

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

**Boletín de Información
y Análisis Jurídico**

NÚM. 27 • MAYO DE 2008

DOCTRINA

- El acceso de las españolas a los cargos públicos representativos
- Igualdad entre hombres y mujeres en Europa 2008

LEGISLACIÓN

- Protocolo al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
- Fondo de garantía del pago de alimentos.
- Informe sobre la efectividad del principio de igualdad.
- Criterios para evitar el uso sexista del lenguaje, en el Parlamento de Andalucía.
- Ley Electoral de Andalucía. Candidaturas equilibradas de hombres y mujeres.

JURISPRUDENCIA

- Aplicación regímenes de Seguridad Social, prestación por cuidado de hijos.
- Maternidad, fecundación in vitro, despido.
- Candidaturas electorales equilibradas por sexo, ley igualdad.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

Teresa Jiménez Vilchez

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

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Alfonso XII, 52

41002 Sevilla

Tel.: 955 03 49 53

Fax: 955 03 49 56

Puede consultarse "Artículo 14" en:

<http://www.juntadeandalucia.es/iam>

Diseño:

Pilar Álvarez

Maquetación:

Magenta, S.L.

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

Sumario:

PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

- El acceso de las españolas a los cargos públicos representativos 4
- Igualdad entre hombres y mujeres en Europa 2008 15

LEGISLACIÓN

- Protocolo al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. 19
- Fondo de garantía del pago de alimentos. 25
- Informe sobre la efectividad del principio de igualdad. 36
- Criterios para evitar el uso sexista del lenguaje, en el Parlamento de Andalucía. 37
- Ley Electoral de Andalucía. Candidaturas equilibradas de hombres y mujeres. 41

JURISPRUDENCIA

- Aplicación regímenes de Seguridad Social, prestación por cuidado de hijos. 48
- Maternidad, fecundación in vitro, despido. 52
- Candidaturas electorales equilibradas por sexo, ley igualdad. 58

PRESENTACIÓN

Una de las acciones principales del Instituto Andaluz de la Mujer, cuya Dirección he asumido recientemente, consiste en difundir la legislación que protege el derecho a la igualdad de mujeres y hombres, así como, el dar a conocer los avances en su aplicación e interpretación por los operadores jurídicos, fin que venimos desarrollando, entre otras medidas, con la publicación del presente Boletín de información y análisis jurídico Artículo 14.

Buena parte del número que hoy presento lo dedicamos a recoger la necesidad de seguir impulsando la representación equilibrada de mujeres y hombres en todos los ámbitos de toma de decisión, que es uno de los ejes estratégicos de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Efectivamente, en el presente número publicamos, en el apartado de doctrina, un interesante estudio sobre el acceso de las españolas a los cargos públicos representativos. También el comentario al Informe 2008, de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en Europa, en el que se reflejan los principales avances realizados durante el año 2007 en esta materia, y los retos y orientaciones que propone para el futuro, en cuyo informe se observa, en el contexto europeo, la segregación vertical y el estancamiento en la presencia de mujeres en los puestos de responsabilidad empresarial y el lento progreso en la política, poniendo de manifiesto el déficit democrático que esto supone.

Entre la normativa que publicamos, se encuentra la Instrucción de la Junta Electoral de Andalucía, para aclarar y dar cumplimiento a la obligación de que las candidaturas en todos sus puestos, titulares y suplentes, alternen hombres y mujeres, de acuerdo con lo establecido en la Ley Electoral de Andalucía, en la redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de abril.

Y en el apartado sobre jurisprudencia, se analiza la importante Sentencia del Tribunal Constitucional, que resuelve de manera favorable para el avance en la democracia paritaria, la cuestión de inconstitucionalidad de las candidaturas electorales equilibradas por sexo, que introduce la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Todos ello pone de manifiesto, que nos encontramos en un momento intenso de debate sobre las estrategias para garantizar a las mujeres la igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones. En Andalucía, la representación de mujeres en el Parlamento Andaluz, con un 47%, se sitúa a la vanguardia de Europa en la consecución de la igualdad. Además, la participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida, es un objetivo de primer orden del Gobierno de la Junta de Andalucía, a cuyo fin viene impulsando cuantas medidas legislativas y de sensibilización nos permitan seguir avanzando hacia una sociedad más equilibrada y democrática.

Soledad Pérez Rodríguez

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

EL ACCESO DE LAS ESPAÑOLAS A LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS

JASONE ASTOLA MADARIAGA
(Universidad del País Vasco)

SUMARIO: I. Introducción.- II. El contenido del derecho de acceso a los cargos públicos: 1) Las condiciones para ser candidata o candidato: Los supuestos de in-elegibilidad y sus consecuencias en varones y mujeres; 2) El genérico los españoles y sus consecuencias en las elecciones; 3) Permanencia y desempeño del cargo público: 1. En el Congreso; 2. En el Senado; 3. En el Parlamento Vasco; 4) Conclusiones.- III.- La paridad una obligación jurídica.

Introducción

La dignidad humana es el centro mismo del sistema de protección de los derechos en el sistema constitucional español: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” dice el art. 10.1 de la Constitución española¹.

Y cuando se legisla para asegurar esta dignidad de la persona, debe hacerse de acuerdo a los valores superiores del ordenamiento jurídico definidos en el art. 1.1 de la CE, es decir, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por lo tanto, nuestro sistema constitucional con el pluralismo asegura las diferentes concepciones de lo público, con la libertad garantiza el ejercicio de la autonomía individual y con la igualdad impide condicionar el disfrute de los derechos a la concreta orientación que tenga el ejercicio de esa libertad.

La participación política es el derecho fundamental indisolublemente unido a la soberanía y es la manifestación real de uno de los valores de nuestro sistema constitucional, el pluralismo político. La participación tiene dos ámbitos, la participación activa y la participación pasiva. El derecho a acceder a los cargos públicos es un derecho que se encuentra a caballo entre los dos ámbitos: es participación activa², en la medida en que la persona que accede a ese cargo participa directamente en los asuntos públicos y, en abstracto, es considerado como participación pasiva para las demás personas.

La Constitución establece en su art. 13.2 que sólo los españoles serán titulares de éste derecho - el art. 14 nos explica que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo-, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Es el único derecho atribuido en exclusiva a los españoles en la Constitución, por ser un derecho a través del cual se eligen los órganos que ejercen competencias de soberanía (Dictamen 1/92 del TC, FJ 3). El Tribunal Constitucional ha precisado, desde la STC 51/1984, que la titularidad del derecho corresponde en exclusiva a las personas físicas y no la ha reconocido ni siquiera a los partidos políticos (STC 36/1990, de 1 de marzo³), a pesar de que éstos sean considerados en el artículo 6 CE “instrumentos fundamentales de la participación política”. Y eso son: únicamente un instrumento que promueve la participación política individual ayudando a su formación y manifestación.

¹ Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996, pp. 53-54 nos aclara que, “si los derechos ajenos son el límite genérico por excelencia en el ejercicio de los propios, es clara la conexión con la dignidad de la persona, que justifica la presencia de esta referencia en el artículo 10.1: los derechos propios encuentran un límite en los derechos ajenos, que son exigencia y expresión de la dignidad ajena. De tal modo que el artículo 10.1 contiene, a la vez, un límite genérico de los derechos propios en razón de la dignidad ajena (los “derechos de los demás”) y un deber genérico (el “respeto” hacia los mismos)”.

² Desde la conocida caracterización de Jellinek -G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., JOB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905- es una manifestación del denominado *status activae civitatis*. Es un derecho, como decía Schmitt - C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (trad. de Francisco de Ayala), Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 174- que no presupone al hombre individual libre en el estado extraestatal de «libertad», sino al ciudadano que vive en el Estado, al *citoyen*.

³ «... conforme a la doctrina de este Tribunal, los titulares del derecho al acceso en condiciones de igualdad a los cargos representativos y con los requisitos que señalen las leyes (...) son los ciudadanos, por mandato de dicho precepto, y no los partidos políticos», STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ. 1.

DOCTRINA

La participación política a través de representantes es la forma usual de participación en el actual estado democrático. El principio democrático obliga a entender que la titularidad de los cargos públicos sólo se legitima cuando puede ser referida, mediata o inmediatamente, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular y esas personas legitimadas por la elección popular son las y los representantes, que son quienes hacen efectivo el derecho a la participación política de la ciudadanía del art. 23.1. La representación política es el eje de la estructura democrática del estado y el verdadero mecanismo a través del cual se legitima el funcionamiento de las principales instituciones en cada esfera territorial: Cortes Generales (artículos 66.1, 68.1 y 69.2) parlamentos autonómicos (artículos 143, 151 y 152), municipios (artículo 140) y diputaciones provinciales (artículo 141.2). Se elige a quien nos representa por sufragio universal de las y los españoles, libre, igual, directo y secreto en los términos establecidos en la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General.

La relación entre las personas que representan y las representadas está basada en el mandato libre, ya que el mandato imperativo está expresamente prohibido en el art. 67. 2 de la Constitución. Se mantiene la presunción de que la voluntad de quien representa es la voluntad de las personas representadas, sin que ni siquiera el partido político al que pertenecen las y los representantes puede interponerse en esa relación directa. Por eso, una lesión en los derechos de quien representa (art. 23.2) es, simultáneamente, una lesión del derecho fundamental de las personas representadas (art. 23.1), es decir, existe una inseparabilidad entre los dos preceptos (STC 161/1988, FJ 6), ya que ambos preceptos conforman una realidad jurídica más amplia, la representación política, que es una “garantía institucional” (STC 185/1999, FJ 4).

El art. 23.2 de nuestra constitución reconoce dos derechos diferenciados⁴ (STC 7/1989; STC 71/1994, FJ 6) y aquí únicamente voy a analizar el derecho de las y los españoles a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos con los requisitos que señalen las leyes. Y hay que precisar que existe un concepto restrictivo de cargo público representativo (STC 71/1989), ligado a la elección por sufragio universal, directa o indirecta, elección mediante la cual se forma democráticamente la voluntad estatal: es cargo público representativo, sólo, el elegido, directa o indirectamente, por sufragio universal de las y los españoles.

El contenido del derecho de acceso a los cargos públicos

Nos encontramos, ante un derecho de configuración legal; y la ley debe respetar el principio de igualdad⁵. Por tanto, si esa ley establece alguna condición para ser candidata o candidato en las elecciones, esa condición no puede ser discriminatoria. Y esa prohibición de discriminación se extiende tanto a la discriminación directa como a la indirecta⁶.

El contenido del derecho a acceder a los cargos públicos⁷ se refiere a:

Acceder a los cargos representativos del Estado, es decir, a todas las instancias territoriales en las que se organiza el Estado –central, autonómica, provincial y municipal- (STC 23/1984, FJ 4)⁸.

Permanecer en el cargo mientras dure el mandato (SSTC 5/1983 y 10/1983); quien ha sido elegido por las y los electores no puede ser despojado de su cargo, pues tiene derecho a permanecer en él el tiempo previsto constitucionalmente para la duración de su mandato (artículos 68.4 y 69.6 CE). Los pronunciamientos más célebres del Tribunal Constitucional al respecto se produjeron en las SSTC 24/1983, y 28/1984; en ellas nuestro Alto

⁴ Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1999 nos recuerda la existencia en el mismo precepto constitucional de dos derechos fundamentales con fundamentos, objetos y lógicas hermenéuticas diversas: los que se refieren a la representación, por un lado; y, por otro, los que lo hacen al empleo público, «dos ámbitos objetivos de la realidad social bien distintos, aunque alberguen una tierra de frontera cuya aduana puede modificarse», p. 85.

⁵ La STC 50/1986, FJ 4, señala la unión del art. 23.2 de la Constitución con el art. 14.

⁶ Dice el artículo 6 de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: “Discriminación directa e indirecta. 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.

⁷ Han estudiado este derecho, entre otros, y por orden cronológico: Manuel PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Cívitas, Madrid 1992; Enric FOSSAS ESPADALER, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993; Esther MARTÍN, *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Cedecs, Barcelona 1996.

⁸ El Tribunal Constitucional (SSTC 101/1983, de 18 de noviembre y 74/1991, de 8 de abril) hubo de plantearse, confirmándola, la constitucionalidad, primero, de la exigencia de acatamiento a la constitución para adquirir plenamente la condición de parlamentario y, segundo, acerca del empleo de la fórmula “por imprevisto legal”, no prevista en los reglamentos parlamentarios pero empleada por algunos para superar el requisito.

DOCTRINA

Tribunal hizo una interpretación extensiva de la prohibición de mandato imperativo (artículo 67.2 CE) a todo cargo público representativo, incluyendo los concejales, y excluyó a los partidos de la titularidad de derechos que sólo a las personas físicas corresponde ejercer.

Desempeñar el cargo público, ejerciendo las funciones inherentes al cargo (STC 32/1985) un *ius in officium*, es decir, un conjunto de facultades que identifican la labor de la y del representante y que, junto con el derecho a permanecer, forman el estatuto de la parlamentaria y del parlamentario (STC 37/1985 y 36/1990). Entre ellos el derecho a la remuneración, condicionada al cumplimiento del deber de asistencia. Las funciones de las y los parlamentarios son derechos fundamentales de quienes nos representan y atribuciones de un órgano. Estas funciones conforman el contenido del derecho y son aquellas que materializan lo esencial de la actividad parlamentaria y que desglosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en: derecho a la información (STC 203/2002); derecho de interrogar (artículos 110 y 111 CE y SSTC 177/2002 y 40/2003); derecho a tramitar las propuestas (STC 40/2003); derecho de enmienda (STC 118/1995); además de la posibilidad de constituir un grupo parlamentario (STC 64/2002). Todas estas facultades se integran en el *ius in officium* y conforman el bloque de las funciones parlamentarias, configuradas en los reglamentos parlamentarios, sin cuyo ejercicio resultaría imposible el ejercicio del propio derecho de la y del representante e, indirectamente, el ejercicio del derecho de participación política de la ciudadanía.

Pues bien, veamos cómo se cumple este derecho para las españolas.

Las condiciones para ser candidata o candidato

En el momento del acceso se ejerce el sufragio pasivo (artículo 68.5 CE y SSTC 60/1987 y 84/2003) estrictamente ligado al sufragio activo pues ambos sirven al mismo bien jurídico, es decir, a la representación, pero son simultáneamente dos derechos distinguibles y autónomos. La Constitución reclama igualdad en el acceso y, por tanto, en el sufragio pasivo. En este sentido son determinantes las causas de in-elegibilidad y de incompatibilidad establecidas en la Constitución (artículo 70.1) y precisadas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, en el Reglamento del Congreso de los Diputados y en el Reglamento del Senado (STC 45/1983).

Vamos a empezar analizando la Ley orgánica del Régimen electoral general, antes de haber sido modificada por la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para ver si los conceptos genéricos que aparecen en ella, una vez desarrollados, materialmente tienen el mismo contenido para las españolas y para los españoles. O dicho de otra manera, viendo si estos conceptos genéricos, en realidad, ocultan algún tipo de desigualdad entre mujeres y hombres. Es interesante tener en cuenta que la población española con derecho a la participación política, en el censo elaborado en 2005 para el referéndum del tratado que establecía una constitución para Europa era mayoritariamente de sexo femenino -17.274.894 frente a 16.288.812 varones⁹.

a) Los supuestos de in-elegibilidad y sus consecuencias en varones y mujeres

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General¹⁰-LOREG- en su art. 6 establece: "1. Son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector¹¹, no se encuentren incursos en alguna de las siguientes causas de in-elegibilidad" -como veremos esa in-elegibilidad viene de haber accedido, de otra manera, a ocupar un cargo público-. Por lo tanto, no acceden a ese derecho quienes previamente hayan accedido a él, por otras vías.

⁹ Datos que se pueden consultar en http://www.ine.es/censoe/referendum05/tablas_referendum05.htm

¹⁰ En la dirección <http://www.administracion.es/perfiles/utilidades/legislacion/servicios/disposiciones/24516-ides-idweb.jsp> puede encontrarse esta ley con todas sus modificaciones, es decir las introducidas por las leyes orgánicas 1/1987, de 2 de abril, BOE 03-04-1987; 8/1991, de 13 de marzo, BOE 14-03-1991; 6/1992, de 2 de noviembre, BOE 03-11-1992; 13/1994, de 30 de marzo, BOE 31-03-1994; 3/1995, de 23 de marzo, BOE 24-03-1995; 10/1995, de 23 de noviembre, BOE 24-11-1995; 1/1997, de 30 de 3 mayo, BOE 31-05-1997; 3/1998, de 15 de junio, BOE 16-06-1998; 8/1999, de 21 de abril, BOE 22-04-1999; 6/2002, de 27 de junio, BOE 28-06-2002; 1/2003, de 10 de marzo, BOE 11-03-2003; 16/2003, de 28 de noviembre, BOE 29-11-2003 y las introducidas por Sentencia 149/2000, de 1 de junio del Tribunal Constitucional, BOE 30-06-2000.

¹¹ El art. 2 nos dice: "1. El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. 2. Para su ejercicio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente". Y el art. 3 señala: "1. Carecen de derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento. b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. 2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente".

DOCTRINA

Y la lista de inelegibles del art. 6.1 es la siguiente:

- a) Los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges.
- b) Los Presidentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo a que hace referencia el artículo 131.2 de la Constitución¹² –una mujer, la presidenta del tribunal constitucional y cuatro varones-.
- c) Los Magistrados del Tribunal Constitucional -10 varones y una mujer-, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial¹³ -únicamente dos mujeres- los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado¹⁴ -todos ellos varones- y los Consejeros del Tribunal de Cuentas¹⁵ - 14 varones y una mujer-.
- d) El Defensor del Pueblo –un varón- y sus Adjuntos –una mujer y un varón-
- e) El Fiscal General del Estado –un varón-.
- f) Los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular los Directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado –según estadísticas un 70% de varones¹⁶-
- g) Los Jefes de Misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u organismo internacional –las embajadas de España en el extranjero están dirigidas por 101 varones y 4 mujeres, en las embajadas ante organismos internacionales no hay ninguna mujer, sólo 11 varones¹⁷-.
- h) Los Magistrados, Jueces y Fiscales que se hallen en situación de activo - 42,05% de mujeres, aunque este porcentaje no es visible en el Tribunal Supremo donde el 98,98% de los magistrados son varones¹⁸ -.
- i) Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo. En la Guardia civil el 3,68% de sus efectivos son mujeres, en la policía el 11,39% son mujeres y en las fuerzas armadas el 15,62% de los efectivos son mujeres, pero este porcentaje cae al 1,58% cuando hablamos de cuadros de mando¹⁹.
- j) Los Presidentes, Vocales y Secretarios de las Juntas Electorales – en la junta electoral central hay 14 varones y una mujer²⁰ -
- k) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, los Gobernadores y Subgobernadores Civiles y las autoridades similares con distinta competencia territorial – hay dos delegadas de gobierno y 17 delegados del gobierno²¹-.
- l) El Director general de RTVE –una mujer- y los Directores de las Sociedades de este Ente Público²² -varones-.
- m) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de las entidades estatales autónomas con competencia en todo el territorio nacional, así como los Delegados del Gobierno en las mismas.
- n) Los Presidentes y Directores generales de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social con competencia en todo el territorio nacional –todos ellos varones-²³.
- ñ) El Director de la Oficina del Censo Electoral²⁴ -una mujer-.
- o) El Gobernador –varón²⁵- y Subgobernador –varón- del Banco de España y los Presidentes –varón- y Directores – cuatro varones- del Instituto de Crédito Oficial²⁶ y de las demás entidades oficiales de crédito.

¹² Su composición se puede ver en <http://www.ces.es/comision.jsp?id=810>, además del presidente varón, entre sus miembros hay 33 varones y 10 mujeres.

¹³ <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm> puede verse la lista de vocales.

¹⁴ En [http://www.consejo-estado.es/director\(1\).htm](http://www.consejo-estado.es/director(1).htm) puede verse su composición: tanto el presidente como los 8 consejeros permanentes son varones, 11 consejeros natos, todos ellos varones y de los 9 electivos dos son mujeres. Es decir, de 29 miembros hay 27 varones y dos mujeres.

¹⁵ En <http://www.tcu.es/default.htm> puede verse su composición, también son varones el fiscal jefe y el secretario general.

¹⁶ Según datos ofrecidos por el Instituto nacional de estadística en su trabajo “Mujeres y hombres en España 2006” en <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/myh/myh.htm?L=0> y más específicamente en http://www.ine.es/prodyser/pubweb/myh/myh_pod.pdf las secretaría de estado están ocupadas por 3 mujeres y 17 hombres.

¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

¹⁸ El reciente nombramiento de dos nuevas magistradas –ver BOE de 27 de noviembre de 2007- ha hecho variar este porcentaje. Es interesante constatar que el corrector ortográfico no admite esta palabra, la cambiaría por magistrados.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²⁰ *Ibidem*, p. 6 Y no puede ser de otra manera porque el art. 9 de la LOREG, modificado por la LO 8/1991 establece: 1. La Junta Electoral Central es un órgano permanente y está compuesta por: a) Ocho Vocales Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial - y existe casi nula presencia de las mujeres en el Tribunal Supremo-. b) Cinco Vocales Catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y de Sociología, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados – las pocas mujeres catedráticas de estas disciplinas hacen difícil su nombramiento, por ejemplo en el área de Derecho Constitucional junto a un centenar de catedráticos, apenas hay 7 catedráticas.

²¹ *Ibidem*, p. 5

²² En <http://www.rtve.es/oficial/> pueden verse las personas que ocupan los puestos de responsabilidad.

²³ En <http://info.mtas.es/infgral/organi/org1.htm> puede consultarse el organigrama.

²⁴ La directora del censo electoral es la presidenta del Instituto Nacional de Estadística. En <http://www.ine.es/ine/historia.htm?L=0> se puede ver que en la historia del Instituto nacional de estadística la presidencia fue ocupada exclusivamente por varones durante el período 1946-1996.

²⁵ En <http://www.bde.es/infointst/historia/gobernadores.htm> se puede ver la lista de gobernadores varones del Banco de España.

²⁶ En http://www.ico.es/web/pages/sobreico_org se puede encontrar el organigrama de ICO.

DOCTRINA

p) El Presidente, los Consejeros y el Secretario general del Consejo General de Seguridad Nuclear²⁷.

El art. 6.2²⁸, que fue modificado por Ley orgánica 1/2003 sigue la lista de inelegibles, lo mismo que el art.6.3²⁹.

Una primera conclusión se infiere de este repaso: el contenido del derecho a acceder a cargos públicos es diferente para mujeres y hombres, cuando tal acceso depende de un nombramiento anterior de los poderes del Estado. Por lo tanto, existe, al menos en apariencia, una discriminación de las mujeres a la hora de designar los nombres de las personas que deben ocupar cargos públicos. Desde mi punto de vista esta discriminación es directa³⁰, en igualdad de condiciones se prefiere a los varones, pero, como mi punto de vista es discutible, creo que nadie puede negar que todo indica que, al menos, nos encontramos ante una discriminación indirecta.

