a esos principios básicos de la teoría política.

La solución que se sustancie en el plano legislativo ha de compadecer así el principio representativo con la necesidad de abordar en un Estado moderno situaciones que exigen la conciliación de la vida personal y laboral, con la función política representativa. Hay muy diferentes fórmulas para conseguir ese equilibrio entre la función representativa y las diferentes situaciones de imposibilidad que pueden surgir en las personas que ostentan cargos de representación. Pero cualquiera de las fórmulas de regulación deberá tender a homogeneizar cada vez más la función política con el resto de las actividades remuneradas que hay en la sociedad. Lejos de la mitificación de la función política, los Parlamentos modernos exigen una consideración de la actividad política enmarcada en la gestión y la eficacia, lejos de aquella concepción decimonónica que tendía a considerar a los Parlamentos como los depositarios de una soberanía popular más tendente a la infalibilidad que a la gestión de los intereses de las personas representadas.

Por ello se parte de la consideración de llevar al máximo la posibilidad de homologación de la actividad política con la vida ciudadana. A la inicial consideración de un proyecto de reforma legislativa que pueda dar satisfacción a los permisos de maternidad o paternidad, ha seguido inmediatamente la reflexión de ampliar los supuestos a situaciones como una enfermedad de larga duración, la atención a una persona dependiente, o la imposibilidad física debidamente constatada de acudir puntualmente a una votación.

En definitiva, la conciliación de la vida personal y familiar exige modificaciones en la distribución de los tiempos de trabajo. Su implementación conlleva cambios importantes en todas las actividades, y también en la actividad pública, reflejo por otra parte del conjunto de la vida social y productiva, y cuyo carácter propedéutico debe procurarse en la ciudadanía.

Para ello pueden utilizarse las modernas tecnologías que facilitan considerablemente una simultaneidad espacio temporal, (sistemas de video conferencia), o la posibilidad de constatación de firmas electrónicas. Ello es posible con una regulación garantista de los supuestos de hecho, que impida una utilización abusiva o incorrecta de estos medios.

Las posibilidades de una regulación del voto representativo, hay que enmarcarlas en un momento político de revisión de textos legislativos, desde el nivel europeo al autonómico, y, con menos probabilidades, de reforma constitucional.

Lo que a continuación sigue es un razonamiento acerca de la conveniencia de la modificación en nuestro ordenamiento jurídico de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral general, y de los Reglamentos del Congreso y del Senado, donde queden supuestamente afectadas todas las normas que inciden en el derecho de representación, para aquellos supuestos de conciliación de la vida personal y familiar, y que podría denominarse “permiso de conciliación”, o sencillamente “supuestos de sustitución en la función representativa”.

LEGISLACIÓN

Este estudio se centra en el ámbito del Parlamento Nacional, pero no se debe de ignorar el efecto que puede irradiar a las modificaciones que se anuncian en los Reglamentos de algunas Comunidades Autónomas en relación con este mismo tema, dada la coincidencia del problema que se suscita también en los Parlamentos autonómicos, en relación con estos mismos motivos de ausencia más menos puntual de algunas de las personas representantes.

Una regulación del voto en situaciones de conciliación de la vida personal y laboral, y de larga enfermedad, ha de tener en cuenta en principio, los siguientes parámetros:

En primer lugar que debe abarcar la maternidad y la paternidad, tanto en situaciones de nacimiento como de adopción o acogimiento, y además aquellas situaciones de enfermedad propia o de familiar. En segundo lugar, como todas las normas del ordenamiento jurídico, deberá llevar el propio impacto de la transversalidad de género, y finalmente, tener en cuenta las diferentes situaciones en función del nivel de dedicación, de la concreta función representativa de la persona que lo solicita.

I. Las normas jurídicas de referencia.

El concepto constitucional de representación que ha adoptado la Constitución Española de 1978 se regula en el art. 67.2 donde se dice que “los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”. Su vinculación está ligada al concepto de soberanía: el Parlamento representa a la nación, por lo que cada representante sólo se debe a la nación, no teniendo que recibir mandato alguno de grupos o partidos.⁶⁶

Este precepto constitucional ha de ponerse en relación con las normas europeas y estatales que regulan la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral. En concreto con las siguientes normas:

- El art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prescribe que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.”

- La Directiva 96/34/CE del Consejo de Europa, de 3 de junio de 1996, que impone a los Estados miembros de la Comunidad, la obligación de regular la conciliación de la vida familiar y laboral.

- La Disposición Final 7ª de la LO 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres que dispone que “a partir de la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno promoverá el acuerdo necesario para iniciar el proceso de modificación de la legislación vigente con el fin de posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostenten un cargo electo”.

Como hemos visto, la Constitución Española regula el mandato representativo sin opción a la delegación del ejercicio de esa función en persona distinta de la que detenta el escaño.⁶⁷ No es posible por tanto que personas que se encuentren en situación momentánea de incapacidad para emitir un voto en el Congreso y en el Senado, puedan delegar en otra persona de su grupo parlamentario. Esa imposibilidad acentúa sus efectos en algunas votaciones de mayor importancia política, y ante la imprevisión de algunas de estas incapacidades. En los casos de maternidad de algunas parlamentarias, su coincidencia en el momento del parto con votaciones trascendentales de leyes que exigían mayorías cualificadas o en que los equilibrios de las fuerzas políticas no permitían perder ningún voto, han dejado ver las consecuencias de ese déficit de regulación.

Pero aunque esa sea la situación más llamativa, lo cierto es que no hay el ordenamiento jurídico de nuestro Estado en este momento, una regulación de las incapacidades para el ejercicio de la función representativa, y tanto en esas situaciones momentáneas, como en otras de mayor recorrido en la incapacidad, enfermedades de larga duración, intentos de conciliación de la vida profesional y laboral, adolecen de una laguna injustificable.

Las posibilidades de regulación se encuentran fundamentalmente en la modificación de la LOREG⁶⁸, de los Reglamentos del Congreso y del Senado,⁶⁹ o en reforma de la Constitución. Naturalmente en lo que respecta a los Parlamentos autonómicos, las modificaciones afectarían además a las normas electorales autonómicas, y a los Reglamentos Parlamentarios respectivos, en lugar de los del Congreso y el Senado.

Algunas iniciativas se han producido en este sentido, como la que analizamos ahora de la modificación del Reglamento del Parlamento de Cataluña de 22 de diciembre de 2005, (BOE de 14 de febrero de 2006).

El Reglamento prevé la situación de baja por maternidad exclusivamente en lo que se refiere a las votaciones. En su art. 84 dice: “1. Las diputadas que con motivo de una baja por maternidad no puedan cumplir con su deber de asistir a los debates y vo-

⁶⁶ La representación figura en la Constitución en los arts. 66.1 donde se dice que las Cortes representan al pueblo español. El 68.2 que habla de la representación mínima, los arts. 68.3 y 69.5 de la representación proporcional, y el 69.1, de la representación territorial.

⁶⁷ Art. 79.3: “El voto de senadores y diputados es personal e indelegable”.

⁶⁸ Una opción más favorable a la reforma a través de la LOREG se puede encontrar en la STC 72/1984, por la que el Tribunal Constitucional estima inconstitucional por contrario al art. 70.1 CE el proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores, que literalmente se exige que sea regulado por la legislación electoral. Ciertamente no se extiende tal exigencia a este supuesto, pero sí hay una cierta conexión material que podría hacer aconsejable la regulación en esta sede.

⁶⁹ Hay también materia de reserva reglamentaria. En la STC 44/1995 se determina la reserva de reglamento para la regulación de las condiciones del ejercicio del derecho de representación.

LEGISLACIÓN

taciones del Pleno pueden delegar el voto en otro diputado o diputada. 2. La delegación de voto debe hacerse mediante escrito dirigido a la mesa del Parlamento, en el cual deben constar los nombres de la persona que delega el voto y de la que recibe la delegación, así como los debates y las votaciones donde debe ejercerse o, en su caso, el periodo de duración de la delegación. La Mesa, al admitir a trámite la solución establecerá el procedimiento para ejercer el voto delegado”.

No es necesario un análisis muy exhaustivo para dar cuenta de la deficiente regulación del voto en este Reglamento para supuestos de maternidad. Empezando por la doble reducción de la regulación, en primer lugar a la maternidad, y en segundo lugar a la votación en el Parlamento. Se pretende subvenir a la perentoria exigencia puntual, de una votación, que se pueda prever ajustada, y por tanto poner en riesgo el resultado final de una opción política concreta.

Pero además de esa exigua regulación, que deja fuera de solución la verdadera dimensión del problema de la conciliación familiar en el ámbito político, ni siquiera se han tenido en cuenta otras posibilidades alternativas de solución, que hoy ofrece la telemática y la tecnología, como la presencia virtual, los diferentes medios electrónicos de comunicación “on line”, o la mera posibilidad de recoger la voluntad de la mujer afectada por un sistema fiable.

Lo que el Reglamento prevé es la mera delegación de voto en caso de maternidad que imposibilite físicamente la presencia de la parlamentaria en el momento justo de la votación.

Algunos otros Parlamentos autonómicos han seguido ya estas iniciativas, o se las han planteado. Es el caso de Andalucía, cuyo Reglamento parlamentario ha tenido además dos reformas en menos de seis meses, y que acometerá otra próximamente en relación con este tema.⁷⁰ De parecida forma se regula el Parlamento de Canarias,⁷¹ de Extremadura⁷² y Valencia.⁷³

II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del contenido del derecho de representación política.

De las fórmulas posibles para el ejercicio de los derechos derivados de la conciliación de la vida personal y laboral, la que de manera mas completa podría satisfacer el derecho de representación política es seguramente la de la sustitución de la persona por la siguiente en la lista, durante el tiempo que se mantenga la situación de necesidad de la conciliación.

Es sin embargo la que puede plantear desde el punto de vista teórico una mayor dificultad si tenemos en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de representación en general.

El contenido del derecho de representación política ha tenido una amplia consideración por parte del Tribunal Constitucional. Hay un importante número de resoluciones en relación con el derecho de representación, que sin duda condicionan las posibilidades normativas sobre las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar.

Con independencia de la repercusión que proceda sobre otras materias, cabe una consideración de la representación política sustentada en los siguientes tres elementos:

- La representación constituye un binomio entre la persona que representa y el pueblo representado.
- Tal binomio no puede ser interferido por los partidos políticos, que si bien son instituciones llamadas a la participación política, no deben mediatizar en modo alguno esa relación de las personas representantes y el pueblo.
- El mandado representativo ha de entenderse de tal modo que el representante lleva consigo su representación, debiendo abstenerse los partidos políticos de interferir en ella.

La opción de sustitución por la persona siguiente en la lista, encuentra una seria objeción en la STC 5/1983, que considera que el derecho de representación política no se satisface solamente con el acceso al cargo público, sino que lo integra también la permanencia. Naturalmente, este derecho se limita “con los requisitos que señalen las leyes”.

La importancia de esta sentencia a los efectos aquí pretendidos, está en la delimitación que efectúa entre las funciones constitucionales de los partidos políticos recogidas en el art. 6 CE, y la necesaria relación directa entre las personas representantes y las electoras, cuya voluntad libremente expresada, no puede ser obstruida por éstos.

El derecho de participación es “de los ciudadanos”, y no de los partidos, por lo que éstos no pueden suplantar la acción de la ciudadanía. Tal afirmación convierte en inconstitucional la remoción de los partidos a aquellos representantes que sea expulsados de ellos.

⁷⁰ En Andalucía se ha reformado el Reglamento del Parlamento en el sentido de considerar que en aquellos casos de embarazo o parto reciente, y sólo en los casos en que el Reglamento exija votación pública por llamamiento, podrá no ser requisito indispensable que la diputada afectada esté presente en la Cámara para que su voto sea válido. Como se ve, esta reforma atiende a la garantía del voto en la fuerza política de pertenencia y en modo alguno a la conciliación.

⁷¹ Art. 90 limitado a hospitalización, embarazo o parto, y a solventar por acuerdo de la Mesa.

⁷² En Extremadura la reciente reforma del Reglamento de la Asamblea de junio de este año, en su art. 144 prevé la posibilidad de que en los casos de investidura aquellos diputados que por hospitalización o convalecencia, o por embarazo o parto, se vean imposibilitados de asistencia al Pleno, podrán emitir su voto con las garantías que la Mesa dispongan.

⁷³ El Reglamento de las Cortes valencianas, en su art. 81 prevé la votación por sistema de videoconferencia o sistema técnico adecuado, a idénticos supuestos a los anteriores.

LEGISLACIÓN

Por lo tanto, el derecho de los partidos políticos a expulsar a sus militantes por conductas contrarias al ideario del partido, no comprende en modo alguno el de recuperar para el partido el escaño o cargo de representación política.⁷⁴ Solamente los electores pueden remover de un cargo electivo a sus representantes.

Esta sentencia abre una línea jurisprudencial que pondera a favor de los representantes y en detrimento de los partidos políticos, un concepto de la representación política. La sentencia contiene un voto particular, cuya posición, de haberse impuesto a la mayoría, habría tenido efectos distintos, y probablemente de mayor salud democrática a largo plazo. Considera el voto particular que la norma declarada inconstitucional no está viciada de inconstitucionalidad. Para ello parte de la consideración de que el sistema constitucional está basado en un Estado de partidos, cuyo papel es incompatible con una interpretación tan extensiva del art. 23. De ahí, que a diferencia de las candidaturas independientes, las que pertenecen a las listas cerradas y bloqueadas de los partidos políticos, deben tener en cuenta “aparte de sus aptitudes personales, su pertenencia al partido, conociendo tanto éste como el candidato las consecuencias que ello podría acarrear en caso de que se dejase de pertenecer a él”. (FJ. 4).

La sentencia sin duda opta por primar la importancia del derecho de representación del representante individual sobre el de los partidos políticos, y por ello ignora en buena parte, cuál es el papel de los partidos en la configuración del sistema político en las instituciones.

Esta opción del Tribunal ha tenido como veremos importantes consecuencias en el transfuguismo político del que han hecho causa muchos representantes que, prevaleciendo de tal posibilidad, han cambiado su opción política produciendo auténticos fraudes al electorado. Sin solvencia política alguna y en total irresponsabilidad, porque el sistema no prevé ningún tipo de responsabilidad política entre el electorado y el representante político, que no sea el voto de castigo en el siguiente proceso electoral.

La siguiente sentencia 10/1983 se refiere a unas expulsiones de concejales expulsados previamente del Partido Comunista. En esta sentencia se profundiza en los argumentos de la anterior, llegándose a algunas afirmaciones que pueden ser excesivamente teóricas. En el FJ 4 se dice que “los recurrentes han actuado en derecho propio, en el que va implícito el de todos los vecinos de Madrid como representados, lo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de proveer sobre ese restablecimiento”.⁷⁵

El voto particular, al que se adhiere un tercer magistrado, amplía también su argumentación que ahora se extiende a una mayor consideración del papel de los partidos políticos en la configuración de la democracia, y cuya función de destitución de un cargo, a quién ha sido expulsado de ese partido y en su momento fue propuesto en una lista por ese partido, debe reputarse plenamente constitucional.⁷⁶

Sentados estos criterios de relación entre la soberanía popular y su representación, la jurisprudencia que le sigue es congruente con este principio. Así la STC 101/1983, sobre el acatamiento del juramento o promesa como condición para ostentar la representación política, exigido a los parlamentarios de la coalición Herri Batasuna, se solventa con la reafirmación de que la condición de representante solo se pierde por la sanción popular, pero nunca por un trámite procedimental.⁷⁷

Ciertamente que las primeras resoluciones del Tribunal se matizan de forma importante en posteriores recursos de amparo en los que se retoman algunos argumentos de los votos particulares, y se define con cierta nitidez la función de los partidos políticos en el sistema constitucional,⁷⁸ pero estas matizaciones en ningún momento han llegado a modificar la jurisprudencia constante en la reafirmación del contenido esencial de la representación política como una polaridad localizada en la rela-

⁷⁴ Como es sabido, la STC 5/1983 resuelve un recurso de amparo interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de Andujar (Jaén) que tras ser expulsado del Partido Socialista, fue también cesado en su cargo representativo de concejal, situación que preveía el art. 11.7 de la entonces vigente Ley de Elecciones Locales, y que fue declarado inconstitucional en esta sentencia. Dice el FJ 4 además que “la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado Democrático de Derecho, y no de la voluntad de un partido político”.

⁷⁵ El derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos. La STC 10/1983, en su FJ 2 dice que, “la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular”. Y el FJ 4: “Una vez elegidos, los representantes no lo son solo de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término las decisiones de entidades que no son órganos del Estado en el sentido más amplio del término”.

⁷⁶ Las SSTC 16, 20, 28 y 29/1983, confirman la jurisprudencia sentada en las anteriores. Finalmente, los partidos políticos no han sido capaces de alcanzar un consenso en materia de transfuguismo político. El Acuerdo sobre un Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales, de 7 de julio de 1998, firmado por los principales partidos del Estado, no ha tenido prácticamente efectividad.

⁷⁷ Jurisprudencia que tendrá continuidad en las SSTC 101/1983, 119/1990 y 74/1991. La primera conoce de un recurso de amparo contra la negativa de la Cámara de conceder la acreditación de parlamentario por negativa a acatar la Constitución. El Tribunal afirma que la condición de diputado no puede perderse por un mero requisito formal de acatamiento de la Constitución. La segunda en su FJ n. 4 reafirma que la soberanía pertenece a los electores, sean cuales sean los intereses u opiniones que los mueven, y cuya voluntad es la voluntad general. La tercera, estima el amparo de los senadores que prometieron el cargo con diferente fórmula de la exigida por el reglamento del Senado, y la Sentencia les confiere directamente la condición de senadores, dando plena validez a la fórmula utilizada por ellos mismos.

⁷⁸ STC 32/1985, que conoce el recurso de amparo de una minoría de una Corporación Municipal que no fue integrada en las Comisiones de su Corporación. El derecho de representación en este caso contiene la exigencia de la participación de las minorías: “Evidente resulta también la lesión que, en el derecho fundamental al ejercicio de la función representativa en términos de igualdad (aquí proporcionalidad) con el resto de los integrantes del órgano representativo, resulta de la que denominábamos desviación cualitativa. Los representantes miembros de la minoría tienen derecho a que la opinión de ésta (que es el instrumento de participación en los asuntos públicos de quienes fueron sus electores) sea oída sobre todos los asuntos que el órgano de que forman parte ha de conocer y resolver y lo sea, además, en los diferentes estadios del proceso de decisión. Con la composición dada a las Comisiones informativas, todos y cada uno de los recurrentes, si bien podrán hacerse oír en el momento final de resolver sobre todos los asuntos que sean competencia del Pleno Municipal y podrán incluso determinar el sentido del informe de Comisión en todo cuanto se relacione con la Sanidad y la Beneficencia, se ven privados de toda posibilidad de participar, incluso salvando su voto, en los informes y propuestas relativos a la Hacienda municipal, a las Obras, el Gobierno y Régimen Interior del Ayuntamiento, o la Enseñanza, Cultura, Festejos, Deportes y Turismo”.

LEGISLACIÓN

ción representante-representado, en la que los partidos no pueden enervar esa relación.⁷⁹

2. La posición de la persona representante en el grupo parlamentario.

Aunque hay una clara línea jurisprudencial en el sentido apuntado de que la persona que ostenta un escaño no puede ser removida del mismo por el partido político al que pertenece o ha pertenecido,⁸⁰ sin embargo, alguna otra posición jurisprudencial intenta compatibilizar esta afirmación con la actual organización y práctica de los partidos políticos.

Esto es así por la existencia de los grupos parlamentarios en los que se integran los representantes. Esta figura, la del grupo parlamentario, polariza la actividad política en su totalidad, de manera que el grupo es el verdadero sujeto de la acción política.

Aquí, la jurisprudencia del Tribunal busca el equilibrio entre los intereses políticos del partido y ese concepto de representación política ligado a la soberanía popular.⁸¹

III. Propuestas de modificación legislativa.

Como propuestas de modificación legislativa parece aconsejable regular la sustitución de la persona representante por aquella que le sigue en la lista electoral. Esta figura funcionaría del mismo modo que opera cualquier sustitución en materia laboral o funcional. La persona sustituida conserva su cargo representativo, pero está suspendida de las funciones y otros derechos inherentes al cargo, durante todo el período de la sustitución. A la vez, la persona sustituta adquiere la condición de representante con todos los derechos inherentes a esa situación, durante el tiempo que dure la sustitución. Esta figura jurídica sería muy útil en aquellos supuestos en los que se prevé que la situación puede ser al menos relativamente duradera.

⁷⁹ La STC 31/1993, de 26 de enero, matiza ya de forma importante esa concepción, cuando en su FJ 2 dice que “El punto central en discusión es, pues, si pudo haber sido legalmente designado candidato a Alcalde, quien resultó elegido posteriormente, por concurrir en él la condición de «cabeza de lista», a efectos del art. 196 a) L.O.R.E.G., siendo así que en el momento de esa designación y posterior elección había abandonado, por su propia voluntad, el grupo de cuya lista electoral fue cabeza de lista, habiendo formado, junto con otros Concejales, un «Grupo Mixto». De la jurisprudencia de este Tribunal no cabe extraer la existencia de un «plus» de representatividad de las cabeceras de lista que les permita ser candidatos a la Alcaldía de un determinado municipio durante toda la vigencia de su mandato con independencia de que hayan abandonado el grupo político de cuya lista fueron cabeceras. La jurisprudencia constitucional invocada en la Sentencia y en los escritos de alegaciones contempla unos supuestos sustancialmente distintos al aquí presente. Por un lado se refiere a supuestos de expulsión de un representante por parte de un grupo político, y no a supuestos de abandono voluntario del mismo. Como declaró la STC 29/1984, con referencia al alcance que se debe dar a la interpretación de aquella jurisprudencia, «el supuesto de baja voluntaria en el partido no ha sido directamente examinado por este Tribunal en anteriores Sentencias, las cuales se referían a casos de expulsión del partido». Esa jurisprudencia trata de limitar los poderes del partido frente al electo, también para garantizar la representatividad popular obtenida por éste, evitando excesos y extralimitaciones que podrían llegar a un resultado constitucionalmente ilegítimo como la del mandato imperativo (art. 67.2 C.E.). Por otro lado, se trata de una jurisprudencia elaborada para el cese de Concejales que se consideró expresamente no aplicable a los Alcaldes. Así la STC 5/1983 afirma que «al cese en el cargo de Alcalde no le son aplicables las consideraciones expuestas en cuento al cargo de Concejales». Tampoco hay indicio alguno en el art. 23 de la C.E. que permita obtener necesariamente tal consecuencia. Por un lado, los partidos políticos ocupan un papel primordial en el sistema de democracia representativa instaurado por nuestra Constitución (art. 6 C.E.). Por ello, las SSTC 32/1985 y 119/1990 han afirmado que «la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 C.E.) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y expresión de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6) dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes». Aunque la personalidad de quien figure como cabeza de lista haya podido tener alguna relevancia en el momento de la elección popular, jurídicamente, y por la configuración de nuestro sistema electoral, los votos de los ciudadanos en las elecciones municipales son a listas presentadas por partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, sin que sea posible determinar dentro de cada lista, qué candidato ha recibido más votos y es por tanto más representativo que sus propios compañeros de lista igualmente elegidos. Como ha declarado la STC 75/1985, «en un sistema de lista como el vigente en nuestro ordenamiento electoral, no cabe hablar de votos recibidos por candidatos singularmente considerados». En consecuencia, no cabe afirmar que la condición de cabecera de lista dote al Concejales de otros efectos jurídicos que los que la Ley le reconoce... se admite así que, tras el abandono voluntario del grupo político, se deja de ser cabeza de una lista a la que ya no se pertenece. La Sentencia impugnada acepta que quien fue en el momento de las elecciones «cabeza» de una determinada lista electoral, tras el abandono libre y legítimo del grupo político al que concurrió a las elecciones, ha dejado de ser cabeza de esa lista, y que ha obtenido dicha condición el o la Concejales que continúe en dicho grupo y le siga en la lista, en este caso, la señora Luzardo Romano. Sin embargo, pese a ello, tanto el Acuerdo municipal como la Sentencia, han entendido que en cuanto líder de una agrupación de Concejales, el llamado Grupo Mixto, y dado que compareció originariamente a las elecciones como cabeza de lista, se le debía reconocer al señor Sintés también esa condición por no haber renunciado a ella”. Se estima el recurso de amparo y se anulan los Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de proclamación de candidatos y de elección de Alcalde.