Recordemos que la discriminación indirecta por razón de sexo es 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 –Directiva 97/80/CE o STC 145/1991, recogida más tarde en el art. 6.2 de la LO 3/2007-. Porque se puede dudar de que estas designaciones entren en la excepción que se prevé para la discriminación indirecta, es decir, que tales nombramientos “puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

En cualquier caso parece evidente en esta primera aproximación que el genérico españoles no incluye en igual medida a las españolas. Parece pues que es el género y no el sexo el que explica esta situación. Parece que mujeres y hombres no tenemos, al menos dos de los seis tipos de igualdades que enumera Sartori³¹ ni la 3. *Igualdad de acceso*, esto es, igual reconocimiento a igual mérito -cada uno las mismas oportunidades para ascender, es decir, el poder hacer que se tomen en consideración los propios méritos-; ni la 4. *Igualdad de partida* entendida como *comienzo igual*, es decir, a cada uno el mismo poder inicial necesario para adquirir el rango y la capacidad que cualquier otro.

Sólo nos hemos detenido en los nombramientos que afectan a la elegibilidad, pero si proseguimos la búsqueda en todos los organismos consultivos, cuyos miembros son nombrados por el gobierno, la situación de las mujeres se mantiene o empeora. Por ejemplo, el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica, que se ocupa de temas tan trascendentes como el uso de embriones o de células madre para la investigación, es decir, de temas que afectan directamente a las mujeres, cuenta con diez varones y dos mujeres, ahora bien, tanto la secretaria como la asistente son mujeres³².

Tampoco hablamos aquí de todos los cargos políticos «... aquellos que se pueden proveer discrecionalmente por el Gobierno o autoridades inferiores, en su caso, entre cualquier tipo de personas, es decir, sin la exigencia de

²⁷ En http://www.csn.es/.plantillas/frame_nivel1.jsp?id_nodo=265&&keyword=&auditoria=F puede buscarse información.

²⁸ “a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal”.

²⁹ 3. Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción: a) Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal. b) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los Delegados del Gobierno en las mismas. c) Los Delegados territoriales de RTVE y los Directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas. d) Los Presidentes y Directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. e) Los Secretarios generales de las Delegaciones del Gobierno y de los Gobiernos Civiles. f) Los Delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral.

³⁰ Porque estaríamos ante “una distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tiene por -objeto o- resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” es decir, la definición de lo que se entiende por discriminación contra la mujer en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada el 18 de diciembre de 1979.

³¹ Giovanni SARTORI, *Democrazia Cosa é*, Rizzoli Libri, Milán, 1993, p. 183.

³² Presidente: César Nombela Cano Catedrático de Microbiología de la Facultad de Farmacia de la Universidad Complutense. Miembros: Ciencias de la Vida Mónica López Barahona, Decana de la Facultad de CC. Biosanitarias de la Universidad Francisco de Vitoria. Carlos Alonso Bedate Profesor de Investigación en el Centro de Biología Molecular “Severo Ochoa” (CSIC-UAM). Daniel Ramón Vidal Catedrático de Tecnología de los alimentos. Universidad de Valencia. Joan Rodés Teixidor. Director de investigación Hospital Clínico y del Instituto de Investigación Biomédicas August Pi y Sunyer. Ciencias del Medio; Antonio Fernández-Rañada. Catedrático de Electromagnetismo. Universidad Complutense de Madrid. Luis Balairón Ruiz Meteorólogo del Estado. Jefe de Servicio de Variabilidad y Predicción del Clima, Subdirección General de Programas Especiales e Investigación del Clima, Instituto Nacional de Meteorología, Ministerio de Medio Ambiente, desde 1992. Manuel Elices Calafat Catedrático Numerario en Ciencia y Tecnología de Materiales Mateo Valero Cortés Catedrático en el Departamento de Arquitectura de Computadores de la Universidad Politécnica de Cataluña. Francisco Belil Creixell, Vicepresidente, consejero-delegado de Bayer Hispania, S.A. Jurídico-filosófica. Adela Cortina Orts Catedrática de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación de la Universidad de Valencia. 1987. Carlos Romeo Casabona, Catedrático de Derecho Penal. Universidad País Vasco. Secretaria Sonia Covadonga Antolín Martínez, Doctora en Farmacia por la Universidad Complutense de Madrid, 1993. Asistente del Comité: Rosa Capeáns Garrido. Licenciada en CC. Económicas y Empresariales, Universidad de de Santiago de Compostela.

DOCTRINA

que pertenezcan a un determinado círculo de actividad», aquellos cargos que permiten a las personas nombradas trabajar en la Administración, no a través de unas pruebas objetivas donde se ponga de manifiesto y se evalúen el mérito y la capacidad – como en el caso de los puestos funcionariales *stricto sensu*- sino a través de la confianza política, que la forma usual de provisión de los cargos de designación política³³.

Con estos precedentes es clara la necesidad del art. 16 de la LO 3/2007³⁴ –Nombramientos realizados por los poderes públicos-, aunque, quizás resulte excesivamente laxo para hacer frente a una tradición como la nuestra³⁵.

2) El genérico los españoles y sus consecuencias en las elecciones

Teniendo en cuenta las disposiciones especiales sobre la elección de representantes –arts. 154-160 de la LOREG- todo parece indicar que, una vez más, es mayor el número de varones que están inmersos en alguna causa de incompatibilidad prevista en el art. 155.2 de la LOREG y que voy a mencionar para saber, de paso, qué cargos no están ocupados por mujeres: ser Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, ser miembro del Consejo de Administración del Ente Público RTVE, ser miembro del Gabinete de la Presidencia del Gobierno o de cualquiera de los Ministerios y de los Secretarios de Estado, ser Delegado del Gobierno en los Puertos Autónomos, Confederaciones Hidrográficas, Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje, COPLACO, ser Presidentes de los Consejos de Administración, Consejeros, Administradores, Directores generales, Gerentes y cargos equivalentes de entes públicos, monopolios estatales y empresas con participación pública mayoritaria, directa o indirecta, cualquiera que sea su forma, y de las Cajas de Ahorro de fundación pública.

Con esta amplia lista de inelegibles varones la lógica nos llevaría a pensar que, finalmente en las listas de candidaturas de los partidos políticos el número de mujeres debería sobrepasar ampliamente al de varones –hay más mujeres en el censo y hay menos inelegibles o inmersas en una causa de incompatibilidad-. Y, como a veces, se habla de capacidad para explicar el acceso mayoritariamente masculino a los cargos públicos es también interesante saber que en el año 2005 el 40,3% de la población femenina mayor de 15 años y el 42,2% de la correspondiente población masculina había alcanzado al menos la Educación Secundaria de segunda etapa. Y que en el curso 2002-2003 las mujeres fueron mayoría en los niveles superiores de enseñanza, Bachillerato (55%), enseñanza universitaria (53,7%) y Doctorado (51%)³⁶. Partiendo de estos datos, parece que la diferencia de sexo no debería enturbiar ni distorsionar el mandato constitucional de que el acceso a los cargos públicos de los españoles –entendemos que incluye a las españolas- debe hacerse “en condiciones de igualdad”.

Pero si analizamos los datos ofrecidos por la encuesta de la situación de mujeres y hombres en España en la legislatura 2004-2008³⁷, nos encontramos con los siguientes datos:

- En el Congreso: un 36% de diputadas;
- En el Senado: un 25,10% de senadoras;
- En los parlamentos autonómicos el porcentaje de mujeres es de un 35,97%; y
- En los ayuntamientos de un 27,35%³⁸.

En los parlamentos autonómicos hay dos que están por encima de este porcentaje – los de Castilla-La Mancha 53,19% y País Vasco 54,66%- . Esto se explica porque en las elecciones al Parlamento de Castilla-La Mancha, a pesar de estar la ley electoral castellano manchega 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la ley 5/1986, de 23 de

³³ En el año 2004, a pesar de que el gobierno español contaba con 8 ministras y ocho ministros, al descender al número de las y de los secretarios de Estado nos encontrábamos con 3 mujeres y 17 varones, es decir, sólo un 15% de estos cargos estaba ocupado por mujeres. Interesante el trabajo de Geovanni RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “Participación femenina en cargos públicos” en <http://196.40.23.180/biblio/cedil/estudios/participafemcargospublicos.htm#introd> donde repasa la situación de este derecho en América del Sur y en algunos estados europeos.

³⁴ “Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”.

³⁵ Es interesante recordar la sentencia de la sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 6 de febrero de 1998 – su texto puede encontrarse en <http://www.pensamientojuridicofeminista.com/Jurisprudencia/98-0716-marlene.html>-, sentencia en la que la Sala entendió que el hecho de no proponer a ninguna mujer como Directora dentro de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, implicaba “una discriminación contra la mujer por un acto omisivo (...) contrario al principio democrático y al de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución Política (...) con lo cual se violó el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación en perjuicio de la mujer considerada como género y colectividad. Arlette BOLAÑOS BARQUERO, “Las cuotas de participación política y la inclusión de las mujeres en la vida pública en Costa Rica, 1996-2003” en http://www.fcs.ucr.ac.cr/~historia/articulos/esp-genero/2parte/CAP17Arlette.htm#_ednref2 nos resume la historia de la participación de las mujeres en la vida política en Costa Rica.

³⁶ Datos que se pueden consultar en <http://www.ine.es/prensa/prensa.htm>

³⁷ Disponible en <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/myh/myh.htm?L=0>. Otra fuente es Fuente: MTAS. Instituto de la Mujer. Mujeres en Cifras. Ver <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/poder/index.htm> y <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/index.htm>.

³⁸ Según la misma fuente, el porcentaje de alcaldesas ha tenido un incremento gradual desde 1983 hasta 2003. Es decir, en 20 años hemos pasado de un 2% a algo más del 12,48 %. Todavía lejos de una participación equilibrada de varones y mujeres.

DOCTRINA

diciembre, que introdujo un nuevo apartado (el 1 bis) al art. 23 de la Ley 5/1986, propiciando que en todas las candidaturas a las elecciones autonómicas las listas alternarán mujeres y hombres en puestos pares e impares³⁹, estaba en suspenso, los partidos políticos decidieron acatarla por propia iniciativa y eso explica los porcentajes. Lo mismo sucede en la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que las últimas elecciones, celebradas el año 2005, se llevaron a cabo utilizando la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, cuya disposición adicional 4ª modificaba la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, añadiendo un párrafo, con el número 4, al artículo 50⁴⁰:

Esta ley no fue recurrida por el Partido Popular hasta después de celebradas las elecciones⁴¹, por lo que hoy en día la composición del Parlamento Vasco varía ostensiblemente respecto a los resultados anteriores –pasando las mujeres parlamentarias de ser un 34,67% de la Cámara a ser el 54,66%⁴²–.

Con estas últimas comprobaciones se hace patente que el derecho a acceder a los cargos públicos representativos no tiene el mismo contenido para las españolas y para los españoles. Y resulta curioso constatar que precisamente el partido que tenía como media, una menor presencia de mujeres en sus candidaturas es el que más problemas “jurídicos” ve en la introducción de la obligatoriedad de compartir listas o cargos, en definitiva, en la obligación democrática de compartir el poder político.

3) Permanencia y desempeño del cargo público

Dentro del derecho que estamos estudiando está el de permanecer en el cargo el tiempo que dure el mandato⁴³ y el de desempeñar el cargo público, ejerciendo sus funciones inherentes. En el tema que nos ocupa me parece interesante ver qué funciones desempeñan las mujeres que, finalmente, han sido elegidas representantes en los parlamentos.

1. En el Congreso

En el caso del Congreso⁴⁴ podemos ver lo siguiente –en la legislatura 2004-2008–:

El presidente es un varón (en toda su historia sólo una vez ha tenido presidenta el Congreso, fue en la legislatura VII 2000-2004 cuando contó con la presidencia de Luisa Fernanda Rubí Úbeda).

En la mesa: los 4 vicepresidentes son varones, las cuatro secretarías están ocupadas por 3 mujeres y un varón y el secretario general es un varón. Por tanto de los 10 miembros de la mesa únicamente 3 son mujeres.

La junta de portavoces cuenta con un presidente –varón–, 8 portavoces titulares -7 varones y una mujer, la portavoz del grupo mixto-, y 14 portavoces sustitutos – 11 varones y 3 mujeres–.

La Diputación permanente que consta de una presidencia –varón– dos vicepresidencias -una mujer y un varón–, dos secretarías -1 varón y 1 mujer- y 35 vocalías – 25 varones y 10 mujeres⁴⁵–.

Las Comisiones permanentes legislativas –dieciséis– contaban con cuatro presidentas –cultura, interior, sanidad y trabajo–, y doce presidentes; en cuanto a las treinta y dos vicepresidencias únicamente diez están ocupadas por mujeres.

Las Comisiones permanentes no legislativas –seis– cuentan con cinco presidentes y una presidenta; y las diez vicepresidencias estaban ocupadas por nueve varones y una mujer.

Las Comisiones mixtas permanentes –cinco– contaban con tres presidentes y dos presidentas, el único 40%, y las nueve vicepresidencias estaban ocupadas por tres mujeres y seis varones⁴⁶.

³⁹ Ley recurrida por el Presidente del Gobierno el 27 de septiembre de 2002, recurso aceptado por el TC el 15 de octubre del mismo año. El Presidente del Gobierno español haciendo uso del art. 161.2 pidió la suspensión de la vigencia del precepto impugnado y le fue concedida por el TC. El recurso fue retirado.

⁴⁰ “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 las suplentes”.

⁴¹ Entre otros motivos porque atenta contra el art. 14 de nuestro texto constitucional definir por razón de sexo diferentes categorías dentro de los candidatos a unas elecciones y porque atenta contra la propia “esfera de libre actividad de los partidos políticos”, garantizada en el artículo 6 de la Constitución

⁴² Si analizamos la presencia de mujeres electas en las listas de los partidos en el Congreso y en el Parlamento vasco observamos que el grupo socialista es el que menor diferencia tiene: del 50% de mujeres en el Parlamento vasco pasa al 46% en el Congreso. El grupo popular pasa del 40% en el Parlamento vasco al 28,38% en el Congreso. Pero sin duda la diferencia más notable es la del PNV que de un 50% pasa a un 14,29%. En el caso de Izquierda Unida el resultado es inverso del 33,33% del Parlamento vasco pasa al 40% en el Congreso.

⁴³ No puedo dejar de citar, aunque no lo analizaré aquí, un problema que tienen nuestras representantes en las diferentes cámaras legislativas para poder permanecer en el cargo: parir. Ninguna norma prevé este hecho y sus consecuencias para las parlamentarias, ni los permisos de paternidad para los parlamentarios. Un ejemplo de los problemas jurídicos que se suscitan puede verse en un proyecto de opinión de la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento europeo del 6 de octubre de 2006 -en www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pa/634/634089/634089es.pdf–.

⁴⁴ Ver todos estos datos en <http://www.congreso.es/>

⁴⁵ Es decir, en las vocalías el porcentaje de mujeres es del 28,57%, mientras que en la composición del congreso ese porcentaje es del 36%.

DOCTRINA

2. En el Senado

En el Senado la situación de las senadoras era la siguiente⁴⁷:

El Presidente es varón.

La Mesa formada por el presidente, 6 miembros y un secretario estaba totalmente compuesta por varones.

La Junta de portavoces: todos los portavoces de los siete grupos parlamentarios eran varones; entre los portavoces adjuntos, el grupo popular contaba con dos mujeres y cuatro varones; el grupo socialista con dos mujeres y tres varones; entesa catalana de progrés dos varones; senadores nacionalistas vascos un varón; convèrgencia y unió un varón; coalición canaria dos varones; y el grupo mixto un varón –en este grupo, en algunos periodos tanto la portavoz, como la portavoz adjunta fueron mujeres-.

La diputación permanente contaba con un presidente, dos vicepresidentes y dos secretarios varones, y de sus treinta y cuatro miembros veintiocho eran varones y seis mujeres, un 17% de sus miembros y un 15% del total. En las Comisiones legislativas permanentes -dieciocho- había catorce presidentes y cuatro presidentas –cultura, educación y ciencia, justicia y trabajo y asuntos sociales- es decir el 22,22%; de las treinta y seis vicepresidencias 8 estaban ocupadas por mujeres y veintiocho por varones, es decir, el 22,22%. De nuevo baja la media de mujeres en la Cámara cuando se trata de evaluar el puesto que ocupan en el desempeño de su cargo.

En las Comisiones permanentes no legislativas -siete-, todas las presidencias estaban ocupadas por varones –la comisión de nombramientos estaba íntegramente formada por varones- y en cuanto a las vicepresidencias 7 varones y 4 mujeres.

3. En el Parlamento Vasco

En cuanto a su organización interna, el Parlamento vasco⁴⁸ cuenta con una presidenta y una mesa formada por 3 varones y 2 mujeres; ahora bien, la junta de portavoces cuenta con 5 varones y 1 mujer. Y esta diferencia también se mantiene en la Diputación permanente –15 varones, 8 mujeres-. En cambio, si miramos las presidencias de las Comisiones observamos que hay 6 presidentes y 8 presidentas.

En los grupos parlamentarios⁴⁹: el grupo popular y el grupo mixto-izquierda unida son los únicos que cuentan con más varones que mujeres, -6 mujeres y 9 varones el primero y 2 varones y 1 mujer en el segundo-. El resto de los grupos tienen el mismo número de mujeres y varones –socialistas y el grupo formado por el PNV- o más mujeres que varones –EA 3 varones y 4 mujeres, Ezker Abertzaleak 1 varón y 8 mujeres y Mixto Aralar, 1 mujer-

Como ya hemos visto, además de los cargos públicos directamente representativos existen aquellos cargos que nuestras y nuestros representantes eligen⁵⁰; y parece interesante comprobar si el Parlamento vasco ha tenido en cuenta el art. 23 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en las designaciones que ha hecho hasta el momento⁵¹, es decir:

“Todos los poderes públicos vascos deben promover que en el nombramiento y designación de personas para constituir o formar parte de sus órganos directivos y colegiados exista una presencia equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada. A tal fin, adoptarán las medidas normativas o de otra índole necesarias”.

Designaciones:

1 lehendakari varón;

1 Ararteko varón y una adjunta mujer;

Tampoco se tiene en cuenta la formación de la cámara en cuanto a varones y a mujeres a la hora de elegir a las tres personas que representarán a la comunidad en el senado, ya que los tres son varones;

⁴⁶ Es un dato a tener en cuenta que la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de Igualdad Oportunidades que se constituyó el 27 de mayo de 2004 estaba formada mayoritariamente por mujeres: presidenta, vicepresidentas, secretarías y portavoces adjuntas eran mujeres; entre las nueve personas portavoces sólo había dos hombres; 2 vocales varones y 24 mujeres; de las diecinueve personas adscritas sólo una era varón.

⁴⁷ Todos estos datos pueden consultarse en <http://www.senado.es>, en las referencias a la 8ª legislatura

⁴⁸ Ver http://parlamento.euskadi.net/comorga/c_comorga_pre_ACT.html.

⁴⁹ En la dirección http://parlamento.euskadi.net/comparla/c_comparla_gru_ACT_03.html.

⁵⁰ Recordemos que el art. 1 de la Ley 4/2005 dice: “La presente ley tiene por objeto establecer los principios generales que han de presidir la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad de mujeres y hombres, así como regular un conjunto de medidas dirigidas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en particular, a promover la autonomía y a fortalecer la posición social, económica y política de aquéllas. Todo ello con el fin último de lograr una sociedad igualitaria en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función del sexo, y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres”.

⁵¹ http://parlamento.euskadi.net/c_designaciones_list_A.html.

DOCTRINA

El tribunal vasco de cuentas fue elegido en 2002 y está formado por 5 varones y 2 mujeres,
 En el Consejo Social UPV/EHU hay 6 varones y 2 mujeres;
 En el Consejo asesor de RTVE-País Vasco hay 10 varones y 3 mujeres;
 En el Consejo de Administración de EITB hay 17 varones y 2 mujeres; estas designaciones se hicieron en la anterior legislatura, año 2002;
 El Director General de EITB es un varón;
 En el Consejo Vasco de Estadística hay 3 varones nombrados en 1995;
 Los Vocales de la Junta Electoral de la C.A.V son 4 varones y 1 mujer;
 En el Consejo de Dirección de Emakunde hay 7 mujeres y ningún varón;
 En el Consejo asesor de relaciones con las colectividades vascas una mujer y un varón;
 En la Terna para el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que se presentó en el año 2004 dos eran varones y una era mujer;
 La Comisión de control de Gastos Reservados está íntegramente formada por varones: seis.

En las designaciones habidas hasta el momento se han ido incumplido todos los artículos citados además del art. 3.7 de la ley⁵², excepto en el caso del Consejo asesor de relaciones con las colectividades vascas.

No parece, por tanto, que el parlamento vasco, a pesar de su composición, esté resultando un ejemplo de participación equilibrada de mujeres y hombres en la elección de los órganos que de él dependen. Y de esta situación podemos colegir que el mandato debe ser de una norma superior a la ley, sea Constitución, sea Estatuto de Autonomía, para que ni siquiera el parlamento pueda dejar sin contenido el derecho de las mujeres a acceder a los cargos públicos.

La legislación autonómica no regula sólo los órganos legislativos sino también los ejecutivos, por ejemplo:
 - La Tercera Disposición final de la ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.— Modificación de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno- nos dice que se añade un párrafo, con el número 2, al artículo 17 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, con el siguiente tenor:
 «2. En el Gobierno ambos sexos estarán representados al menos en un 40%».
 - El art. 18.3 de la ley 6/2006, de 24 de octubre⁵³, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, nos dice:
 En las designaciones de las personas integrantes del Consejo de Gobierno que realice el Presidente o la Presidenta de la Junta de Andalucía, cada sexo estará representado en, al menos, un cuarenta por ciento.
 Ninguna de las dos formulaciones parece acertada, ya que no se trata de representar a los sexos en los gobiernos andaluz o vasco, sino de componer gobiernos verdaderamente democráticos, que reflejen la realidad de un cuerpo electoral configurado por mujeres y hombres, es decir, que incluyan a personas de los dos sexos⁵⁴, por lo que sería preferible una fórmula como: El gobierno estará compuesto por personas de los dos sexos.

4) Conclusiones

Todos estos datos son suficientes para decir que el contenido del derecho fundamental que he tratado es diferente, marcadamente diferente, para las españolas con respecto a los españoles. Esta diferencia es grande en cuanto al acceso al cargo público pero aumenta cuando tenemos en cuenta qué responsabilidades ejercen en el desempeño de ese cargo público.