⁸⁰ Una consideración expansiva del derecho del parlamentario a su propio escaño, se contiene en la STC 7/1992, por la que el Tribunal estima el recurso de amparo de un parlamentario apartado de sus funciones por el Presidente de la Asamblea legislativa. Esta sentencia diferencia entre la suspensión en el desempeño del cargo y la extinción de la representación. Estima el Tribunal que no se pierde la condición de diputado por cumplir una pena accesoria de una condena penal. El Presidente de la Asamblea había separado al recurrente de su cargo por su “imposibilidad de cumplirlo sin interrupción”.

⁸¹ Expresamente y con toda claridad en la STC 361/2006, de 18 de diciembre. Conoce de una demanda de amparo que interponen conjuntamente la interesada y el representante del Grupo parlamentario socialista en el Parlamento del País Vasco. A la objeción de falta de legitimación del Grupo parlamentario opone el Tribunal que “se asume así a nivel jurídico, una realidad política y parlamentaria indiscutible, que es la de que dichos grupos parlamentarios han venido desarrollando una actividad fundamental para el funcionamiento de los trabajos de las Cámaras legislativas, que no podrían darse en la actualidad sin su existencia, y sin las importantes que, contra lo que sucedía en el pasado en unos Parlamentos que se basaban en las prerrogativas del parlamentario individual, les atribuyen los reglamentos de aquellas. Como proyección en las Asambleas de las distintas agrupaciones que se han enfrentado en los procesos electorales, los grupos representan un papel de gran importancia, aglutinando y dando forma a las diferentes corrientes políticas presentes en las Cámaras. Es perfectamente congruente con esta realidad, el que, en el plano jurídico, se les permita, a través de sus portavoces, representar los intereses de sus miembros”. En este caso el portavoz había previamente advertido al Presidente de la Mesa de las irregularidades en la votación, al no haber permitido el cómputo del voto de la también recurrente en amparo, por un problema técnico. El Tribunal estima el amparo, y anula la votación recurrida, pero limitando sus efectos meramente declarativos, a fin de no tener que repetir la votación, habida cuenta que han transcurrido además casi dos años, lo que priva de utilidad totalmente el pronunciamiento. Es importante el voto particular de esta Sentencia, que se opone a la legitimación activa del Grupo parlamentario. Considera el discrepante que el voto “es un derecho personal y no delegable de cada diputado en tanto que titular del escaño, no de los grupos parlamentarios en los que estos se integran, de modo que el Grupo parlamentario ningún derecho tiene, ni siquiera expectativa, a que todos sus integrantes voten en un determinado sentido para expresar así su rechazo colectivo”.

LEGISLACIÓN

Para situaciones puntuales, o de duración inferior a un mes, podría ser preferible la utilización de otros mecanismos que hoy permite el desarrollo tecnológico, y en los que se puede constatar inequívocamente la voluntad del emisor, como sería la votación electrónica. También son perfectamente legítimos y posibles otros sistemas alternativos o complementarios de votación fuera del Parlamento, como la votación ante notario, o ante una delegación de la mesa que se traslade “ad hoc” para recabar el voto de esa persona a un establecimiento sanitario o a su propio domicilio.

Por tal razón, una regulación de sustitución temporal de representantes para el cumplimiento de las funciones de conciliación de la vida personal y familiar, ha de tener en cuenta la jurisprudencia establecida en el concepto de representación política, si bien como veremos, la concepción del grupo parlamentario es otro dato importante que relativiza esa situación. Pero no todas las opciones favorecen de igual modo el ejercicio pleno de la función representativa, que no se agota en la votación, sino que abarca un núcleo importante de derechos. Por tal razón, la sustitución se perfila como la solución más idónea, en la medida en que singularmente, sobre las demás opciones, permite la plenitud de derechos, de información⁸², de participación en los debates⁸³ o de presentación de enmiendas o iniciativas.⁸⁴

Las modificaciones legislativas que exige la conciliación de la vida familiar y laboral, deben efectuarse en la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Además, es necesaria la modificación de los Reglamentos del Congreso y del Senado, y en su caso de las Asambleas legislativas de las CC.AA.

En relación con el sistema de conciliación, la propuesta de sustitución es sin lugar a dudas la más coherente con la naturaleza jurídica de la representación tal y como ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues bastaría una adición a la ley que contemplara la posibilidad de sustitución enumerando las situaciones en las que la persona representante puede acogerse a ella.

Por lo que respecta a los Reglamentos, en ellos se debería contener también una cláusula por la que se determinara el procedimiento de la sustitución y el reconocimiento de los derechos respectivos de las personas sustituta y sustituida.

Por lo que respecta a la regulación de los sistemas electrónicos, orientados sobre todo a la votación, no sería estrictamente necesaria la reforma de la LOREG, y bastaría la regulación reglamentaria.

⁸² Respecto del derecho de información, la STC 161/1988 estima el recurso de amparo de un grupo de parlamentarios que solicitan al Parlamento de Castilla-La Mancha información referente a ayudas agrarias. Se deniega por considerar que puede afectar el derecho de intimidad de los afectados. Se estima el amparo porque no es una motivación fundamentada y forma parte del derecho de representación la información a los parlamentarios.

⁸³ Las exigencias del debate parlamentario como parte del contenido del derecho de representación política, se encuentran en la STC 163/1991 que concede el amparo a parlamentarios que recurren el Acuerdo de nombramiento de consejeros de cajas de ahorros de una misma opción política. La Sentencia anula el acuerdo y obliga a un debate parlamentario sobre el nombramiento.

⁸⁴ Sobre el derecho de presentación de proposiciones de ley sin restricciones, es importante la STC 38/1999 que resuelve sobre la inadmisión a trámite de una proposición de ley presentada por IU a la mesa del Parlamento de Asturias, que cumplía todos los trámites procedimentales. Al momento de dictarse la sentencia ya había una ley en vigor sobre ese tema, pero el Tribunal estima el amparo.

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO 1917/2008, DE 21 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO⁸⁵.

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.

Este real decreto tiene por objeto la aprobación de un Programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género, inscritas como demandantes de empleo, que incluye un conjunto de medidas de políticas activas de empleo dirigidas a este colectivo y la regulación de las mismas.

Artículo 2. Medidas de actuación.

Las medidas de actuación del Programa que se contemplan en este real decreto son las siguientes:

- a) Itinerario de inserción sociolaboral, individualizado y realizado por personal especializado.
- b) Programa formativo específico para favorecer la inserción sociolaboral por cuenta ajena, en el que se trabaje en aspectos personales en su caso, llevando a cabo actuaciones dirigidas a incrementar la autoestima y motivación para el empleo, y en aspectos profesionales de las mujeres participantes en el programa.
- c) Incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.
- d) Incentivos para las empresas que contraten a víctimas de violencia de género.
- e) Incentivos para facilitar la movilidad geográfica.
- f) Incentivos para compensar diferencias salariales.
- g) Convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de violencia de género y su movilidad geográfica.

Artículo 3. Beneficiarias del Programa.

1. Podrán ser beneficiarias de las acciones que integran el Programa las mujeres víctimas de la violencia de género que se encuentren inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo. No obstante, no será necesaria la inscripción de las víctimas de violencia de género como demandantes de empleo para la aplicación de las bonificaciones contempladas en el artículo 9 de este real decreto.

2. La situación de violencia de género, a estos efectos, se acreditará:

- a) A través de la sentencia condenatoria.
- b) A través de la resolución judicial que hubiere acordado medidas cautelares para la protección de la víctima.
- c) A través de la orden de protección acordada a favor de la víctima o, excepcionalmente, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

3. El plazo para acceder a las medidas contempladas en este real decreto, salvo disposición en contrario en el mismo, será el siguiente, en función de la forma de acreditación de la condición de víctima de la violencia de género:

- a) En el supuesto de sentencia condenatoria, durante los 24 meses posteriores a su notificación. Para acceder a los incentivos previstos en los artículos 10 y 11 de este real decreto, y cuando la víctima participara en el programa formativo específico contemplado en el artículo 7, este plazo de 24 meses se incrementará por el tiempo que dure la participación en dicho programa.
- b) En los supuestos de resolución judicial que hubiere adoptado medidas cautelares o de la orden de protección, durante la vigencia de las mismas.
- c) En el caso del informe del Ministerio Fiscal, hasta que se adopte la resolución que proceda sobre la orden de protección.

Estos plazos podrán ser concurrentes y de aplicación sucesiva, de acuerdo con la evolución de la situación de la víctima.

4. Por otra parte, podrán ser beneficiarias las mujeres víctimas de la violencia de género incorporadas al Programa de Renta Activa de Inserción por esta causa, en las condiciones reguladas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Artículo 4. Puntos de atención a las víctimas de la violencia de género y tratamiento de datos.

1. Las Administraciones Públicas competentes en materia de empleo establecerán puntos de atención a las víctimas de la violencia de género, en los que la atención que se preste a dichas mujeres será especializada y confidencial.

2. En los procedimientos que se establezcan para la incorporación de las víctimas en las diferentes acciones de políticas activas, así como en los procesos de intermediación para su colocación, las administraciones públicas competentes deberán establecer los mecanismos necesarios para garantizar, en todo momento, la confidencialidad de los datos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuando la demanda de empleo se ponga en conocimiento de terceros, sólo se podrá dar a conocer la situación de violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima.

⁸⁵ BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2008, pp. 49367 – 49373. No se reproduce la Exposición de Motivos.

LEGISLACIÓN

Artículo 5. Compatibilidad de subvenciones.

Las medidas reguladas en este real decreto serán compatibles entre sí, así como con las demás medidas de políticas activas de empleo para la inserción laboral de este colectivo y con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales. No obstante lo anterior, será de aplicación a las bonificaciones a que se refiere el artículo 9 lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Las becas por asistencia a cursos de formación profesional para el empleo establecidas en el artículo 7 de este real decreto son compatibles con la percepción de las prestaciones y subsidios por desempleo, incluida la Renta Activa de Inserción.

CAPÍTULO II. Medidas para facilitar la inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género**Artículo 6. Itinerario de inserción sociolaboral realizado por personal especializado.**

La orientación que se desarrolle con las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo deberá ser individualizada, basada en los recursos y en las circunstancias que rodean a cada persona.

Se realizará por personal técnico especializado, para lo cual los Servicios Públicos de Empleo deberán garantizar que los técnicos especializados que atiendan a este colectivo tengan la formación necesaria para realizar un acompañamiento tutelado de la mujer en el proceso de inserción sociolaboral.

El técnico especializado que apoye a la mujer en el diseño de su itinerario será el responsable de su seguimiento y evaluación, coordinando las distintas acciones en las que participe hasta la inserción sociolaboral por cuenta ajena o propia.

Las acciones de orientación para el empleo se realizarán de manera individual, salvo en el caso de que el técnico especializado estime adecuado y beneficioso para las participantes su inclusión en acciones generales de orientación como los grupos de búsqueda de empleo, talleres de entrevistas, sesiones informativas o de motivación, o aquellas otras diseñadas para objetivos similares.

Con el fin de lograr el mayor grado de participación de estas personas en los diferentes programas de políticas activas de empleo que sean necesarios para el correcto desarrollo de su proceso de inserción profesional, en la aplicación de los criterios de prioridad para la selección de participantes en dichos programas, se señalará específicamente la condición de víctima de violencia de género, otorgando especial prioridad a esta condición.

Artículo 7. Programa formativo específico para favorecer la inserción sociolaboral.

Dentro del itinerario de inserción sociolaboral se podrá incluir la realización de un programa formativo específico. Este programa contará con dos fases: una primera fase de preformación y una segunda de formación profesional para el empleo. No obstante, el técnico especializado podrá determinar, a la vista de las necesidades específicas de la víctima de violencia de género, si ésta requiere su participación en las dos fases del programa o sólo en la segunda.

a) Fase primera de preformación.

El objetivo de esta fase es facilitar a las beneficiarias el desarrollo de habilidades sociales y, en su caso, una cualificación básica, así como motivarlas en su incorporación o reincorporación al mercado de trabajo y para afrontar la segunda fase de formación.

Esta fase se llevará a cabo a través de los recursos disponibles en cada comunidad autónoma, tales como servicios sociales, organismos de Igualdad, Organizaciones no gubernamentales u otros organismos o entidades, para lo cual el Servicio Público de Empleo articulará la correspondiente coordinación. Se tendrán en cuenta las necesidades específicas de las mujeres extranjeras, entre otras, el idioma, y de las mujeres discapacitadas, en su caso.

b) Fase segunda de formación profesional para el empleo.

Esta fase se realizará de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto. 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, y consistirá en la participación de las mujeres en las acciones formativas que oferten anualmente los Servicios Públicos de Empleo.

Su objetivo es proporcionar a las participantes formación profesional para el empleo en distintas especialidades que se adapten a su perfil inicial y pertenezcan a sectores de actividad con capacidad para generar empleo, garantizando así su inserción en el mercado laboral.

A efectos de procurar el mayor nivel de inserción sociolaboral, las acciones formativas, en la medida de lo posible, se desarrollarán fundamentalmente a través de acciones formativas que incluyan compromisos de contratación, contempladas en los artículos 22.1.d) y 23.2.d) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en los que al menos el 60% de las participantes formadas sean contratadas a la finalización del curso.

Durante el tiempo de participación en una acción formativa la mujer tendrá derecho a percibir una beca por asistencia de 10 euros por día lectivo hasta la finalización del curso. Esta beca es compatible con las ayudas y becas establecidas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

Asimismo, a fin de conciliar la asistencia a los cursos con el cuidado de hijos menores de 6 años o de familiares dependientes, se podrán otorgar ayudas en los términos establecidos en el artículo 25.4 del Real Decreto 395/2007.

LEGISLACIÓN

Estas ayudas se concederán de acuerdo con el procedimiento establecido en el Real Decreto 395/2007, y normas de desarrollo.

Artículo 8. Incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

Los incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia se concederán de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al Programa de Promoción del Empleo Autónomo, o norma que la sustituya. Dicha orden establece que, en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, las subvenciones y ayudas para el establecimiento como trabajadoras autónomas o por cuenta propia, al ser considerado uno de los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, se incrementarán hasta un 10% respecto a las establecidas para las demás trabajadoras.

Artículo 9. Incentivos para las empresas que contraten a mujeres víctimas de violencia de género.

La contratación de mujeres víctimas de la violencia de género es objeto de bonificación en las cuotas a la seguridad social, tanto si es indefinida como temporal, según lo establecido en el artículo 2.4 de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

La cuantía de la bonificación por la contratación de las mujeres víctimas de violencia de género será la establecida en la disposición final primera de este real decreto. Las empresas que contraten a víctimas de la violencia de género, especialmente mediante contratos indefinidos, podrán recibir subvenciones en los términos que se establezcan en los programas para incentivar la contratación propios de las comunidades autónomas.

Artículo 10. Incentivos para facilitar la movilidad geográfica de las mujeres.

Las mujeres que, como consecuencia de su contratación, tengan que trasladar su residencia habitual, podrán recibir las siguientes subvenciones por movilidad geográfica para financiar los gastos derivados de dicho traslado:

a) Gastos de desplazamiento.

Estas subvenciones se destinarán a cubrir los gastos de desplazamiento de la beneficiaria, así como los de los familiares a su cargo que convivan con ella, desde la localidad de origen a la del nuevo destino.

Cuando el desplazamiento se realice en línea regular de transporte público la cuantía máxima de la ayuda será el importe del billete o pasaje dentro de la tarifa correspondiente a la clase segunda, turista o equivalente.

Si se utiliza para el desplazamiento el vehículo particular la cuantía máxima de la ayuda será la establecida al efecto en las administraciones públicas como indemnización por uso de vehículo particular, a la que se añadirá el importe de los peajes que se justifiquen.

b) Gastos de transporte de mobiliario y enseres.

Por el traslado de mobiliario y enseres, desde la localidad

de origen a la del nuevo destino, en la cuantía del coste de dicho traslado, hasta un máximo de 4 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual vigente.

c) Gastos de alojamiento.

Estas subvenciones se destinarán a cubrir gastos generados por el alojamiento, incluyendo el alquiler o adquisición de vivienda u otros gastos de hospedaje, de la beneficiaria y de los familiares a su cargo que convivan con ella, en la localidad de nuevo destino, durante los doce primeros meses de vigencia del contrato. La cuantía máxima de la ayuda será de 10 veces el IPREM mensual vigente.

d) Gastos de guardería y de atención a personas dependientes.

Estas subvenciones se destinarán a cubrir gastos por asistencia a guarderías o centros de enseñanza durante el primer ciclo de educación infantil de los hijos de la beneficiaria que dependan económicamente de la misma o por atención de las personas dependientes a su cargo, generados durante los doce primeros meses de vigencia del contrato. La cuantía máxima de la ayuda será de 4 veces el IPREM mensual vigente.

Se considera que existe movilidad geográfica cuando, como consecuencia de la contratación, se produzca un traslado efectivo de la residencia habitual de la trabajadora a una localidad de destino que se encuentre a más de 50 Kilómetros de la localidad de origen, excepto cuando se trate de desplazamientos con destino u origen en Ceuta o Melilla o desplazamientos interinsulares, efectuados entre cualquiera de las islas de cada uno de los archipiélagos, en los que la distancia podrá ser inferior.

Artículo 11. Incentivos para compensar diferencias salariales.

Tendrán derecho a estos incentivos las mujeres cuyo contrato laboral se haya extinguido por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género, según lo establecido en el artículo 49.1.m) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y el contrato subsiguiente que formalicen, ya sea indefinido o temporal, con una duración efectiva igual o superior a seis meses, implique una disminución salarial en los términos recogidos en el párrafo siguiente:

Cuando la base de cotización resultante del nuevo contrato de la trabajadora sea inferior a la del anterior contrato extinguido, la trabajadora tendrá derecho a percibir por meses una cuantía equivalente a la diferencia entre ambas bases de cotización, por un importe máximo de 500 euros/mes y durante un tiempo máximo de doce meses.

A efectos del cálculo de la diferencia se considerará el promedio de las bases de cotización para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluida la retribución por horas extraordinarias, durante los seis meses o periodo de tiempo inferior anteriores a la fecha de extinción del contrato anterior y el promedio de las bases de cotización

LEGISLACIÓN

siguientes a la fecha de vigencia del nuevo contrato, por periodos de seis meses. En el supuesto de que el último contrato de la trabajadora, el nuevo contrato o ambos sean a tiempo parcial, el cálculo se efectuará de forma proporcional a la jornada habitual o a tiempo completo.

Artículo 12. Convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de la violencia de género y su movilidad geográfica.

La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, con el fin de facilitar la contratación a las mujeres víctimas de violencia de género y la movilidad geográfica, para aquellas que tengan necesidad de trasladar su residencia con la garantía de un empleo, promoverá la suscripción de convenios de colaboración con empresas para fomentar la sensibilización sobre la violencia de género y la inserción laboral de las víctimas.

Así mismo, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género difundirá estos convenios entre los Servicios Públicos de Empleo, y otros órganos y entidades que atienden a este colectivo, al objeto de que, se realicen las gestiones necesarias para poner en contacto a la mujer con las empresas a fin de promover su colocación.

En cada Convenio se establecerá una Comisión de Seguimiento del mismo. Las empresas que celebren contratos en el marco de estos Convenios, informarán de los mismos a la Comisión de Seguimiento del Convenio, a fin de que ésta realice el seguimiento y análisis del funcionamiento de esta medida y de su efectividad.

Artículo 13. Difusión del Programa y de otras medidas para el fomento y promoción del empleo de las víctimas de violencia de género.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 23 y 25 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, los órganos administrativos competentes deberán organizar campañas de divulgación informativa acerca de las medidas contempladas en este Programa, así como de otras medidas y programas existentes para el fomento y promoción del empleo de las víctimas de la violencia de género.

Se procurará así mismo la implicación de las empresas en la formación de las trabajadoras víctimas de la violencia de género, para facilitar la realización de prácticas en las mismas a fin de proporcionar experiencia laboral como parte del itinerario de inserción profesional.

Para facilitar una información útil y actualizada de las convocatorias de ayudas, ofertas formativas, y otras acciones que se pongan a disposición de las mujeres víctimas de violencia de género, deberá existir una coordinación entre los Servicios Públicos de Empleo, los Organismos de Igualdad, casas de acogida y los servicios sociales.

Artículo 14. Financiación de las medidas.

1. Las becas reguladas en el artículo 7.b) y las subvenciones reguladas en los artículos 10 y 11 de este real decreto tienen el carácter de fondos de empleo de ámbito nacional y son competencia del Estado a través del Servicio Público de

Empleo Estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

La financiación de estas subvenciones se efectuará con cargo a los Presupuestos Generales del Estado a través de los créditos específicamente consignados cada año en el presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal.

En el supuesto de las comunidades autónomas con competencias en materia de gestión de las políticas activas de empleo los fondos mencionados se distribuirán de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el citado artículo 14 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre.

En todo caso, la concesión de las subvenciones reguladas en este real decreto quedará sometida a la disponibilidad de crédito adecuado y suficiente en la correspondiente partida presupuestaria.