Pero la diferencia de sexo connatural a la vida humana, no parece una razón que pueda explicar el contenido desigual de este derecho, sino que más bien parece que la raíz hay que buscarla en lo que se viene denominando diferencia de género, es decir, una situación que no está basada en una cuestión orgánica ni biológica y que, por lo tanto, no es una cuestión de sexo, sino que viene motivada por la tradicional situación de sometimiento de las mujeres al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

⁵² "Representación equilibrada. Los poderes públicos vascos han de adoptar las medidas oportunas para lograr una presencia equilibrada de mujeres y hombres en los distintos ámbitos de toma de decisiones. A los efectos de esta ley, se considera que existe una representación equilibrada en los órganos administrativos pluripersonales cuando los dos sexos están representados al menos al 40%".

⁵³ Previamente, en la Exposición de motivos se había dicho: "En los Capítulos I y II del Título II, referido al Consejo de Gobierno, destaca la inclusión, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, de la exigencia de que la designación de integrantes del Consejo de Gobierno atienda al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres. No se trata, en efecto, de una mera declaración retórica, sino de una opción acorde con las exigencias del artículo 9.2 de la Constitución, dirigida a la consecución real y efectiva en nuestra Comunidad Autónoma de la igualdad entre hombres y mujeres".

⁵⁴ Parafraseando a M^a Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Ediciones Cátedra, Madrid 2005, p. 140. "(...) se trata de universalizar el contenido de la política, eliminando las diferencias entre los sexos".

DOCTRINA

En definitiva, nuestro orden constitucional estaba permitiendo que un derecho fundamental de contenido político, es decir, un derecho que tiene una muy estrecha relación con el poder en un estado democrático, y que es básico para entender la formación de las normas en las que se basa nuestro estado de derecho, sea un derecho sin contenido, en muchos casos, o con un contenido aminorado cuando tal contenido existe, para las españolas.

Por eso era necesaria la ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁵: Porque aunque en la Constitución de 1978 los términos españoles, hombres, persona, ciudadano.... incluyan formalmente a las mujeres, materialmente, como hemos visto, no están tan incluidas como los hombres⁵⁶.

Porque hasta la ley orgánica 3/2007 ningún texto jurídico había dicho: “Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes” -art. 1.1.-.

Ahora bien, el sentido de esta ley se vería reforzado si fuese el propio texto constitucional el que estableciese la igual dignidad humana y la igualdad de derechos y deberes de mujeres y hombres; no sólo para acabar definitivamente con cualquier resquicio jurídico para la discriminación por razón de sexo, sino para establecer jurídicamente de una manera inequívoca que el pueblo español está formado por mujeres y hombres iguales.

De esa manera no podría concebirse otro criterio general de actuación de los poderes públicos que el de la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones –como señala el art. 14.4 de la LO 3/2007⁵⁷-. Y desaparecerían expresiones como la de “procurarán atender” la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y en las designaciones de los cargos de responsabilidad que hacen los poderes públicos - art. 16 de la LO 3/2007-, porque tales expresiones, habiendo visto cuál es la realidad, resultan demasiado ambiguas y algo contrarias a la seguridad jurídica.

Y esta inclusión resulta, si cabe, más necesaria, porque los masculinos que hasta ahora se han utilizado en nuestros textos jurídicos no siempre han sido genéricos que incluían a mujeres y hombres. Y cuando han sido inclusivos, tal inclusión, como hemos visto, no siempre ha supuesto una igualdad de oportunidades y de trato de mujeres y hombres⁵⁸.

La paridad una obligación jurídica⁵⁹

Ya en el art. 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la ONU en 1979 se decía:

«Los Estados partes tomarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación de las mujeres en la vida política y pública del país y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad con los hombres, (...) el derecho de tomar parte en la elaboración de la política del Estado y en su ejecución, de ocupar empleos públicos y ejercer las funciones públicas en todos los escalones del gobierno»⁶⁰.

La Declaración firmada en Atenas, en la Cumbre Europea de 1992, afirmaba que «la democracia impone la paridad en la representación y administración de las naciones»⁶¹.

⁵⁵ Aún haciendo abstracción de su contenido en lo que respecta al régimen electoral. La utilización de esa ley en las últimas elecciones a Cortes Generales ha tenido una consecuencia apenas visible para las mujeres: el porcentaje de mujeres en la formación de las Cámaras ha variado poco –Congreso del 36% al 36,6% y Senado del 25,10% al 27%. En cambio otras fórmulas utilizadas por las autonomías han tenido consecuencias visibles en los Parlamentos autonómicos, como hemos visto.

⁵⁶ Como perfectamente explica el FJ 5 de la STC 12/2008: “Así pues 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. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados”.

⁵⁷ Con este criterio general están asociados: el art. 52, sobre el nombramiento de titulares de órganos directivos –el gobierno atenderá el principio de presencia equilibrada-; o el art. 54 sobre la designación de representantes de la Administración general del estado –designará...de acuerdo con el principio de presencia equilibrada-.

⁵⁸ Un ejemplo de este uso universal del masculino, sin inclusión de las mujeres, es el punto 2 del voto particular del magistrado del TC Rodríguez-Zapata Pérez, donde define y defiende sin rubor el orden constitucional creado por y para los hombres: -« (...) el nuevo orden político estableció, en palabras de Sieyès, que “el ciudadano es el hombre desprovisto de toda clase o grupo y hasta de todo interés personal; es el individuo como miembro de la comunidad despojado de todo lo que pudiera imprimir a su personalidad un carácter particular”. Sobre este concepto de ciudadano se edifica el régimen representativo, afirmándose en el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que “La ley es la expresión de la voluntad general. ... Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos” »-. El magistrado olvida que precisamente ése es el problema. Necesitamos reescribir la definición de Sieyès y ampliar la declaración de derechos del hombre y del ciudadano a la mujer y a la ciudadana, para que la ley sea la expresión de la voluntad general.

⁵⁹ Julia SEVILLA MERINO, *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d’Estudis de la Dona, Valencia 2004, desarrolla en toda su amplitud el concepto de democracia paritaria.

DOCTRINA

En las Naciones Unidas, la Declaración y el Programa de acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín (septiembre de 1995), insistían en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de las responsabilidades, de los poderes y de los derechos -los Estados parte se comprometieron en Pekín a «adoptar medidas, incluso en los sistemas electorales, cuando proceda, que alienten a los partidos a incorporar mujeres en los puestos públicos electivos»-, ya que se consideraba que «conseguir el objetivo de la igualdad de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones, proporcionará un equilibrio que reflejará de manera más adecuada la composición de la sociedad, necesaria además para el buen funcionamiento de la democracia». Y se insistía sobre lo mismo, cinco años más tarde en la sesión de la Asamblea general celebrada en Nueva York.

La Recomendación 96/694/CE del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de decisión, consideraba que «una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones puede generar diferentes ideas, valores y comportamientos, en el sentido de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres» por lo que «conviene adoptar orientaciones para promover una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones con la finalidad de lograr la igualdad de oportunidades»⁶².

Y es que a nadie se le ocultaba que el porcentaje de mujeres en las Cámaras representativas⁶³, en los gobiernos, en definitiva, en todos los órganos de decisión, no guardaba proporción alguna con el número de mujeres que integran el cuerpo electoral.

Y continuamos sin ver esta presencia equilibrada de mujeres y hombres en el año 2007, a pesar de que como dice el Tribunal Constitucional en el FJ 2 de la sentencia 12/2008, que avala la constitucionalidad de la LO 3/2007 en lo que se refiere a la reforma de la LOREG –art.44 bis-, todos los textos citados “ponen de relieve que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos”.

Ahora bien, como hemos visto, conseguir la paridad no es únicamente una cuestión de candidaturas, sino algo mucho más complejo. La paridad debe llegar a todo el contenido del art. 23.2 de la Constitución: acceso, permanencia, funciones, designaciones de cargos públicos.

Porque si los derechos fundamentales, como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» -STC 25/1981, de 25 de febrero- y constituyen mandatos de acción dirigidos a los poderes públicos, quiere decir que demandan políticas activas a favor de su plena realización. El artículo 9.2 de la Constitución española obligaba a los poderes públicos a actuar para hacer posible el pleno disfrute del derecho de las mujeres a acceder a los cargos públicos, cumpliendo el deber, no sólo de remover los obstáculos que lo dificultaban, sino «promoviendo las condiciones» para que la igualdad en el ejercicio de este derecho sea real y efectiva. Cosa, que como hemos visto, no había sucedido de una manera generalizada hasta el año 2007.

Ahora bien, para que las diferencias anatómicas de la humanidad no puedan seguir programando diferencias sociales, jurídicas o, incluso, constitucionales, el art. 9.2 no ha sido suficiente. Sería necesaria una base constitucional expresa para la paridad democrática. Porque la paridad, rompe con el «universal» masculino que deja fuera a la mitad femenina de la especie, y establece el carácter político de la igualdad de mujeres y hombres. Establecer la paridad en el acceso, permanencia y desempeño de los cargos públicos es, en definitiva, acabar

⁶⁰ Previamente el art. 4 señalaba: «la adopción por los Estados partes de medidas transitorias especiales dirigidas a acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre los hombres y las mujeres no puede considerarse un acto de discriminación tal y como es definido por la presente Convención».

⁶¹ “PORQUE la igualdad formal y real entre las mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano. PORQUE las mujeres representan más de la mitad de la población. La democracia exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones”, comienza diciendo la Declaración de Atenas de 1992 - <http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/atenas.htm> -.

⁶² Los textos adoptados en la IV Conferencia europea sobre igualdad entre hombres y mujeres, celebrada en Estambul, en noviembre de 1997, expresaban la misma idea.

⁶³ En la Unión Europea la participación de las mujeres en 2002 era la siguiente: Suecia 42,7 por 100, Dinamarca 37,4 por 100, Finlandia 36,5 por 100, Holanda 36 por 100, Alemania 30,9 por 100, España 28,3 por 100, Austria 26,8 por 100, Bélgica 23,3 por 100, Luxemburgo 20 por 100, Inglaterra 18,4 por 100, Portugal 17,4 por 100, Irlanda 12 por 100, Italia 11,3 por 100, Francia 10,9 por 100, Grecia 10,3 por 100. Fuera de la UE: Noruega 36,4 por 100, Suiza 23 por 100, Estados Unidos 12,9 por 100, Japón 5 por 100 (Fuente: Unión Interparlamentaria). La Unión Interparlamentaria -ver <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>- ha contribuido a hacer visible la casi general subrepresentación femenina en las diferentes asambleas nacionales de la Unión Europea: «El concepto de democracia solamente asumirá un significado verdadero y dinámico, cuando tanto las medidas políticas como la legislación nacional sea responsabilidad conjunta de hombres y mujeres que proyecten una mirada equitativa sobre los intereses y aptitudes de ambas mitades de la población».

DOCTRINA

con la «discriminación positiva» que han tenido los varones desde la creación del Estado constitucional –hecho por y para ellos- y, más tarde, escudándose en un genérico supuestamente universal que nunca ha incluido a las mujeres en pie de igualdad material.

Hasta que el carácter mixto de nuestra especie, no encuentre su expresión en todas las definiciones del derecho constitucional – soberanía, pueblo, democracia.....- y la igualdad de mujeres y hombres no se enuncie expresamente como el principio básico del orden constitucional y de la vida política, estaremos perpetuando el contenido diferente de los derechos para unas y para otros⁶⁴.

Porque incluir a mujeres y hombres en nuestra democracia no es sólo una cuestión nominal, sino una cuestión vital, de suma importancia: se trata tanto de incluir a las mujeres como de incluir lo femenino, además de lo masculino, en nuestra vida pública. No se trata únicamente de incluir “nominadamente” a las mujeres en las listas electorales y en los diferentes cargos para que ellas y ellos gestionen el universo masculino⁶⁵. Se trata de concebir al sujeto “pueblo” como sujeto político que incluye a personas de uno y otro sexo, es decir, del reconocimiento expreso de las mujeres, junto a los hombres, como sujetos político-constitucionales⁶⁶. Y desde esa base se debe concebir la representación política⁶⁷. Nuestras y nuestros representantes, reflejo de un pueblo de mujeres y hombres iguales en derechos y deberes, definirán eso que denominamos interés general teniendo en cuenta las aportaciones y necesidades de unas y otros.

La democracia paritaria es, en definitiva, algo mucho más profundo que una participación en una lista electoral.

Unión Europea

IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EUROPA. COMENTARIO AL INFORME 2008 DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES

A petición del Consejo Europeo de Jefes de Estado y Gobierno, la Comisión de las Comunidades Europeas viene elaborando anualmente desde 2004 un informe sobre la igualdad entre hombres y mujeres en Europa, que tiene su razón de ser en la consideración de dicha igualdad como un valor esencial de la Unión, con amplio reflejo normativo en los textos básicos de ésta⁶⁸.

El Quinto de estos informes⁶⁹ ha sido emitido por la Comisión el 23 de Enero de este año, con la finalidad de analizar el estado de la cuestión durante el año 2007, significativo no sólo por la ampliación de la Unión a dos nuevos Estados Miembros, sino más específicamente por lo que constituye el objeto del Informe, por la celebración de acontecimientos como el 50º aniversario de la política europea de igualdad entre hombres y mujeres y, también, por la aplicación de iniciativas de 2006 en el campo de la igualdad, como el Plan de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres 2006-2010⁷⁰ y el Pacto por la Igualdad del Consejo.

⁶⁴ M^a del Mar ESQUEMBRE VALDÉS, “Género y ciudadanía, mujeres y constitución” en *Feminismo/s*, n° 8, 2006, pp. 35-51, analiza la construcción de esta desigualdad de mujeres y varones en el estado constitucional.

⁶⁵ Un ejemplo de esta apropiación masculina de “lo público” ha sido, que se haya hablado del nuevo art. 44 bis de la LOREG, como del que establece la cuota femenina cuando lo que sucede es lo que explica el FJ 3 de la STC 12/2008: “no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo 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). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo”.

⁶⁶ Un ejemplo de lo que propongo puede verse en el “Informe sobre las bases para la incorporación de la perspectiva de género en las reformas de los estatutos de autonomía” hecho por la Red feminista de Derecho Constitucional y publicado en Teresa FREIXES SANJUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 429-847, o la síntesis de lo ahí expuesto pp. 849-854.

⁶⁷ Un paso en esa dirección es lo expresado en el FJ 7 de la STC 12/2008: “Se pretende, en suma, que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos. No de su contenido ideológico o político, sino del precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política: *la igualdad radical del hombre y la mujer*. Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concorra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta”.

⁶⁸ Cfr. art. 23 de la Carta de derechos fundamentales de la Comunidad Europea; arts. 2 y 3, parágrafo 2 del Tratado CE; art. 20 de la Carta social europea; punto 16 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

DOCTRINA

Al igual que en ocasiones anteriores, este Quinto Informe se estructura, tras una breve introducción, en dos grandes apartados que resumen, respectivamente, los principales avances realizados durante el año en esta materia, y los retos y orientaciones que propone para el futuro, todo ello sobre la base de un amplio y detallado análisis estadístico que se incorpora al Informe como Anexo.

En el capítulo de los avances obtenidos en 2007, el Informe refleja en primer lugar innegables progresos de carácter cuantitativo en el ámbito del empleo, dentro el marco de los objetivos primordiales de la Estrategia Europea de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Así, a pesar de que la mera disparidad de tasas de empleo entre hombres y mujeres resulta preocupante, los datos estadísticos obtenidos revelan que una vez más el principal factor del crecimiento continuo del empleo en la Unión ha sido el empleo femenino, hasta el punto de que el objetivo del 60% de tasa de empleo de las mujeres en 2010 se revela más que asequible e, incluso, se observa una mayor progresión en la tasa de empleo femenino entre los trabajadores de más de 55 años.

Sin embargo, la mejora en el empleo que la Estrategia de Lisboa contemplaba como objetivo no era únicamente cuantitativa, sino también cualitativa, pese a lo cual los avances que recoge el Informe en la calidad del empleo femenino son escasos o nulos, ya que no se registra progreso significativo en tres indicadores fundamentales en este aspecto como son las diferencias de remuneración, la segregación sectorial y la presencia en puestos de responsabilidad (segregación vertical).

Con respecto a las disparidades en la remuneración, se ha afirmado que aunque en gran parte pueden tener su origen en casos de discriminación directa, es preciso tener presente que a este dato también contribuye el hecho de que, como demuestran las estadísticas que incorpora el Informe, el empleo femenino está más concentrado que el masculino en el trabajo temporal y a tiempo parcial, a lo que cabe añadir una mayor presencia en los sectores con menor salario.

Por lo que se refiere a la segregación vertical, resulta llamativo que, pese a todos los esfuerzos realizados, el Informe de este año de nuevo refleje tan pobre situación: estancamiento en la presencia de mujeres en los puestos de responsabilidad empresarial (33%) y lento progreso en la política (23% de diputados nacionales; 33% de diputados europeos). Puede considerarse como una muestra de la preocupación que este punto suscita, la publicación por la Comisión de las Comunidades Europeas, el pasado día 8 de Marzo, de un informe con el título "Mujeres y hombres en puestos de responsabilidad en 2007 (Women and Men in decision-making)", con la finalidad de analizar la situación actual de este aspecto específico de la cuestión, así como las orientaciones adecuadas para avanzar hacia una mayor igualdad en el alto nivel político y empresarial. Cuando el Comisario Europeo de Igualdad de Oportunidades presentaba el documento, declaró: "Si creemos en los valores de la democracia, no podemos dejar que la mitad de la población se quede al margen de las estructuras de poder". La relación entre democracia y participación social femenina a la que aludía el Comisario Europeo es una referencia frecuente en los documentos de la Unión, afirmándose, por ejemplo, que la realización de la igualdad entre mujeres y hombres forma parte integrante del proceso que conduce hacia una verdadera democracia⁷¹. En este mismo sentido, el Plan de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres 2006-2010 pone de manifiesto que la "sub-representación persistente de las mujeres en la toma de decisiones constituye un déficit democrático". No es difícil compartir esta afirmación, especialmente si tenemos en cuenta que, como afirma la profesora J. Sevilla Merino, "las mujeres son el único caso que se ha dado en la historia de mayoría discriminada. No se conoce otro motivo por el que la discriminación afecte al 50 por 100 de la sociedad y por una causa inmodificable como es la pertenencia a un sexo"⁷².

Por lo que se refiere la segregación vertical en la empresa, el Comisario Europeo, en las mismas declaraciones afirmó que la igualdad también es positiva en el ámbito empresarial, por cuanto las economías europeas "deben aprovechar el pleno potencial de todos nuestros talentos". En cualquier caso, lo cierto es que, al menos por lo que se refiere al caso español, las herramientas del Estado para evitar la exclusión de la mujer en el poder político están resultando más firmes que las que pretenden la misma finalidad en el mundo empresarial: no hay más que comparar el tenor del artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva

⁶⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0010:FIN:ES:PDF>

⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones 2006-2010.

⁷¹ Actas de la IV Conferencia ministerial europea sobre igualdad entre mujeres y hombres -Estambul, Noviembre de 1997-.

⁷² Sevilla Merino, J., "La Participación Política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 11/2007, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2007.

DOCTRINA

va de mujeres y hombres, con la nueva redacción que prevé su Disposición Adicional Segunda para el nuevo artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Pero más allá de las disparidades salariales y de la segregación horizontal y vertical, el Informe también destaca la significativa caída de la tasa de empleo de mujeres con hijos frente al aumento en el caso de los hombres, así como, según adelantábamos párrafos atrás, la gran diferencia en la incidencia de modalidades de trabajo temporal y a tiempo parcial entre hombres y mujeres. Igualmente muestran los datos estadísticos que entre las mujeres es mucho más frecuente el paro de larga duración, mayor el riesgo de pobreza, y más cortas, más lentas y peor remuneradas las carreras profesionales.

Este es el resultado que arrojan las estadísticas a pesar de las iniciativas legislativas e institucionales llevadas a cabo en 2007 de las que da cuenta el Informe, como el apoyo de la Comisión a la Alianza Europea para las Familias; el control de transposición de la Directiva 2002/73/CE, sobre la igualdad de trato; la creación del Instituto Europeo de la Igualdad de Género; el firme compromiso de la Comisión en su Comunicación de 18 de Julio de 2007, en la lucha contra las diferencias de remuneración entre hombres y mujeres, y –especialmente- el desarrollo del Plan de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres antes referido. A pesar de todas estas iniciativas, el panorama que describe el Informe no le permite sino concluir que los esfuerzos realizados han dado fruto en el aspecto cuantitativo de la igualdad en el empleo, pero no en el cualitativo.

Para el avance en este aspecto, este Informe identifica como clave fundamental habilitar los medios que permitan la plena conciliación de la vida profesional y privada. Ya los Informes que anteceden a éste reflejaban cómo las diferencias en el empleo estaban originadas en gran medida en el desequilibrio entre la vida privada y la vida laboral de las mujeres y que, por tanto, la llave para conseguir una mayor igualdad está en erradicar los obstáculos para lograr ese equilibrio.

Tal como refleja, en nuestro país, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dentro de las familias han sido “en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal». El impacto de esta “tradicción” en la dimensión laboral de la mujer es indudable. Esa asunción mayoritaria por las mujeres de las tareas de atención familiar de niños y otras personas dependientes ha hecho que, a lo largo de años, calara en la mentalidad empresarial tradicional la idea de que la mujer que trabaja, tarde o temprano, abandonará su trabajo para dedicarse a esas atenciones, prejuicio que desincentiva tanto la contratación femenina, como la inversión por el empresario en su formación, lo que deriva a su vez en la limitación de su promoción, su remuneración y, finalmente, acaba por excluir su presencia en los puestos de dirección.

En esta línea, el Plan de Trabajo de la Comisión para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres tiene, precisamente, como área prioritaria de actuación la conciliación de la vida profesional y privada y este Quinto Informe refiere cómo en el marco del mismo la Comisión ha lanzado consultas formales a los interlocutores sociales, a resultas de las cuales podrá presentar las oportunas propuestas para mejorar el *marco legislativo*. Sin embargo, como observaba la Dra. I. Trujillo en el comentario que en su día publicó esta revista sobre el Tercer Informe, aún es escasa la eficacia de las políticas legislativas en este sentido y es deseable que se complementen con una adecuada acción social, sin la cual es difícil que la letra legal consiga un avance efectivo.

Por su parte, en este camino hacia la mejora cualitativa del empleo femenino el Informe recopila en el capítulo referente a los nuevos retos y orientaciones una serie de propuestas muy diversas, que van desde las que inciden de forma directa en la regulación del mercado de trabajo, pasando por las que procuran servicios de calidad de apoyo a la conciliación, hasta las que pretenden promover la lucha contra los estereotipos.