2. Las bonificaciones a que se hace referencia en el artículo 9 se financiarán según lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

3. Los incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad contemplados en el artículo 8 se financiarán de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al Programa de Promoción del Empleo Autónomo.

Artículo 15. Naturaleza jurídica de los incentivos para facilitar la movilidad geográfica y para compensar diferencias salariales.

Las ayudas establecidas en los artículos 10 y 11 de este real decreto tendrán la naturaleza jurídica de subvenciones y se otorgarán en régimen de concesión directa, atendiendo a su carácter singular por su interés público, social y humanitario derivado de las particulares circunstancias en que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género, al amparo de lo dispuesto en los artículos 22.2.c) y 28 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y 67 de su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

CAPÍTULO III. Procedimiento de concesión de subvenciones

Artículo 16. Órganos gestores.

La gestión de las subvenciones establecidas en este real decreto corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal y a los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas con competencias en materia de gestión de las políticas activas de empleo respecto de las trabajadoras víctimas de violencia de género inscritas en las oficinas de empleo de su ámbito territorial. En los supuestos en que la subvención esté vinculada a la contratación de la trabajadora, será competente el Servicio Público de

LEGISLACIÓN

Empleo Estatal o los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas en cuyo ámbito territorial se ubique el centro de trabajo donde preste su actividad.

Artículo 17. Competencias de los Servicios Públicos de Empleo.

Corresponde a los Servicios Públicos de Empleo competentes la determinación de la forma y plazos de la presentación de solicitudes de las subvenciones establecidas en este real decreto. Asimismo, corresponderá a los servicios públicos de empleo la tramitación del procedimiento, respetando la naturaleza jurídica de dichas subvenciones, la resolución y, en su caso, el pago de las mismas y la realización de los controles necesarios.

Artículo 18. Justificación y reintegro de las subvenciones.

La justificación por los beneficiarios de las subvenciones percibidas se ajustará a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Será de aplicación el artículo 17.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Darán lugar a la obligación de devolver las cantidades percibidas las causas de invalidez de la resolución de concesión recogidas en el artículo 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. También procederá el reintegro, total o parcial, y la exigencia del interés de demora desde la fecha del pago de la subvención hasta que se acuerde la procedencia del reintegro de la misma, en los supuestos contemplados en el artículo 37 de la citada Ley.

Disposición adicional primera. Puntos de atención a las víctimas de la violencia de género por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El Servicio Público de Empleo Estatal, en el ámbito de sus competencias, establecerá los puntos de atención a las víctimas de la violencia de género a los que se refiere el artículo 4.1 de este real decreto.

En estos puntos se ofrecerá información sobre la existencia de este programa, sus derechos y las ayudas y subvenciones establecidas para su inserción en el mercado laboral por parte de personal con formación en igualdad y violencia de género.

Posteriormente se derivará, cuando la mujer así lo requiera, a los procesos de orientación para iniciar el itinerario de inserción sociolaboral. El personal técnico especializado, que ha de tener formación en igualdad y violencia de género, establecerá el itinerario de inserción y coordinará las acciones al efecto.

Los técnicos especializados a los que se refiere el apartado anterior serán las personas legitimadas para acceder a los datos de identificación de las mujeres víctimas de violencia de género, que serán identificadas en el sistema con una clave específica a los efectos de lo previsto en el artículo 4.2 de este real decreto.

Disposición adicional segunda. Gestión de subvenciones por las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, así como de los programas de apoyo a la creación de empleo, ejercerán las funciones que les correspondan según lo dispuesto en los reales decretos de traspaso. Dicha gestión se realizará de acuerdo con lo establecido en este real decreto y en las normas de procedimiento y bases reguladoras para la concesión de subvenciones que dicten las comunidades autónomas para su ejecución en función de su propia organización.

Disposición adicional tercera. Seguimiento y evaluación.

1. Para el seguimiento del Programa se crea una Comisión de Seguimiento del mismo compuesta por: un representante del Servicio Público de Empleo Estatal, con rango, al menos, de subdirector general, que la presidirá; un representante, con rango, al menos, de subdirector general, de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo del Ministerio de Igualdad, que asumirá la vicepresidencia; y un representante de cada comunidad autónoma con competencias de gestión asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. La citada Comisión estará adscrita al Ministerio de Trabajo e Inmigración a través del Servicio Público de Empleo Estatal.

Salvo que la Comisión acuerde otra periodicidad, ésta se reunirá al menos dos veces al año y en el orden del día se incluirá un punto sobre el análisis de la información relativa a las actuaciones realizadas por los diferentes órganos que intervienen en el Programa.

2. Los Servicios Públicos de Empleo remitirán a la Comisión con periodicidad trimestral un informe con, al menos los siguientes datos:

Programas o medidas de empleo y formación desarrolladas.

Número y características socio demográficas de las personas beneficiarias de los diferentes programas.

Resultados de las acciones realizadas.

Resultados en términos de inserción sociolaboral.

Otra información de interés y relación de buenas prácticas. La Comisión transmitirá esta información a los interlocutores sociales a través del Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer y del Consejo General del Servicio Público de Empleo Estatal. Asimismo, la Comisión realizará anualmente una memoria de evaluación de las actuaciones realizadas.

3. En lo no regulado con arreglo a las normas anteriores la Comisión determinará sus propias normas de funcionamiento, siendo de aplicación de forma supletoria, en su caso, lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Disposición adicional cuarta. Suministro de información.

1. Las comunidades autónomas que hayan asumido la ges-

LEGISLACIÓN

ción y control del programa regulado en este real decreto deberán proporcionar al Servicio Público de Empleo Estatal la información necesaria para la elaboración de la estadística de dicho programa, de forma que quede garantizada su coordinación e integración con el resto de la información estadística de ámbito estatal, así como la información sobre los resultados cualitativos obtenidos.

Asimismo, deberán proporcionar al Servicio Público de Empleo Estatal toda la información y documentación necesarias para el seguimiento de la ejecución de los fondos recibidos y de los planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo y Programa Nacional de Reformas, así como las que precise el Servicio Público de Empleo Estatal para atender los requerimientos que se le hagan desde otros organismos o entidades nacionales o internacionales.

2. El intercambio de información se efectuará siempre que sea posible a través del sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo común, integrado y compatible a que se refiere el apartado 2.a) del artículo 8 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

3. El Servicio Público de Empleo Estatal remitirá la información estadística al Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

Disposición adicional quinta. Régimen jurídico aplicable a las subvenciones.

Las subvenciones a las que se refiere este real decreto se regirán por lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la citada ley, salvo en lo que afecte a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como las demás normas que resulten de aplicación.

En razón del objeto de las subvenciones previstas en este real decreto, no será de aplicación la obligación de publicidad de las subvenciones concedidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.3.d) de la Ley General de Subvenciones.

Disposición transitoria única. Aplicación de medidas.

1. Los incentivos para facilitar la movilidad geográfica y

para compensar diferencias salariales establecidas en los artículos 10 y 11, así como la cuantía de las bonificaciones por contratación indefinida establecida en la disposición final primera serán de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor de este real decreto.

2. A efectos de las ayudas por compensación de diferencias salariales se considerará contrato anterior el que se haya extinguido a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y en los términos contemplados en el artículo 11.

Disposición final primera. Modificación del programa de Fomento del Empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

En ejercicio de la autorización al Gobierno establecida en la disposición final segunda de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se modifica la cuantía de la bonificación por la contratación indefinida a tiempo completo de las mujeres víctimas de violencia de género, que queda establecida en la de 125 euros/mes (1.500 euros/año), durante 4 años desde la contratación, o cuantía correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, si el contrato es a tiempo parcial. En el caso de contratación temporal la bonificación será la establecida en el artículo 2.4, segundo párrafo, de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

Disposición final segunda. Título competencial.

El presente real decreto se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas. Se exceptúa de lo anterior la regulación de las bonificaciones contempladas en el artículo 9 y en la disposición final primera, que se dicta al amparo del artículo 149.1.17.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

Disposición final tercera. Facultades de desarrollo.

Se autoriza al Ministro de Trabajo e Inmigración para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de lo establecido en este real decreto.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEGISLACIÓN

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN⁸⁶

UNIÓN EUROPEA

- Directiva 2008/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias⁸⁷. Anexo IV, 6).
- Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁸⁸. Artículo 5.1.a) y b).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁸⁹. Considerando (21); Artículo 3.9).
- Reglamento (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo⁹⁰. Considerandos (3) y (17); Anexo V. d).
- Decisión n° 1298/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece el programa de acción Erasmus Mundus 2009-2013 para la mejora de la calidad de la enseñanza superior y la promoción del entendimiento intercultural mediante la cooperación con terceros países⁹¹. Considerandos 12, 14, Artículos 3.2b), 10 e); Anexo- Acción 1, A.2i), B2i), Acción, 2.2.f).
- Decisión n° 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación⁹². Anexo I, Acción 4).4 y 6
- Reglamento (CE) n° 1126/2008 de la Comisión de 3 de noviembre de 2008 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo⁹³. Anexo, Norma Internacional de Contabilidad n° 19 (Retribuciones a los empleados), 90.
- Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea⁹⁴.

Considerando 13.

- Recomendación de la Comisión de 3 de octubre de 2008 sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/867/CE)⁹⁵. Punto 3 d).
- Decisión del Comité Mixto del Espacio Económico Europeo n° 105/2008, de 26 de septiembre de 2008, 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 EEE⁹⁶.

ESTATAL GENERAL

- Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009⁹⁷. Disposiciones adicionales Primera, Sexta, Séptima, Decimoctava, Cuadragésima novena: Punto Uno (actividad 8ª), Sexagésima cuarta; Disposiciones finales Tercera (Puntos Cuatro y Ocho) y Sexta (Puntos Uno y Dos); Anexo II- Créditos ampliables: Número Trece.
- Acuerdo de 16 de septiembre de 2008, adoptado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta, por el que se modifica el Estatuto del Personal de las Cortes Generales⁹⁸. Punto Primero (modificación del artículo 27.2) y Disposición final.
- Acuerdo de 29 de octubre de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el de 17 de julio de 2008, de modificación del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁹⁹. Artículo único (retrasa la entrada en vigor del Acuerdo de 17 de julio al día 1 de enero de 2009).
- Acuerdo de 26 de noviembre de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la modificación singular de prestación del servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de Madrid capital¹⁰⁰.
- Acuerdo de 23 de diciembre de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial,

⁸⁶ Apartado elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez (Universidad de Málaga).

⁸⁷ DOUE L 319, 29.11.2008.

⁸⁸ DOUE L núm. 327, de 5.12.2008.

⁸⁹ DOUE L núm. 348, de 24.12.2008.

⁹⁰ DOUE L núm. 354, de 31.12.2008.

⁹¹ DOUE L núm. 340, de 19.12.2008.

⁹² DOUE L núm. 348, de 24.12.2008.

⁹³ DOUE L 320, 29.11.2008.

⁹⁴ DOUE L núm. 327, de 5.12.2008.

⁹⁵ DOUE L núm. 307, de 18.11.2008.

⁹⁶ DOUE L núm. 309, de 20.11.2008.

⁹⁷ BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008.

⁹⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Sección Cortes Generales, Serie B, Núm. 27, de 10 de octubre de 2008.

⁹⁹ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2008.

¹⁰⁰ BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2008.

LEGISLACIÓN

en lo relativo a permisos y licencias a los efectos de su equiparación legal con los funcionarios públicos¹⁰¹. Artículo único.

- Real Decreto 1663/2008, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Plan estadístico nacional 2009-2012¹⁰². Anexo I, Líneas estratégicas 3, 5.4, 6, 7.2.c), 7.6; Anexo II.1, N° Plan 5441, 5661-2 y 5673; Anexo II.2, N° Plan 5441 IOE 65003, 5661 IOE 65001, 5662 IOE 65004, 5673 IOE 30456; Anexo III, Sectores o Temas 5065, 5109, 5111, 5280, 5284, 5301, 5308-9, 5313, 5315, 5317, 5318, 5324, 5328, 5372, 5375 a 5383, 5385-6, 5389, 5390 a 5396, 5398, 5422, 5424, 5426, 5428-9, 5431-4, 5437 a 5441, 5472-3, 5477-8, 5501-2, 5504-5, 5541 a 5552, 5554 a 5557, 5559 a 5563, 5601 a 5604, 5606-7, 5609 a 5614, 5618-9, 5626, 5628 a 5630, 5657-9, 5661-2, 5665 a 5668, 5670, 5673, 5802-3, 5807, 5822, 5828; Anexo VI, letras f), i).

- Real Decreto 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establecen criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias¹⁰³. Completo.

- Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas¹⁰⁴. Artículo 17.2.

- Real Decreto 1963/2008, de 28 de noviembre, por el que se desarrolla el Régimen Electoral del Consejo de la Guardia Civil¹⁰⁵. Artículo 13.4.

- Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género¹⁰⁶. Completo.

- Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012¹⁰⁷. Artículo 1.2.e).

- Real Decreto 2125/2008, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Programa anual 2009 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012¹⁰⁸. Anexo I.1: 5441, 5661, 5662, 5673; Anexo I.2: 5441-65003, 5661-65001, 5662-65004, 5673-30476; Anexo II: 5280, 5333, 5395, 5398, 5427, 5441, 5542, 5545, 5560, 5566, 5661, 5662, 5673, 5676, 5802.

- Real Decreto 2128/2008, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2009¹⁰⁹. Artículo 1.

- Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine¹¹⁰. Artículos 22.1.b), 35.2.c), 37.1.

- Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo¹¹¹. Anexo III, 1.

- Circular 9/2008, de 10 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, estados de información reservada y pública y cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores¹¹². Norma 27ª.7; Anexo 1 (TI.4); Anexo 2 (TC.7) y Anexo 3 (P.3).

- Orden IGD/3263/2008, de 16 de octubre, por la que se adecuan los órganos competentes del procedimiento de selección de vocales representantes del movimiento asociativo del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico al artículo 7.3 del Real Decreto 135/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad¹¹³.

ANDALUCÍA

- Ley 2/2008, de 10 de diciembre, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población¹¹⁴. Anexo 1.d) y 2.b)

- Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009¹¹⁵. Exposición de Motivos I (4º, 7º, 8º, 16º), Artículo 21.1.a); Disposición final Segunda (Punto Cuatro).

- Acuerdo de 14 de octubre de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Acción Integral

¹⁰¹ BOE núm. 4, de 5 de enero de 2009.

¹⁰² BOE núm. 276, de 15 de noviembre de 2008.

¹⁰³ BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2008.

¹⁰⁴ BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2008.

¹⁰⁵ BOE núm. 288, de 29 de noviembre de 2008.

¹⁰⁶ BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2008.

¹⁰⁷ BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008.

¹⁰⁸ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2008.

¹⁰⁹ BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2008.

¹¹⁰ BOE núm. 10 de 12 de enero de 2009.

¹¹¹ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2008.

¹¹² BOE núm. 4, de 5 de enero de 2009.

¹¹³ BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2008.

¹¹⁴ BOJA núm. 255, de 24 de diciembre de 2008.

¹¹⁵ BOJA núm. 259, de 31 de diciembre de 2008.

LEGISLACIÓN

para las Mujeres con Discapacidad en Andalucía 2008-2013¹¹⁶.

- Decreto 475/2008, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Artesanos de Andalucía y la Carta de Artesano o Artesana y Maestro Artesano¹¹⁷. Artículo 8.1, Anexo I.1 y 8, Anexo II.1 y 7, Anexo III. 1, 3 y 5, Anexo IV. 1.

- Decreto 506/2008, de 25 de noviembre, por el que se regula por el que se regula y convoca el procedimiento de selección de los Grupos de Desarrollo Rural de Andalucía, se establecen los requisitos de las entidades interesadas en obtener dicha condición, sus funciones y obligaciones, se regula la constitución de los Consejos Territoriales de Desarrollo Rural y se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal para la gestión y ejecución de las actuaciones que realicen los grupos en aplicación del enfoque Leader¹¹⁸. Exposición de Motivos, Artículos 2.1, 6.4.b), 15.1.f), 15.1.i), 20.1.f), 21.6.h), 22, Anexo I.3.f) e i), Anexo II.5.a).

- Decreto 517/2008, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Andaluz de Consumo y de los Consejos Provinciales de Consumo¹¹⁹. Artículos 3.2, 12.2.c), 13.3 y 18.2.

- Decreto 521/2008, de 9 de diciembre, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Almería¹²⁰. Artículo 5.2.

- Decreto 522/2008, de 9 de diciembre, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Huelva¹²¹. Artículo 5.2.

- Instrucción 4/2008, de 23 de diciembre, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establecen las directrices de gestión de ayudas en el marco del plan extraordinario para la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de empleo establecido por la Orden de 31 de octubre de 2008 que se cita¹²². Punto 1.c).

- Orden de 31 de octubre de 2008, por la que se establece el plan extraordinario para la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de empleo y se regulan y convocan las ayudas para la ejecución del mismo¹²³. Art. 31.2.b).

- Decreto 525/2008, de 16 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo¹²⁴. Artículos 9.3, 16.1, 21.2.

- Decreto 536/2008, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día, y el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía¹²⁵. Exposición de Motivos, Artículo primero (modificación del Decreto 246/2003), Artículo primero, Puntos Uno y Tres.

¹¹⁶ BOJA núm. 224, de 11 de noviembre de 2008.

¹¹⁷ BOJA núm. 229, de 18 de noviembre de 2008.

¹¹⁸ BOJA núm. 243, de 9 de diciembre de 2008.

¹¹⁹ BOJA núm. 257, de 29 de diciembre de 2008.

¹²⁰ BOJA núm. 6, de 12 de enero de 2009.

¹²¹ BOJA núm. 6, de 12 de enero de 2009.

¹²² BOJA núm. 6, de 12 de enero de 2009.

¹²³ BOJA núm. 221, de 6 de noviembre de 2008.

¹²⁴ BOJA núm. 221, de 6 de noviembre de 2008.

¹²⁵ BOJA núm. 221, de 6 de noviembre de 2008.

OPINIÓN CONSULTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL EQUILIBRIO DE SEXOS EN LA ELECCIÓN DE SUS JUECES

I. INTRODUCCIÓN

El 12 de febrero de 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hizo pública la *opinión consultiva sobre ciertas cuestiones jurídicas relativas a las listas de candidatos presentadas para la elección de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Se trata de una decisión de innegable relevancia no sólo por tratarse de la primera opinión consultiva que emite este tribunal, sino sobre todo, por el tema que aborda y la solución que le da, en un momento en que el debate sobre el llamado “techo de cristal” que impide u obstaculiza el desarrollo laboral de las mujeres está, desgraciadamente, de plena actualidad. En atención a estas últimas consideraciones y a las limitaciones espaciales que se nos imponen, el presente trabajo pretende abordar el estudio de esta opinión consultiva, dejando de lado las cuestiones relativas a la competencia consultiva del Tribunal, así como las relacionadas con la elección de jueces del TEDH sin incidencia directa en la consecución del equilibrio de sexos en su seno¹²⁶.

Los hechos que se encuentran en su origen son los siguientes. El 17 de julio de 2006, Malta presentó una lista de tres candidatos a juez del TEDH íntegramente formada por hombres. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 22 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), decidió no tomarla en consideración y rechazarla por no incorporar al menos un candidato perteneciente al sexo menos representado en el Tribunal (sexo femenino) y no respetar, por tanto, el criterio enunciado en el párrafo 3.ii de su Resolución 1366 (2004) tal como fue modificado por la Resolución 1426 (2005)¹²⁷.

Malta protestó contra esta decisión, haciendo valer los argumentos de que había cumplido sus obligaciones derivadas del artículo 21.1 del CEDH y de que el mismo no contenía ninguna disposición relativa al equilibrio de sexos en el proceso de elección de los jueces del Tribunal. De hecho, la propuesta presentada por la Asamblea de modificar el Convenio en este sentido que finalmente había sido recha-

zada, confirmaba que dicho órgano no tenía el poder, en virtud del Convenio en su forma actual, de rechazar una lista de candidatos por consideraciones de sexo y que el Convenio únicamente podía ser modificado por el consentimiento unánime de los Estados Partes en el mismo. Por otra parte, alegó que en respuesta al llamamiento público que se había hecho para la preparación de la lista sólo dos mujeres se postularon como candidatas. Del examen de las candidaturas, resultó que las dos candidatas no poseían la experiencia requerida en el ámbito de los derechos humanos, mientras que los tres candidatos finalmente seleccionados, todos miembros del Tribunal Constitucional de Malta, tenían una gran experiencia en la materia y estaban de lejos más cualificados que cualquier otro candidato, hombre o mujer¹²⁸.

Finalmente, el 17 de julio de 2007, el Comité de Ministros del Consejo de Europa decidió solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre las dos cuestiones siguientes planteadas por Malta:

¿Puede una lista de candidatos al puesto de juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que satisface los criterios del artículo 21 del Convenio ser rechazada únicamente en atención a consideraciones de sexo? y

¿Contradican las resoluciones 1366 (2004) y 1426 (2005) las responsabilidades que el Convenio confiere a la Asamblea, en el artículo 22, de considerar una lista o un nombre que figure en esa lista en atención a los criterios enumerados en el artículo 21 del Convenio?

En su opinión consultiva de 12 de febrero de 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó, por unanimidad, que el rechazo por la Asamblea de una lista de candidatos a la elección de juez del Tribunal por el solo motivo de que ninguna mujer figurase en ella no era conforme con el Convenio Europeo de Derecho Humanos¹²⁹. Con carácter previo al estudio de los argumentos esgrimidos por el TEDH para llegar a esta conclusión, parece necesario analizar el procedimiento de elección de sus jueces, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones específicamente vinculadas con el reparto equitativo de los nombramientos entre mujeres y hombres.

¹²⁶ Para un estudio más amplio y detallado, *vid.* el artículo de la misma autora: “El equilibrio de sexos en la elección de jueces para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Opinión Consultiva de 12 de febrero de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 16, junio 2008, pp. 1 a 39.

¹²⁷ *Lettre du Président de l'Assemblée parlementaire en date du 26 janvier 2007 adressée au président de la délégation maltaise auprès de cette même Assemblée*, texto en párrafo 9 de opinión consultiva de 12 de febrero de 2007.

¹²⁸ *Lettre de la délégation maltaise au Président de l'Assemblée parlementaire en date du 22 février 2007*, texto en párrafo 10 de opinión consultiva de 12 de febrero de 2007.

¹²⁹ TEDH: *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12 février 2008. Sólo 4 de los 17 jueces integrantes de la formación jurisdiccional competente para resolver este asunto (la Gran Sala) eran mujeres, es decir, el 23,5% del Tribunal.