Así, se propone, en aplicación del concepto de *flexiguridad* y del principio de responsabilidad compartida, establecer modalidades innovadoras y adaptables de trabajo y de permisos que, al mismo tiempo, propicien la permanencia en el empleo y favorezcan el reparto de las tareas domésticas y familiares. También se destaca, en la línea de lo anteriormente comentado, la necesidad de asegurar que el perfeccionamiento profesional permita la puesta en valor de todos los ciclos de la vida laboral del trabajador e –igualmente- una representación equilibrada en los puestos de decisión. Para lograr los referidos fines, debe aprovecharse al máximo el potencial que

DOCTRINA

ofrecen los Fondos Estructurales, también por lo que se refiere a los servicios de apoyo a la conciliación, con respecto a los cuales subraya el Informe -un año más- la necesidad de que los Estados mejoren la disponibilidad y accesibilidad de estos servicios, tanto los de cuidado de niños, como los de otras personas en situación de dependencia. En esta ocasión, se señala especialmente la importancia de incidir en la flexibilidad de los horarios y en la calidad de estos servicios, garantizando la formación continua y la cualificación de su personal, así como la valoración social del trabajo que desempeñan.

El Informe propone asimismo la utilización de mecanismos institucionales en apoyo a los compromisos políticos y a la aplicación de la legislación, de tal forma que se desarrollen las capacidades y la efectividad de los principales actores y organismos que trabajan por la igualdad a la hora de integrar una perspectiva de género en su actuación.

Pero la propuesta más relevante que recoge el Informe, y que es también otra de las prioridades del Plan de Trabajo de la Comisión antes referido, es la lucha contra los estereotipos. Se afirma que estos son un obstáculo al pleno desarrollo de las propias aspiraciones y capacidades, en tanto que influyen en las decisiones individuales sobre educación, formación, empleo, participación en tareas domésticas, representación en puestos de responsabilidad y valoración del propio trabajo. Se trata, por tanto, de aclarar el camino a la consecución de aspiraciones individuales. Este nuevo enfoque parece suavizar otros más economicistas, que también se encuentran en el documento, según los cuales la igualdad sería necesaria en tanto que favorece a la productividad, mientras la conciliación de la vida profesional y la familiar sería precisa por cuanto posibilita la recuperación de la natalidad y, por tanto, el sostenimiento del Estado del bienestar.

En la lucha contra el estereotipo, el Informe apela a la mayor sensibilización de los profesionales de la formación, partiendo de que estas imágenes deformadas deben combatirse desde la primera infancia, siendo así que la evolución de la educación en Europa ha demostrado que el tratamiento transversal de estos contenidos no ha dado el resultado esperado, surgiendo como alternativa su inclusión en áreas de conocimiento específicas.

Pero también implica el Informe en esta lucha a los medios de comunicación, que deben promover una imagen realista de las competencias de hombre y mujer en lugar de imágenes estereotipadas de éstos. Por su evidente poder de influencia en el público, la contribución por parte de los medios y, en especial, de la publicidad, en la perpetuación de la imagen estereotipada de la mujer, está fuera de toda duda y justifica, tanto la escasa base de eventuales argumentos en contra basados en la libertad de expresión, como los límites y obligaciones que les imponga la ley. A pesar de que se trata de una antigua lucha, estudios como el de el Dr. R. López Lita y la Dra. Bernad Monferrer, denuncian que, años después de haberse lanzado la Plataforma de Acción de Beijing (ONU, *Plate-forme d'action de Beijing*, 1995), no se aprecia una mejora sustancial de la situación, y que, de las propuestas y recomendaciones incluidas por la Comisión Europea en el estudio que realizó sobre las imágenes de la mujer en los medios, son pocas las que se han implementado de forma efectiva⁷³.

La implicación en esta lucha contra el estereotipo debe, por tanto, extenderse a toda la sociedad. Sería deseable que así lo asumiera ésta *al completo*, en especial aquellas personas que ocupan posiciones de liderazgo. Sin embargo, incluso desde Estados fundadores de la Unión Europea, aún llegan manifestaciones de algunos líderes políticos al frente de poderes públicos nacionales, que -por ejemplo- se refieren jocosamente a la dificultad de presidir un Ejecutivo con más mujeres que hombres.

El Informe concluye invitando al Consejo a exhortar con firmeza a los Estados Miembros a que hagan frente a los retos que describe, concretamente colaborando con los interlocutores sociales y la sociedad civil. Esperemos que ésta última se implique, no con grandes pronunciamientos, sino con gestos efectivos en el día a día, gestos individuales que lleven a hechos concretos y tangibles las aspiraciones del papel de la ley. Porque sólo con esta colaboración tendremos alguna oportunidad de que el Informe del próximo año refleje alguna novedad significativa con respecto a los de los anteriores. **(Rocío Ayala Blanca, Abogada).**

⁷³ López Lita, R., y Bernad Monferrer, E., "Publicidad, medios de comunicación y segregación ocupacional de la mujer: perpetuación y superación de los estereotipos de género y sus consecuencias en el mercado de mano de obra", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n° 67/2007. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

LEGISLACIÓN

PROTOCOLO N.º 12 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES⁷⁴

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo,

Teniendo en cuenta el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual amparo de la ley;

Resueltos a tomar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de una prohibición general de discriminación mediante el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo denominado «el Convenio»);

Reiterando que el principio de no discriminación no impide a los Estados Partes tomar medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable; Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1 Prohibición general de la discriminación.

1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1.

Artículo 2 Aplicación territorial.

1. Cualquier Estado, en el momento de la firma, o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, podrá designar el o los territorios a los que se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado, en cualquier otro momento posterior, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, podrá hacer extensiva la aplicación del presente Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor con respecto a ese territorio el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Cualquier declaración hecha en virtud de los dos

apartados precedentes podrá retirarse o modificarse, por lo que se refiere al territorio designado en esa declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada o la modificación surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

4. Toda declaración realizada conforme al presente artículo se considerará hecha conforme al apartado 1 del artículo 56 del Convenio.

5. Cualquier Estado que haya hecho una declaración conforme al apartado 1 o 2 del presente artículo podrá declarar en cualquier momento posterior, con respecto a uno o varios territorios a que se refiere esa declaración, que acepta la competencia del Tribunal para conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, como prevé el artículo 34 del Convenio, en virtud del artículo 1 del presente Protocolo.

Artículo 3 Relaciones con el Convenio.

Los Estados Partes considerarán los artículos 1 y 2 del presente Protocolo artículos adicionales al Convenio y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.

Artículo 4 Firma y ratificación.

El presente Protocolo está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio. Estará sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Ningún Estado miembro del Consejo de Europa podrá ratificar, aceptar ni aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado previa o simultáneamente el Convenio. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 5 Entrada en vigor.

1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha en que diez Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su

⁷⁴ El Instrumento de ratificación del este Protocolo se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 64, de 14 de marzo de 2008 (pp.15299 – 15304). El Protocolo completa el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el día de 4 de noviembre de 1950, cuyo texto refundido se ha publicado por Resolución de 5 de abril de 1999 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

LEGISLACIÓN

consentimiento en quedar vinculados por el presente Protocolo conforme a lo dispuesto en su artículo 4.

2. Para todo Estado miembro que exprese posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el presente Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

Artículo 6. Funciones del depositario.

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a todos los Estados miembros del Consejo de Europa:

- a) Toda firma;
- b) el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación;
- c) toda fecha de entrada en vigor del presente Protocolo, conforme a sus artículos 2 y 5;
- d) cualquier otro acto, notificación o comunicación que tengan relación con el presente Protocolo.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a estos efectos, han firmado el presente Protocolo.

Hecho en Roma, el 4 de noviembre de 2000, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

MEMORIA EXPLICATIVA

I. El Protocolo n.º 12 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha sido elaborado en el Consejo de Europa por el Comité Director de Derechos Humanos (CDDH). Quedó abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 2000.

II. El texto de la memoria explicativa, preparado por el CDDH y adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000, no constituye un instrumento de interpretación auténtica del texto del Protocolo, aunque puede facilitar la comprensión de las disposiciones contenidas en el mismo.

Introducción

1. El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». El principio de igualdad y de no discriminación constituye un elemento fundamental del derecho internacional en materia de derechos humanos. Se afirmó como tal en el artículo 7 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en las disposiciones similares que figuran en otros instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. La disposición pertinente del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en la materia es el artículo 14. No obstante, la protección ofrecida por el artículo 14 por lo que se refiere a la igualdad y a la no discriminación es limitada, comparada con la que se prevé en las disposiciones de otros instrumentos internacionales. Esto se debe principalmente a que el artículo 14, a diferencia de las disposiciones contenidas en otros instrumentos, no enuncia una prohibición independiente relativa a la discriminación, ya que sólo la proscribire por lo que se refiere al «goce de los derechos y libertades» definidos en el Convenio. Desde 1950, se han expresado en el artículo 5 del Protocolo n.º 7 al CEDH ciertas garantías específicas adicionales relativas únicamente a la igualdad entre cónyuges.

2. Desde los años 60, se han propuesto y estudiado distintos medios para asegurar garantías adicionales en el ámbito de la igualdad y de la no discriminación por medio de un protocolo al Convenio, tanto por la Asamblea Parlamentaria como por los comités de expertos intergubernamentales competentes del Consejo de Europa, pero los trabajos llevados a cabo en estos últimos años en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres y de la lucha contra el racismo y la intolerancia han dado un nuevo impulso a esta iniciativa. La cuestión de un eventual reforzamiento de las garantías del CEDH a este respecto ha sido estudiada activamente por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), el Comité Director para la Igualdad entre Hombres y Mujeres (CDEG) y el Comité Director de Derechos Humanos (CDDH).

3. Los participantes en el 7.º Coloquio Internacional sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Copenhague, Oslo y Lund, 30 de mayo -2 de junio de 1990) afirmaron que los principios de igualdad y de no discriminación eran elementos esenciales del derecho internacional en materia de derechos humanos. En cuanto a la ampliación, por medio del desarrollo de la jurisprudencia de Estrasburgo, de la protección ofrecida por el artículo 14 del Convenio más allá del límite anteriormente mencionado (véase apartado 1 anterior), reconocieron que existían pocas posibilidades de expansión jurisprudencial sobre ese punto, debido a que la prohibición expresada en el artículo 14 tiene un carácter netamente accesorio con respecto a otras garantías de fondo del Convenio.

4. Desde 1990, el Comité Director para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y la Comisión Europea con-

LEGISLACIÓN

tra el Racismo y la Intolerancia han llevado primero de manera independiente y en perspectivas específicas el estudio de un eventual reforzamiento de las garantías del Convenio con respecto a la igualdad y a la no discriminación.

5. En el transcurso de sus trabajos, el CDEG ha subrayado la ausencia, en el marco de los instrumentos vinculantes del Consejo de Europa, de protección jurídica de la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental independiente. Considerando que una norma jurídica a estos efectos constituía una de las condiciones esenciales para alcanzar la igualdad de jure y de facto, el CDEG concentró la mayor parte de sus actividades en la inclusión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de un derecho fundamental de la mujer y del hombre a la igualdad. Los trabajos del CDEG han desembocado en la propuesta circunstancial de introducir ese derecho en un protocolo al CEDH. En 1994, el Comité de Ministros encargó al Comité Director de Derechos Humanos que estudiase la necesidad y viabilidad de esa medida, teniendo en cuenta, entre otros, el informe presentado por el CDEG. Sobre la base de los trabajos de su Comité de Expertos para el Desarrollo de los Derechos Humanos (DH-DEV), el CDDH convino, en octubre de 1996, en que era necesario que el Consejo de Europa adoptase normas en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, pero situándose en el plano del principio de la universalidad de los derechos humanos, expresó reservas con respecto a un proyecto de protocolo basado en un enfoque sectorial. A raíz de una solicitud presentada por el CDDH, el Comité de Ministros le encargó, en diciembre de 1996, que estudiase soluciones de tipo normativo acerca de la igualdad entre hombres y mujeres, distintas del proyecto de protocolo específico al CEDH, y que le sometiese sus propuestas a este respecto.

6. Entretanto, como consecuencia directa de la primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros celebrada en Viena los días 8 y 9 de octubre de 1993, se intensificaron los trabajos del Consejo de Europa sobre los problemas del racismo y de la intolerancia. La Declaración y el Plan de Acción sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia adoptados en esa ocasión expresaban la inquietud frente al resurgir de esos fenómenos, así como al desarrollo de un clima de intolerancia. En el marco del acercamiento global del tratamiento de esos problemas, definidos en el Plan de Acción, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron crear la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), a la que encargaron, entre otras cosas, que actuase para reforzar las garantías contra

toda forma de discriminación y, para ello, que estudiase los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en la materia con vistas a su necesario reforzamiento.

7. Después de haber estudiado todos los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos que trataban de las cuestiones de discriminación, la ECRI transmitió sus conclusiones al Comité de Ministros. Consideraba que la protección ofrecida por el CEDH contra la discriminación racial debía reforzarse mediante un protocolo adicional que contuviese una cláusula general de protección contra la discriminación por razones de raza, color, lengua, religión u origen étnico o nacional. Al proponer un nuevo protocolo, la ECRI reconocía que sólo el derecho no bastaría para eliminar el racismo en sus múltiples formas con respecto a distintos grupos y, al mismo tiempo, subrayaba que la lucha a favor de la justicia racial no podía prescindir del derecho. La ECRI estaba convencida de que la consagración del derecho a la protección contra la discriminación racial como derecho fundamental del ser humano constituiría una etapa importante en la lucha contra las violaciones manifiestas de los derechos humanos resultantes del racismo y la xenofobia. Subrayaba que las actitudes discriminatorias y la violencia racista se estaban difundiendo actualmente en numerosos países europeos y constataba que el resurgimiento de las ideologías racistas y de las intolerancias religiosas añadía a las tensiones cotidianas que conocían nuestras sociedades un intento de legitimación de la discriminación.

8. A la luz de la propuesta de la ECRI, el Comité de Ministros decidió encargar al Comité Director para los Derechos Humanos, en abril de 1996, el estudio de la oportunidad y viabilidad de un instrumento jurídico contra el racismo y la intolerancia, teniendo en cuenta el informe circunstanciado de la ECRI sobre el reforzamiento de la cláusula de no discriminación del CEDH.

9. Sobre la base de los trabajos preparatorios efectuados por el DH-DEV, que incluían la determinación de los argumentos a favor y en contra de las distintas soluciones de tipo normativo que se podían considerar (un protocolo adicional, basado en la propuesta de la ECRI, un protocolo adicional que ampliase de manera general el ámbito de aplicación del artículo 14, un acuerdo-marco u otro convenio, una recomendación del Comité de Ministros), el CDDH adoptó, en octubre de 1997, un informe a la atención del Comité de Ministros relativo tanto a la cuestión de la igualdad entre hombres y mujeres como a la del racismo y la intolerancia. El CDDH consideraba que un protocolo adicional al CEDH era oportuno y factible, tanto como solución de tipo normativo en cuanto a la igual-

LEGISLACIÓN

dad entre hombres y mujeres como en cuanto instrumento jurídico contra el racismo y la intolerancia.

10. Sobre la base de ese informe el Comité de Ministros, en su 622.^a reunión de Delegados de los Ministros (10 y 11 de marzo de 1998) encomendó al CDDH la redacción del protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ampliase de manera general el ámbito de aplicación de su artículo 14, y contuviese una lista no exhaustiva de los motivos de discriminación.

11. En 1998 y 1999, el CDDH y su comité de expertos, el DH-DEV, elaboraron el proyecto de protocolo y el proyecto de una memoria explicativa. Como ocurrió en las etapas anteriores de esa actividad, el CDEG y la ECRI se asociaron a esos trabajos por medio de sus representantes. A lo largo de ese periodo, los participantes en el Coloquio Europeo Regional «Todos afectados -La eficacia de la protección de los derechos humanos cincuenta años después de la Declaración Universal» (Estrasburgo 2-4 de septiembre de 1998), organizado por el Consejo de Europa como contribución a la conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como por el Comité de Ministros, a través de su declaración política, adoptada el 10 de diciembre de 1998, con ocasión de ese mismo aniversario, se expresaron a favor de una conclusión rápida de la redacción del proyecto de protocolo.

12. El CDDH, después de consultar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la Asamblea Parlamentaria y a otras instancias del Consejo de Europa, concluyó el texto del proyecto de protocolo en su reunión extraordinaria de 9 y 10 de marzo de 2000, y decidió transmitírselo al Comité de Ministros, con el proyecto de memoria explicativa.

13. El Comité de Ministros adoptó el texto del Protocolo el 26 de junio de 2000, en la 715.^a reunión de Delegados de los Ministros, y lo abrió a la firma por los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 2000.

Comentarios a las disposiciones del Protocolo

Preámbulo

14. El breve preámbulo hace referencia, en el primer párrafo, al principio de igualdad ante la ley y de igual amparo de la ley. Se trata de un principio general fundamental y muy arraigado, y de un elemento esencial de la protección de los derechos humanos reconocido en las constituciones de los Estados miembros y en el derecho internacional en materia de derechos humanos (véase también el apartado 1 anterior).

15. Aunque el principio de igualdad no aparezca explícitamente en el texto del artículo 14 del

Convenio ni en el artículo 1 del presente Protocolo, conviene indicar que los principios de no discriminación y de igualdad están estrechamente ligados. Por ejemplo, el principio de igualdad exige que situaciones iguales se traten de manera igual y que situaciones desiguales de manera diferente. Toda vulneración a este respecto se considerará discriminación, a menos que exista una justificación objetiva y razonable (véase el apartado 18 siguiente). En su jurisprudencia relativa al artículo 14, el Tribunal ya ha hecho referencia a la «igualdad de trato» (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de 23 de julio de 1968 en el asunto «lingüística belga», Serie A, n.º 6, apartado 10) o a la «igualdad de sexos» (véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de mayo de 1985 del caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/ el Reino Unido, Serie A, n.º 94, apartado 78).

16. El tercer párrafo del preámbulo hace referencia a las medidas tomadas para promover una igualdad plena y efectiva, y reitera que dichas medidas no está prohibidas por el principio de no discriminación, en la medida en que responden a una justificación objetiva y razonable (este principio aparece ya en ciertas disposiciones internacionales existentes: véase, por ejemplo, el apartado 4 del artículo 1 del Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el apartado 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y, a nivel regional, el apartado 3 del artículo 4 del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales). El hecho de que ciertos grupos o categorías de personas sean desfavorecidos o la existencia de ciertas desigualdades de hecho puede constituir una justificación para la adopción de medidas por las que se concedan ventajas específicas para promover la igualdad, a condición de que se respete el principio de proporcionalidad. En efecto, varios instrumentos internacionales obligan o alientan a los Estados a adoptar medidas positivas (véase, por ejemplo, el apartado 2 del artículo 2 del Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el apartado 2 del artículo 4 del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, así como la Recomendación n.º R (85) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la protección jurídica contra la discriminación por razón de sexo). No obstante, el presente protocolo no impone ninguna obligación de adoptar tales medidas. En efecto, tal obligación de carácter programático se ajustaría mal al carácter global del Convenio y de su sistema de control, que se basan en una garantía colectiva de los derechos individuales establecidos en términos suficientemente específicos para ser justiciables.

LEGISLACIÓN

Artículo 1 Prohibición general de la discriminación.

17. Este artículo contiene las principales disposiciones de fondo del Protocolo. Su formulación se apoya en las siguientes consideraciones generales.

18. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado de manera constante la noción de discriminación en su jurisprudencia relativa al artículo 14 del Convenio. Esta jurisprudencia ha destacado claramente, en particular, que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivalían a una discriminación. Como ha indicado el Tribunal, por ejemplo, en la sentencia relativa al asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/ el Reino Unido*, «una distinción es discriminatoria si ‘carece de justificación objetiva y razonable’, es decir, si no persigue un ‘objetivo legítimo’ o si no existe ‘relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido’» (sentencia de 28 de mayo de 1985, Serie A, n.º 94, apartado 72). El significado de la palabra «discriminación» en el artículo 1 es idéntica al que se da en el contexto del artículo 14 del Convenio. La formulación francesa de ese artículo 1 («sans discrimination aucune», sin discriminación alguna) difiere ligeramente de la del artículo 14 («sans distinction aucune» sin distinción alguna), pero no implica un significado diferente; por el contrario, se trata de una adecuación terminológica para ilustrar mejor el concepto de discriminación en el sentido del artículo 14, alineando el texto francés con el texto inglés (véase, sobre este punto preciso, la sentencia de 23 de julio de 1968 en el asunto «lingüística belga», Serie A, n.º 6, apartado 10).

19. En la medida en que no toda distinción o diferencia de trato equivale a discriminación, y debido al carácter general del principio de no discriminación, no se ha considerado necesario ni oportuno incluir una cláusula restrictiva en el presente Protocolo. En el derecho de la mayoría, si no de la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa, se realizan ciertas distinciones basadas en la nacionalidad, por ejemplo, en cuanto a ciertos derechos o prestaciones. Las situaciones en que esas distinciones son perfectamente aceptables están suficientemente salvaguardadas por el propio significado de la noción de «discriminación», tal como se describe en el apartado 18 anterior, ya que las distinciones para las que existe una justificación objetiva y razonable no constituyen discriminación. Además, conviene recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se deja cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar si las diferencias entre situaciones a otros efectos análogos justifican distinciones de trato jurídico y en qué medida. La amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto

(véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de noviembre de 1984 sobre el asunto *Rasmussen c/ Dinamarca*, Serie A, n.º 87, apartado 40). Por ejemplo, el Tribunal ha reconocido un amplio margen de apreciación por lo que se refiere a la elaboración y aplicación de la política fiscal (véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de octubre de 1997 sobre el asunto *National and Provincial Building Society y otros c/ el Reino Unido*, compendio de sentencias y resoluciones 1997-VII, apartado 8).

20. La lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 es idéntica a la del artículo 14 del Convenio. Esta solución se ha considerado preferible a otras, como la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales (por ejemplo, la minusvalía física y psíquica, la orientación sexual, la edad), no por desconocer que, en las sociedades actuales, esos motivos han adquirido una importancia particular frente a la época de la redacción del artículo 14 del Convenio, sino porque tal inclusión se ha considerado inútil desde el punto de vista jurídico, ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva, y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos no mencionados. Se recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha aplicado el artículo 14 con respecto a motivos de discriminación que no se mencionan en esa disposición (véase, por ejemplo, por lo que se refiere al motivo de orientación sexual, la sentencia de 21 de diciembre de 1999 sobre el asunto *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*).

21. El artículo 1 prevé una cláusula general de no discriminación, y de este modo el alcance de la protección que ofrece va más allá del «goce de los derechos y libertades reconocidos en el [presente] Convenio».

22. En particular, el alcance de la protección adicional en virtud del artículo 1 se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación:

- i. en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional;
- ii. en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional, es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera;
- iii. por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones);
- iv. debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de las leyes para sofocar una revuelta).

23. A este respecto, se ha considerado inútil especifi-

LEGISLACIÓN

car cuáles de esos cuatro elementos estaban regulados respectivamente por el primer apartado del artículo 1, y cuáles por el segundo apartado. Los dos apartados son complementarios y su alcance combinado hace que los cuatro elementos estén regulados por el artículo 1. Conviene tener presente también que la distinción entre las categorías i. a iv no es neta, y que los sistemas jurídicos nacionales pueden tener distintos enfoques para determinar si un caso concreto entra en una u otra de esas categorías.

24. La formulación del artículo 1 refleja un enfoque equilibrado de eventuales obligaciones positivas de las Partes en virtud de esa disposición. La cuestión que se plantea aquí es en qué medida el artículo 1 obliga a las Partes a tomar medidas para prevenir la discriminación, incluso en las relaciones entre particulares (lo que se califica como «efectos horizontales indirectos»). Se plantea la misma cuestión por lo que respecta a las medidas para poner fin a casos de discriminación. Aunque no se pueden excluir globalmente tales obligaciones positivas, el objetivo principal del artículo 1 es establecer para las Partes una obligación negativa: la de abstenerse de toda discriminación contra los individuos.

25. Por una parte, el artículo 1 garantiza la protección contra la discriminación por parte de las autoridades públicas. Este artículo no pretende imponer a las Partes la obligación positiva general de tomar medidas para evitar o poner fin a cualquier caso de discriminación en las relaciones entre particulares. Un Protocolo adicional al Convenio, que, por esencia, enuncia derechos individuales justiciables formulados de manera concisa, no constituiría un instrumento apropiado para definir los distintos elementos de una obligación tan amplia, de carácter programático. Ya se han enunciado reglas específicas y más detalladas en el marco de convenios distintos, exclusivamente dedicados a la eliminación de la discriminación por las razones particulares a que se refieren esos convenios (véase, por ejemplo, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ambos elaborados en el marco de las Naciones Unidas). Está claro que no se podría interpretar el presente Protocolo como una restricción o una excepción a las disposiciones de derecho interno o de tratados que prevean una protección adicional contra la discriminación (véanse las observaciones relativas al artículo 3 en el apartado 32 siguiente).

26. Por otra parte, no se puede descartar totalmente que el deber de «asegurar» que figura en el primer apartado del artículo 1 implique obligaciones positivas. Esta cuestión puede plantearse, por ejemplo,

cuando exista un vacío manifiesto en la protección ofrecida por el derecho nacional contra la discriminación. Por lo que se refiere más específicamente a las relaciones entre particulares, la ausencia de protección contra la discriminación en esas relaciones podría ser tan neta y grave que implicaría claramente la responsabilidad del Estado y pondría en juego el artículo 1 del Protocolo (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia del Tribunal de 26 de marzo de 1985 sobre el asunto X e Y c/los Países Bajos, Serie A, n.º 91, apartados 23, 24, 27 y 30).

27. No obstante, el alcance de toda obligación positiva derivada del artículo 1 será probablemente limitado. Conviene tener muy presente que el alcance del primer apartado se halla restringido por la referencia al «goce de los derechos reconocidos por la ley» y que el segundo apartado especifica que «nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública». Además, conviene señalar que, por lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados, el artículo 1 del Convenio fija un límite general particularmente pertinente en los casos de discriminación entre particulares.

28. Se desprende de estas consideraciones que toda obligación positiva en el ámbito de las relaciones entre particulares se referiría, en el mejor de los casos, a las relaciones en la esfera pública normalmente regida por la ley, por la que el Estado tiene cierta responsabilidad (por ejemplo: la denegación arbitraria del acceso a un trabajo, el acceso a restaurantes o a servicios que puedan poner los particulares a disposición del público, como los servicios de sanidad o la distribución de agua y de electricidad, etc.). La manera precisa en que el Estado debería responder variará según las circunstancias. Está claro que no pueden verse afectados los asuntos puramente privados. La reglamentación de ese tipo de asuntos podría interferir también en el derecho de cada uno al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, garantizado por el artículo 8 del Convenio.

29. El primer apartado del artículo 1 hace referencia a «todos los derechos reconocidos por la ley». El objeto de esta expresión es definir el alcance de la garantía proporcionada por esa frase y limitar los eventuales efectos horizontales indirectos (véase el apartado 27 anterior). En la medida en que podría subsistir alguna duda sobre el hecho de que esa frase abarque por sí sola los cuatro elementos que constituyen el ámbito de aplicación adicional del Protocolo (esta cuestión podría plantearse en particular para los elementos iii. y iv -véase apartado 22 anterior), conviene recordar que los apartados 1 y 2 del artículo 1 son complementarios. Esto implica que esos cuatro elementos están

LEGISLACIÓN

regulados, en todos los casos, por el artículo 1 en su conjunto (véase apartado 23 anterior). El término «ley» puede abarcar igualmente el derecho internacional, pero eso no significa que esa disposición confiera al Tribunal Europeo de Derechos Humanos competencia para examinar el respeto de las reglas de derecho contenidas en otros instrumentos internacionales. 30. La fórmula «autoridad pública» que figura en el apartado 2 se ha tomado del apartado 2 del artículo 8, y del apartado 1 del artículo 10 del Convenio, y posee el mismo significado que en esas disposiciones. Abarca no sólo a las autoridades administrativas, sino también a los tribunales y a los órganos legislativos (véase el apartado 23 anterior).

Artículo 2 Aplicación territorial.

31. Este artículo consiste en la cláusula de aplicación territorial que figura en el modelo de cláusulas finales adoptado por el Comité de Ministros en febrero de 1980. El apartado 5 sigue de cerca el texto del apartado 4 del artículo 56 del Convenio.

Artículo 3 Relaciones con el Convenio.

32. El objeto de este artículo es precisar las relaciones de este Protocolo con el Convenio, indicando que todas las disposiciones de este último se aplicarán a los artículos 1 y 2 del Protocolo. Entre estas disposiciones, conviene llamar la atención, en particular, sobre el artículo 53 según el cual «ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos dere-

chos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte». Está claro que este artículo será aplicable a las relaciones entre el presente Protocolo y el propio Convenio. Se ha decidido no incluir en el Protocolo ninguna referencia al artículo 16 del Convenio.

33. Como ya se indicó en el apartado 21 anterior, el artículo 1 del Protocolo abarca la protección ofrecida por el artículo 14 del Convenio, pero su alcance es más amplio. Como Protocolo adicional, no modifica ni suprime el artículo 14 del Convenio, que seguirá pues aplicándose a los Estados Partes en el Protocolo. Existe pues un solapamiento entre las dos disposiciones. Conforme al artículo 32 del Convenio, toda cuestión de interpretación relativa a las relaciones precisas entre estas disposiciones será competencia del Tribunal.

Artículo 4. Firma y ratificación. Artículo 5. Entrada en vigor. Artículo 6. Funciones del depositario.

34. Las disposiciones de los artículos 4 a 6 corresponden a la formulación del modelo de cláusulas finales adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El presente Protocolo entró en vigor de forma general el 1 de abril de 2005 y para España entrará en vigor el 1 de junio de 2008 de conformidad con lo establecido en su Artículo 5.

REAL DECRETO 1618/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL FONDO DE GARANTÍA DEL PAGO DE ALIMENTOS⁷⁵

Mediante este real decreto el Gobierno de España aprueba las normas de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Con esta iniciativa política se aborda la solución de un problema social de indudable importancia y se avanza en la protección integral de las familias y de los hijos, cumpliendo el mandato del artículo 39 de la Constitución.

En nuestra sociedad actual se ha detectado un problema social derivado de los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos.

Estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente se producen, muy frecuentemente, de forma deliberada por la negativa del obligado al pago de alimentos a satisfacerlos y, en otros casos, por la imposibilidad real del deudor de hacerlos efectivos. En ambos supuestos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos menores y, con ello, para la unidad familiar en que se integran junto con la persona que los tiene bajo su guarda y custodia.

Este problema que afecta a los hijos menores y a las familias ha suscitado preocupación tanto en nuestro país como en el ámbito internacional. Prueba de ello son las diversas resoluciones en la materia adoptadas

⁷⁵ BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007, pp. 51371-6.

LEGISLACIÓN

por el Parlamento Europeo y las varias mociones y proposiciones aprobadas por el Parlamento español a lo largo de las Legislaturas IV, V y VII.

Es indudable que los poderes públicos deben dar cobertura y solución a estas situaciones de desatención de los hijos e hijas menores, proporcionando una adecuada garantía para la protección económica de las familias que se encuentren en estas circunstancias. Es en la actual Legislatura cuando el problema se ha abordado definitivamente. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, estableció en su disposición adicional decimovena que el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género.

Posteriormente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, reiteró en su disposición adicional única que el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos.

A consecuencia de estas previsiones legales, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, creó un Fondo, en su disposición adicional quincuagésima tercera, dotado inicialmente con diez millones de euros, destinado a garantizar, mediante un sistema de anticipos a cuenta, el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos. Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, consignó en su disposición transitoria décima primera una habilitación expresa al Gobierno para regular, en el presente año 2007, el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

Finalmente, el régimen jurídico del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos se ha completado con la previsión legal de que el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el importe total de los pagos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos, teniendo dicho importe la consideración de derecho

de naturaleza pública. Dicha previsión, junto con otras especialmente relevantes, como es la que contempla la colaboración entre los Tribunales y la Administración General del Estado en la ejecución de estos créditos públicos, se ha consignado en la disposición final quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos surge así para garantizar a los hijos e hijas menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de que disponga dicha unidad familiar es, lógicamente, el criterio central para determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica que justifiquen la concesión de anticipos por el Fondo.

Serán beneficiarios de los anticipos que conceda el Fondo los hijos e hijas menores de edad titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado. Junto a ellos, serán también beneficiarios los hijos e hijas mayores de edad discapacitados cuando concurren idénticas circunstancias de insuficiencia económica de la unidad familiar en la que estén integrados.

El Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconoció el derecho a alimentos, debe garantizar ante todo el superior interés del menor, sufragando con cargo a los fondos públicos las cantidades mínimas necesarias para que la unidad familiar en que se integra pueda atender a las necesidades del menor. En contrapartida, y atendiendo a los principios de buen uso y defensa de los recursos públicos, el Estado se subrogará en los derechos que asisten al menor frente al obligado al pago de alimentos, y repetirá contra éste el importe total satisfecho a título de anticipos. En atención a estos principios, y a la configuración del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos como un fondo carente de personalidad jurídica de los previstos por la Ley General Presupuestaria, su gestión se ha encomendado al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de diciembre de 2007,

LEGISLACIÓN

DISPONGO:

Capítulo I

Objeto y naturaleza del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

El presente Real Decreto tiene por objeto regular el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, creado en la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, así como establecer las condiciones y requisitos de acceso de los beneficiarios a los anticipos y los procedimientos de su abono y reintegro o reembolso.

Artículo 2. Naturaleza y gestión del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

1. El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos es un fondo carente de personalidad jurídica, a los que se refiere el artículo 2.2 de la Ley General Presupuestaria, cuya gestión se atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

2. El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos tiene como finalidad garantizar a los hijos e hijas menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

3. La concesión del anticipo se hará en todo caso previa instrucción y resolución del expediente dirigido a comprobar su procedencia.

4. En cualquier caso, será necesario para acceder a los anticipos del Fondo que la resolución en la que se reconozcan los alimentos haya sido dictada por los Tribunales españoles.

Artículo 3. Financiación del Fondo.

1. El Fondo estará dotado con las aportaciones que anualmente se consignen en los Presupuestos Generales del Estado y, cuando así lo prevea la ley, con los retornos procedentes de los reintegros y reembolsos de los anticipos concedidos.

2. Las cantidades que se abonen con cargo al Fondo tendrán la condición de anticipos, y deberán ser reembolsadas o reintegradas a favor del Estado en la forma prevista en este real decreto.

3. Podrán atenderse con cargo a las dotaciones del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos los gastos que ocasione su gestión, conforme prevea la ley.

CAPÍTULO II

Beneficiarios y condiciones de acceso a los anticipos del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos

Artículo 4. Beneficiarios de los anticipos.

1. Serán beneficiarios de los anticipos del Fondo los españoles menores de edad, así como los menores nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea residentes en España, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, que formen parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 de este real decreto.

2. También serán beneficiarios los menores de edad extranjeros no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea que, siendo titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, cumplan los siguientes requisitos:

a) Residir legalmente en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia.

No obstante, si el titular de la guarda y custodia fuera español bastará con que el menor resida legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia.

b) Ser nacionales de otro Estado que, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio.

c) Formar parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 de este real decreto.

3. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que residen legalmente en España los extranjeros que permanezcan en su territorio en alguna de las situaciones de residencia legal previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Artículo 5. Concepto de Unidad familiar.

A los efectos previstos en este Real Decreto, se considerará Unidad familiar exclusivamente la formada por el padre o la madre y aquellos hijos e hijas menores de edad, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, que se encuentren a su cargo.

LEGISLACIÓN

También se considerará Unidad familiar a estos efectos la formada por los menores contemplados en el párrafo anterior y la persona física que los tenga a su cargo por tener atribuida su guarda y custodia.

Artículo 6. Límite de recursos económicos.

Los recursos e ingresos económicos de la Unidad familiar, computados anualmente, no podrán superar la cantidad resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), vigente en el momento de la solicitud del anticipo, por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos e hijas menores que integren la Unidad familiar.

Dicho coeficiente será 1,5 si sólo hubiera un hijo, y se incrementará en 0,25 por cada hijo, de forma que el coeficiente será 1,75 si hubiera dos hijos en la unidad familiar, 2 si hubiera tres hijos, y así sucesivamente.

Artículo 7. Reglas para el cómputo de los recursos e ingresos.

1. A los efectos de lo establecido en los artículos 4 y 6 se considerarán las rentas o ingresos computables de la unidad familiar.

A estos efectos, tienen la consideración de rentas o ingresos computables los rendimientos del trabajo, del capital y de actividades económicas de los que disponga anualmente la unidad familiar. Asimismo, se computará el saldo neto de ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidos en el ejercicio por todos los miembros de la unidad familiar.

2. Se consideran rendimientos del trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, que deriven del trabajo personal prestado en el ámbito de una relación laboral o estatutaria por cuenta ajena por todos los miembros de la unidad familiar.

En particular, se incluirán, además de las prestaciones reconocidas por los regímenes de previsión social, financiados con cargo a recursos públicos o privados, los rendimientos calificados como derivados del trabajo por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3. Como rendimientos del capital se computará la totalidad de los ingresos, dinerarios o en especie, que provengan de elementos patrimoniales, bienes o derechos cuya titularidad corresponda a alguno de los miembros de la unidad familiar y no se hallen afectos al ejercicio de actividades económicas.

Tratándose de elementos patrimoniales, excluida en todo caso la vivienda habitual de la Unidad familiar, que no sean productores de rendimientos de esta naturaleza, la imputación de los rendimientos correspondientes a los mismos se efectuará conforme a las normas establecidas en la Ley 35/2006, de 28 de

noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

4. Los rendimientos derivados del ejercicio de actividades económicas se computarán de acuerdo con las normas y reglas establecidas al efecto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para el método de determinación del rendimiento neto que resulte aplicable.

5. El saldo neto de las ganancias y pérdidas patrimoniales será el resultado de integrar y compensar entre sí, en los términos establecidos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidas en el ejercicio por los miembros de la unidad familiar.

6. Para el cómputo anual de los recursos e ingresos económicos de la Unidad familiar se tendrán en cuenta aquellos de que disponga o se prevea que va a disponer en el año natural en el que se solicite el anticipo.

Capítulo III

Determinación y efectos del anticipo

Artículo 8. Cuantía del anticipo.

1. La cuantía del anticipo que conceda el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos se considerará siempre en importes mensuales.

2. El beneficiario tendrá derecho al anticipo, con cargo al Fondo, de la cantidad mensual determinada judicialmente en concepto de pago de alimentos.

3. No obstante lo anterior, la cuantía máxima del anticipo a percibir por un beneficiario se establece en 100 euros mensuales. Si la Unidad familiar estuviera integrada por varios beneficiarios este límite operará para cada uno de ellos.

4. Si la resolución judicial fijara una cuantía inferior a la prevista por el apartado anterior, la cuantía del anticipo a percibir con cargo al Fondo será la fijada por dicha resolución judicial.

Artículo 9. Plazo máximo de duración de la garantía del Fondo.

El plazo máximo de percepción de los anticipos reconocidos a cada beneficiario será de dieciocho meses, ya se perciba el anticipo de forma continua o discontinua.

Artículo 10. Efectividad y pago.

Los efectos económicos del anticipo se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se hubiese presentado la solicitud.

El pago se efectuará por mensualidades vencidas y lo percibirá quien tenga la guarda y custodia del menor beneficiario.

LEGISLACIÓN

Artículo 11. Incompatibilidades.

La percepción del anticipo regulado en este real decreto será incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas Administraciones Públicas, debiendo optar el miembro de la Unidad familiar que tenga la guarda y custodia del menor beneficiario por una de ellas.

Capítulo IV**Procedimiento de reconocimiento de anticipos****Artículo 12. Iniciación del procedimiento.**

1. El procedimiento de reconocimiento de anticipo se iniciará mediante solicitud del miembro de la Unidad familiar que tenga la guarda y custodia del menor beneficiario del anticipo. La solicitud deberá formalizarse en el modelo oficial que, a tal efecto, apruebe la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Las solicitudes podrán presentarse en los registros de la citada Dirección General, y en los de las Delegaciones de Economía y Hacienda, así como en los registros y oficinas a que se refiere el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 13. Órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del expediente de anticipo.

El órgano competente para la ordenación, instrucción y resolución del expediente de anticipo será la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, que realizará cuantas actuaciones estime necesarias.

A tales efectos, el límite de recursos económicos al que se refiere el artículo 6 del presente real decreto se entenderá acreditado mediante la declaración de las rentas de la Unidad familiar que realice el solicitante del anticipo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en cualquier momento de la tramitación se podrá comprobar el cumplimiento de las condiciones exigidas para el acceso y conservación del derecho al anticipo o a la cuantía reconocida, por cualquier medio válido en derecho y, en particular, a través de consultas a otras Administraciones y ficheros públicos, recabando, en su caso, el consentimiento del afectado y de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Artículo 14. Documentación acreditativa.

1. La solicitud contendrá, entre otras, las siguientes

declaraciones:

a) Declaración del solicitante referida a las rentas e ingresos de la Unidad familiar.

b) Subrogación a favor del Estado en los términos previstos en el artículo 24.1 del presente Real Decreto.

2. Asimismo, la solicitud deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

a) Testimonio de la resolución judicial que reconozca el derecho a alimentos, así como testimonio de haber instado su ejecución.

b) Certificación expedida por el Secretario Judicial que acredite el resultado infructuoso de la ejecución, al no haberse obtenido el pago de los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes propiedad del ejecutado.

c) Libro de familia o certificación de nacimiento de los beneficiarios.

d) En el caso de menores extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, Tarjeta de Residencia en vigor y resolución o certificación de concesión del permiso de residencia legal de los periodos previos requeridos en España, en los términos establecidos en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el caso de menores extranjeros que sean ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, certificación de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, prevista en el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los mismos.

3. No será necesaria la presentación de documentación que estuviera en poder de cualquier órgano de la Administración actuante, en cuyo caso el solicitante podrá acogerse a lo establecido en el apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que la Administración pueda requerir al solicitante del anticipo que facilite la fecha y el órgano o dependencia en que dicha documentación fue presentada o, en su caso, fue emitida.

Artículo 15. Informe del Servicio Jurídico del Estado.

El órgano instructor podrá solicitar el informe del Servicio Jurídico del Estado sobre el expediente, a los efectos de fundamentar en derecho la resolución.

Artículo 16. Procedimiento de urgencia.

1. Podrá reconocerse con carácter de urgencia el anticipo a quienes, reuniendo las condiciones contempla-

LEGISLACIÓN

das por este Real Decreto, acrediten una situación de urgente necesidad.

2. Se considerará, a estos efectos, que existe situación de urgente necesidad cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando los recursos e ingresos económicos de la unidad familiar no superen el límite que corresponda con arreglo al artículo 6 del presente real decreto reducido en 0,5 puntos el coeficiente.

b) Cuando la persona que ostente la guarda y custodia del menor sea víctima de violencia de género, en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género.

3. El procedimiento de urgencia se iniciará a instancia de quien ostente la guarda y custodia del menor beneficiario y no será preciso acreditar la dificultad para obtener el pago de alimentos a que se refiere el artículo 14.2.b), siendo bastante el testimonio de haber instado la ejecución judicial de la resolución que reconoció el derecho a alimentos y el transcurso de dos meses desde que se instó dicha ejecución, sin haber obtenido su pago conforme a la declaración del solicitante.

4. Deberá acreditarse la condición de víctima de violencia de género, si ésta fuera la causa de la situación de urgente necesidad, por cualquiera de los siguientes medios de prueba:

a) A través de la sentencia condenatoria.

b) A través de la resolución judicial que hubiere acordado como medida cautelar para la protección de la víctima la prohibición de aproximación o la prisión provisional del inculpado.

c) De la forma establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género.

5. El procedimiento ordinario podrá derivar en procedimiento de urgencia a instancia del solicitante, cuando por éste se acredite una situación sobrevenida de urgente necesidad en los términos del presente artículo.

Artículo 17. Resolución, plazos y efectos.

1. Corresponderá a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas resolver el expediente, de forma motivada.

2. El plazo máximo para resolver y notificar al solicitante la resolución será de tres meses, contado desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del Ministerio de Economía y Hacienda.

Este plazo será de dos meses en el procedimiento de urgencia contemplado en el artículo anterior, contado igualmente desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del Ministerio de Economía y Hacienda.

3. Transcurridos los plazos establecidos en el apartado anterior sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud se podrá entender estimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. La concesión del pago del anticipo se comunicará también al obligado al pago de los alimentos, en el plazo de diez días a partir de la fecha de la emisión de la resolución de reconocimiento.

Artículo 18. Recursos.

La resolución pondrá fin a la vía administrativa, y se podrá interponer contra la misma recurso potestativo de reposición ante el titular de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación, o bien ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el plazo de dos meses contados de igual forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 19. Comunicación de resoluciones estimatorias a los Juzgados y Tribunales.

La resolución de reconocimiento del anticipo se comunicará por el órgano instructor al Juzgado o Tribunal que hubiese dictado la resolución judicial, o al que la estuviere ejecutando, en su caso, en el plazo de diez días a partir de la fecha de la emisión de la resolución de reconocimiento.

Artículo 20. Obligaciones del perceptor.

Los perceptores del anticipo con cargo al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) Comunicar cualquier variación de la composición y situación económica de la Unidad familiar así como cuantas circunstancias puedan tener incidencia en la conservación y cuantía del derecho al anticipo concedido, en el plazo máximo de treinta días desde la fecha en que se produzca.

b) Someterse a las actuaciones de comprobación que la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas determine para verificar las condiciones y términos por los que se reconoció el anticipo.