II. LA ELECCIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. La elección de los jueces del TEDH está regulada en los artículos 21.1 y 22 del Convenio. La primera de estas disposiciones determina las condiciones que deben poseer los candidatos a juez del Tribunal: deben “gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia”. Estas condiciones, que se refieren exclusivamente a las cualidades morales y las cualificaciones profesionales de los candidatos a juez del TEDH, pero que son esenciales para la autoridad y la calidad de la jurisprudencia del Tribunal, son imperativas para todos los Estados Parte en el Convenio. Es decir, sus candidatos deben cumplir todas las condiciones exigidas por el artículo 21.1. Nada impide, sin embargo, a los Estados que se dejen guiar por consideraciones suplementarias, como, por ejemplo, la preocupación por lograr un cierto equilibrio entre mujeres y hombres o entre las profesiones jurídicas representadas¹³⁰.

De hecho, la Asamblea Parlamentaria ha intentado incidir en los criterios adicionales utilizados por los Estados para el establecimiento de sus listas de candidatos, en particular, para que se guíen por el objetivo de realizar una representación equitativa entre los sexos. Así, en su Recomendación 1429 (1999), pidió al Comité de Ministros que invitase a los Estados Partes en el Convenio a que sus listas contuvieran “obligatoriamente candidatos de los dos sexos”¹³¹. En su respuesta, el Comité de Ministros, recordó a la Asamblea que ya en mayo de 1997¹³², había cursado una invitación similar, incidiendo en el hecho de que también había pedido a los Estados que procurasen que las cualificaciones y la experiencia de todos los candidatos y candidatas propuestos permitieran tomar en consideración su candidatura en pie de igualdad¹³³. Sobre la base de los comentarios del Comité de Ministros, en su Recomendación 1649 (2004), la Asamblea pidió a los Estados que, antes de presentar las listas de candidatos al puesto de juez del TEDH, satisficieran, además de las condiciones enumeradas en el artículo 21.1, seis criterios adicionales, entre ellos que en cada lista figurasen candidatos de ambos sexos¹³⁴.

2. Por su parte, el artículo 22 del Convenio fija el procedimiento a seguir y prevé que los jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria a título de cada Estado Parte en el Convenio, por mayoría de votos emitidos, sobre la base de una lista de tres candidatos presentada por cada Estado. En el ejercicio de esta función, la Asamblea Parlamentaria está obligada por el artículo 21.1. Es decir, tiene que garantizar en última instancia que todos los candidatos cumplen las condiciones exigidas por tal disposición. Pero ni el artículo 22 ni el sistema del Convenio le imponen explícitamente ninguna otra limitación en cuanto a los criterios en los que deba basar su elección. De ello se deduce, por tanto, que la Asamblea puede dejarse guiar por los criterios adicionales que estime pertinentes y puede también, con un objetivo de transparencia y previsibilidad, retomar estos criterios en sus resoluciones y recomendaciones, cosa que ha hecho en los siguientes términos¹³⁵.

En su resolución 1366 (2004), de 30 de enero, la Asamblea decidió que no tomaría en consideración aquellas listas de candidatos que no incorporasen al menos un candidato de cada sexo (párr. 3.ii). Este párrafo fue modificado por la propia Asamblea, después de constatar que su redacción podía suponer el rechazo de una lista de candidatos compuesta únicamente por mujeres, resultado que quería evitar al entender que una lista de este tipo contribuiría manifiestamente al logro de una representación más equilibrada de los dos sexos en el seno del Tribunal. De conformidad con la Resolución 1426 (2005), el citado párrafo pasaría a tener la siguiente redacción: “3. La Asamblea parlamentaria decide no tomar en consideración las listas de candidatos: (...) ii. Que no incorporen al menos un candidato de cada sexo, con excepción de candidatos que pertenezcan al sexo menos representado en el Tribunal, es decir, que represente menos del 40 % del número total de jueces”¹³⁶.

El mismo 30 de enero de 2004, en su recomendación 1649 (2004), la Asamblea Parlamentaria invitó al Comité de Ministros a modificar, en el contexto de la redacción del Protocolo n° 14, el artículo 22 del Convenio (“Elección de jueces”) con el fin de incorporar en su párrafo 1 la frase “incorporando al menos una candidatura de cada sexo” y en el párrafo 3, “[e]l mismo procedimiento se aplica a la sustitución de un juez obligado a dimitir”. Esta propuesta

¹³⁰ Réponse du Comité des Ministres à la Recommandation 1429 (1999) relative à la procédure de nomination des candidats à la Cour européenne des Droits de l'homme au niveau national, Doc. 8853 révisé, 21 septembre 2000; párrafo 42 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹³¹ Recommandation 1429 (1999) de l'Assemblée parlementaire relative à la procédure de nomination des candidats à la Cour européenne des Droits de l'Homme au niveau national, 24 septembre 1999, párr. 6.iii).

¹³² 593^e réunion, point 4.1.b.: Représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, mai 1997.

¹³³ Procédure de nomination des candidats à la Cour européenne des Droits de l'homme au niveau national, Réponse du Comité des Ministres à la Recommandation 1429 (1999), Doc. 8853 révisé, 21 septembre 2000.

¹³⁴ Recommandation 1649 (2004), de 30 de enero de 2004, párr. 19 iii).

¹³⁵ Párrafos 44 y 45 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹³⁶ Résolution 1426 (2005), Candidats à la Cour européenne des Droits de l'Homme, 18 mars 2005, parr. 4 y 5 (la traducción es nuestra). En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 22.2 del Reglamento sobre nombramientos del Consejo de Europa dispone que: “Il y a sous-représentation d'un sexe par rapport à l'autre lorsque la représentation de celui-ci dans le grade de la catégorie dont relève l'emploi vacant est inférieure à 40 % ». Tal porcentaje tiene su origen en la Recommendation Rec.(2003)3 du Comité de Ministres aux Etats membres sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique de 12 de marzo de 2003, al afirmar que: “la participation équilibrée des femmes et des hommes signifie que la représentation de chacun des deux sexes au sein d'une instance de décision dans la vie politique ou publique ne doit pas être inférieure à 40% ».

fue, sin embargo, rechazada de plano. En su respuesta de 20 de abril de 2005, el Comité de Ministros, después de precisar que compartía plenamente la determinación de la Asamblea de garantizar el equilibrio entre los sexos en la composición del Tribunal, estimó que, en ciertas circunstancias excepcionales, la obligación de presentar una lista con candidatos de los dos sexos podía engendrar dificultades para satisfacer las exigencias del artículo 21 del Convenio. En consecuencia, se mostró contrario a convertir esta regla en vinculante a través de su incorporación al Convenio e, incluso, invitó a la Asamblea a considerar la posibilidad de modificar sus propias reglas para aquellos casos en que las autoridades de un Estado Parte presentasen argumentos convincentes al Comité de Ministros o a la Asamblea, según los cuales, para satisfacer las condiciones exigidas de cualificación profesional de los candidatos, se veían obligadas a someter una lista de candidatos de un solo sexo¹³⁷.

El Protocolo nº 14 al Convenio no modificó la redacción del artículo 22. A este respecto, el informe explicativo contiene el siguiente párrafo:

“Il a été décidé de ne pas amender le premier paragraphe de l'article 22 de manière à ce que les listes de trois candidats présentés par les Hautes Parties contractantes contiennent impérativement des candidats des deux sexes, car cela aurait pu nuire à la priorité qui doit être accordée aux compétences des candidats potentiels. Toutefois, les Parties devraient faire tout leur possible pour que leurs listes contiennent à la fois des candidats des deux sexes»¹³⁸.

Ahondando en los argumentos esgrimidos por el Comité de Ministros, el 19 de marzo de 2007, la Comisión de cuestiones jurídicas y de derechos humanos de la Asamblea Parlamentaria (AS/JUR) presentó un proyecto de resolución con el fin de modificar de nuevo el párrafo 3.ii de la Resolución 1366 (2004) y autorizar, en casos excepcionales justificados por explicaciones objetivas y razonables, la presentación de listas no mixtas, siempre que obtuvieran una mayoría de dos tercios de los miembros presentes en la subcomisión¹³⁹.

La Comisión sobre la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres de la Asamblea Parlamentaria (AS/EGA) se opuso radicalmente a tal proyecto de resolución. Denunció que se pretendieran modificar las reglas de la Asamblea para favorecer al único país, Malta, que estimó “difícil” acomodarse a dichas reglas, en lugar de obligarle a cumplirlas. Frente a las “dificultades” alegadas, esta

Comisión recordó que no es necesario poseer la nacionalidad del Estado que propone la candidatura, ni siquiera la de un Estado Parte en el Convenio y constató que Malta contaba con dos juezas y seis magistradas, así como numerosas abogadas, y que países miembros del Consejo de Europa más pequeños (Mónaco o San Marino) incluyeron candidatas en sus listas, algunas de las cuales llegaron incluso a ser elegidas juezas del TEDH. Igualmente denunció que el argumento esgrimido por la Comisión AS/JUR de la “calidad” frente a la “igualdad de sexos” no tenía en cuenta el hecho de que, como la belleza, la “calidad” depende de los ojos de quien mire. Numerosos estudios probaban que los jurados de selección tendían a reproducirse, principalmente desde la perspectiva de la composición por sexo. Una rápida mirada a la composición de las autoridades de selección tanto a nivel nacional como a nivel del Consejo de Europa ponía de relieve que en la mayoría de entre ellas existía una predominancia masculina. Además, el poder de decidir cuales eran las “circunstancias excepcionales” que autorizarían las listas compuestas exclusivamente de candidatos masculinos estaba en manos de órganos compuestos principalmente por hombres. Por último la Comisión se preguntaba qué otros países aprovecharían esta ocasión para presentar por esta vía listas compuestas exclusivamente de candidatos masculinos. Por todo ello, recomendó a la Asamblea que rechazara el proyecto de resolución, cosa que hizo el 17 de abril de 2007 por 41 votos contra 17¹⁴⁰.

3. En este contexto, la Asamblea rechazó de plano la lista de candidatos íntegramente compuesta por hombres que presentó Malta en julio de 2006, a pesar de las protestas de este país¹⁴¹. Cuando el asunto llegó finalmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste entendió que el problema radicaba en determinar si la Asamblea podía rechazar una lista por no haber cumplido una condición no explícitamente prevista en el artículo 21.1 del Convenio, como la que, de conformidad con las Resoluciones 1366 (2004) y 1426 (2005) de la Asamblea Parlamentaria, exige que cada lista incorpore un candidato del sexo menos representado en el Tribunal¹⁴².

III. LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TEDH

La primera observación que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que el criterio de que cada lista debe incorporar un candidato del sexo menos representado en el

¹³⁷ Réponse du Comité des Ministres adoptée le 20 avril 2005, Doc. CM/AS(2005)Rec1649 final, párr. 7 a 9.

¹³⁸ Protocole nº 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (STCE nº 194), Rapport explicatif, párr. 49, en <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>.

¹³⁹ Vid. « 2. Exposé des motifs par Mme Marie-Louise Bemelmans-Vidéc, rapporteur », y « 1. Projet de résolution », en *Candidats à la Cour européenne des Droits de l'Homme, Rapport de la Comisión des questions juridiques et des droits de l'homme*, Doc. 11208, 20 marzo 2007.

¹⁴⁰ Exposé des motifs par M. Mendes Bota, rapporteur, en *Candidats à la Cour européenne des Droits de l'Homme, Avis de la Comisión sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes*, Doc. 11243, 16 avril 2007, párrafos 8 a 19.

¹⁴¹ Vid. intercambio de cartas enviadas entre enero y junio de 2007 entre las autoridades de Malta y la Asamblea parlamentaria sobre la composición de la lista de candidatos presentada por este país al puesto de juez del Tribunal en párrafos 9 a 14 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴² Párrafo 46 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

JURISPRUDENCIA • TEDH

Tribunal no es el único que la Asamblea aplica sin que esté explícitamente previsto por el artículo 21.1 del Convenio. Entiende, sin embargo, que estos otros criterios se derivan implícitamente del artículo 21.1 del Convenio. Así, por ejemplo, el “conocimiento suficiente de al menos uno de los idiomas oficiales” exigido por la Resolución 1366 (2004) es necesario para poder contribuir útilmente al trabajo del Tribunal, ya que éste solo se expresa en uno de esos dos idiomas (artículo 34.1 del Reglamento del Tribunal)¹⁴³.

En cambio, el criterio fundado en el sexo de los candidatos carece de vínculo implícito con los criterios generales de competencia exigidos por el artículo 21.1 del Convenio¹⁴⁴. Procede de una política de reconocimiento de la igualdad de sexos, política que refleja la importancia de esta igualdad en la sociedad contemporánea y el papel que juegan la prohibición de la discriminación y las medidas de discriminación positiva para alcanzar tal objetivo. El Tribunal constata además la existencia de un amplio consenso sobre la necesidad de favorecer el equilibrio entre los sexos en el seno del Estado y en los empleos públicos nacionales e internacionales, incluido el aparato judicial. Buen ejemplo de ello son, además de las recomendaciones pertinentes de la Asamblea Parlamentaria, una serie de textos internacionales, como la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)* de 18 de diciembre de 1979, y la política de personal existente en buen número de Organizaciones Internacionales, como el Consejo de Europa o la Unión Europea. El Tribunal comprueba también que, si bien es cierto que los Estados que han adoptado reglas específicas tendentes a garantizar un cierto equilibrio entre los sexos en sus Tribunales Supremos y/o Constitucionales constituyen una minoría (sólo tres, Austria, Bélgica y Letonia), son numerosos los que favorecen tal equilibrio mediante políticas apropiadas¹⁴⁵. La misma tendencia se percibe a nivel de las jurisdicciones internacionales y se encuentra, por ejemplo, reflejada en los artículos 14, 15.3 y 25.2 del Reglamento del TEDH¹⁴⁶.

A la hora de aplicar este criterio al Tribunal, el Comité de Ministros, reconociendo la necesidad de favorecer la presencia en las listas de al menos un candidato de cada sexo, optó por no modificar el artículo 22 del Convenio, al considerar que, en ciertas circunstancias excepcionales, una obligación en ese sentido podría dificultar la satisfacción de las exigencias del artículo 21 del Convenio. La misma preocupación se encuentra expresada en el informe explicativo del Protocolo nº 14¹⁴⁷. En opinión del Tribunal, los Estados Partes, únicos competentes para modificar el Convenio,

han precisado los límites que la Asamblea no debe sobrepasar en su política de garantizar la presencia en las listas de candidatos del sexo menos representado: su consecuencia no puede ser hacer más difícil a los Estados contratantes la tarea de presentar candidatos que satisfagan todas las exigencias del artículo 21.1, las cuales, en consecuencia, deben ser consideradas como prioritarias. Es por ello que el Comité de Ministros invitó a la Asamblea a que considerara la posibilidad de modificar sus propias reglas con el fin de permitir derogaciones excepcionales. Ciertamente, los Estados Partes han aceptado, en principio, presentar candidatos del sexo menos representado en el Tribunal, pero no que esta regla no pueda ser contravenida. Se trata, por tanto, de una obligación de medios, no de resultado¹⁴⁸.

El Tribunal también considera que no se puede forzar a un Estado a recurrir a candidatos extranjeros con el único fin de satisfacer el criterio del sexo que no está previsto en el Convenio. Además, podría entrañar el peligro de que el candidato elegido no dispusiera del mismo conocimiento del sistema judicial, del idioma, incluso de las tradiciones culturales del Estado correspondiente que un candidato nacional. Precisamente la regla de la presencia obligatoria del “juez nacional” en las formaciones de jueces, que se remonta a los orígenes del Convenio y está hoy recogida en el artículo 27.2 del Convenio, tiene su razón de ser principal en garantizar que tales formaciones estén plenamente informadas del derecho nacional pertinente del Estado demandado y de su contexto¹⁴⁹.

En consecuencia, el Tribunal entiende que incluso si el objetivo consistente en querer garantizar un cierto carácter mixto en la composición de las listas de candidatos es legítimo y generalmente aceptado, no puede lograrse sin excepciones destinadas a permitir a cada Estado Parte seleccionar candidatos nacionales que satisfagan todos los criterios del artículo 21.1. Ciertamente, todavía no se han determinado la naturaleza y la amplitud exactas de tales excepciones¹⁵⁰.

A la luz de lo que precede, el Tribunal estima que la primera pregunta planteada por el Comité de Ministros, en su formulación general, no se presta a una respuesta simple de carácter binario. Es claro que, al no permitir ninguna excepción a la representación del sexo menos representado, la práctica actual de la Asamblea Parlamentaria no es conforme con el Convenio: cuando una Parte contratante ha adoptado todas las medidas necesarias y adecuadas con el fin de garantizar la presencia del sexo menos representado en su lista sin éxito, y más aún cuando ha seguido las recomen-

¹⁴³ Párrafo 47 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴⁴ Párrafo 48 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴⁵ Párrafo 35 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴⁶ Párrafo 49 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴⁷ Párrafo 50 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴⁸ Párrafo 51 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁴⁹ Párrafo 52 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁵⁰ Párrafo 53 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

daciones de la Asamblea que preconizan un procedimiento abierto y transparente con llamamiento a candidaturas, la Asamblea no puede rechazar la lista en cuestión por la sola razón de que aquella presencia no se ha producido. Es necesario, por tanto, que se formulen lo antes posible excepciones al principio de la presencia obligatoria de un candidato del sexo menos representado¹⁵¹.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, parece claro, por tanto, que, para que todos los Estados Partes se vean obligados a presentar listas de candidatos a juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incorporen al menos una candidata, es necesario modificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello, se exige el consentimiento unánime de los Estados Partes en el mismo, por ejemplo, a través de un nuevo Protocolo, que viene siendo el procedimiento habitual.

Como sabemos una propuesta en este sentido fue rechazada en 2005. Volver a plantearla con mejores visos de prosperar llevaría necesariamente a una ardua negociación y, por tanto, a una demora en el tiempo incompatible con la solución del problema actual que ha planteado Malta. La Asamblea Parlamentaria no está investida del poder para modificar el Convenio, sólo el Tribunal podría haberlo llevado a cabo por la vía de la interpretación extensiva de sus disposiciones, como suele hacer respecto de los derechos garantizados en el mismo, aunque hubiera sido difícil soslayar la expresa y reciente negativa de los Estados a introducir cambios al respecto.

La única vía que queda para resolver el problema concreto suscitado, aunque no tiene por efecto obligar a Malta a presentar una nueva lista que incorpore al menos una mujer, es, como ha dejado claro el Tribunal, que la Asamblea modifique sus propios criterios de selección de los candidatos a juez del Tribunal para admitir alguna excepción a la regla relativa al equilibrio de sexos. Los límites de esta excepción todavía no están definidos. El riesgo es, como denunció la Comisión AS/EGA, que otros Estados que hasta ahora cumplían la regla aprovechen la ocasión para presentar listas compuestas exclusivamente por candidatos masculinos. Por consiguiente, es en la definición de esta excepción donde debe jugar la inteligencia y audacia de la Asamblea. De todas formas, exigir que las listas de candidatos deban incorporar al menos a una mujer no garantiza que finalmente alguna de ellas llegue a ser nombrada juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bien es cierto que desde que se instauró esta práctica ha aumentado considerablemente el porcentaje de listas compuestas por al menos una candidata (aunque se ha reducido el porcentaje de las integradas por dos mujeres o exclusivamente por mujeres)¹⁵² y que la representación de mujeres en el Tribunal ha alcanzado un porcentaje superior al 30%, pero la problemática real que se encuentra en el trasfondo de este asunto es la verdadera voluntad de los Estados y su compromiso con la consecución del equilibrio de sexos no sólo en las listas de candidatos a juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino también o sobre todo, en su composición. (**Doctora Yaelle Cacho Sánchez. Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad de Cantabria**).

¹⁵¹ Párrafo 54 de la opinión consultiva de 12 de febrero de 2008.

¹⁵² *Vid.* anexo I.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2008 (SALA DE LO CIVIL). FILIACIÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora D^a Dolores, en nombre y representación de D^a Margarita, interpuso demanda de juicio de filiación, contra D. Felipe y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declarara que A) Se determine la filiación que por la presente se reclama a favor del hijo de mi representada Eduardo y a cargo de D. Felipe, como padre natural de aquél, con lo efectos que le son inherentes, si bien el menor conservará los apellidos de la madre, que ostenta en la actualidad. B) Que se remita el correspondiente mandamiento al Registro Civil de Fuenlabrada, para que haga constar la paternidad de D. Felipe. C) Que para el caso de que se determine la filiación con la oposición del progenitor, se declare la exclusión del padre de la patria potestad y demás funciones tuitivas no ostentando ningún derecho por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, quedando a salvo la obligación de velar por el hijo y prestarle alimentos. D) Que se declare que el demandado en su condición de progenitor del menor Eduardo, deberá prestarle alimentos por importe de 500 euros mensuales, actualizables de conformidad con el I.P.C. E) Que se impongan las costas al demandado.

2.- El Procurador D. Luis, en nombre y representación de D. Felipe, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se declare la desestimación de la demanda y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento a la actora, junto a lo demás que en derecho proceda.

3.- Practicadas las pruebas y expuestas las alegaciones de las partes, se dio por terminada la vista. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badajoz, dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora D^a Dolores, en nombre y representación de D^a Margarita frente a D. Felipe debo declarar y declaro que el menor Eduardo, nacido el 4 de febrero de 2004 e inscrito en el Registro Civil de Fuenlabrada al tomo NUM000 página NUM001 es hijo de Felipe, de quien tomará el primer apellido, quien deberá abonar a la madre, por adelantado durante los primeros cinco días de cada mes y en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo, la cantidad de 200 Euros/mes, que deberá actualizarse a primeros de cada año, conforme a las variaciones del IPC, y ello, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la repre-

sentación procesal de D^a Margarita, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Margarita contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 14 de Badajoz, con fecha 5 de abril de 2005 en lo autos 583/04, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución sin condena en costas".

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Dolores, en nombre y representación de D^a Margarita, interpuso recurso de casación e infracción procesal contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos DE CASACIÓN: UNICO.- Se basa el recurso en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 111.2 del Código civil y doctrina jurisprudencial de esta Sala. DE INFRACCIÓN PROCESAL: UNICO. Se basa en el motivo 3^o del artículo 469.1 de conformidad con la disposición final 16^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por denegación de prueba documental pública que le ha producido indefensión.

2.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de septiembre de 2006, se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizará su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a Mercedes, en nombre y representación de D. Felipe, presentó escrito de impugnación.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de noviembre del 2008, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación formulado por la demandante en la instancia, doña Margarita es la exclusión de los efectos de la patria potestad que impone el artículo 111 del Código civil cuando se determina judicialmente la filiación contra la oposición del progenitor. La misma ha ejercitado la acción de reconocimiento de la filiación extramatrimonial respecto a su hijo menor de edad, nacido el 4 de febrero de 2004, que contempla el artículo 133 del mismo cuerpo legal; pidiendo expresamente la aplicación del artículo 111 del Código civil. A la demanda se opuso el demandado que pidió su desestimación.