Artículo 21. Modificación de efectos de los anticipos concedidos.

1. La modificación de las circunstancias que determinaron el reconocimiento del anticipo o la cuantía del

LEGISLACIÓN

mismo dará lugar a la variación o, en su caso, a la suspensión definitiva de los efectos señalados en la resolución de concesión de aquél, que tendrán que ser declaradas mediante resolución motivada.

En los casos en que la variación de efectos se base en hechos, alegaciones o pruebas no aducidas por el interesado, se le pondrán de manifiesto dichas circunstancias para que, en el plazo de diez días, presente las alegaciones y justificaciones que estime oportunas.

2. Cuando concurra alguna de las causas de extinción previstas en el artículo 22, la resolución declarará la causa apreciada y suspenderá definitivamente el pago. No obstante, no será precisa la tramitación de procedimiento cuando se trate de las causas previstas en las letras a), g) y j) del mencionado precepto.

Artículo 22. Extinción del derecho reconocido.

1. El derecho a que se refieren los artículos anteriores se extinguirá por:

- a) Por alcanzar el beneficiario la mayoría de edad.
- b) Por alteración de las condiciones económicas de la Unidad familiar que justificaron el reconocimiento siempre que la misma supere los límites establecidos en el artículo 6.
- c) Por resolución judicial que así lo determine.
- d) Por modificación de la resolución judicial que reconoció el derecho de los beneficiarios a alimentos, siempre que de la misma se derive la improcedencia sobrevenida del mismo.
- e) Por cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación de pago por parte del obligado.
- f) Cuando el anticipo se obtuviera mediante la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier forma fraudulenta o con omisión deliberada de circunstancias que hubieran determinado la denegación o reducción del derecho.
- g) Por el transcurso del plazo máximo de garantía.
- h) Por el reconocimiento de prestación o ayuda incompatible, previa opción del solicitante, o percepción de la misma.
- i) Por fallecimiento del beneficiario.
- j) Por fallecimiento del obligado al pago de alimentos.
- k) Por pérdida de la residencia legal, respecto de los menores que carezcan de nacionalidad española.

2. En los supuestos anteriores se producirá la extinción del anticipo sin perjuicio de la obligación de reintegro a que se refiere el artículo 25 o, en su caso, del derecho de reembolso previsto en el artículo 24, cuando así proceda.

Artículo 23. Efectos económicos de la modificación de efectos y de la extinción.

El percibo de la cuantía reconocida se extenderá hasta

el último día del mes en que se haya producido la causa determinante de su modificación o de la extinción del anticipo.

Capítulo V

Acciones de subrogación, reembolso y reintegro

Artículo 24. Subrogación y reembolso.

1. De conformidad con la disposición final quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de los pagos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos, teniendo dicho importe la consideración de derecho de naturaleza pública, y su cobranza se efectuará de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria. Su recaudación en periodo ejecutivo se realizará mediante el procedimiento administrativo de apremio.

2. En el supuesto previsto por el apartado anterior, se practicará liquidación de las cantidades adeudadas al Estado por el obligado al pago de alimentos. Dicha liquidación será notificada al obligado, que deberá ingresarla en el Tesoro Público en los plazos previstos por el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Las liquidaciones que no hayan sido satisfechas en período voluntario serán recaudadas en período ejecutivo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

Artículo 25. Percibos indebidos del anticipo.

1. Procederá el reintegro de los anticipos indebidamente percibidos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se hayan realizado abonos una vez producida la extinción del anticipo por alguna de las causas previstas en el artículo 22. En este caso procederá el reintegro de la cantidad abonada tras la extinción del anticipo.
- b) Cuando el reconocimiento se hubiese producido en base a la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier otra forma fraudulenta, así como mediante la omisión deliberada de circunstancias que hubiesen determinado la denegación o reducción del anticipo solicitado.
- c) Cuando resulten cantidades percibidas indebidamente como consecuencia de un procedimiento de revisión, o de modificación de efectos de la resolución de los señalados en el artículo 21 del presente real decreto.

2. Las cantidades indebidamente percibidas deberán reintegrarse desde el día primero del mes siguiente a

LEGISLACIÓN

aquel en que hubiere variado la composición de la Unidad familiar o sus recursos económicos o en que produjera efectos la causa que motive el percibo indebido.

La obligación del reintegro del anticipo indebidamente percibido prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución.

3. En todo caso, el reintegro de los pagos recibidos en cualquiera de los supuestos previstos en el apartado 1 será requisito inexcusable para poder solicitar en el futuro nuevos anticipos, salvo en el caso contemplado en la letra b) de dicho apartado, en que no podrá formularse nueva solicitud de anticipo.

Las mensualidades que hayan sido objeto de reintegro no serán computables a efectos del plazo máximo de percepción previsto en el artículo 9 del presente real decreto.

Disposición adicional primera. Personas discapacitadas.

Los hijos e hijas mayores de edad discapacitados serán beneficiarios de los anticipos del Fondo cuando concurren en ellos las circunstancias prevenidas por este real decreto para los hijos e hijas menores de edad.

El grado de discapacidad habrá de ser igual o superior al 65 por 100. Se acreditará mediante resolución o certificación emitida por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se aportará junto con la restante documentación acreditativa prevista por el artículo 14.

Disposición adicional segunda. Residencia del deudor en el extranjero.

Cuando el deudor de alimentos resida en el extranjero, los beneficiarios mencionados en los artículos anteriores podrán, en cualquier momento del procedimiento, reclamar el pago de alimentos en aplicación de los Convenios Internacionales existentes en la materia, con independencia de su condición de beneficiario del anticipo del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

Disposición adicional tercera. Derecho supletorio.

En todo lo no previsto en el presente real decreto se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

Disposición final primera. Habilitación normativa.

Se faculta a los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia para dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuantas normas sean necesarias para el desarrollo y la aplicación de lo previsto en este real decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente real decreto entrará en vigor el día 1 de enero de 2008.

COMENTARIO AL REAL DECRETO 1618/2007, SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL FONDO DE GARANTÍA DEL PAGO DE ALIMENTOS

El artículo 39.3 de la Constitución Española establece que *“los poderes públicos deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”*. La traducción civil de este mandato constitucional no llegaría hasta la promulgación de la Ley 13/1981, de 13 de mayo, que da un nuevo contenido al artículo 110⁷⁶ del Código Civil al establecer el deber de los padres de velar por los hijos menores y de prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad, de lo que se deduce que es la filiación el origen y la causa de este deber de alimentar y velar por los hijos.

No obstante, pese a la coincidencia terminológica este deber dista del consagrado por los artículos 142 y siguientes del Código Civil, es decir, de la estricta obligación de alimentos que ha de mediar entre padres e hijos cuando alguno de ellos se encuentra necesitado. En este sentido, superada la tradición jurídica que venía a confundir ambas instituciones dada su regulación conjunta, el Código Civil de 1889 es el primero en delimitar las mismas al regular en diferentes títulos, el deber de los padres para con los hijos de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos –art. 154 del Código Civil– y la obligación recíproca de alimentos paterno-filial –art. 143 del Código Civil–.

El deber consagrado por los artículos 110 y 154.1 del Código Civil es exigible desde el mismo momento del nacimiento del hijo prolongándose hasta su emancipación ya que es, precisamente, cuando el hijo se emancipa o alcanza la mayoría de edad, cuando el padre debe prestarle los alimentos en el caso de que se encuentre necesitado si tiene disponibilidad económica de hacerlo –art. 146 del Código Civil–, obligación recíproca que podrá exigirse duran-

⁷⁶ *“El padre y la madre, aunque no ostente la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”*.

LEGISLACIÓN

te toda la vida del alimentista y del alimentante -arts. 150 y 152 del Código Civil-. Por lo tanto, ambas instituciones difieren en atención, por un lado, a la duración en el tiempo de ambas figuras jurídicas; por otro, al carácter recíproco de la obligación de alimentos, circunstancia que no concurre en los alimentos que se prestan en el ejercicio de la patria potestad ya que únicamente han de ser prestados por el padre hacia el hijo de manera unilateral.

Estas relaciones económicas derivadas del hecho de la generación han de entenderse en nuestro contexto constitucional. Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, la tradicional distinción entre filiación legítima e ilegítima resulta obsoleta y desfasada. El contenido del artículo 14 de la Constitución, al proclamar el principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles con independencia del nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra circunstancia o condición personal o social, unido a la aplicación del mismo en el ámbito de la filiación -art. 39-, demanda el término de esta injusticia soportada por los hijos habidos fuera del matrimonio. Por lo tanto, el deber de alimentos ha de cumplirse respecto de todos los hijos, cualquiera que sea su filiación natural -matrimonial o no matrimonial- o por adopción.

Delimitada la exigencia de este deber, procede la configuración del mismo respecto a su contenido material. Para ello nos remitimos a la fórmula descriptiva del artículo 142 del Código Civil. No obstante, esta remisión ha de entenderse en sus justos términos, es decir, al contenido de las obligaciones permanentes y temporales del alimentante; en ningún caso a la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo que permiten el nacimiento *ex lege* de la obligación. A tenor del referido precepto se entiende por alimentos *“todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”*. De esta descripción se deduce que el concepto de alimentos incluye los materiales, es decir, todo lo imprescindible tendente a satisfacer las necesida-

des vitales para que un ser humano pueda sobrevivir, así como los denominados alimentos inmateriales, en concreto, la educación y la instrucción del alimentista, fundamentales para el desarrollo de la vida intelectual y social del hombre.

En relación con el Real Decreto 1618/2007 de todas las posibles fuentes⁷⁷ precursoras de la obligación destacamos la filiación como origen de la misma. El simple hecho de la generación acarrea el cumplimiento de los deberes descritos en el mencionado precepto independientemente del vínculo matrimonial existente entre los progenitores o de la determinación legal o judicial de la filiación. La cuantía de este deber ha de guiarse por un criterio proporcional en relación con la situación económica de los obligados. En este sentido, las crisis matrimoniales no menguan el deber contraído con la prole⁷⁸. En todo caso, la proporcionalidad de la que hablamos ha de interpretarse bajo los presupuestos de hecho de la nueva situación familiar al cesar el deber de convivencia entre los deudores de alimentos con el consiguiente gasto económico que origina la vida separada. Esta premisa ha de guiar la confección del convenio regulador o de la decisión judicial en defecto de acuerdo de los cónyuges o no aprobación del mismo ante una separación o un divorcio. Del mismo modo, a la determinación judicial de la filiación, ya sea matrimonial⁷⁹ o no matrimonial⁸⁰, le es inherente esta obligación de alimentos.

Lo habitual debiera ser que los progenitores hiciesen efectivo este deber. Sin embargo, la realidad social nos muestra una generalidad de incumplimientos, voluntarios unos y forzosos otros, por negativas deliberadas del obligado al pago o por imposibilidad del deudor de hacerlos efectivos.

Nuestro legislador, consciente de ello, planteó en el año 2004 con ocasión de la publicación de la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género, un sistema que actuase de garante ante estos incumplimientos; idea que se reiteró en la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio. Este garante que venimos comentando adquirió forma definitiva en la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007 al crear un Fondo destinado a cubrir, mediante

⁷⁷ Junto a ella: alimentos debidos por razón de matrimonio, alimentos que se prestan en el ejercicio de la institución de guarda, donación como fuente de prestación de alimentos o autonomía de la voluntad como originaria de la obligación.

⁷⁸ En este sentido establece el artículo 92.1 del Código Civil que *“la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”*.

⁷⁹ Mediante el ejercicio de una acción declarativa o de reclamación de la filiación.

⁸⁰ Artículo 131 del Código Civil si media posesión de estado. Ante la inexistencia de ésta es de aplicación el artículo 133 del Código que ha de interpretarse, en lo que a la legitimación activa se refiere, bajo los auspicios de dos recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en concreto, 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero. Las mencionadas resoluciones estiman conculcado el artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 39.2 en cuanto que ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad. La redacción que ofrece el precepto *«cercena de raíz el derecho de acceso del padre 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»*.

LEGISLACIÓN

un sistema de anticipos en cuenta, el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o en resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o alimentos. El desarrollo y funcionamiento de la mencionada institución, carente de personalidad jurídica, se ha completado con la reciente promulgación del RD 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

El acceso a dicho fondo requiere la concurrencia de uno elemento subjetivo y otro objetivo.

Elemento subjetivo:

Serán beneficiarios de los anticipos los hijos e hijas menores de edad titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado (Exposición de Motivos, art. 2.2 y art. 4 del RD 1618/2007). Por lo tanto, lo serán los menores de edad no emancipados cualquiera que sea su estado civil, es decir, se encuentren o no incapacitados, y en este caso, indiferentemente de que su modo de guarda sea la tutela o la curatela. Estos menores han de tener la nacionalidad española o bien la de cualquier Estado Miembro de la Unión Europea siempre que sean residentes españoles. En caso de menores de edad extranjeros han de residir legalmente en España durante cinco años, dos de los cuales han de ser los inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo, requisitos exigibles al titular de la guarda y custodia si el beneficiario es menor de cinco años⁸¹.

Del mismo modo, también tienen la consideración de beneficiarios los hijos e hijas mayores de edad discapacitados cuando concurren idénticas circunstancias de insuficiencia económica de la unidad familiar en la que estén integrados. La Disposición Adicional Primera del RD comentado entiende por personas discapacitadas aquellas cuyo grado de discapacidad sea igual o superior al 65%, circunstancia que habrá de acreditarse por resolución o certificación emitida por el Instituto de Mayores o Servicios Sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma. Es decir, se incluyen los discapaces físicos o sensoriales y se marginan a los afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% a tenor de la definición de persona discapacitada que ofrece la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (art. 2.2).

Resulta paradójico que si el beneficiario del Fondo es un discapacitado físico con sus facultades intelectuales intactas los gastos referentes a la instrucción y educación del mismo pueden ser sufragados por el Fondo ya que éstos integran el concepto de alimentos a que se refiere el artículo 142 del Código Civil, siempre que no hayan terminado su formación durante la minoría por causas que no les sean imputables. Sin embargo, los hijos e hijas menores de edad sin discapacidad física, según la interpretación literal del RD, habrán de tener cubiertos estos gastos únicamente cuando sean menores de 18 años. Cumplida la mayoría de edad, no es labor del Fondo hacer frente a los mismos, incluso cuando la sentencia judicial o el convenio regulador incluyan la educación e instrucción inacabada de la prole alcanzada la mayoría de edad sin causa que le sea imputable.

Elemento objetivo:

En primer lugar, es indispensable que concorra el impago de los alimentos reconocidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procedimientos de separación y divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos que hayan sido tramitados y dictados por Tribunales Españoles (art. 2.2 y 2.4 del RD) cuya ejecución ya haya sido instada (art. 14.2 a) del RD).

Una vez producido el impago, el acceso al Fondo dependerá de ciertas circunstancias económicas que han de concurrir en la familia monoparental devenida cuyos hijos menores sufren las consecuencias de este incumplimiento (art. 5 del RD). En este sentido los ingresos económicos anuales⁸² no podrán superar la cantidad resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de la solicitud del anticipo, por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos e hijas menores que integran la unidad familiar. Dicho coeficiente será 1.5 si solo hubiera un hijo y se incrementará en 0.25 por cada hijo.

Procedimiento para el reconocimiento de anticipos:

El procedimiento de reconocimiento de anticipo ha de iniciarse mediante solicitud⁸³ del miembro de la unidad familiar que tenga bajo su guarda y custodia al menor beneficiario del anticipo de cuya tramitación conocerá la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de

⁸¹ Junto a este requisito han de cumplirse otros como la reciprocidad para los españoles en su territorio de una institución de guarda y garante semejante, así como la integración en una unidad familiar cuyos ingresos no superen un determinado importe (art. 4.2 . del RD 1618/2007).

⁸² Son computables a estos efectos: los rendimientos de trabajo, de capital y de actividades económicas. Asimismo, se computará el saldo neto de ganancias y pérdidas patrimoniales obtenido en el ejercicio por todos los miembros de la unidad familiar (art. 7 del RD).

⁸³ Podrán presentarse en los Registros de la Dirección General y en los de las Delegaciones de Economía y Hacienda, así como en los Registros y oficinas a que se refiere el art. 38.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LEGISLACIÓN

Economía y Hacienda que en cualquier momento podrá comprobar el cumplimiento de las condiciones exigidas por cualquier medio válido en Derecho y, en particular, a través de consultas a otras Administraciones y ficheros públicos (arts. 12 y 13 del RD).

La solicitud ha de acompañarse de ciertas **declaraciones** así como de **documentación acreditativa**. En este sentido serán necesarias dos declaraciones, una referida a las rentas e ingresos del solicitante (art. 14.1 a) del RD); otra, a la subrogación del Estado en los derechos que asisten al beneficiario frente al obligado al pago de alimentos hasta el importe total de los pagos satisfechos al interesado (art. 24 del RD)⁸⁴. Respecto a la documentación a presentar destaca: testimonio de la resolución judicial que reconozca el derecho de alimentos, así como el testimonio de haber instado su ejecución; certificación expedida por el Secretario Judicial que acredite el resultado infructuoso de la ejecución; Libro de Familia o certificación de nacimiento del los beneficiarios. En caso de menores extranjeros han de acompañar la solicitud de la Tarjeta de Residencia en vigor y resolución o certificación de concesión del permiso de residencia legal en España en los términos establecidos por el RD 2393/2004. En caso de menores comunitarios habrá de aportarse una certificación de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. No será necesario presentar toda esta documentación si, por cualquier circunstancia, estuviese en poder de la Administración actuante (art. 14)⁸⁵.

El órgano instructor cuenta con un plazo máximo para resolver de tres meses a contar desde la fecha en que se tiene constancia de la solicitud (art. 17.2 del RD). Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución alguna, el silencio se entiende positivo (art. 17.3 del RD). No obstante, es obligatoria su comunicación al Juzgado o Tribunal que hubiese dictado la resolución judicial o el que la estuviere ejecutando, en su caso, en el plazo de diez días a partir de la fecha de la emisión de la resolución de reconocimiento (art. 19 del RD). La resolución estimatoria habrá de comunicarse también al obligado al pago de los alimentos en el plazo de diez días a contar desde la fecha de la emisión de la resolución del reconocimiento (art. 17.4 del RD). Contra dicha resolución se articulan dos recursos excluyentes: recurso potestativo de reposición ante el titular de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas

en el plazo de un mes o bien puede ser directamente impugnada ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo en el plazo de dos meses contados ambos desde el día siguiente a su notificación (art. 18 del RD).

Determinación, efectos y extinción del anticipo:

De concurrir el elemento subjetivo y objetivo, así como cumplimentada la solicitud en forma, el legitimado activamente podrá beneficiarse del anticipo cuya cuantía mensual se corresponderá con la judicialmente determinada en concepto de pago de alimentos sin que en ningún caso supere los 100 euros mensuales⁸⁶. Los efectos económicos del anticipo se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se hubiese presentado la solicitud, efectuándose el pago por mensualidades vencidas. No obstante, esta medida de garante tiene una duración determinada de dieciocho meses, ya se perciba de forma continua o discontinua (arts. 8, 9 y 10 del RD). La percepción de estos beneficios conlleva el cumplimiento de una serie de obligaciones informativas por parte del beneficiario. En este sentido debe comunicar la variación de la composición y situación económica de la unidad familiar así como cuantas circunstancias puedan tener incidencia en la conservación y cuantía del anticipo en un plazo máximo de treinta días a contar desde la fecha en que dichas modificaciones se produzcan. La concurrencia de estas nuevas circunstancias puede ser origen de una variación en la cuantía del anticipo o incluso de su suspensión temporal o definitiva. Junto a esta causa de extinción el beneficiario deja de percibir este derecho si alcanza la mayoría de edad (se entiende siempre que no sea discapacitado físico), por resolución judicial que así lo determine, por cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación de alimentos por parte del obligado, por fraude para la concesión del mismo, por el transcurso de los 18 meses entendido como plazo máximo de garantía, por reconocimiento de ayuda incompatible, por fallecimiento del beneficiario, por fallecimiento del obligado o por pérdida de la residencia legal respecto de los menores que carezcan de nacionalidad española (art. 22 del RD).

De haberse percibido anticipos indebidos se procederá a su reintegro al Fondo. Esta percepción indebida ha podido tener su origen en el abono de la mensualidad una vez producida la extinción del anticipo, en la concesión fraudulenta del mismo o bien en una

⁸⁴ En dicho caso se practicará la liquidación de las cantidades adeudadas al Estado por el obligado al pago de alimentos. Dicha declaración será notificada al obligado que deberá ingresarla en el Tesoro Público. Si dicha liquidación no ha sido satisfecha en el periodo voluntario será recaudada en periodo ejecutivo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⁸⁵ El órgano instructor podrá solicitar el informe del Servicio Jurídico del Estado sobre el expediente con la finalidad de fundamentar en Derecho la resolución que adopte (art. 15 del RD).

⁸⁶ Si la unidad familiar está integrada por varios beneficiarios este límite operará para cada uno de ellos.

LEGISLACIÓN

minoración de la cantidad una vez revisado el expediente por concurrir nuevas circunstancias modificativas de la resolución originaria (art. 25.1 del RD).

Acciones de subrogación y reembolso por parte del Estado:

Como contrapartida al deber asumido por el Estado en su función protectora del interés superior del

menor ante el fracaso de la ejecución judicial que reconoció el derecho de alimentos, el Estado se subroga en los derechos que asisten al menor frente al obligado al pago de alimentos ostentando derecho de repetición hasta el importe total satisfecho a título de anticipos (art. 24 del RD). (M^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro, Profesora Contratada-Doctora. Universidad de Málaga).

REAL DECRETO 1729/2007, DE 21 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA ELABORACIÓN DEL INFORME PERIÓDICO, RELATIVO A LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES⁸⁷

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres incluye, dentro de sus «Principios generales», la obligación de que el Gobierno elabore un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Así, en su artículo 18, se establece la necesidad de determinar reglamentariamente, los términos que regulen la citada elaboración.

El informe periódico, que debe ponerse en relación con la previsión del artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de elaboración por el Gobierno de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, cumple un doble objetivo. Por una parte, es el instrumento básico del Gobierno, para la evaluación de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el conjunto de sus actuaciones; y, por otra, es el vehículo de información a las Cortes Generales sobre el cumplimiento del citado principio.

La estructura ministerial de la Administración General del Estado adoptada en el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril, aconseja atribuir al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría General de Políticas de Igualdad la elaboración del informe periódico, con la coordinación de la Comisión Interministerial de Igualdad entre Mujeres y Hombres prevista en el artículo 76 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

En el marco de los principios de cooperación y colaboración que rigen el funcionamiento de las Administraciones Públicas, así como del criterio de eficiencia, establecidos en el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se considera necesario esta-

blecer un sistema periódico de suministro de información de aquellas actuaciones que impulsen la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres. Este Real Decreto se dicta de conformidad con lo dispuesto en la habilitación reglamentaria establecida en el apartado 1 de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

En su virtud, a propuesta conjunta de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia y del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 21 de diciembre de 2007,

D I S P O N G O:

Artículo 1. Objeto.