Las sentencias de instancia no han aceptado la aplicación del artículo 111, como sanción legal por la conducta del pro-

JURISPRUDENCIA • TS

genitor por entender que no se dan los presupuestos de la misma.

SEGUNDO.- La demandante ha formulado recurso por infracción procesal que procede ser examinado en primer lugar. En la demanda, además de la acción llamada también de investigación de la paternidad, interesó que, una vez declarada la filiación, se condenara al padre demandado al pago de una pensión alimenticia. Las sentencias de instancia la han acordado en una cantidad mensual inferior a la solicitada.

Este recurso se funda en el artículo 469.1. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haberse denegado la prueba documental pública consistente en la certificación acreditativa de los impuestos del demandado correspondiente al año 2003 emitida -tras haberle remitido oficio- por la Delegación de Hacienda de Badajoz. No se practicó en primera instancia y se solicitó en segunda instancia, que fue denegada, produciéndole indefensión.

Este recurso se desestima por dos razones. La primera, porque las sentencias de instancia ha considerado suficientemente probada la situación económica del demandado, sin que sea preciso agotar todas las posibilidades de prueba tanto más cuando la prueba en segunda instancia tiene carácter excepcional y debe evitarse que al socaire de ello se dilate anormalmente la duración del proceso (así, sentencia 11 de diciembre de 2002); por ello, en el auto de 19 de septiembre de 2005 se declara prueba no pertinente o útil, lo que es mantenido en el auto resolviendo el recurso de reposición de 24 de octubre del mismo año. La segunda, porque, como se dice en aquel auto, podía haberse pedido y practicado como diligencias finales, ya que el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las contempla para el juicio ordinario, pero teniendo en cuenta la norma constitucional del artículo 24 de la Constitución Española que proscribela indefensión, se deben admitir tanto para el juicio verbal, que no prevé pero tampoco prohíbe el artículo 447, como también entendió esta Sala que caben en el trámite de apelación (en sentencia de 26 de febrero de 2007).

TERCERO.- El recurso de casación, como se ha apuntado, se centra en la aplicación del artículo 111 del Código civil. Se funda en el artículo 477.2. 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil y presenta interés casacional, conforme al mismo artículo 477.3 por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial de esta Sala representada en una serie de sentencias que cita.

La norma supone la exclusión de efectos de la patria potestad, entre las cuales se cuenta la determinación del apellido, en caso de que se declare la filiación contra la oposición del progenitor.

El hecho, no discutido en autos, es la formulación de la demanda por la madre del hijo extramatrimonial ejercitando acción de reclamación de la filiación frente al progenitor, padre que así ha sido declarado. Este, tras formular cuestión de competencia, se opuso a la demanda, negó las ale-

gaciones hechas en ésta y se expresa literalmente en la contestación que "mi mandante niega expresamente la paternidad del hijo de la actora y por lo tanto, no ha considerado oportuno hacerse cargo de una situación con la que nada tiene que ver" y se suplica que "se declare la desestimación de la demanda", sin paliativos, ni matices.

La jurisprudencia ha interpretado el artículo 111 del Código civil alertando que la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad se impone por ministerio de la ley, tal como dice la sentencia de 2 de febrero de 1999 que concreta: "La exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso."

Y añade la de 24 de junio de 2004, tras reiterar que tal exclusión se impone por ministerio de la ley:

"Afirmada como existente la oposición del demandado, cuya paternidad ha sido declarada en este proceso, por tanto, declarado probado el presupuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 111, 1º, 2 del Código Civil, la exclusión de la patria potestad constituía un imperativo para el juzgador, incluso aún cuando no hubiera sido formalmente solicitada por la parte actora".

Y la de 7 de julio de 2004, de gran semejanza con el caso presente añade:

"Ha de estimarse ajustada a Derecho la exclusión del ahora recurrente de la patria potestad, atendida la conducta procesal del demandado quien, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos".

La sentencia de 10 de julio de 2001, alegada por la parte recurrida, parece que sigue un criterio contrario a las anteriores, pero no es así. La esencia de su razonamiento se expresa en estos términos:

"Sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente."

Pero la cuestión fáctica no es la misma, ya que en el caso de esta sentencia el padre demandado, en su contestación a la demanda, interesó que se dictara una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió y las sentencias de instancia estimaron que no medió la oposición que exige el artículo 111 del Código civil, lo que fue mantenido en casación.

CUARTO.- Así, en definitiva, esta Sala, en el presente caso, no entra en la cuestión fáctica declarada en la instancia, que

permanece incólume en casación, sino en la calificación de la misma. De aquellos hechos no discutidos, calificados conforme a la doctrina jurisprudencial se desprende que debe ser aplicado el artículo 111 del Código civil al presente caso, en que se ha determinado la filiación extramatrimonial contra la oposición del padre demandado.

En este sentido, conforme a lo que dispone el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede casar la sentencia recurrida y resolver sobre el caso declarando que ésta se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 111 del Código civil que debe ser aplicado al caso de autos.

En las costas, se aplicarán los criterios que establecen los artículos 398 al que se remite el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta que la estimación de la demanda no ha sido total, al no aceptarse íntegramente el quantum de la obligación de alimentos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español **FALLAMOS**

Primero.- **QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO** por infracción procesal interpuesto por la Procuradora D^a Dolores, en nombre y representación de D^a Margarita, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en fecha 24 de noviembre de 2005.

Segundo.- **QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION** formulado por la misma parte contra la aludida sentencia, que **CASAMOS** y **ANULAMOS** en el único sentido de añadir que el hijo conservará los apellidos de la madre, que ostenta en la actualidad y se declara la exclusión del padre de la patria potestad y demás funciones tuitivas no ostentando ningún derecho por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias, quedando a salvo la obligación de velar por el hijo y prestarle alimentos.

Tercero.- No se hace condena en costas en ninguna de las instancias ni en las de este recurso.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2008. FILIACIÓN

La filiación es la relación biológica que une a procreantes y procreados. La perpetuación de la especie es un hecho natural que supone una realidad reconocida y regulada por el Derecho y, por tanto, generadora de relaciones jurídicas

complejas derivadas de la paternidad y de la maternidad. De la filiación derivan las relaciones paterno-filiares tanto desde el punto de vista personal –ejercicio de la patria potestad- como económico –obligación de alimentos- y especialmente sucesorio –legitimario respecto a ascendientes o descendientes-¹⁵³.

En relación con la filiación no matrimonial, a la que corresponde el supuesto de hecho, la promulgación de la Constitución Española vino a poner fin a una situación totalmente injusta en la que se encontraban los hijos extramatrimoniales. Esta circunstancia fue el origen de la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 que, en materia de filiación, hacía desaparecer el concepto de hijo extramatrimonial en nuestro ordenamiento jurídico. El actual artículo 108 establece que “los hijos por naturaleza pueden ser matrimoniales y no matrimoniales” para a renglón seguido decir que “son matrimoniales aquéllos habidos de padre y madre casados entre sí”, es decir, el Código no define los hijos no matrimoniales, no obstante, el concepto de filiación no matrimonial se puede deducir por exclusión. Por lo tanto, la filiación no matrimonial es la que se produce fuera del matrimonio, o lo que es lo mismo, hijo no matrimonial es aquél que procede de la unión de un hombre y una mujer no casados entre sí¹⁵⁴. Respecto a la *determinación de la filiación no matrimonial* es el artículo 120 del Código el que establece cuáles son los modos de determinar la filiación no matrimonial. Los cuatro apartados contenidos en este precepto permiten hacer una clasificación de estos modos atendiendo al carácter extrajudicial o judicial de los medios empleados en la determinación de la misma.

La sentencia comentada responde a un caso de determinación de la filiación no matrimonial realizado extrajudicialmente. En este sentido, en caso de no ser posible el reconocimiento como forma de determinación de la filiación no matrimonial porque el reconocido no prestase el consentimiento exigido por el artículo 123 en el caso de que se trate de una persona mayor y capaz, o bien porque no se obtuviese la autorización judicial a la que alude el artículo 124.1 para el supuesto del menor o incapaz cuyo representante legal tampoco hubiese omitido previo consentimiento favorable, para la determinación de la filiación no matrimonial únicamente quedará abierto el camino de las acciones de reclamación de la filiación recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estas acciones tienen como finalidad determinar la filiación entre el padre, la madre y el hijo. Para el ejercicio de la misma hemos de distinguir según concorra en los accionantes la cualidad de posesión de estado¹⁵⁵.

¹⁵³ Vid. al respecto, RUEDA ESTEBAN, “Filiación”, dentro de la obra *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia Vol. 1º, coordinado por GARRIDO DE PALMA, Madrid 2001, pp. 490 y ss.

¹⁵⁴ En este sentido vid., HERRERA CAMPOS, *La Filiación en Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia y Sucesiones*, 4º ed., coordinado por SÁNCHEZ CALERO, Valencia 2005, p. 296.

¹⁵⁵ Por posesión de estado entendemos junto a PERE RALUY “la apariencia de que una persona goza de una cualidad de estado determinada”. Esta cualidad de estado ha de ir referida tanto al hijo como a los progenitores, es decir, el correcto ejercicio de una acción de reclamación de la filiación matrimonial o no matrimonial requiere una relación paterno-filial convencional entre el progenitor y el hijo que sea conocida en su hábitat por todos los integrantes del mismo.

JURISPRUDENCIA • TS

Si existe posesión de estado estamos en presencia del artículo 131 del Código Civil¹⁵⁶.

En el supuesto de inexistencia de posesión de estado la acción de reclamación de la filiación no matrimonial se regula en el artículo 133 del Código Civil. A tenor del precepto están legitimados para el ejercicio de la acción el hijo durante toda su vida y, en su caso, sus herederos si el hijo falleciese antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funda la demanda. En este caso, la acción corresponde a los herederos por el tiempo que falte para completar dichos plazos. Consecuentemente, la legitimación pasiva corresponde a los progenitores o a sus herederos en el caso de que hubiesen fallecido¹⁵⁷.

La legitimación activa en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial constituye una cuestión que ha suscitado el debate en nuestra jurisprudencia resolviéndose el mismo por dos recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en concreto, 273/2005, de 27 de octubre¹⁵⁸ y 52/2006, de 16 de febrero¹⁵⁹.

La reforma del Código Civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo confiere la legitimación, en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial a falta de posesión de estado, únicamente al hijo (art. 133 del CC). Los solicitantes de amparo ante el Tribunal Constitucional alegan la vulneración del principio de igualdad ante la Ley –art. 14 de la Constitución–, así como del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24 de la Constitución– en relación con los principios de protección a la familia e investigación de la paternidad –art. 39 de la Constitución Española–.

La posible colisión del artículo 133.1 con el principio de igualdad ante la Ley se plantea desde dos frentes.

De un lado, la posición discriminatoria del progenitor no matrimonial frente al matrimonial, que ante la misma acción de reclamación sin posesión de estado, sí tiene reconocida su legitimación –art. 132 del CC–. Ante este planteamiento el Tribunal Constitucional recuerda que solo las diferencias normativas no basadas en situaciones objetivas o razonablemente distintas, o que establezcan consecuencias jurídicas desproporcionadas con la finalidad pretendida, merecen un reproche desde el principio de igualdad ante la Ley recogido por el art. 14 de la Constitución, en lo que entiende no incurre el precepto enjuiciado. El Tribunal

observa que lo constitucionalmente vedado es establecer un régimen de efectos de la filiación diferente en función de la condición matrimonial o no de aquélla, pero no un sistema de determinación, prueba y acciones de filiación, distinto según la existencia o no de matrimonio entre los progenitores. Con cita de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 11/1981, de 13 de mayo, y de la STC 138/2005, de 26 de mayo, el Tribunal observa que el matrimonio confiere una certeza a la filiación que no existe en su ausencia de modo que la filiación extramatrimonial requiere medios diferentes para su determinación. De ahí que, aún faltando en ambos casos la posesión de estado, las acciones de reclamación de la filiación matrimonial y no matrimonial descansan sobre presupuestos distintos, que justifican el diferente ámbito diseñado para la legitimación activa.

De otro lado, la vulneración del principio de igualdad ante la ley se plantea por la desigualdad que el precepto establecería entre los dos progenitores no matrimoniales, al favorecer a quien primero determine la filiación por medio del reconocimiento. Entiende el Tribunal Constitucional que <<tampoco vulnera el artículo 14 de la Constitución Española ... pues no se puede olvidar que tal precepto se cuestiona por entender que priva de legitimación a los progenitores para reclamar una filiación no matrimonial, faltando la posesión de estado: por tanto, no se discute el régimen del reconocimiento, que no se encuentra en el origen del proceso judicial que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, y que no ha sido puesto en tela de juicio por el órgano promotor de la misma. En cualquier caso, basta examinar la regulación del reconocimiento contenida en los artículos 121 a 126 del CC para comprobar que el realizado por el primer progenitor se encuentra sometido a los mismos requisitos que el efectuado por el segundo, pues en ambos casos necesitarán del consentimiento del hijo si es mayor de edad (art. 123) o, en su caso, si fuera menor, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. Obviamente, esta última audiencia, por lógicas razones, faltará en el supuesto del primer reconocimiento, al no existir ningún progenitor cuya identidad se encuentre legalmente determinada. Por lo tanto, la preeminencia que ostenta el progenitor que reconoció en primer lugar en modo alguno se traduce en un trato discriminatorio para el que ha realizado más tarde la declaración de voluntad en que consiste el reconocimiento>>.

Por lo tanto, podemos afirmar la compatibilidad del artículo 133.1 del Código Civil con el principio de igualdad ante

¹⁵⁶ “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”.

¹⁵⁷ Es posible que en estos casos esté determinada extrajudicialmente otra filiación contraria, que será necesario impugnar previa o simultáneamente al ejercicio de la acción de reclamación.

¹⁵⁸ La STC 273/2005, de 27 de octubre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 1687/1998, planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real admitida a trámite por providencia de 15 de septiembre de 1998 que planteaba la inconstitucionalidad del artículo 133.1 del CC por presunta vulneración de los artículos 14, 24 y 39.1 y 2 de la CE. La sentencia de pleno, cuya ponente es la magistrado Pérez Vera estima la inconstitucionalidad de dicho precepto del Código Civil, por vulneración del art. 24.1 de la CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción en relación con el artículo 39.2 de la CE. El Tribunal Constitucional no declara la nulidad del art. 133.1, al considerar que su inconstitucionalidad viene dada exclusivamente por la omisión de la legitimación del progenitor, emplazando por ende al legislador ordinario para que legisle de forma respetuosa con los requerimientos constitucionales.

¹⁵⁹ La STC 52/2006, de 16 de febrero, resuelve otra cuestión de inconstitucionalidad donde se reitera el mismo fallo estimatorio y los mismos votos particulares en sentido contrario con remisión de los respectivos fundamentos a la sentencia de octubre.

la Ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española.

Respecto al segundo de los argumentos en que se fundamenta el recurso de amparo –vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva–, entiende el Tribunal Constitucional en la sentencia 273/2005 que la supuesta violación por el artículo 133.1 del Código Civil del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha de ponerse en relación con los principios rectores recogidos en el artículo 39 de nuestra norma fundamental <<que han de estar en la base de la regulación que desarrolle el Derecho Civil>>. Ello, tras reiterar su doctrina a cerca de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho instrumental y de configuración legal, cuyo ejercicio puede el legislador someter a límites proporcionados a la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida, en contemplación de <<otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos>>. Desde esta perspectiva, entiende el Tribunal Constitucional que la exclusión del la legitimación del progenitor prevista por el artículo 133.1 CC fundado en la ausencia de posesión de estado, no conculca el principio de protección a la familia del artículo 39.1 del CC, recordando como es constitucionalmente admisible que el legislador preste un tratamiento diferenciado a diferentes tipos de unidades familiares, siempre en atención de criterios racionales respetuosos con su núcleo esencial.

Sin embargo, si estima conculcado el art. 24.1 en relación con el art. 39.2 de la CE en cuanto ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad. Para fundamentar esta vulneración, el Tribunal Constitucional realiza primeramente varias declaraciones con el fin de delimitar las consecuencias de tal mandato constitucional:

La investigación de la paternidad <<no incorpora un derecho incondicionado que permita en todo caso y con independencia de la concurrencia o no de circunstancias que lo justifiquen o desaconsejen, la averiguación de la identidad de un progenitor –STC 116/1999, de 17 de junio>>.

Si en la STC 7/1994, de 17 de enero se puso el acento en el derecho del hijo a conocer su filiación, se afirma ahora que <<la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a éstos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica>>.

Siguiendo también la STC 138/2005 se relaciona el mandato sobre la investigación de la paternidad con el respeto a la dignidad de la persona <<tanto desde la perspectiva del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad

como una proyección de la persona>>.

Con apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1981 el Tribunal Constitucional observa que en la articulación del régimen de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, el legislador dio mayor relevancia al interés del hijo y al principio de seguridad jurídica en el estado civil de las personas, pero desatendió por completo el interés del progenitor de obtener la declaración de su paternidad. Estima que esta opción legislativa <<cercena de raíz su derecho de acceso a la jurisdicción y le impide instar la investigación de la paternidad, sin que ello guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas>>. Concluye que el artículo 133.1 no es conforme con el artículo 39.2 ni con el artículo 24.1 de la Constitución Española, si bien no declara la nulidad del precepto del Código Civil, emplazando por ende al legislador ordinario para que legisle de forma respetuosa con los requerimientos constitucionales¹⁶⁰. En uso de este mandato la STS comentada legitima a la madre para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación.

La Investigación de la Paternidad: la prueba biológica

No queremos finalizar el estudio de la determinación de la filiación sin hacer mención expresa a la investigación de la paternidad a través de la prueba biológica en conexión con dos recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional. La Ley de 13 de mayo de 1981 vino a poner fin a una situación discriminatoria en la que se encontraban los hijos que no tenían su origen en el matrimonio de sus padres. En este sentido el artículo 127 del Código Civil, tras la redacción operada por la mencionada reforma, estableció que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”. Este artículo ha sido derogado por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En relación con el tema que estamos tratando el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento dispone que “ (...) 2. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. (...); 4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no sea obtenida por otros medios”.

Recientemente, la STC 29/2005 de 14 de febrero analiza si la negativa a someterse a una prueba biológica de paternidad

¹⁶⁰ La propia ponente de la sentencia, la magistrada Pérez Vera dicta un voto particular al pronunciamiento en unión de los magistrados Gay Montalvo y Rodríguez Arribas. Este voto defiende la desestimación de inconstitucionalidad propugnada porque, por vía del reconocimiento, el progenitor sí puede obtener la tutela judicial de su interés en un expediente de jurisdicción voluntaria en el que cabe el recurso de apelación, dirigido a obtener la aprobación judicial cuando el otro progenitor o el representante legal del menor se nieguen a que produzca efectos. Recordando la doctrina constitucional sobre la aptitud de la jurisdicción voluntaria para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, observa el voto disidente que, ante la multiplicidad de supuesto no cabe dar una respuesta única, sino que ha de hacerse caso por caso, atendiendo a las posibilidades reales de defensa y alegación de que el titular haya disfrutado, y concluye que éstas existen en el procedimiento arbitrado para la eficacia del reconocimiento de la filiación. En relación con la STC 52/2006 los magistrados Jiménez Sánchez, Delgado Barrio y García Calvo y Montiel se pronunciaron en idéntico sentido en el voto disidente que emitieron.

dad constituye o no una *ficta confessio*, si bien desde la vigencia del artículo 127. 2 del Código Civil.

Para entender la resolución del recurso de amparo hemos de conocer los antecedentes de hecho. El 20 de septiembre de 2002 el Tribunal Supremo dictó una sentencia que declaró que el menor M. era hijo no matrimonial del Sr. J.C. El demandado se había opuesto tanto a los hechos descritos en la demanda como a los pedimentos y en la comparecencia se opuso igualmente a la admisión a trámite de la misma por no contener el principio de prueba que exigía el artículo 127.2 del Código Civil. Recibido el procedimiento a prueba, la demandante, madre del menor, solicitó, entre otras, la confesión judicial, la documental unida al escrito de la demanda, la testifical de unos familiares y la pericial biológica. Las referidas pruebas fueron admitidas y practicadas, salvo la pericial biológica a la que el demandado no aceptó someterse.

El Juzgado de Primera Instancia, tras analizar las pruebas practicadas y valorar la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, desestimó la demanda y absolvió al demandado. En apelación se solicitó la apertura a prueba del proceso para que se llevara a cabo la pericial biológica no practicada. La Audiencia acordó no haber lugar a recibir el pleito a prueba al constar ya en las actuaciones la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, sin perjuicio de la valoración que en su momento pudiera merecer dicha negativa. La sentencia desestimó el recurso, una vez valoradas las pruebas practicadas, así como la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Recurrida en casación el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. En su sentencia el Alto Tribunal ofrece su particular visión de la doctrina constitucional sobre la materia, a partir de la SSTC 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo y concluye del siguiente modo: *<<las partes tienen obligación de facilitar la prueba que ha sido acordada por el órgano jurisdiccional. De no hacerlo, se vulneran preceptos constitucionales: artículo 24.1, ya que deja en indefensión a la parte contraria; 14, por provocar una discriminación por razón de la filiación al no serle declarada; 39, quebrantando la protección integral de los hijos cualquiera que sea su filiación y 118, por negarse a la colaboración en la práctica de la prueba requerida por un órgano judicial. Así, en definitiva, si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma sin que deba recaer en quien reclama la filiación>>.*

Ante este pronunciamiento el demandado interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional impugnando la sentencia del Tribunal Supremo. Observa con acierto el Tribunal Constitucional que el Tribunal Supremo declara la filiación no matrimonial del menor con base única y exclu-

sivamente en la negativa del demandante en amparo a someterse a la prueba biológica de paternidad acordada por el Juzgado de Primera Instancia *<<prescindiendo de cualquier consideración y valoración conjunta de esta negativa con el resto del material probatorio obrante en autos>>*. La Sala –dice el Tribunal Constitucional– *<<no analiza ni valora la conclusión probatoria del Juzgado (confirmada después por la Audiencia), según la cual no existe la menor prueba o indicio sobre la conducta del aquí demandado, ni de la necesaria existencia de relaciones sexuales entre la actora y este último (...) ni siquiera existe prueba alguna sobre el mantenimiento, al menos, entre ambos, de una cierta amistad>>* por ello el Tribunal a quo entendió que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, *<<no podía considerarse en este caso injustificada la conducta del demandado negándose a la práctica de la indicada prueba; sin que tal negativa, según reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, pueda considerarse como una ficta confessio>>*.

El Tribunal Constitucional sale al paso del pretendido apoyo que la sentencia ahora recurrida en amparo afirma tener en la jurisprudencia de la propia Sala de lo Civil en los términos siguientes: *<<la sentencia recurrida en amparo, al atribuir al ahora demandante la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto de pruebas practicadas en el proceso y de la valoración conjunta de aquélla y éstas, se ha separado de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial, según la cual la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad pretendida no es base para suponer una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que aquéllas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta>>*.

Este cambio de orientación en la línea seguida hasta entonces por el Tribunal Supremo –continúa el Constitucional– es contrario al principio de igualdad en la medida en que no aparece razonado, ni tampoco se ofrece con vocación de futuro, dado que no ha sido seguido por la sala en resoluciones posteriores.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional asegura que la declaración de la paternidad reclamada al recurrente en amparo no puede vincularse a las consideraciones que le anteceden en el cuerpo de la sentencia, produciéndose así una incoherencia interna que quiebra la lógica argumental del discurso judicial, y que, de acuerdo con la doctrina constitucional, es una de las hipótesis en que una resolución judicial puede calificarse de vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

La atribución al demandante de amparo de la paternidad reclamada hubiera requerido, de conformidad con la doctrina de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ésta hubiere valorado la negativa del demandante en ampa-

JURISPRUDENCIA • TS

ro a someterse a la prueba biológica en conjunción con las demás pruebas practicadas en el proceso, lo que no se hizo, y, en consecuencia, hubiera rebatido la conclusión probatoria a la que en esa valoración conjunta llegaron tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial. La solución ofrecida por el Tribunal Constitucional resulta, no solo consecuente con su propia doctrina, referida a la prueba biológica de paternidad y su negativa, sino también acorde con la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo sobre la materia.

Poco antes de este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional en sentencia 3/2005, de 17 de enero, pone de relieve la necesidad de modular en función de cada caso la doctrina constitucional relacionada con las pruebas biológicas de paternidad.

En este caso, la recurrente en amparo demandó a la viuda y a los hijos de su hipotético padre solicitando el reconocimiento de su filiación extramatrimonial respecto de aquél. Su propuesta de practicar la prueba biológica, a cuyo efecto solicitaba la exhumación del cadáver de su hipotético padre, fue denegada por el Juzgado de Primera Instancia <<por el respeto que el descanso eterno del fallecido nos merece y porque los datos relativos a su ADN los habría obtenido igual de alguno de sus familiares directos>>. Posteriormente, la Audiencia admitió la prueba pericial siempre que la viuda y, en defectos, sus hermanos o sobrinos, no se opusiesen a la exhumación del cadáver. Para la práctica de la prueba se libró exhorto al Juzgado de Primera Instancia, el cual acordó su devolución a la Audiencia sin cumplimentarlo, habida cuenta de que no tenía constancia del domicilio de las personas cuyo consentimiento había que recabar. La Audiencia se negó a reproducir el exhorto con los datos necesarios para la práctica de la prueba, al haber finalizado el periodo probatorio. En la vista de apelación la demandante y recurrente alegó la doctrina jurisprudencial sobre el valor de la negativa a practicar la prueba biológica para la determinación de la paternidad reclamada y soli-

citó que su realización se acordase como diligencia para mejor proveer.

La sentencia de la Audiencia rechazó acordar la práctica de dicha prueba pericial al no existir indicios sobre la conducta que se pretendía acreditar pues <<si bien es cierto que junto con la demanda y para superar el trámite de admisión de la misma se presentó un acta de manifestaciones susceptible de considerarse como un principio de prueba de dicha conducta, ésta no resulta corroborada por ninguna de las demás pruebas practicadas en instancia>>.

Frente a la mención por la Audiencia de la doctrina constitucional encaminada a evitar el abuso de las pruebas biológicas de paternidad, en defensa de los derechos a la integridad física, al honor, a la propia imagen, así como a la dignidad humana, el Tribunal Constitucional puntualiza que la misma se refiere a personas vivas. Ciertamente que las personas fallecidas también han de ser objeto de una especial protección jurídica <<por cuanto el derecho a la intimidad familiar podría en algún caso verse afectado, pero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127.2 del Código Civil, admitida la demanda si con ella se ha presentado un principio de prueba de los hechos en que se funda, será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas la biológicas>>.

La consolidación de este último argumento supondría admitir –en opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO¹⁶¹– la procedencia constitucional de las pruebas biológicas de paternidad en todos aquellos casos en que la demanda haya sido admitida a trámite, de acuerdo con el requisito previsto en el artículo 127 del Código Civil (actual 767 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), con respecto a la exigencia de un principio de prueba de los hechos en los que se funda. Ello entra en contradicción con lo dicho por la STC 29/2005, al menos en los supuestos en que el hipotético padre haya fallecido. (M^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro, Profesora Contratada-Doctora. Universidad de Málaga).

¹⁶¹ “A vueltas con la investigación de la paternidad”, *Aranzadi Civil*, 2005-I, p. 2181.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2008 (SALA DE LO SOCIAL EN SALA GENERAL). REDUCCIÓN DE JORNADA Y CONCRECIÓN HORARIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de abril de 2005 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: “1º.- La parte actora ha venido trabajando para el empresario demandado, del sector del comercio, con la categoría de dependienta desde el día 17-9-1998, y salario bruto mensual con inclusión de las pagas extras de 1.120,53 euros. 2º.- La actora viene realizando el horario que indica en el hecho tercero de su demanda, conforme a la jornada de mañana o tarde que tiene fijada la empresa para sus trabajadores, y que, en concreto se describe al folio 39, que

se da por reproducido, no habiendo sido cuestionado de contrario. 3º.- La hoy demandante en fecha 4-11-2004 solicitó a la dirección de la empresa, en atención a su situación personal y como consecuencia del cuidado de su hijo menor, la asignación de un horario que le permita conciliar su vida familiar y laboral, que sería el siguiente: de 07.00 a 14.00 horas de lunes a viernes, y de 07.00 a 13.30 horas el sábado; la empresa no cuestiona que ése haya de ser el mejor horario para la finalidad que pretende la actora en bien del cuidado del hijo. 4º.- La trabajadora pidió en su día la reducción de jornada por guarda legal de su hijo nacido el 6-3-2003, que le fue reconocida por la empresa el 1-6-2003 con el horario, jornada y centro que aquélla fijó (folios 35-36), volviendo a la jornada efectiva de 40 horas y el horario establecido para el personal con fecha 13-10-2003, conforme a lo pedido expresamente por dicha trabajadora (folios 37-38). 5º.- La actora tiene el hijo referido tras su unión sentimental con el Sr. M.G. que duró, según la prueba aportada por la propia actora, de febrero del 2002 a septiembre del 2003, en que consta por su aportación sentencia de convenio regulador en que el citado Sr. se compromete a pasar la pensión mensual por alimentos que ahí figura. 6º.- Intentada la conciliación resultó sin avenencia.”

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: “Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. C.G.S. contra Caprabo, S.A., absuelvo al demandado del petitum deducido en su contra.

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. C.G.S. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 22 de enero de 2007, en la que consta el siguiente fallo: “Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación formulado por Dña. C.G.S., en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers el día 29 de abril de 2005 en el procedimiento nº 1051/2004, seguido a instancia de Dña. C.G.S. contra Caprabo, S.A. Sin costas.

TERCERO.- Por la representación de Dña. C.G.S. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 27-03-2007. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Baleares de 4 de julio de 2005.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11-09-07 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe, estimando la procedencia del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo en Sala General el día 14-05-08, que fue suspendido y señalado nuevamente el 11-06-08, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda la actora, madre de un hijo menor de seis años y separada mediante sentencia judicial, solicitó el 4-11-2004, como consecuencia de su situación familiar del cuidado de un hijo, el reconocimiento del derecho a la asignación de un horario de trabajo que le permitiera conciliar su vida familiar y laboral, sin reducción de jornada, en concreto un horario de 7 a 14 horas de lunes a viernes y de 7 a 13,30 horas los sábados, en vez de un horario de mañana y tarde, lo que había sido denegado por conducto telefónico por la empresa, toda vez que al no hallarse en situación de jornada reducida, no le correspondía la posibilidad de elegir su horario; en el suplico de la demandante solicitó la declaración de tal derecho; la demanda se tramitó por el procedimiento ordinario.

La sentencia del Juzgado nº 1 de Granollers desestimó la demanda. En sus hechos probados constaba aparte de lo ya dicho, que la actora venía disfrutando en alternancia semanal, el horario partido de mañana y tarde, que había pedido en su día reducción de jornada, por guarda legal de su hijo nacido el 6-03-2003, que le fue reconocido por la empresa, volviendo a la jornada efectiva de 40 horas semanales y al horario anterior en 13-10-2003 de acuerdo con su petición expresa. La sentencia al desestimar la demanda se apoyó en el art. 37-6 del E.T. por no estar prevista su petición en este artículo que solo permite la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada. La sentencia de la Sala de Cataluña ahora impugnada de 22-01-2007 desestimó el recurso de suplicación ya que si bien era cierto que el artículo 37-6 del E.T. indica que corresponde al trabajador la concreción horaria, ese derecho esta vinculado a la existencia de una reducción de jornada,

JURISPRUDENCIA • TS

que es el derecho que se reconoce al trabajador a efectos de conciliar la vida familiar y laboral, con la consiguiente reducción de retribución, no la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos conforme al cual fue contratada.

SEGUNDO.- Recurrida dicha sentencia en casación para la unificación de doctrina se invoca como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social de las Islas Baleares de 4-07-2005, que versa sobre una reclamación similar formulada por un trabajador fijo contratado a tiempo completo con jornada irregular en Iberia, que prestaba servicios en el Aeropuerto de Menorca, en jornada partida, solicitando disfrutar una jornada de mañana o tarde, pero no partida, invocando la conciliación de la vida familiar y laboral teniendo en cuenta el cuidado de un hijo menor de dos años y que su esposa trabajaba en una pequeña empresa, con solo dos trabajadores, no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

TERCERO.- Existe la contradicción invocada, en ambos casos se trataba de trabajadores, que sin pedir reducción de jornada, solicitan un horario de mañana o tarde, en vez del horario que venían prestando para atender un hijo menor de seis años invocando la conciliación de la vida familiar y laboral y el art. 37-5 y 6 del E.T. Se debate por tanto determinar el alcance del derecho conferido en dicho precepto y si el mismo permite ó no una interpretación extensiva, de manera que se pueda cambiar el horario ó el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. En cuanto a las alegaciones de la parte recurrida, para fundamentar la falta de contradicción, no son relevantes.

CUARTO.- Previamente al examen de la cuestión de fondo debe la Sala plantearse tal y como solicita el Ministerio Fiscal la procedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia dado que el punto 6º del art. 37 E.T. dispone: “que las discrepancias surgidas entre la empresa y el trabajador sobre la sucesión horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de dicho artículo serán resueltos por la Jurisdicción correspondiente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la LPL”, y este artículo establece que la sentencia que se dicta en la instancia será firme. En el caso de autos, sin embargo la tramitación dada por el Juez de lo Social a la demanda, por la vía procesal del procedimiento ordinario, era adecuado, dado que lo pedido en la demanda, la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo, en un supuesto de no reducción de jornada no esta incluido en el art. 37-6 del E.T. siendo lo pedido en la demanda la declaración de tal derecho mediante una interpretación extensiva del referido precepto, materia distinta de los supuestos del art. 138 bis de la LPL.

QUINTO.- En cuanto al fondo, en donde en el recurso se denuncia inaplicación de lo dispuesto en el art. 37-1 y 6 del E.T, interpretados a la luz del mandado constitucional incluido en el art. 39 C.E. y la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea 92/85 de 19 de octubre y 96/34 de 3 de

junio, la tesis correcta es la de la sentencia recurrida.

El art. 37-5 del E.T, establece en lo que aquí interesa: “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años ó un minusválido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo, con la reducción proporcional del salario entre, el menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquellos”.

El número 6 del mismo artículo dice: “La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria; el trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación, la fecha en que se reincorporara a su jornada ordinaria”.

De lo antes expuesto se deduce como bien dice la sentencia recurrida, que lo que se solicita por la actora, después de haber ya disfrutado reducción de jornada, y vuelto a la jornada ordinaria, esto es, la realización de la jornada completa en turno de mañana de forma permanente, con horario fijo de 7 a 14 de lunes a viernes y de 7 a 13,30 los sábados, carece de amparo legal, ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37-6 del E.T. de fijar la concreción horaria, esta vinculada a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto no se comprende, la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turno, que es lo que aquí se pretende.

SEXTO.- De lo anterior se deduce como primera conclusión, que no cabe que mediante una interpretación extensiva del art. 37-5 y 6 del E.T, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 39 en relación con el 14, ambos de la C.E, y la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral dado las circunstancias que concurren en la actora, esencialmente, tener un hijo menor de seis años a su cuidado y estar separada judicialmente, que se aplique lo dispuesto en dicha norma al presente supuesto.

A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el art. 34 del E.T, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.

SEPTIMO.- La Sala conoce la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directa-

JURISPRUDENCIA • TS

mente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía ó no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 C.E. de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T. en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a las estrictas previsiones legales a las que está vinculada.

OCTAVO.- Todo lo dicho conduce a la desestimación del recurso, sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dña. C.G.S. contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 7085/05, iniciados en el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granollers, en autos núm. 1051/04 a instancia de la ahora recurrente contra CAPRABO S.A; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y

firmamos.

VOTO PARTICULAR

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso 897/2007, en el que expresamos, con total respeto, nuestra discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuvimos en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- Compartimos las conclusiones de la sentencia sobre el cumplimiento del requisito procesal de la contradicción y sobre la procedencia de recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, así como respecto de la adecuación del procedimiento ordinario seguido, por cuanto lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte de la trabajadora en los términos que señala, si bien no solo porque la decisión requiera una interpretación extensiva del alcance del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, sino también, por tratarse del complemento de una reducción de jornada anteriormente concedida.

SEGUNDA.- Nuestra discrepancia en el orden decisorio está en el análisis del fondo. La demandante, que en su día solicitó y obtuvo de la empresa reducción de jornada por guarda legal, volviendo después a la jornada habitual, ha solicitado ahora, en atención a su situación personal -separada con sentencia judicial y teniendo a su cuidado un hijo menor- la asignación de un horario que le permita conciliar su vida familiar y laboral, que le ha sido denegada por la empresa demandada, denuncia en su recurso, la infracción del artículo 37-5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, a la luz del mandato constitucional incluido en el artículo 39.1 de la C.E. y la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea 92/85 de 19 de octubre y 96/34 de 3 de junio.

En contestación a esta denuncia, la posición mayoritaria mantiene que los apartados 5 y 6 del artículo 37 de la norma estatutaria "ningún apoyo ofrece a su tesis, al no tratarse de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes". Se razona, que los citados apartados no regulan dos derechos independientes, sino uno sólo, la reducción de la jornada en el apartado 5 y la extensión en la que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6. De ahí, que aún admitiendo que "la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares", y conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 25 de enero -a la que nos referiremos más adelante- se desestime el recurso, por estimar que "una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, sería tanto como asu-

JURISPRUDENCIA • TS

mir los órganos Judiciales, funciones legislativas”.

Discrepamos de esta interpretación que efectúa la mayoría de la Sala. No cabe duda alguna de que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en los países del “Common Law”, son las Cortes Generales, como representantes del Pueblo Español -artículo 66 de la Constitución- las que tienen reservada la facultad de crear Derecho, y en su consecuencia, como se dice bien, los Órganos judiciales no tienen la función de asumir funciones legislativas. Ahora bien, no es ello lo que estimamos pudo -y en nuestra opinión, debió- llevar a cabo la Sala frente a la pretensión de la demandante -ahora recurrente- y en interpretación de los preceptos que se invocan como infringidos. En efecto, lo que propugnamos, es una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio, que no entrañaría la elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico. Como ya decía una ya antigua -pero sin duda actual sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933, “la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la “necesidad de estabilidad y fijeza” de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la “plasticidad y movilidad” de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma.”

TERCERA.- Es sin duda cierto, que existe un vacío o laguna legal en la redacción del apartado 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que el derecho a la modificación de la jornada u horario de trabajo no aparece específicamente en el redactado del precepto que se refiere únicamente a una reducción de la jornada de trabajo, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella, por razones familiares. Adviértase ya de entrada, que mientras la reducción de la jornada laboral que autoriza el precepto supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no constituye una modificación sustancial la modalización o adaptación del horario de trabajo a las necesidades de cuidado del menor o minusválido.

Estimamos, que las pretensiones de la demandante tienen apoyo suficiente en el espíritu de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que dio lugar al precepto controvertido. En efecto, según la exposición de motivos de la Ley que hace referencia a los artículos 14 (igualdad

ante la ley), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 9.2 (deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas) de nuestra Constitución, la norma tiene por objeto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, y en concreto y en cuanto al redactado que incorpora del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o minusválido. La norma, por otra parte, viene a completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria, superando -dice la exposición de motivos- los mínimos de protección previstos en las mismas. De la normativa comunitaria se citan expresamente las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/ce, del Consejo de 3 de junio, que establecen criterios amplios y flexibles para la armonización de las responsabilidades y familiares.

Conviene asimismo recordar, que esta Sala en su sentencia de 20 de julio de 2000 (rec. 3799/1999), ya señalaba que en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa; y en la posterior sentencia de 11 de diciembre de 2001 (rec. 1817/2001), con cita de la anterior, decíamos, que los supuestos de jornada reducida por guarda legal, “tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.”

En conclusión con todo lo expuesto, entendemos, que existe una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia -tal como señalan las sentencias de esta Sala de 19 de abril de 2004 y 26 de abril de 2004- de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, en los términos señalados por los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Como ha puesto ya de manifiesto la doctrina científica, difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción de la jornada le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la

organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo, sin reducción de la misma.

CUARTA.- La solución que propugnamos es acorde con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/2007 de 15 de enero, a la que ya hemos hecho mención, dictada en supuesto similar, y que de alguna manera es obviada en la sentencia votada por la mayoría de la Sala. En efecto, se señala en el fundamento jurídico sexto de la misma que: *“El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5). La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego. Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.”*

Este razonamiento, si bien contenido en un supuesto diferente, marca las pautas a seguir para la resolución de la cuestión litigiosa. Y partiendo de ello, la tesis correcta habría de estimarse que se contiene en la sentencia de contraste, en donde ponderando las circunstancias concurrentes resulta que la empresa no ha alegado en momento alguno que aceptara la

solicitud de la trabajadora provoque perturbación o entorpecimiento de cualquier tipo en el buen funcionamiento del servicio, ni tampoco explica las razones organizativas que impiden la asignación del horario solicitado, que dificultaría la eficaz atención de sus responsabilidades maternas para con su hijo menor; en cambio sí están acreditadas las circunstancias familiares concretas de la actora que justifican de forma indubitada su petición. Es más, tanto en la sentencia de instancia, como en la dictada en suplicación, al igual que por la empresa, la única razón que se da para rechazar la pretensión, es que la pretensión no está contemplada en el artículo 37-5 y 6 del ET, olvidando la finalidad de la norma, la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral, y las circunstancias especiales concurrentes en el caso.

En definitiva, como dice el Tribunal Constitucional, nos encontramos ante una interpretación del art. 37-5 y 6 ET, y en general de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, a la luz de los arts. 14 y 39 de la C.E., que han de prevalecer, a la hora de interpretarla, en la forma antedicha.

Por otro lado, ha de significarse que, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, si bien no es aplicable al caso por razones temporales; aunque contiene una referencia específica al caso enjuiciado, las modificaciones que introduce en la redacción del art. 37 del ET. A propósito de la reducción de jornada, y que como dice la Exposición de motivos de la Ley tienen por finalidad favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer trabajadora, refuerza lo antes dicho.

QUINTA.- Todo cuanto se deja expresado produce la consecuencia de que, en opinión de quienes emitimos el presente voto particular, el pronunciamiento que debiera de haber dispuesto la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante y estimar íntegramente las pretensiones de la demanda, pues debe prevalecer el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, y el interés de la actora en el cuidado y atención de su hijo menor, máxime no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas. En Madrid a trece de junio de 2008

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2008. REDUCCIÓN DE JORNADA Y CONCRECIÓN HORARIA..

La igualdad es un derecho fundamental de especial protección consagrado en el artículo 14 de la Constitución española cuando establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El derecho a no ser discriminado por razón de sexo se contiene pues en el artí-

JURISPRUDENCIA • TS

culo 14 y durante casi treinta años se ha protegido por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias, no es hasta el año 2007 cuando se promulga la ley de igualdad, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que modifica entre otros el Estatuto de los Trabajadores. Una de las materias que se han desarrollado en los últimos años en relación con la igualdad es la conciliación de la vida familiar, personal y laboral adoptándose medidas como la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores. Así la Ley 39/1999 introdujo la reducción de jornada para hijos menores de seis años y actualmente la LO 3/2007 ha modificado el Estatuto de los Trabajadores ampliándolo para el cuidado de hijos menores de 8 años y desde un octavo de la jornada¹⁶².

La sentencia que nos ocupa se centra en la interpretación del artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores que establece que “La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.” Este derecho a elegir la concreción horaria se reconoce par ala reducción de jornada, pero en el supuesto de hecho de la sentencia no existe reducción de jornada sino jornada ordinaria de 40 horas dentro de la cual la demandante pretende elegir el horario de prestación de servicios de 7.00 a 14.00 horas de lunes a viernes y los sábados de 7.00 a 13.30 horas. Ante esta petición caben al menos dos interpretaciones, una estricta ceñida a la letra de la ley o si se quiere una interpretación literal, donde sólo cabría elegir horario en los supuestos de reducción de jornada y a sensu contrario, los trabajadores con jornada ordinaria carecerían de este derecho y por lo tanto la pretensión debe ser desestimada, que es la posición del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, y otra interpretación mas amplia o si requiere teleológica o sistemática que tienda a alcanzar el valor igualdad, donde el artículo 37.6 permitiría elegir horario a la demandante en aras de alcanzar la conciliación de la vida familiar y laboral como contenido del derecho fundamental a la igualdad, que es la posición del voto particular.