Mediante el presente real decreto se regula la periodicidad, el contenido y el procedimiento de elaboración del informe periódico, que el Gobierno adoptará, sobre la efectividad del conjunto de sus actuaciones relativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 2. Competencia.

La elaboración de la propuesta del Informe Periódico será competencia de la Secretaría General de Políticas de Igualdad, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que lo elevará al Consejo de Ministros para su aprobación y remisión a las Cortes Generales.

Artículo 3. Funciones.

Para la elaboración del Informe Periódico, la Secretaría General de Políticas de Igualdad desarrollará las siguientes funciones:

1. La recepción de la información de los departamentos ministeriales.
2. La presentación a la Comisión Interministerial de Igualdad de la propuesta del Informe Periódico, previa a su remisión al Gobierno para su aprobación.

⁸⁷ BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Artículo 4. Periodicidad.

El informe periódico se elaborará y aprobará con periodicidad bienal.

Artículo 5. Contenido.

El informe periódico versará sobre los siguientes elementos:

1. Las actuaciones de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, relacionadas con la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres, y en particular sobre la aplicación y desarrollo de las previsiones de sus títulos II, III y V que, por razón de la materia, afecten de manera específica a los distintos departamentos ministeriales.
2. El seguimiento de las actuaciones contempladas en

el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, previsto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

3. Cualquier otra información sobre medidas adoptadas para la consecución efectiva de la igualdad real entre mujeres y hombres, no incluidas en las previsiones anteriores.

Artículo 6. Procedimiento.

La información a que se refieren los artículos 2 y 5 se remitirá por los departamentos ministeriales a la Secretaría General de Políticas de Igualdad durante los meses de enero y julio de cada año.

Disposición final única. Entrada en vigor.

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

CRITERIOS PARA EVITAR EL USO SEXISTA DEL LENGUAJE Y SU PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN EN LOS ESCRITOS Y DOCUMENTOS OFICIALES DE LOS ÓRGANOS Y SERVICIOS DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA⁸⁸

Artículo 1. Eliminación del uso sexista del lenguaje en los escritos y documentos oficiales del Parlamento de Andalucía.

En los distintos escritos y documentos oficiales del Parlamento de Andalucía se evitará el uso sexista del lenguaje, a cuyo efecto deberán utilizarse los recursos lingüísticos y normas de uso contemplados en este Acuerdo, según el procedimiento establecido en el mismo.

Artículo 2. Acuerdos parlamentarios.

1. Los acuerdos y resoluciones de los órganos parlamentarios que deban ser objeto de publicación oficial en los que no conste, durante su tramitación previa, la aplicación de criterios para evitar el uso sexista del lenguaje serán objeto de revisión por el personal que desarrolle las funciones de corrección de textos, asistido, en su caso, por los Servicios Jurídicos de la Cámara, con arreglo a lo previsto en el presente Acuerdo.

2. No obstante lo anterior, cuando una iniciativa parlamentaria hubiera usado con la misma finalidad recursos lingüísticos no coincidentes en su totalidad con los previstos en el artículo 5, el acuerdo o resolución parlamentaria correspondiente que resulte deberá formalizarse de modo congruente con los utilizados.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no podrá suponer en ningún caso menoscabo de los derechos y garantías contemplados en el Reglamento del Parlamento de Andalucía.

Artículo 3. Resoluciones administrativas.

En las resoluciones adoptadas por los órganos y servicios que integran la Administración parlamentaria se evitará el sexismo lingüístico utilizando los recursos lingüísticos y normas de uso contemplados en este Acuerdo. Dicha aplicación corresponderá al órgano o servicio de que se trate, asistido, en su caso, por el personal que desarrolle las funciones de corrección de textos y por los Servicios Jurídicos de la Cámara.

Artículo 4. Modelos adaptados.

Para facilitar a todo el personal afectado el cumplimiento de este Acuerdo, la Administración parlamentaria establecerá modelos y sistemas normalizados de iniciativas y actuaciones que deban documentarse adecuados a los recursos lingüísticos y normas de uso contenidos en el mismo.

Artículo 5. Recursos para evitar el lenguaje sexista.

Al objeto de evitar el uso sexista del lenguaje en los escritos y documentos oficiales de los órganos y ser-

⁸⁸ Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2007. Publicado en Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 781, 17 de diciembre de 2007, pp. 42155-7. Expediente 7-07/AEA-000149.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

vicios del Parlamento de Andalucía, podrán utilizarse los recursos léxico-semánticos y morfo-sintácticos que se especifican en los apartados siguientes.

1. Desdobles

a) En caso de recurrirse al desdoble, se procurará limitar éste únicamente a los sustantivos singulares y se utilizará el masculino plural como genérico.

b) En el orden del desdoble se dará prioridad al sustantivo masculino sobre el femenino, al menos cuando vaya acompañado por un adjetivo que lo complementa, a fin de evitar posibles ambigüedades.

Ejs.: «el Presidente o Presidenta electo», «el vecino o vecina afectado».

c) El desdoble no deberá extenderse a los determinantes y adjetivos que acompañen a los sustantivos.

Ejs.: «el candidato o candidata propuesto», no «el candidato propuesto o la candidata propuesta»; «el funcionario o funcionaria designado», no «el funcionario designado o la funcionaria designada».

d) Cuando el desdoble se realice mediante la conjunción “o” para hacer referencia indistintamente al género masculino o femenino, el segundo sustantivo irá sin determinante.

Ejs.: «el Diputado o Diputada», «el trabajador o trabajadora».

e) No obstante, en los sustantivos invariables sí se desdoblará el determinante, salvo que éste pueda omitirse o sustituirse por otro sin marca de género. También podrá optarse por utilizar un sustantivo variable desdoblado seguido del sustantivo invariable como adjetivo.

Ejs.: «el representante o la representante», «cada representante», «el alumno o alumna representante».

f) Los adjetivos que acompañen a los sustantivos desdoblados deberán aparecer en masculino siguiendo las reglas generales de la concordancia. No obstante, siempre que sea posible, se procurará la utilización de adjetivos invariables.

Ejs.: «el profesor o profesora encargado», «el trabajador o trabajadora hábil» en lugar de «el trabajador o trabajadora habilidoso».

2. Perífrasis

– Cuando la redacción del texto lo permita, se podrán utilizar perífrasis con el objeto de evitar desdobles.

Ejs.: «la persona titular de la Consejería», en lugar de «el Consejero o Consejera», «terceras personas», en lugar de «terceros o terceras».

3. Sustantivos genéricos o colectivos

– Podrán utilizarse sustantivos genéricos –«persona», «miembro»...– o colectivos –«ciudadanía», «juven-

tud»...–, siempre que sea posible, en lugar del masculino genérico. En el caso en que el empleo de dichos sustantivos exija acotar su significado, éstos se acompañarán de algún complemento adjetival, preposicional u oracional que especifique su contenido.

Ejs.: «el personal funcionario», «los miembros de la Cámara», «las personas que soliciten».

4. Construcciones metonímicas

a) Podrán utilizarse construcciones metonímicas para aludir al órgano, puesto, profesión u oficio en sustitución del nombre de la persona que lo ocupe o ejerza.

Ejs.: «Presidencia» en lugar de «Presidente o Presidenta», «Jefatura» en lugar de «Jefe o Jefa», «Abogacía» en lugar de «abogado o abogada».

No obstante, si lo anterior no es posible, bien porque se quiera hacer referencia directa al titular del órgano, a la persona que ocupe el puesto o a quien ejerza la profesión u oficio en cuestión, bien porque el texto pudiera resultar ambiguo, deberá desdoblarse el sustantivo o recurrirse a fórmulas no marcadas.

Ejs.: «Quien supla al Presidente o Presidenta...», «Las personas titulares de las Vicepresidencias y de las Consejerías cesan...».

b) En documentos cerrados –actos de carácter singular o administrativos, resoluciones, notificaciones, etcétera–, siempre se citará el cargo o puesto de la persona que los firme o a la que vayan dirigidos en su correspondiente género femenino o masculino, en función de la persona que lo esté desempeñando en cada momento.

c) Siempre que sea posible, se podrán emplear nombres abstractos de acciones o cualidades.

Ejs.: «autoría de la iniciativa» en lugar de «autor de la iniciativa», «candidatura» en lugar de «candidato».

5. Uso de pronombres sin marca de género

– Los pronombres relativos sin marca de género –«quien» o «quienes»– podrán utilizarse siempre que el antecedente quede perfectamente definido y no dé lugar a confusión. Los términos que los complementan, con frecuencia un participio, han de aparecer, siguiendo las reglas generales de la concordancia, en masculino.

Ej.: «quienes resulten elegidos...».

6. Omisión del sujeto

– La omisión del sujeto en las oraciones sólo se producirá cuando el contexto haga referencia de un modo claro a la persona o personas de las que se habla. En tal caso, también podrá omitirse el sujeto

6. Publicada en el Boletín Oficial de Navarra núm. 32, de 14 de marzo de 2003, páginas 2496-2497; y en el BOE núm. 99, de 25 de abril de 2003, págs. 16062-16064.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

recurriendo a las formas no personales del verbo, al se impersonal o a formas pasivas.

Ejs.: «De no presentarse la solicitud...», en lugar de «Si el ciudadano o ciudadana no presentase la solicitud...». «Se decidirá...», en lugar de «El Secretario o Secretaria decidirá...». «Se admitirá como miembro...», en lugar de «El Presidente o Presidenta admitirá como miembro...».

7. Otros recursos

a) Si se considera oportuno, podrá acompañarse al sustantivo en masculino plural de alguna aposición explicativa.

Ejs.: «los trabajadores, tanto mujeres como hombres...», «los jóvenes, de uno y otro sexo...».

b) La barra –«el interesado/a»; «el/la solicitante»– puede ser una alternativa viable siempre que se restrinja a impresos, formularios o documentos análogos, nunca en textos de carácter normativo. En ningún caso deberá recurrirse al símbolo informático de la arroba (“@”).

Artículo 6. Normas de uso.

a) Los recursos anteriores deberán utilizarse de forma razonable, teniendo en cuenta la naturaleza del texto que haya que redactar o modificar, así como su contenido.

b) En cualquier caso, es necesario, en aras de la deseable normalización u homogeneidad del texto, así como para evitar saltos semánticos, mantener el uso de los recursos recomendados a lo largo del mismo. (ej.: si se ha optado por el desdoble «Presidente o Presidenta» no debe usarse “Presidente” como masculino genérico).

c) En el supuesto de que, por razones jurídicas, de técnica legislativa o de estilo, no sea posible el empleo de ninguno de los recursos anteriores, se utilizará el masculino genérico.

Disposición final única. *Publicación y entrada en vigor.* El presente acuerdo será objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* y entrará en vigor el día 1 de marzo de 2008.

LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA DERIVADA DE SU ADAPTACIÓN DEL AL LENGUAJE NO SEXISTA

El Parlamento de Andalucía ha aprobado una reforma de su Reglamento con la que se ha dado una nueva redacción a todo ese texto acorde con un uso no sexista del lenguaje. La reforma ha contado en

todo momento con el respaldo de los distintos grupos parlamentarios, desde sus pasos iniciales hasta la votación final, manifestándose este acuerdo también a nivel formal por el procedimiento elegido para su tramitación. Desde el punto de vista de la autonomía normativa de la Cámara, se puso fin de un modo particularmente adecuado a la séptima legislatura del Parlamento y, más concretamente, al año en que se celebró el vigésimo quinto aniversario del mismo. Estas últimas consideraciones adquieren más relevancia si se tienen en cuenta las dimensiones temporales y cualitativas de la reforma mencionada, como se indicará a continuación, y que conectan –en último término– con las dimensiones simbólicas que tienen tanto el lenguaje, como el Parlamento.

Ha de partirse, en el análisis de la reforma, del Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 16 de noviembre de 2005⁸⁹. En ese momento, a petición de los grupos parlamentarios, se decidió crear un comité multidisciplinar que propusiera al citado órgano rector de la Cámara la adopción de “unas normas generales o manual de uso” para facilitar a los servicios del Parlamento que todos los escritos y documentos oficiales de cualesquiera órganos y servicios –destinados o no a la publicación–, se adecuasen a un lenguaje no sexista. Se contextualizaba tal decisión de la Mesa de doble forma: teleológicamente, como contribución a la eliminación del sexismo en la lengua y, normativamente, “en las políticas más generales de la transversalidad de género de exigencia comunitaria”. Se denominó Comité de Lenguaje no Sexista, se designó a la propia Presidenta del Parlamento para presidirlo y, por último, en su composición se respetó la paridad de sexos entre sus miembros⁹⁰. Es importante resaltar el interés de la Mesa del Parlamento porque los documentos resultantes de la aplicación de esas normas fueran plenamente correctos desde el punto de vista de la lengua, aspecto que en frecuentes ocasiones se ha criticado cuando se ha buscado un uso no sexista del lenguaje. Finalmente, otro rasgo de este Acuerdo es que la primera norma que se quería adecuar a un lenguaje no sexista era el Reglamento de la Cámara, norma institucional básica de la misma y de evidente fuerza expansiva respecto a otras normas y órganos autonómicos.

El siguiente paso de este proceso fue la aprobación, por el mencionado Comité de Lenguaje no Sexista, de las “Recomendaciones para evitar el uso sexista del lenguaje en los escritos y documentos oficiales de los órganos y servicios del Parlamento de Andalucía”, en

⁸⁹ Está publicado el Acuerdo en Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (en adelante, BOPA) núm. 337, 12 de diciembre de 2005, Pág. Núm. 19552-3.

⁹⁰ Junto a la Presidenta y al Secretario del Comité, se nombraron seis vocales (cfr. ibídem).

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

sesión celebrada el día 2 de octubre de 2007, y su elevación a la Mesa del Parlamento⁹¹. Merece destacarse, en primer lugar, el esfuerzo realizado por el Comité para dar razón de las Recomendaciones que propone: mientras en el parágrafo II se acerca, en general, al problema del sexismo en la lengua y, particularmente, en la española, indicando que se debe tener en cuenta la naturaleza concreta de cada documento o uso –desechando, por tanto, posturas maximalistas y carentes de detalle–, dedica el III al tema de la precisión del lenguaje jurídico. Es con estas premisas, con las que el Comité expone, a continuación, los recursos léxico-semánticos y morfo-sintácticos que ha barajado y, con una apreciable transparencia, también la explicación de cuáles han sido preferidos y las razones que han conducido a ello. Sólo tras esa cuidadosa justificación, se indican las Recomendaciones efectuadas, que se agrupan en dos apartados, denominados “Recursos para evitar el lenguaje sexista” y “Normas de uso”.

Aunque no aparece en el texto del Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía donde se publican estas Recomendaciones, el propio Comité de Lenguaje no Sexista efectuó una aplicación de los recursos que formaban parte de las mismas y, como resultado, elaboró una redacción del Reglamento entonces vigente que acompañaba a la propuesta que hacía a la Mesa de la Cámara. Dicho órgano parlamentario conoció la propuesta en su conjunto –esto es, las Recomendaciones y el posible texto del Reglamento– en su reunión del día 3 de octubre de 2007 y dio su visto bueno a las Recomendaciones en la sesión del día 24 de octubre. Tras ello, los cuatro grupos parlamentarios del Parlamento suscribieron el día 25 de octubre de 2007, ya como proposición de reforma del Reglamento, la redacción elaborada por el Comité, solicitando su tramitación directa y en lectura única ante el Pleno: dicha iniciativa fue objeto de calificación favorable y admitida a trámite en sesión de la Mesa del Parlamento del día 26 de octubre⁹².

Resulta pertinente señalar, en este punto, que la proposición de reforma es enmarcada por los grupos proponentes en un contexto normativo diverso, y más concreto, al que motivó la creación del Comité de Lenguaje no Sexista. En efecto, ahora se remiten los grupos a la Recomendación núm. R (90) 4, del Consejo de Europa, sobre eliminación del sexismo en el lenguaje, adoptada por su Comité de Ministros el día 21

de febrero de 1990⁹³. Este aspecto es importante por dos razones. A nivel institucional, por la naturaleza de la organización que la adopta, esto es, el Consejo de Europa, instrumento dedicado a la difusión y garantía jurídica de los derechos y libertades fundamentales y, a nivel concreto, porque dicha Recomendación se justifica en el papel conformador de la identidad social de los individuos a que concurre el lenguaje, en la interrelación entre lenguaje y actitudes sociales, en la visibilización del papel de la mujer en la sociedad y en la armonización de la terminología jurídica con el principio de igualdad de sexos.

Igualmente, es atinado señalar que la Exposición de Motivos de la proposición de reforma recalca, expresamente, el equilibrio entre el mayor respeto posible al texto original del Reglamento, las normas ortográficas y gramaticales de la Real Academia de la Lengua y la naturaleza jurídica del texto que se pretende adaptar.

Debido a la forma de tramitación de la iniciativa solicitada por los grupos parlamentarios, el Pleno del Parlamento debía pronunciarse, a la vez, sobre la tramitación directa y en lectura única ante él de la proposición de reforma del Reglamento, así como sobre su toma en consideración. El resultado de la votación, celebrada en la sesión del día 21 de noviembre de 2007, fue favorable, aprobándose esos dos puntos por unanimidad⁹⁴. Esto abrió paso a la inmediata votación de la Cámara sobre la proposición, sin efectuar el usual debate parlamentario. Por ello, la Presidenta del Parlamento pronunció unas palabras de marcado carácter institucional remarcando tanto el consenso de los grupos parlamentarios, como el trabajo técnico realizado desde el año 2005 por el Comité de Lenguaje no Sexista de la Cámara. Se pueden advertir también, en ese breve discurso, una alusión implícita a la dimensión simbólica que posee la representación política, y cuya persistencia es coherente con el significado jurídico-público de la misma, y otra explícita a la misma dimensión del propio lenguaje, así como a la función integradora de la sociedad que llevan a cabo ambos. Sometida a votación la proposición de reforma, fue aprobada por unanimidad y, una vez publicada oficialmente la reforma, está vigente el nuevo Reglamento del Parlamento de Andalucía desde el día 27 de noviembre de 2007⁹⁵. **(Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga)**

⁹¹ Dichas Recomendaciones, aprobadas unánimemente en el Comité de Lenguaje no Sexista, se han publicado en BOPA núm. 734, 8 de octubre de 2007, Pág. Núm. 39310-5.

⁹² La proposición de reforma y las indicaciones sobre su calificación y admisión a trámite se han publicado en BOPA núm. 749, 29 de octubre de 2007.

⁹³ El texto oficial de la Recomendación del Consejo de Europa está disponible en inglés y francés.

⁹⁴ Cfr. Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía, núm. 136/VII Legislatura, 21 de noviembre de 2007, p. 8821.

⁹⁵ Cfr. ibídem y Disposición final del Reglamento, publicado en BOPA núm. 768, 27 de noviembre de 2007.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

INSTRUCCIÓN 4/2008, DE 5 DE FEBRERO, DE LA JUNTA ELECTORAL DE ANDALUCÍA, SOBRE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23.1 DE LA LEY ELECTORAL DE ANDALUCÍA EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 5/2005, DE 8 DE ABRIL⁹⁶

La Ley 5/2005, de 8 de abril, modifica el apartado 1 del artículo 23, estableciendo que las candidaturas en las elecciones al Parlamento de Andalucía se presentarán alternando hombres y mujeres, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, al contrario de lo que el artículo 46.3 de la LOREG prevé distinguiendo entre la lista de candidatos y las eventuales listas de suplentes.

De conformidad con la Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, las reglas establecidas en el artículo 44.bis de la LOREG, sobre composición equilibrada de hombres y mujeres, se aplican de forma separada a las listas de candidatos y a las de los suplentes, si las hubiera. Esta Instrucción, sin embargo, no resulta de aplicación a las elecciones de miembros de Asambleas legislativas en las que las candidaturas deben alternar hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares.

Se han suscitado diversas dudas en relación con la aplicación práctica de lo dispuesto en el artículo 23.1 de la LEA, así como en relación con la posibilidad de que, en su caso, pueda utilizarse el plazo de subsanación previsto en el artículo 24.2 de la LEA para dar cumplimiento a la obligación de que las candidaturas en todos sus puestos, titulares y suplentes, alternen hombres y mujeres.

Para aclarar esta situación, la Junta Electoral de Andalucía, considerando el alcance general de la cuestión, ha acordado, en su reunión del día de la fecha, publicar la siguiente

INSTRUCCIÓN

Primero. En las elecciones al Parlamento de Andalucía las candidaturas deben alternar hombres y mujeres, considerándose los candidatos y sus suplentes como integrantes de una lista única, sin situaciones de discontinuidad entre unos y otros a los efectos de aplicación de la regla establecida en el artículo 23.1

de la LEA. Así, cuando el último de los candidatos titulares sea hombre el primer suplente será mujer, y viceversa.

Segundo. Durante el plazo de subsanación de las irregularidades advertidas por las Juntas Electorales competentes en las candidaturas presentadas, cuando la causa sea el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23.1 de la LEA, podrá modificarse el orden de los candidatos, o incluir o excluir algún candidato, siempre que con ello se trate estrictamente de subsanar la irregularidad apreciada, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 25.1 de la LEA.

Tercero. La presente Instrucción se publicará en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN⁹⁷

A) UNIÓN EUROPEA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁸. Artículo 23.

- Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales⁹⁹. Explicaciones relativas a los artículos 9, 23 y 33.

- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007¹⁰⁰. Preámbulo 1.a) y artículos. 1.bis, 2.3, 5.ter, 10.A.1, 63.bis.2.d, 188.j.2.

- Reglamento (CE) N° 1322/2007 de la Comisión de 12 de noviembre de 2007 por el que se aplica el Reglamento (CE) N° 458/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el sistema europeo de estadísticas integradas de la protección social (Seepros), en lo que se refiere a los formatos adecuados para la transmisión, los resultados que deben transmitirse y los criterios de medición de la calidad del sistema central del Seepros y el módulo sobre los beneficiarios de las pensiones¹⁰¹. Anexo 2 apartado 2.2.

⁹⁶ BOJA núm. 28, de 8 de febrero de 2008.

⁹⁷ En el número 26 de esta revista, debido a su carácter monográfico especial, no se publicó este apartado de "Transversalidad de género en la legislación": por eso, ahora se incluyen las normas correspondientes al período cubierto por ese número y el actual. El Apartado A) ha sido elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez (Universidad de Málaga), el Apartado B) por Miguel Ángel León Nogales (Universidad de Málaga) y el Apartado C) por María Dolores Cabello Fernández (Universidad de Málaga).