Vamos a analizar los argumentos esgrimidos en estas dos interpretaciones, en primer lugar la posición del fallo de la sentencia determina en el fundamento jurídico quinto que “lo que se solicita por la actora, después de haber ya disfrutado reducción de jornada, y vuelto a la jornada ordinaria, esto es, la realización de la jornada completa en turno de mañana de forma permanente, con horario fijo de 7 a 14 de lunes a viernes y de 7 a 13,30 los sábados, carece de amparo legal, ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37-6 del E.T. de fijar la concreción horaria, esta vinculada a la existencia de

una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto no se comprende, la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turno, que es lo que aquí se pretende.” El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la demandante analizando el tenor literal de los artículos 37.5 y 37.6 del Estatuto de los trabajadores, el primero establece el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de seis años, así que: “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años ó un minusválido físico, psíquico ó sensorial que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo, con la reducción proporcional del salario entre, el menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquellos”. Y el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho a la concreción horaria para quienes ya disfrutan de la reducción de jornada, a saber que “La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria; el trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación, la fecha en que se reincorporara a su jornada ordinaria”. Del tenor literal de estos preceptos concluye el Tribunal Supremo que la concreción horaria está vinculada a la reducción de jornada, de tal modo que en la pretensión de la demandante de fijar su horario de trabajo para conciliar su vida familiar y laboral queda fuera de la letra de la ley pues la demandante no disfruta de reducción de jornada sino que actualmente desempeña su jornada completa de 40 horas. Siendo esta la interpretación literal el Tribunal Supremo niega una interpretación extensiva de los artículos 37.5 y 37.6 del Estatuto de los trabajadores ni siquiera en relación con los artículos 39 y 14 de la Constitución y además se plantea la aplicación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres considerando que debe llegar a la misma conclusión. Así lo establece en el fundamento jurídico sexto: “no cabe que mediante una interpretación extensiva del art. 37-5 y 6 del E.T, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 39 en relación con el 14, ambos de la C.E, y la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral dado las circunstancias que concurren en la actora, esencialmente, tener un hijo menor de seis años a su cuidado y estar separada judicialmente, que se aplique lo dispuesto en dicha norma al presente supuesto.

A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el art. 34 del E.T, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la

¹⁶² Disposición Adicional décimo primera. Cinco. «37.5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.»

JURISPRUDENCIA • TS

vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.”

A continuación el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico séptimo hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia que como sabemos vincula a todos los poderes públicos y especialmente a los órganos de la Jurisdicción ordinaria, en concreto a la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007¹⁶³, de 15 de enero sobre reducción de jornada y cambio de horario donde el Tribunal Constitucional otorgó el amparo al estimar que la denegación de la reducción de jornada podría constituir una discriminación por razón de sexo. El Tribunal Supremo considera que esta jurisprudencia no es aplicable al caso de autos porque “aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T. en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a las estrictas previsiones legales a las que está vinculada.” (Fundamento jurídico séptimo). Y, por todo lo expuesto, falla desestimando el recurso.

Hasta aquí la posición de la Sala, pero como sabemos en los órganos colegiados se adoptan las decisiones por la regla de la mayoría, aunque es posible que los magistrados que no comparten esa opinión mayoritaria y con el debido respeto a la decisión de la mayoría puedan hacer constar su opinión contraria a través de la institución del voto particular. Así ocurre en esta sentencia, a la que se le formula un voto particular suscrito por dos magistrados que discrepan con la decisión de fondo, realizando una interpretación lógico-sistemática de los preceptos aplicables que les lleva a una conclusión

más acorde con la satisfacción del valor igualdad. Así propugnan “una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio, que no entrañaría la elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico. Como ya decía una ya antigua -pero sin duda actual- sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933, “la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la “necesidad de estabilidad y fijeza” de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la “plasticidad y movilidad” de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma.”

Para el voto particular la pretensión de la demandante tiene apoyo en el espíritu de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y entiende que existe una laguna legal al no prever la Ley el derecho a la concreción horaria fuera de los supuestos de reducción de jornada, laguna que debe ser llenada por la jurisprudencia atendiendo al espíritu de la Ley 39/1999. Así en la consideración jurídica tercera del voto particular se afirma: “En conclusión con todo lo expuesto, entendemos, que existe una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia –tal como señalan las sentencias de esta Sala de 19 de abril de 2004 y 26 de abril de 2004¹⁶⁴- de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, en los términos señalados por los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Como ha puesto ya de manifiesto la doctrina científica, difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción de la jornada le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo, sin reducción de la misma.”

¹⁶³ Sobre esta Sentencia, ver Enriqueta Expósito, “Comentario a la STC de 15 de enero de 2007. La conciliación familiar y laboral desde la perspectiva constitucional de la no discriminación por razón de sexo”, *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 24, IAM, Sevilla, mayo de 2007, páginas 101 a 104.

JURISPRUDENCIA • TS

También se apoya el voto particular en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto en la Sentencia 3/2007, pero para llegar a una conclusión contraria a la Sala, ya que consideran que la interpretación de la Ley 39/1999 debe hacerse a la luz de los preceptos constitucionales, el artículo 39 y el artículo 14, en la medida en que la conciliación de la vida familiar y personal se integra en el contenido de éstos. (Consideración jurídica cuarta).

Por todo lo expuesto concluye en voto particular que “el pronunciamiento que debiera de haber dispuesto la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante y estimar íntegramente las pretensiones de la demanda, pues debe prevalecer el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, y el interés de la actora en el cuidado y atención de su hijo menor, máxime no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.”

En conclusión, podemos decir que estamos una vez más ante

la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico por los órganos jurisdiccionales, interpretación que en caso de laguna de la ley debe llegar hasta su integración, pero siempre realizando una interpretación sistemática con los principios constitucionales. A ello obliga la constitución normativa a que todo el ordenamiento jurídico se interprete conforme a la Constitución. En este caso concreto, la determinación del horario de trabajo, esta en juego la satisfacción de la conciliación de la vida familiar y laboral que es uno de los contenidos en que se integra el derecho fundamental a la igualdad y uno de los principios básicos de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. No se ha dicho, sin embargo, la última palabra es posible que quepa un futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional y pensamos que teniendo como precedente su jurisprudencia en materia de igualdad y especialmente la Sentencia 3/2007, probablemente el tribunal Constitucional otorgaría el amparo. (Dra. María Dolores Cabello. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA NÚM. 287/2008, DE 11 SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 4, DE ZARAGOZA. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN MATERIA DE PROMOCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El 26-3-2008 fue repartida a este Juzgado demanda en la que por la parte actora se interesó se declarase que los hechos reflejados en el acta de infracción ST-448221/07 extendida por la Inspección de Trabajo, constituyen decisiones unilaterales de la empresa implicando discriminación indirecta adversa en materia de promoción por circunstancia de sexo.

SEGUNDO

Admitida a trámite la demanda, se señaló el acto del Juicio Oral para el día 18-6-2008.

Por providencia de 28-4-08 se recabó al amparo del art. 95.3 de LPL, de la Secretaría General de Políticas de Igualdad del Ministerio de Igualdad y del Instituto de la Mujer IAM del Gobierno de Aragón, información acerca de la existencia de estudios realizados por organismos públicos acerca de la incorporación de la mujer a puestos directivos en entidades financieras, siendo remitida por ambas administraciones la documentación que obra en autos en folios 64 a 196 y 431 a 464.

TERCERO

Al acto del juicio comparece la parte actora, que se afirma y ratifica en su demanda y solicita el recibimiento del pleito a prueba, y las codemandadas Caja de Ahorros... manifestando oposición a la demanda y la sra. Ana María, interesando que

se estimase la demanda interpuesta.

Las partes propusieron prueba documental, acordándose a instancia de la DGA el interrogatorio de la sra. Ana María, y testifical a instancias de CAJA DE AHORROS..., del Coordinador de Dirección por Competencias de Caja de Ahorros... y del Inspector de Trabajo sr. Luis Manuel, y de dos empleados de Caja de Ahorros... sr...y sra.... Igualmente se recibió declaración del legal representante de Caja de Ahorros... a instancias de quien resuelve.

CUARTO

En fecha 23 de junio se acordó recabar de la Inspección de Trabajo, como diligencia para mejor proveer determinada documental relativa a nombramientos en Caja de Ahorros... durante 2008 de nuevos Directores, Subdirectores y Apoderados de sucursal, de la cual se dio oportuno traslado a las partes, efectuando las alegaciones que constan en autos, quedando así éstos conclusos para resolver.

QUINTO

En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales esenciales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO

Por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza se levantó acta de infracción de 19-12-07 ST-448221/07 contra la Caja de Ahorros...proponiendo la san-

¹⁶⁴ Ver también la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000, derecho a elegir turno, y el comentario de María Luisa Balaguer Callejón, publicados en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 7, IAM, Sevilla, septiembre de 2001, páginas 41 a 43.

JURISPRUDENCIA SOCIAL

ción de 25.000 euros por considerar que los hechos incluidos en la misma eran constitutivos de una falta muy grave del art. 8.12 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto en relación con el art. 24.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo del Estatuto de los Trabajadores donde se determina que el régimen de ascensos se deberá ajustar a criterios comunes para uno y otro sexo. La sanción se aprecia en grado mínimo.

Por la representación de Caja de Ahorros... se realizaron alegaciones frente al contenido del acta de infracción citada que obran en autos en folios 18 a 35 y se dan por reproducidas.

Sobre dichas alegaciones, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social realizó asimismo sus alegaciones que obran en autos en folios 38 a 42 y que se dan por reproducidas.

SEGUNDO

En el año 1987 el número de empleados de la Caja de Ahorros...era de 755, 79 mujeres (10%) y 676 hombres; en el año 1992 el número de empleados era de 1.022, 194 mujeres (19%) y 828 hombres y en 2007 1.389, 445 mujeres (32%) y 944 hombres.

TERCERO

La distribución por empleados y categoría y sexo en la Caja de Ahorros...desde el 31-12-04 al 31-10-07 ha sido la siguiente dentro del Grupo 1¹⁶⁵:

En este mismo período (31-12-04 a 31-10-07) en los Niveles I y II no se ha incorporado ninguna mujer. En el Nivel III se ha incorporado a una mujer y en el Nivel IV no se ha incorporado a ninguna mujer.

En el año 2006 cambiaron del Nivel V al Nivel IV a 5 hombres y ninguna mujer y del Nivel VI al Nivel V se pasaron 2 hombres y 1 mujer. Del Nivel VII al Nivel VI fueron cambiados 16 hombres y 4 mujeres. Del Nivel VII al Nivel V fue cambiada una mujer.

En el año 2007 cambiaron del Nivel V al Nivel IV a 10 hombres y ninguna mujer y del Nivel VI al Nivel V se pasaron a 3 hombres y 1 mujer. Del Nivel VII al Nivel VI fueron cambiados 9 hombres y 4 mujeres. Del Nivel VII al Nivel V fueron cambiados 2 hombres y ninguna mujer.

CUARTO

Los puestos directivos son ocupados por hombres y mujeres

de la siguiente manera a fecha 31-10-07:

-Directores, 9 mujeres, 145 hombres.

-Subdirectores 16 mujeres, 99 hombres.

-Apoderados 12 mujeres, 12 hombres.

Existe asimismo un sistema de clasificación de oficinas que establece los niveles en las mismas conforme art. 89 del convenio que es el siguiente:

-oficinas A, nivel directores: III

-oficinas B, nivel directores: III

-oficinas C, nivel directores: IV

-oficinas D, nivel directores: IV

-oficinas E, nivel directores: V

-oficinas F, nivel directores: V

-oficinas G, nivel directores: VI y VII

Nivel retributivo de subdirectores o interventores: en las oficinas del tipo A, el segundo responsable de oficina equiparara al nivel V; en las de tipo B al nivel VI; en las de tipo C a nivel VII; en las de tipo D a nivel IX. En las oficinas de tipo E, F y G si existiera un segundo responsable con firma reconocida y nivel retributivo inferior a IX, se le reconocerá una gratificación anual, mientras realice dicha función.

QUINTO

Se declaran probados los siguientes porcentajes de acceso a cargos directivos partiendo de la misma fecha de ingreso y de la misma categoría de ingreso, como auxiliar C en las siguientes anualidades:

AÑO 1992

Del total de hombres -de alta hoy en la empresa- ingresados en 1992 (22 hombres) ocupan cargos directivos 11 de ellos, esto es, el 50%.

Del total de mujeres -de alta hoy en la empresa- ingresadas en 1992 (30 mujeres) ocupan cargos directivos 3 de ellas, esto es, el 10%.

AÑO 1993

Del total de hombres -de alta hoy en la empresa- ingresados en 1993 (8 hombres) ocupan cargos directivos 5 de ellos, esto es, el 62,5 %.

Del total de mujeres - de alta hoy en la empresa- ingresadas en 1992 (15 mujeres) ocupan cargos directivos 2 de ellas, esto es, el 13,33%.

¹⁶⁵ Grupo I

Grupo 1	31/12/2004		31/12/2005		31/12/2006		31/12/2007			
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	%	Mujeres	%
NIVEL I	22	1	21	1	23	1	22	95,65	1	4,35
NIVEL II	25	1	26	1	27	1	26	96,29	1	3,71
NIVEL III	69	3	72	3	75	4	75	94,90	4	5,10
NIVEL IV	95	12	102	12	101	10	108	91,52	10	8,48
NIVEL V	166	28	158	28	153	29	147	83,05	30	16,95
NIVEL VI	119	17	148	26	159	27	164	84,97	29	15,03
NIVEL VII	200	115	169	105	160	104	158	58,73	111	41,27
NIVEL VIII	9	2	30	17	40	33	51	61,44	31	38,56
NIVEL IX	19	15	49	37	61	48	60	56,07	47	43,93
NIVEL X	100	72	64	44	51	24	39	58,20	28	41,80
NIVEL XI	46	29	35	36	28	41	33	41,77	46	58,23
NIVEL XII	38	58	37	61	41	70	48	35,82	86	64,18
NIVEL XIII	1	3	7	8	6	6	30	28,84	74	71,16
TOTAL	909	356	918	379	925	398	961		498	

JURISPRUDENCIA SOCIAL

AÑO 1998

Del total de hombres -de alta hoy en la empresa- ingresados en 1998 (29 hombres) ocupan cargos directivos 13 de ellos, esto es, el 44,83%.

Del total de mujeres -de alta hoy en la empresa- ingresadas en 1998 (23 mujeres) ocupan cargos directivos 4 de ellas, esto es, el 17,39 %.

AÑO 2000

Del total de hombres -de alta hoy en la empresa- ingresados en 2000 (11 hombres) ocupan cargos directivos 9 de ellos, esto es, el 81,81 %.

Del total de mujeres -de alta hoy en la empresa- ingresadas en 2000 (17 mujeres) ocupan cargos directivos 5 de ellas, esto es, el 29,41 %.

SEXTO

La instrucción núm. 29 de Recursos Humanos de Caja de Ahorros... de fecha 29-10-04 estableció el siguiente Sistema de Desarrollo Profesional y Promoción, completando y mejorando las disposiciones del Convenio Colectivo en materia de promoción profesional, que se da por reproducida en folio 520 de autos y que establece lo siguiente:

A PROPUESTA DEL DIRECTOR DE LA UNIDAD DE NEGOCIO

El director de una unidad de negocio puede decidir el ascenso de cualquiera de sus colaboradores cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que el empleado para el que propone el ascenso, tenga al menos, dos años de antigüedad en el nivel retributivo previo a la promoción solicitada.
2. Que solicite la promoción al nivel retributivo inmediatamente superior al actual.
3. Como máximo hasta el nivel retributivo VII.

En el caso de no cumplirse cualquiera de los tres requisitos citados, el director elevará su propuesta a su inmediato superior, quien decidirá sobre el ascenso solicitado.

B) A PETICIÓN PROPIA

Cualquier empleado con un mínimo de dos años de antigüedad en su nivel retributivo actual, puede solicitar su ascenso al director de su unidad de negocio, previa cumplimentación del documento de Solicitud de Promoción establecido a tal efecto, siempre y cuando no se le haya rechazado otro ascenso en el último año.

En este caso, el director de su unidad de negocio aplicará sus atribuciones según se indica en el apartado A). Si la solicitud está en atribuciones del director y éste no es favorable a la misma, la trasladará con su informe a Recursos Humanos.

SISTEMA AUTOMÁTICO

Por los méritos y competencias puestos de manifiesto de

forma continuada (fruto de un desempeño superior) en sucesivos documentos de Dirección por Competencias, cumplimentados con periodicidad anual, se establece una vía de ascenso adicional a las dos anteriores en las siguientes condiciones:

1. Tener un mínimo de dos años de antigüedad en el nivel retributivo previo.
2. Que no se haya rechazado un ascenso a petición propia en el último año.
3. Promoción al nivel inmediatamente superior al actual.
4. Como máximo hasta el nivel retributivo VII.

En la Caja de Ahorros...el ascenso a los niveles I a VI se produce exclusivamente por libre designación, al igual que en el resto de las entidades del Sector, mejorando así el contenido del art. 24 del Convenio Estatal de Cajas de Ahorro en cuyo art. 24 se establece una promoción por experiencia dentro del Grupo Profesional I hasta el Nivel VIII.

SÉPTIMO

Según la Caja de Ahorros..., de enero a junio de 2008 se han producido 12 nombramientos de nuevos Directores, Subdirectores y Apoderados de oficinas, de los cuales 7 han sido para hombres y 5 para mujeres.

Según informe del Comité Intercentros de la Caja de Ahorros... en ese mismo período han existido 21 nombramientos, 15 hombres y 6 mujeres.

OCTAVO

La edad media de hombres y mujeres en el Grupo I es la siguiente¹⁶⁶:

NOVENO

Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza se requirió a Caja de Ahorros... en fecha 19-12-07, y en relación con la actuación llevada por el Inspector respecto a las políticas de Igualdad de trato entre hombres y mujeres, la elaboración e implantación de un Plan de Igualdad al tener la empresa más de 250 trabajadores.

Por Caja de Ahorros... se firmó un contrato con Garrigues Abogados el 23-1-08 para la elaboración del Plan de Igualdad requerido.

DÉCIMO

La Disposición Adicional 2ª "Comisión de Igualdad" del Convenio de Cajas de Ahorro 2007-2010 prevé la realización de esfuerzos por parte de las empresas del sector tendentes a lograr la igualdad de oportunidades en todas sus políticas y evitar cualquier tipo de discriminación. Dichas medidas en empresas de más de 250 trabajadores deberán dirigirse a la elaboración e implantación de un Plan de Igualdad, objeto de negociación colectiva, que podrá contemplar, entre otras materias, la promoción y formación.

¹⁶⁶

CATEGORÍA NIVEL	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	XIII
EDAD MEDIA	56	57	53	50	46	50	42	39	40	34	33	28	25
HOMBRES	56	58	53	50	46	51	42	39	41	36	35	28	25
MUJERES	42	54	48	48	45	45	40	38	39	32	31	28	25

JURISPRUDENCIA SOCIAL

Se firma en dicha Disposición Adicional que “se constituye una Comisión paritaria de Igualdad, integrada por la representación de la ACARL y las organizaciones sindicales firmantes del presente Convenio y del Acta Final...”

En fecha 18-6-08 la citada Comisión consensuó un documento que obra en folios 733 y ss., en el que obra en el apartado Promociones lo siguiente: “Este es el segundo aspecto dinámico a considerar que tiene que ver con el desarrollo profesional de la plantilla. En este punto se está considerando los ascensos producidos, desglosados por hombres y mujeres, en un período determinado de tiempo (por ejemplo, el último o últimos años), examinando como punto relevante el número de ascendidos, con la distinción de sexo masculino o femenino, a puestos o funciones con poder de decisión (por ejemplo: las personas que desempeñen funciones de dirección de oficina o departamento, o superiores, subdirección de oficina, dirección de equipos), igualmente en los lapsos temporales antes citados”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Constituye el objeto del presente procedimiento el análisis del sistema existente para la promoción profesional en Caja de Ahorros... dentro del Grupo I, comprensivo de 13 niveles retributivos. El informe de la Inspección de Trabajo parte de la distribución de la plantilla por sexos a fecha 31-10-07, en la cual figuran 498 mujeres y 961 hombres, distinguiendo en folio 8 de autos el número y porcentaje de unos y otros por niveles retributivos. Se indica en el informe cuáles son los sistemas de promoción establecidos en el Convenio de las Cajas de Ahorro, así como los resultados de las entrevistas mantenidas con los responsables de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de Caja de Ahorros..., así como los resultados de las entrevistas con representantes de las secciones sindicales. Se analiza la documentación presentada por la empresa y se concluye lo siguiente:

-El dato estadístico revela claramente la preponderancia de los hombres sobre las mujeres en los niveles de libre designación, aunque en el nivel VII se empieza a equilibrar. En cambio en los niveles en que se promociona por el Convenio Colectivo hay un equilibrio, siendo que incluso en los niveles XI a XIII hay más mujeres que hombres.

-En la empresa en el grupo 1 hay 961 hombres y 498 mujeres. Los hombres representan el 65,86 % y las mujeres el 34,13 %. Quiere ello decir que aproximadamente un tercio de la plantilla son mujeres y, teniendo en cuenta que el criterio de promoción en la libre designación no es siempre la antigüedad tal como manifiestan los propios responsables de la empresa, en los niveles superiores la desproporción porcentual es mucho mayor que la que se refleja en el total entre hombres y mujeres del grupo 1.

-No hay un criterio claro y transparente en la libre designación, los representantes de los trabajadores no participan en los sistemas de promoción, no se conocen ni se aportan

vacantes existentes a pesar de que en la diligencia del libro de visitas fechada el día 29-11-2007 el inspector actuante solicita que se aporten las solicitudes de ascenso a los niveles VII al I y las vacantes disponibles. El responsable de administración de recursos humanos indica al Inspector actuante en la comparecencia del día 29-11-2007 que actualmente los puestos están cubiertos.

-Solicitado un criterio neutro y no discriminatorio de promoción por libre designación ya que la disparidad entre hombres y mujeres es manifiesta, no se aporta ninguno, de hecho el responsable de relaciones laborales manifiesta en la reunión del día 7-11-2007: (tras explicar que la promoción en los niveles superiores se realiza en base a capacitación, experiencia, antigüedad, máxima responsabilidad y confianza), “ como le demuestro un criterio que no es discriminatorio si no lo tengo”.

En los últimos 4 años los niveles superiores no han visto una incorporación progresiva de la mujer, de hechos de las trabajadoras contratadas en los últimos 10 años ninguna ha ascendido hasta el nivel V o superior mientras que los hombres sí. En definitiva, en las categorías inferiores, esto es, niveles XII al VIII, hay un porcentaje de mujeres y hombres de forma más similar a la distribución total de la plantilla en el grupo 1. En cambio, si se observan los porcentajes de mujeres en los niveles superiores (niveles VI al I) este porcentaje se invierte hasta llegar a ser en el nivel I del 95,65% hombres frente al 4,34 % mujeres. Como se ha visto en los datos anteriormente referidos, aunque se puede llegar hasta el nivel III por la clasificación de oficinas, hay muchos más hombres y mujeres desempeñando los puestos de director y subdirector de oficina y estos puestos son nombrados por libre designación.

-Por tanto se aprecia claramente que existe una gran desproporción en la distribución de hombres y mujeres en las categorías profesionales superiores.

“Esta situación es resultado del hecho de que en los casos en que el criterio de ascenso no es, conforme a lo establecido en el convenio colectivo, el del simple transcurso del tiempo o las oposiciones, existe un menor porcentaje de mujeres que ascienden. Quiere ello decir que el criterio de libre designación utilizado para el ascenso de niveles profesionales discrimina a la mujer y ello además se revela en el dato estadístico”.

Concluye la Inspección en que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional por libre designación en la empresa Caja de Ahorros... en los centros radicados en la provincia de Zaragoza dado que:

-El ascenso a los niveles superiores se lleva a cabo mediante criterios no transparentes para cada uno de los puestos de trabajo, por parte de la dirección de la empresa y sin participación de los representantes legales de los trabajadores. A pesar de solicitarse, por el Inspector actuantes en reiteradas ocasiones, justificaciones y claridad respecto al criterio de la libre designación para la promoción en los niveles VII al I los

JURISPRUDENCIA SOCIAL

responsables de la empresa no aportan ninguna justificación objetiva y razonable distinta del hecho de ser hombre o mujer.

-Al no establecerse un sistema para conocer las vacantes existentes con el fin de poder presentar las correspondientes solicitudes, no se garantiza una igualdad de oportunidades en la promoción dentro de la carrera profesional en la Caja, por lo que partiéndose de un criterio no transparente ni justificado la empresa ha generado una discriminación de una mujer en el acceso a los niveles de libre designación.

-El resultado es una situación de desigualdad en la participación de las mujeres en los niveles profesionales superiores. El sistema de libre designación tiene una clara incidencia en la estructura organizativa de la empresa ya que en los niveles de libre designación presta servicios el 47,97% del total de la plantilla del grupo 1.

-No existe justificación objetiva y razonable de esta situación.
SEGUNDO

Por la defensa de Caja de Ahorros... se expuso en su contestación oral, además de la remisión a todo lo manifestado en las alegaciones contenidas en folios 18 a 35 de autos, que no se puede deducir de un mero dato estadístico que nos hallemos ante una práctica de discriminación indirecta, y que el acceso a cargos superiores lo realiza Caja de Ahorros... aplicando el criterio establecido en el Convenio Estatal de Cajas de Ahorro, el cual consagra la libre designación como criterio selectivo, y la libre designación no puede constituir un criterio de discriminación indirecta. Sostuvo que en la Caja de Ahorros... se prima la antigüedad pero que en condiciones de igualdad, son otros criterios a los que se atiende. No hay, se reiteró en varias ocasiones, elemento neutro alguno que genere desigualdad. Manifestó esta parte que nos pudiéramos hallar en el caso de un elemento neutro que generase desigualdad si existiera algún requerimiento aparentemente neutro para lograr el ascenso (como pudiera ser la disponibilidad horaria mayor en los hombres por razones históricas y sociales) pero es que en el presente caso no nos hallamos ante un supuesto del art. 6.2 de LO 3/2007 en el que se pueda sostener la discriminación indirecta porque no hay ningún elemento neutro, sino que el único criterio es la libre designación, pero es que además la Caja de Ahorros..., dentro de la libre designación tampoco hace lo que quiere. Se insistió en la contestación en que la antigüedad media de las mujeres en niveles superiores es inferior a la de los hombres, así como la evolución y gran incorporación de mujeres a la plantilla de la Caja de Ahorros... desde el año 1992 (folio 28 de autos) resaltando que entre el año 1992 a 2007 han promocionado un 305% de mujeres cuando en dicho período el número de mujeres ha aumentado un 129% así como que el número de mujeres en los niveles I al VI suponía un 10% del total de mujeres en plantilla y un 2% sobre el total, incluidos hombres, en el año 1992. En 2007 el primer porcentaje es ya de un 18%, que supone un 6% del total absoluto de la plantilla.

El incremento absoluto de la plantilla es del 36% mientras

que el incremento de mujeres en la misma es de un 129% y del 305 % en los niveles del I al VI.

En el año 1992 el número de mujeres sobre el total de la plantilla era de un 19% y en el año 2007 ya suponen un 32%. Aludió igualmente a que en la vía de promoción efectuada a instancia del propio trabajador del total de las 16 mujeres que desde el año 2004 han interesado su ascenso a niveles superiores 14 lo han conseguido.

Finalmente se hizo alusión a que no ha sido sino hasta diciembre de 2007, a raíz del acta de inspección levantada, cuando se ha recibido el requerimiento para que la empresa elaborase un Plan de Igualdad con arreglo a lo contenido en el art. 45 de LO 3/2007, habiéndose encargado por Caja de Ahorros... la elaboración de dicho Plan en enero de 2008.

TERCERO

Por la defensa de la sra. Ana María se manifestó que entró en la empresa en el año 1-12-1967 como auxiliar administrativa en oposición abierta, y tras pruebas de idoneidad entre toda la plantilla fue elegida junto con otros tres empleados varones para proceder a la instalación de un sistema informático. Permaneció en esa unidad entre 1969 y 1986. Todos los miembros de ese equipo tenían la misma categoría de entrada, oficial superior. En la actualidad dos de esos compañeros ostentan el nivel 1, otro el nivel 3 y ella el nivel 6.

Por la defensa de esta parte se insistió en que en Caja de Ahorros... existe una actuación discriminatoria con carecer general contra las mujeres, siendo aceptable conforme a jurisprudencia del TS y del TC el criterio estadístico. En virtud de la libre designación Caja de Ahorros... atribuye puesto de forma aplastante entre los hombres entre los niveles 1 a 6, así como en los nombramientos de cargos de Director, Subdirector y Apoderado de oficina, que son también de libre designación, pudiendo atribuir vía nombramientos de oficinas hasta el nivel 3. Dicha discriminación en relación a los puestos directivos no sólo se produce en los niveles más altos por el peso del pasado sino que se mantiene en fechas más recientes y en niveles inferiores, para lo cual alude a los datos que expuso obrantes en folio 494 de autos y que se dan por reproducidos referidos al porcentaje de acceso a cargos directivos, partiendo de la misma fecha de ingreso y en la misma categoría de ingreso, auxiliar C en los años 1992, 1993, 1998 y 2000, de modo que el número de hombres ingresados en esas anualidades que han accedido a puestos directivos triplica y quintuplica (en términos porcentuales) al número de mujeres ingresadas en Caja de Ahorros... en esas mismas anualidades y con la misma categoría que los hombres.

CUARTO

El concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad

JURISPRUDENCIA SOCIAL

Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), a saber, que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.”

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43 / CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78 / CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta.

La transposición de las Directivas 2000/43/ CE y 2000/78 / CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas. Muy recientemente, la Directiva 2006/54 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), ha refundido diversas Directivas en la materia, entre ellas la 76/207 CEE modificada por la 2002/73/CE a las que se acaba de hacer referencia.

De este modo, el art. 14 de esta última Directiva prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con, entre otras, «las condiciones de empleo y trabajo [art. 14.1 c)]. Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que

otra en situación comparable» [art. 2.1 a)], en tanto que es «discriminación indirecta», «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» [art.2.1b)].

La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores así como en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en cuyo art. 6 se establece lo siguiente:

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”. En la sentencia del TC 15-1-07 recordando la sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, F.J. 7º, recuerda la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se opone a la aplicación de cualquier medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, y esta doctrina ha sido acogida por el propio TC Cuando se invoca una discriminación indirecta no hay que justificar la existencia de un trato discriminatorio concreto, pues lo que se compara no son individuos sino grupos sociales; no hay que aportar en estos casos la existencia de un trato más beneficioso atribuido únicamente a los varones sino que basta una norma o una aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres.

La discriminación indirecta no puede identificarse en una concreta decisión empresarial, como ocurre en el presente caso, en que se enjuicia una conducta general de la Caja de Ahorros... acerca del colectivo femenino. Si un determinado comportamiento supone un tratamiento desfavorable para una persona en función de su sexo, integrará una discriminación directa. Si la decisión o comportamiento concretos está aplicando una disposición, un criterio o siguiendo una práctica, cuyos resultados sean los de ubicar a las personas de un sexo en situación desfavorable respecto de las del otro, serán tales disposiciones, criterios o prácticas los que consti-

JURISPRUDENCIA SOCIAL

tuyan un supuesto de discriminación indirecta.

QUINTO

A continuación, y conforme a lo expuesto anteriormente, es preciso resolver sobre la alegación de defecto en la actuación de la Inspección así como sobre la insinuada alegación de indefensión debido a que en el acta de infracción nada se contiene respecto a la situación de la sra. Ana María y su evolución en la empresa, razón por la cual no han podido defenderse en modo alguno en la tramitación del expediente administrativo. Evidentemente, ningún dato constaba en el acta de infracción debido a la situación particular de la sra. Ana María, pero ha de hacerse notar que no es la evolución en la empresa de la sra. Ana María lo que es objeto de enjuiciamiento sino si la empresa demandada incurre en discriminación indirecta contra el colectivo de mujeres empleadas en la Caja de Ahorros... en materia de promoción, completándose el litisconsorcio con una mujer empleada de esta entidad financiera. La Inspección de Trabajo, aplicando de forma correcta el criterio jurisprudencia de la doctrina constitucional, ha enfocado su actuación desde el punto de vista del colectivo de mujeres empleadas por Caja de Ahorros..., puesto que como ya hemos hecho constar, en estos casos en que se somete a análisis una posible discriminación indirecta no hay que justificar la existencia de un trato discriminatorio concreto sobre persona concreta pues lo que se compara no son individuos sino grupos sociales, y desde esta óptica se ha elaborado el informe. Si en los hechos probados se ha hecho constar la evolución de la sra. Ana María se realiza a los meros efectos ilustrativos de la evolución en la empresa de una empleada con antigüedad de 1967, sin que este dato concreto y puntual pueda ser evaluado a la luz de la LO 3/2007. Se ha de rechazar en consecuencia, el defecto alegado en al actuación inspectora.

SEXTO

Sentado todo lo anterior, para la resolución de la cuestión litigiosa debatida hemos de tener en cuenta como punto de partida que la incorporación de la mujer al sector financiero que no se ha producido sino hasta los años 80, puesto que la presencia de la mujer en este sector sólo era testimonial, hasta llegar a una situación como la actual en que en el Grupo I de la Caja de Ahorros... hay 961 hombres y 498 mujeres, representando los hombres el 65,86% y las mujeres el 34,13%.

Es preciso tener cuenta igualmente que en la Caja de Ahorros... ha existido una progresiva incorporación, amplia, de personal femenino, produciéndose incrementos de la plantilla de este personal, en media histórica muy abultada pasando de las 194 mujeres en el año 1992 al número actual de 498.

Pero a renglón seguido apreciamos una acumulación de mujeres en el Nivel retributivo VII (último antes de la libre designación), que se aprecia claramente en el folio 582 de autos ya referido en otros momentos el cual se configura como techo de la progresión de la mujer en la Caja de Ahorros..., a la vista del escasísimo número de mujeres que

han cruzado tal Nivel en los últimos años, a diferencia de lo que ocurre a partir del Nivel VII en que la distribución por sexos es similar a la proporción del tercio que ocupa la mujer en la totalidad de la plantilla de Caja de Ahorros...

El argumento de que la tardía incorporación de la mujer al sector financiero, y de Cajas de Ahorros, ha producido ese acceso tardío de la mujer a niveles retributivos más altos, supone dar como cierto que es la antigüedad la determinante del acceso a dichos niveles, pero los datos estadísticos vuelven a revelar que no es sólo la antigüedad la que proporciona el acceso a estos niveles, tal y como reconoce la Caja de Ahorros... en el informe de Inspección y en sus propias alegaciones, orales en el acto del juicio y en el propio expediente, pues se tiene en cuenta el mérito personal, la capacitación, la experiencia y la formación, criterios que abarca la "libre designación" (art. 22 del Convenio Colectivo). Y de los documentos obrantes en folios 494 a 504 resulta que existe una desproporción ostensible entre los porcentajes de acceso a cargos directivos en la empresa entre hombres y mujeres ingresados con la misma categoría (Auxiliar C) y con la misma antigüedad, triplicando, como mínimo, el número de hombres al de mujeres que en la mismas condiciones han progresado a puestos directivos.

A ello se suma otro dato cierto e incontestable cual es la práctica parálisis en la incorporación de la mujer en la Caja de Ahorros... a los niveles retributivos I a VI en los últimos años pese al importante incremento de la incorporación de la mujer a la entidad. Así resulta de la propia documentación facilitada por Caja de Ahorros... (folio 582 de autos) que calculando el número de mujeres en los niveles I a VI del Grupo I en los años 2004 a 31-10-07 es de 62, 71, 72 75 mujeres, sobre un total de plantilla de 1279, 1307, 1331 y 1466 personas, lo que supone un porcentaje del 4,84% en 2004, 5,43% en 2005, 5,40% en 2006 y 5,11% en 2007. Calculando ese mismo número de mujeres sobre el total de personal en los niveles I a VI (496 en 2004, 527 en 2005, 538 en 2006 y 522 en 2007) ello representa 12,5% en 2004, 13,47% en 2005, 13,38% en 2006 y 14,36% en 2007.

SÉPTIMO

Hemos de negar un argumento central de oposición de la Caja de Ahorros... a la demanda de oficio planteada por cuanto entiende que de ningún modo la libre designación puede ser considerada como un criterio que pueda dar lugar a una discriminación indirecta, lo cual no es cierto dado que el concepto jurisprudencial expuesto incluye dentro de la discriminación indirecta no sólo un criterio propiamente dicho (como pudiera ser el clásico ejemplo de alcanzar determinada altura) sino una práctica, aparentemente neutra, que es lo que ocurre en el presente caso, siendo la "práctica" la libre designación, la cual por sí misma en puridad es neutra, pues supone una libre decisión modulada en variados criterios de valía, mérito, formación, capacitación y confianza. Sin embargo si se constata que tal práctica de hecho está perjudicando a un colectivo en situación de desigualdad respecto

JURISPRUDENCIA SOCIAL

a otro podrá ser enjuiciada como práctica discriminatoria y encuadrarse en el concepto de discriminación indirecta.

Recae en este caso sobre la empresa demandada la carga de la prueba (art. 13 de L.O 3/2007) de acreditar que la desproporción existente en el acceso a los niveles retributivos I a VI entre hombres y mujeres obedece a un criterio razonable y justificado. La STS 4-5-00 afirma que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica, no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

En el presente caso de la prueba practicada por Caja de Ahorros... no se infiere, ni siquiera a título de ejemplo, que los hombres nombrados en los últimos años para puestos de nivel retributivo I a VI concurren especiales circunstancias de mérito, formación, o capacitación; o que ofrecido el puesto a mujeres, éste hubiese sido rechazado. No hay transparencia alguna en los procesos de aumento de nivel retributivo salvo los escasos cambios de nivel (siempre tasados hasta el VII como máximo) en que se ha producido petición de empleados/as y en su mayor parte han sido concedidos. La argumentación de que la mayor antigüedad de los hombres determina una mayor ocupación por los hombres que por las mujeres en los niveles superiores hemos visto que no puede admitirse pues con la misma antigüedad se ha seguido prefiriendo en proporción del triple, como mínimo, a los hombres. La empresa se ampara en la libre designación que le permite el Convenio Colectivo para actuar sin deber motivar los cambios de nivel retributivo, y si esta posibilidad es permitida por el Convenio Colectivo, ello no implica que la libre designación no pueda ser por sí misma discriminatoria, pues esta libertad de criterio no puede dar acogida a un resultado vulnerador de derechos fundamentales. Y éste es el resultado que de hecho produce la libre designación en la empresa demandada, a falta de la acreditación de que los cambios de Nivel retributivo a los Niveles I a VI obedecen a razones ciertas objetivas y justificadas. En la Caja de Ahorros..., pese al transcurso del tiempo y la incorporación muy importante de la mujer en los Niveles VII a XIII se está manteniendo una política que conlleva un claro resultado de preferencia por los hombres en niveles retributivos superiores, es decir, en niveles de responsabilidad directiva superior.

OCTAVO

Como señala la sentencia TC 128/1987 (fundamento jurídico 6º) -con cita de la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de febrero de 1999 - y reitera la 240/1999, en casos de alegación de discriminación indirecta por razón de sexo se debe atender necesariamente a los «datos revelados por la estadística», puesto que, en definitiva, como indica la sentencia TC 147/1995, la discriminación indirecta es «la que tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encu-

bren consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado generalmente femenino (STC 145/1991)». Del mismo modo la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4-5-2000 destacaba que actualmente puede hablarse de discriminación tanto cuando ésta se establece de forma directa como indirecta, caracterizándose en este último caso por el resultado de determinadas conductas, que mantienen a determinados sujetos en una situación de inferioridad, de modo que el elemento fundamental a valorar en orden a determinar si existe o no una eventual discriminación indirecta es el resultado que pueda tener una medida empresarial en un grupo de personas, dado el impacto adverso que produce en ellas.

El dato estadístico es tremendamente revelador en la Caja de Ahorros... del resultado desfavorable para el colectivo de mujeres, en contraposición para el de hombres, que está produciendo la libre designación. El efecto de la libre designación para los Niveles I a VI no es neutro ni siquiera se aproxima a la proporción de la actual composición de hombres y mujeres en la Caja de Ahorros..., sino que se ha anclado en proporciones similares a épocas en que el acceso de la mujer al trabajo en el sector financiero era testimonial. No podemos reprochar la total falta de transparencia que sigue la Caja de Ahorros... en la designación de su personal para los ya reiterados niveles retributivos, pues según Convenio, no está obligada a seguir ningún proceso público y abierto de selección de sus empleados para ascensos a dicho niveles, sin embargo esa falta de transparencia, tampoco ha sido objeto de aclaración por la Caja de Ahorros... a través de su prueba en el acto del juicio para demostrar que la desproporción entre los nombramientos de hombres y mujeres obedece a alguna causa objetiva.

Los nombramientos producidos a lo largo de 2008, según el resultado de la diligencia acordada para mejor proveer no son relevantes para acreditar una mejor proporción, por cuanto no aluden a los niveles I a VI.

En cuanto a los informes solicitados por quien resuelve a diversas instancia públicas no han resultado concluyentes por cuanto abordan sobre todo el acceso de la mujer a Consejos de Administración de empresas cotizadas y Cajas de Ahorro, o desempeño de mujeres de puestos de Alta Dirección, aspectos que no son a los que se refiere el informe de la Inspección de Trabajo sobre la Caja de Ahorros... Sí que consta un dato en folio 83 de autos, sobre presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad en las entidades financieras españolas que avanzó 5 puntos desde el año 2000, situándose en el 25% (folio 83 de autos) pero al tratarse de una fuente periodística, sin conformación de informe oficial que avale el dato y fuente de la información, no se ha hecho constar en los hechos probados.

En conclusión, la Caja de Ahorros... está creando a través de su libre designación una situación de desigualdad entre hombres y mujeres, vulnerando el derecho a la igualdad de oportunidades en la promoción profesional de su colectivo

JURISPRUDENCIA SOCIAL

femenino, que se manifiesta en el muy desigual y desproporcionado acceso de la mujer a los niveles retributivos I a VI y en la preferencia manifiesta por el colectivo de hombres de dicha entidad. Dicha actuación supone una práctica discriminatoria indirecta adversa en perjuicio del grupo de mujeres empleadas de la Caja de Ahorros...

En consecuencia la demanda ha de ser estimada.

FALLO

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

Que estimando la demanda interpuesta por el Director General de Trabajo del Gobierno de Aragón contra la Caja de Ahorros..., declaro que los hechos reflejados en el acta de infracción ST-448221/07 constituyen una práctica discriminatoria indirecta adversa en perjuicio del grupo de mujeres empleadas de la Caja de Ahorros...en materia de promoción por circunstancia de sexo.

COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚM. 287/2008, DE 11 SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 4, DE ZARAGOZA. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN MATERIA DE PROMOCIÓN

Desde que se publicó la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se han producido algunas resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a la aplicación del art. 44 bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en relación con la subsanación de listas electores, y sobre todo sobre la constitucionalidad de este precepto, por el que se regula la representación equilibrada en los procesos electorales, no pudiendo formarse listas electorales que no respeten los porcentajes del 60-40 por ciento de hombres y mujeres.

No hay todavía una jurisprudencia constitucional en materia laboral posterior a la ley, en la que el Tribunal Constitucional haya podido pronunciarse conforme a la nueva regulación de conceptos como la discriminación indirecta, o el acoso laboral. Lo que no significa que el Tribunal no contenga un importante cuerpo de doctrina acerca de estos conceptos, que justamente ha servido al legislador de orientación para la redacción de la ley.

Podemos encontrar en los jueces y tribunales ordinarios estas primeras resoluciones judiciales de aplicación de la ley de igualdad, en las que es importante analizar la recepción que la ley está teniendo en los operadores jurídicos. Este es el caso que analizamos respecto de la sentencia dictada por un juzgado de lo Social de Zaragoza, en relación a un supuesto de discriminación indirecta.

La sentencia estima la demanda interpuesta por discriminación laboral indirecta en una entidad que promocionaba a los trabajadores de las escalas superiores en detrimento de las trabajadoras, cuya presencia en esos puestos era muy inferior a la de sus compañeros.

Hay dos elementos que están presentes en este procedimiento, y que influyen en la decisión judicial: el primero es un acta de la Inspección de Trabajo que reconoce ya la discriminación indirecta, y el segundo un informe del Instituto de la Mujer del Gobierno de Aragón, de relativa extensión, que también considera la existencia de la discriminación indirecta.

Como hechos probados se fijan la distribución de las categorías profesionales por niveles establecidos en el Convenio Colectivo aplicable, y puede comprobarse que a medida que se sube en la escala, estos niveles van siendo ocupados por hombres.

El sistema de decisión de los ascensos, aunque tiene en cuenta la antigüedad, también utiliza otros elementos de mayor discrecionalidad, como la experiencia profesional o la confianza en la persona propuesta.

La empresa venía obligada al establecimiento de un Plan de igualdad, por tener la empresa más de 250 trabajadores.

Los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia arrancan del concepto de discriminación indirecta, definidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. La recepción de esas Directivas en nuestro ordenamiento jurídico se produce en la Ley 51/2003, pero no es hasta la Directiva 2002/73/CE y 2006/54/CE cuándo se desarrollan ampliamente estos conceptos, que son recepcionados en la LO 3/2007, de 22 de marzo.

Aquí, el art. 6 de la Ley considera la discriminación indirecta como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

Partiendo de esta definición, la sentencia se adentra en esta situación particular, y analiza la reciente incorporación de la mujer a las actividades relacionadas con la banca y las finanzas. Pero si bien este hecho podría justificar una acumulación de mujeres en los puestos de trabajo de inferior categoría, en los de libre designación que no se atribuyen en función de la antigüedad también hay un importante desequilibrio de género, por lo que se concluye que hay una discriminación indirecta en la conducta de la demandada.

La sentencia es declarativa, y se limita a constatar que existe discriminación, por lo que la ejecución del fallo puede presentar ahora algunos importantes problemas. La determinación de su alcance es el primero de ellos. Se ha levantado un acta de infracción por la Inspección de Trabajo que ahora quedará firme, pero no se sabe cómo proceder en sustitución de los criterios que hasta ahora está utilizando la empresa. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999