⁹⁸ DOUE C303, de 14 de diciembre de 2007.

⁹⁹ DOUE C303, de 14 de diciembre de 2007.

¹⁰⁰ DOUE C306, de 17 de diciembre de 2007.

¹⁰¹ DOUE L294, de 13 de noviembre de 2007.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Reglamento (CE) N° 1424/2007 de la Comisión de 4 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 2304/2002 por el que se aplica la Decisión 2001/822/CE del Consejo relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar a la Comunidad Europea y se asignan las cantidades orientativas con arreglo al décimo Fondo Europeo de Desarrollo¹⁰². Anexo.

- Reglamento (CE) N° 10/2008 de la Comisión de 8 de enero de 2008 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 458/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (SEEPROS), en lo que se refiere a las definiciones, las clasificaciones detalladas y la actualización de las normas de difusión del sistema central del SEEPROS y el módulo sobre los beneficiarios de las pensiones¹⁰³. Anexo 1 2.2, Anexo 2, 2.2.

- Reglamento (CE) N° 8/2008 de la Comisión de 11 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Reglamento (CEE) no 3922/91 del Consejo en lo relativo a los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión¹⁰⁴. Anexo, Subparte D, OPS 1 390, a) 4; Subparte J, OPS 1 607,e)1); Subparte J, OPS 1 620, d), 1) y 2); Subparte J, OPS 1 620, e), 2); Apéndice 1 del OPS 1 620.g), a), 2) y 6) y c), 2) y 5).

- Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV¹⁰⁵. Sección E: Usuarios o beneficiarios, Grupo B: Servicios de asesoría jurídica.

- Reglamento (CE) N° 365/2008 de la Comisión, de 23 de abril de 2008 por el que se adopta el programa de módulos *ad hoc*, que cubre los años 2010, 2011 y 2012, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) n° 577/98¹⁰⁶. Considerando 2; Anexo, punto 1.

- Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 por la que se

modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva¹⁰⁷. Artículo 1 punto 4)c) y punto 7.

- Decisión n° 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 por la que se establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud¹⁰⁸. Punto 38, anexo 2.1.2 de los Considerandos.

- Decisión n° 1578/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, relativa al programa estadístico comunitario 2008-2012¹⁰⁹. Artículo 3; Anexo II, Títulos XI, XIV, XX.

- Decisión de la Comisión de 17 de octubre de 2007 por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos¹¹⁰. Artículo 2.2.e).

- Decisión de la Comisión, de 27 de febrero de 2008, relativa a la adopción del plan de trabajo de 2008 para la aplicación del segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013), y a los criterios de selección, adjudicación y de otro tipo que se aplican a las contribuciones financieras para las acciones de este programa¹¹¹. Anexo I, puntos 2.1, 3.3.4.1 y 3.4.2.2.

- Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008 relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea¹¹². Punto 5.

- Resolución del Consejo de 5 de diciembre de 2007 relativa a las actividades consecutivas al Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007)¹¹³. Considerando Punto 1, Tomando nota Punto 7 e Invitación Punto 10.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (2006/2132(INI))¹¹⁴.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la situación de las mujeres con discapacidad en la Unión Europea (2006/2277(INI))¹¹⁵.

- Recomendación del Consejo de 14 de mayo de 2008

¹⁰² DOUE L317, de 5 de diciembre de 2007.

¹⁰³ DOUE L 5, 9.1.2008.

¹⁰⁴ DOUE L 10, 12.1.2008.

¹⁰⁵ DOUE L 74, 15.03.2008.

¹⁰⁶ DOUE L 112, de 24 de abril de 2008.

¹⁰⁷ DOUE L332, de 18 de diciembre de 2007.

¹⁰⁸ DOUE L301, de 20 de noviembre de 2007.

¹⁰⁹ DOUE L 344, 28.12.2007.

¹¹⁰ DOUE 20.10.07.

¹¹¹ DOUE L 56, 29.02.2008.

¹¹² DOUE C 75, de 26 de marzo de 2008.

¹¹³ DOUE C 308, 19.12.2007.

¹¹⁴ DOUE C 301, 13.12.2007.

¹¹⁵ DOCE C 74E, de 20 de marzo de 2008.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

relativa a la actualización de las Orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad (2008-2010)¹¹⁶. Sección A, directriz 2.

- Recomendación del Consejo de 14 de mayo de 2008 relativa a la actualización de las Orientaciones Generales de la Política Económica 2008 de los Estados miembros y de la Comunidad y sobre la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros¹¹⁷. Anexo, España, punto 4.

B) ESTATAL GENERAL¹¹⁸

- Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil¹¹⁹. Preámbulo, Artículos 3.1, 3.2 y 18.2.

- Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil¹²⁰. Artículo 7.4.

- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León¹²¹. Artículos 11.3, 14.2, 70.11.

- Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹²². Exposición de Motivos y Artículo Único puntos doce y quince.

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público¹²³. Artículos 1, 49.1.c), 101.1, 102.1, 175, 176 48.4.

- Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales¹²⁴. Artículo 88.2.

- Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción¹²⁵. Exposición de Motivos, Artículo 2.1 y Disposiciones Adicionales 5ª y 6ª.

- Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se

modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario¹²⁶. Preámbulo, Artículos 64.3 y 64.7.

- Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar¹²⁷. Preámbulo, Artículos 6.1, 72, 90.3, 101.3, 101.6, 110.6.

- Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social¹²⁸. Disposición Adicional Trigésima.

- Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural¹²⁹. Preámbulo y Artículos 7, 8, 16.1 c), 17.2, 20 f), 22, 26 b), 27 f), 28 c), 32 c), 33 b).

- Ley 46/2007, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 42/1999, de 25 de Noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil¹³⁰. Preámbulo.

- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹³¹. Artículo 16.4 e).

- Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008¹³². Artículo 62, Disposición adicional decimoséptima, apartado 8º, Disposición final tercera. Tres, Anexo I (Programa 232B), Anexo II (Segundo. Seis. b).

- Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine¹³³. Preámbulo, Artículos 19 f), 25.2 y Disposición Adicional segunda.

- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información¹³⁴. Disposición adicional cuarta, apartado 9.

- Instrumento de Ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos

¹¹⁶ DOUE L 137, de 27 de mayo de 2008.

¹¹⁷ DOUE L 139, de 29 de mayo de 2008.

¹¹⁸ Se indica en esta nota una disposición que debería haber aparecido anteriormente: Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2007): Disposición Adicional Tercera.

¹¹⁹ BOE, núm. 254, de 23 de octubre de 2007.

¹²⁰ BOE, núm. 254, de 23 de octubre de 2007.

¹²¹ BOE, núm. 288, de 1 de diciembre de 2007.

¹²² BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 2007.

¹²³ BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

¹²⁴ BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

¹²⁵ BOE, núm. 275, de 16 de noviembre de 2007.

¹²⁶ BOE, núm. 276, de 17 de noviembre de 2007.

¹²⁷ BOE, núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

¹²⁸ BOE, núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

¹²⁹ BOE, núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

¹³⁰ BOE, núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

¹³¹ BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2007.

¹³² BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2007.

¹³³ BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007.

¹³⁴ BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000¹³⁵.

- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006¹³⁶. Exposición de Motivos, Puntos p) y s); Artículos 3.g), 6.1, 8.1.b), 16.1, 16.2, 16.4, 16.5, 25 y 34.4.

- Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados, por la que se modifica el artículo 46.1¹³⁷. Artículo 46.1

- Reforma por la que se modifican diversos artículos del Reglamento del Senado¹³⁸. Artículo 49.2.

-Real Decreto 1174/2007, de 10 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 774/1997, de 30 de mayo, por el que se establece la nueva regulación del Instituto de la Mujer¹³⁹. Artículo Único.

- Real Decreto 1198/2007, de 14 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas¹⁴⁰: Exposición de Motivos; Punto Uno.

- Real Decreto 1291/2007, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, aprobado por Real Decreto 318/1996, de 23 de febrero¹⁴¹: Artículo Único. Punto Seis.

- Real Decreto 1309/2007, de 5 de octubre, por el que se dispone la creación y constitución de 11 unidades judiciales que completan el desarrollo de la planta judicial correspondiente a la programación del año 2007¹⁴²: Artículos 1, 3, 4 y Disposición Transitoria 1ª.

-Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente¹⁴³. Anexo V punto 3.1º.

-Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que

se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de factores actuariales¹⁴⁴. Artículo 1.14.

- Real Decreto 1370/2007, 19 de octubre, por el que se regula la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres¹⁴⁵. Artículos 3.a), c), d), 4.1 y 4.3.

- Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, por el que se crea la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y se aprueba su estatuto¹⁴⁶. Artículo 7.2.

- Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas¹⁴⁷. Artículos 21.4, 26.2.a), 41.b), f) y g), 51, 58.1.a), 67.2, 69.3, 70.1.c), 71.1.c), 85 a 92 y 97 a 103.

- Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, informe del Gobierno sobre igualdad de oportunidades¹⁴⁸. Artículos 1 y 5.

- Real Decreto 1755/2007, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa¹⁴⁹. Artículo 15.

- Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda¹⁵⁰. Artículo Único, punto cuatro (Artículo 15.2.b) y punto doce (Artículo 33.8).

- Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea¹⁵¹. Artículos 13.2 y 33.2.

- Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje¹⁵². Artículo 6.2.

- Real Decreto 186/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Meteorología¹⁵³. Artículo 9.2.

- Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero, por el que

¹³⁵ BOE núm. 64 de 14 de marzo de 2008.

¹³⁶ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

¹³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales- Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 100-2, 5 de mayo de 2008.

¹³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales- Senado, Serie III-A, núm. 1 (f), 13 de mayo de 2008.

¹³⁹ BOE, núm. 227, de 21 de septiembre de 2007.

¹⁴⁰ BOE núm. 237, de 3 de octubre de 2007.

¹⁴¹ BOE núm. 234, de 29 de septiembre de 2007.

¹⁴² BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007.

¹⁴³ BOE, núm. 267, de 7 de noviembre de 2007.

¹⁴⁴ BOE, núm. 254, de 23 de octubre de 2007.

¹⁴⁵ BOE, núm. 262, de 1 de noviembre de 2007.

¹⁴⁶ BOE, núm. 272, de 13 de noviembre de 2007.

¹⁴⁷ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

¹⁴⁸ BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008.

¹⁴⁹ BOE núm. 16, de 18 de enero de 2008.

¹⁵⁰ BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008.

¹⁵¹ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2008.

¹⁵² BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2008.

¹⁵³ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2008.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

se regula el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior¹⁵⁴. Artículos 3.3, 11.1 b), 16.3.

- Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia¹⁵⁵. Artículo 38.2.

- Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos¹⁵⁶. Artículo 3.b).

- Real Decreto 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales¹⁵⁷. Artículo 18.

- Real Decreto 436/2008, de 12 de abril, por el que se nombran Ministros del Gobierno¹⁵⁸.

- Real Decreto 680/2008, de 30 de abril, por el que se determina la composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno¹⁵⁹. Artículo 1.1.g), 6.1.b), 8 y 9.1.c).

- Resolución de 16 de enero de 2008, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con la Ley de la Región de Murcia 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia¹⁶⁰.

- Resolución de 31 de enero de 2008, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior¹⁶¹. Puntos 2.3.2, 8.1.7, 8.1.9 y 11.1.1.

- Resolución de 25 de febrero de 2008, conjunta de la Dirección General de Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y para pensionistas y trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente al territorio nacional. (BOE 53, de 1 de marzo de 2008). Punto octavo.

- Resolución de 5 de marzo de 2008 del Servicio Público de Empleo Estatal, por el que se determinan los colectivos y áreas prioritarias, así como las cuantías cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, en las acciones de formación de demanda correspondientes al ejercicio 2008¹⁶². Artículo 1.2.

- Orden EHA/3352/2007, de 19 de noviembre, por la que se aprueban el modelo 140, de solicitud del abono anticipado de las deducciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por maternidad y por nacimiento o adopción, y el modelo 141, de solicitud del pago único por nacimiento o adopción de hijo, se determina el lugar, forma y plazo de presentación de los mismos y se modifica la Orden de 27 de diciembre de 1991, por la que se dictan instrucciones acerca del régimen económico financiero de la Agencia Estatal de Administración Tributaria¹⁶³.

- Orden ECI/3960/2007, de 19 de diciembre, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la educación infantil¹⁶⁴. Anexo 1.

- Orden CUL/64/2008, de 9 de enero, por la que se regula el Consejo Artístico del Auditorio Nacional de Música¹⁶⁵. Artículo 3.4.

- Orden TAS/76/2008, de 22 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008¹⁶⁶. Artículos 6, 14.1, 15.3, 16.2, 19.b), 22.1.a), 36 y Disposición Adicional tercera.

- Orden INT/68/2008, de 23 de enero, por la que se modifica la Orden INT/1911/2007, de 26 de junio, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal «Violencia doméstica y de género»¹⁶⁷.

- Orden EHA/407/2008, de 7 de febrero, por la que se desarrolla la normativa de planes y fondos de pensiones en materia financiero-actuarial, del régimen de inversiones y de procedimientos registrales¹⁶⁸. Artículo 4 d).

- Orden EHA/1301/2008, de 6 de mayo, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2009¹⁶⁹. Artículo 4.2 *in fine*; Anexos I (232B) y IV.

¹⁵⁴ BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008.

¹⁵⁵ BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2008.

¹⁵⁶ BOE núm. 81, de 3 de abril de 2008.

¹⁵⁷ BOE núm. 90, de 14 de abril de 2008.

¹⁵⁸ BOE núm. 90, de 14 de abril de 2008.

¹⁵⁹ BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2008.

¹⁶⁰ BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2008.

¹⁶¹ BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2008.

¹⁶² BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2008.

¹⁶³ BOE, núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

¹⁶⁴ BOE núm. 5, de 5 de enero de 2008.

¹⁶⁵ BOE núm. 22, de 25 de enero de 2008.

¹⁶⁶ BOE núm. 24, de 28 de enero de 2008.

¹⁶⁷ BOE núm. 22, de 25 de enero de 2008.

¹⁶⁸ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2008.

¹⁶⁹ BOE núm. 113, de 9 de mayo de 2008.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

C) AUTONÓMICA DE ANDALUCÍA

- Ley 8/2007 de 5 de octubre de Museos y Colecciones Museográficas¹⁷⁰. Exposición de Motivos, Artículos 6.1 y 32.2.

- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía¹⁷¹. Exposición de Motivos, Artículo 3.p) y q), 18.1, 18.2, 19.2, 89.1 a).

- Ley 10/2007, de 26 de noviembre, de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía¹⁷². Exposición de Motivos y Artículo 18.1.

- Ley 11/ 2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía¹⁷³. Exposición de Motivos. Artículo 5.3.

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía¹⁷⁴. Exposición de Motivos.

- Ley 15/2007, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley 4/1994, de 12 de abril, de creación de la Universidad Internacional de Andalucía¹⁷⁵. Artículo único, puntos 6.3, 7 m), 8.2 y 12.

- Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento¹⁷⁶. Exposición de Motivos y Artículos 4 d), 41 b), 45.1, 45.2 y 45.4.

- Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía¹⁷⁷. Artículos 4.1 e) y f), 5 i), 8.3 a), 39.3, 48.1, 124.2, 131.3 y Disposición final primera.

- Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la radio y televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA)¹⁷⁸. Exposición de Motivos; Artículos 4.1 f), 4.3 c), 14.1, 20.1 y Disposición Adicional tercera.

- Ley 19/2007, de 17 de diciembre, de designación de Senadores y Senadoras en representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁷⁹. Artículos 4.4; 7.2 y lenguaje no sexista en todo el texto de la Ley.

- Ley 20/2007, de 17 de diciembre, del Consejo Andaluz de Concertación Local¹⁸⁰. Artículo 5.1.

- Ley 21/07, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía¹⁸¹. Exposición de Motivos y Artículo 2.2.

- Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía¹⁸². Artículos 20.2 y 67.2.

- Ley 23/2007, de 18 de diciembre, por la que se crea la Agencia Tributaria de Andalucía y se aprueban medidas fiscales¹⁸³. Artículo 13.2.

- Ley 24/2007, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008¹⁸⁴. Exposición de Motivos, Artículos 2.4 y 21.1 a).

- Instrucción 4/2008, de 5 de febrero, de la Junta Electoral de Andalucía, sobre aplicación del artículo 23.1 de la Ley Electoral de Andalucía en la redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de abril¹⁸⁵.

- Decreto 250/2007, de 25 de septiembre, por el que se establece la uniformidad de las Policías Locales¹⁸⁶. Artículo 10.f).

- Decreto 283/2007, Plan Andaluz de Cooperación al Desarrollo¹⁸⁷. Línea prioritaria 3.

- Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía¹⁸⁸. Artículos. 6.b), 6.f) y 20.f).

- Decreto 297/2007, de 18 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Cáncer de Andalucía¹⁸⁹. Artículos 10.2 y 13.2.

- Decreto 1/2008, Agencia Andaluza de Cooperación¹⁹⁰. Artículo 5.

- Decreto 2/2008, de 8 de enero, por el que se aprueba el reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Comunidades Andaluzas¹⁹¹. Artículos 4.1.d), f), g), h), i) y k); 4.2; 5.1.b).1º.

- Decreto 6/2008, de 15 de enero, por el que se regula el deporte en edad escolar en Andalucía¹⁹². Artículo 3 j), l) y m).

¹⁷⁰ BOJA núm. 205, de 18 de octubre de 2007.

¹⁷¹ BOJA núm. 215, de 31 de octubre de 2007.

¹⁷² BOJA núm. 246, de 17 de diciembre de 2007.

¹⁷³ BOJA núm. 246, de 17 de diciembre de 2007.

¹⁷⁴ BOJA núm. 248, de 19 de diciembre de 2007.

¹⁷⁵ BOJA núm. 248, de 19 de diciembre de 2007.

¹⁷⁶ BOJA núm. 250, 21 de diciembre de 2007.

¹⁷⁷ BOJA núm. 252, 26 de diciembre de 2007.

¹⁷⁸ BOJA núm. 252, 26 de diciembre de 2007.

¹⁷⁹ BOJA núm. 252, 26 de diciembre de 2007.

¹⁸⁰ BOJA núm. 252, 26 de diciembre de 2007.

¹⁸¹ BOJA núm. 253, 27 de diciembre de 2007.

¹⁸² BOJA núm. 254, 28 de diciembre de 2007.

¹⁸³ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2007.

¹⁸⁴ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2007.

¹⁸⁵ BOJA núm. 28, de 8 de febrero de 2008.

¹⁸⁶ BOJA núm. 201, de 11 de octubre de 2007.

¹⁸⁷ BOJA núm. 11, de 16 de enero de 2008.

¹⁸⁸ BOJA núm. 245, de 14 de diciembre de 2007.

¹⁸⁹ BOJA núm. 3, de 4 de enero de 2008.

¹⁹⁰ BOJA núm. 9, de 14 de enero de 2008.

¹⁹¹ BOJA núm. 31, de 13 de febrero de 2008.

¹⁹² BOJA núm. 21, de 30 de enero de 2008.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Decreto del Presidente 10/2008, de 19 de abril, de las Vicepresidencias y sobre reestructuración de Consejerías¹⁹³. Artículo 14.
- Decreto del Presidente 13/2008, de 19 de abril, por el que se designan los Consejeros y Consejeras de la Junta de Andalucía¹⁹⁴.
- Decreto 13/2008, de 22 de enero, por el que se aprueba la organización y régimen de funcionamiento del Instituto Andaluz de Caza y Pesca Continental¹⁹⁵. Exposición de Motivos.
- Decreto 16/2008, de 29 de enero, por el que se aprueba la modificación del Estatuto de la Universidad de Sevilla, aprobado por Decreto 324/2003, de 25 de noviembre¹⁹⁶. Artículo 72.2.e) y f).
- Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁹⁷. Exposición de Motivos y artículos. 4.1.c), 54.7 y 56.3, 56.4 y 56.5.
- Decreto 33/2008, de 5 de febrero, por el que se regulan los centros y servicios de reforma juvenil y se establece el sistema de gestión de la calidad¹⁹⁸. Artículos 4.a) y 12.1.c).
- Decreto 34/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales¹⁹⁹. Exposición de Motivos, Artículos 10.5 y 21.4.
- Decreto 36/2008, de 5 de febrero, por el que se designan las zonas vulnerables y se establecen medidas contra la contaminación por nitratos de origen agrario²⁰⁰. Exposición de Motivos.
- Decreto 64/2008, de 26 de febrero, por el que se modifica el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas²⁰¹. Exposición de Motivos, Artículo único apartados 9.2.b) y 10.2.
- Decreto 66/2008, de 26 de febrero, por el que se modifica el Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local²⁰². Uno (Modificación del artículo 18.1.c) y Disposición Adicional única.
- Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁰³. Artículos 5.a), 5.b), 5.c), 10.1.b), 10.1.c), 12.1.b), 12.1.c), 26 a 30 y 34.a).
- Decreto 70/2008, de 26 de febrero, por el que se regula la plantilla orgánica, las funciones, las retribuciones, la jornada y horario de trabajo, el acceso y la provisión de puestos de trabajo del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, especialidades de Farmacia y Veterinaria²⁰⁴. Artículo 15.3.
- Decreto 74/2008, de 4 de marzo, por el que se regula el Comité de Investigación de Reprogramación Celular, así como los proyectos y centros de investigación en el uso de reprogramación celular con fines terapéuticos²⁰⁵. Artículo 3.3.
- Decreto 75/2008, de 4 de marzo, por el que el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico se adapta a la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y se aprueban sus Estatutos²⁰⁶. Artículo 11.5.
- Decreto 77/2008, de 4 de marzo, de ordenación administrativa y funcional de los servicios de Salud Mental en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud²⁰⁷. Artículo 3.2.b).
- Decreto 240/2008, de 13 de mayo, por el que se modifica el Decreto 359/2003, de 22 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica²⁰⁸. Artículo Único. Dos; Artículo 12.2.
- Orden de 20 de diciembre de 2007, por la que se convocan premios de la Junta de Andalucía a la Calidad de los servicios Públicos y Administración electrónica para el año 2007²⁰⁹. Base Cuarta. Puntos 5.d.1 y 6.d.4; Base Quinta Punto 5.d.1.

¹⁹³ BOJA núm. 79, de 21 de abril de 2008.

¹⁹⁴ BOJA núm. 79, de 21 de abril de 2008.

¹⁹⁵ BOJA núm. 26, de 6 de febrero de 2008.

¹⁹⁶ BOJA núm. 22, de 31 de enero de 2008.

¹⁹⁷ BOJA núm. 44, de 4 de marzo de 2008.

¹⁹⁸ BOJA núm. 44, de 4 de marzo de 2008.

¹⁹⁹ BOJA núm. 36, de 20 de febrero de 2008.

²⁰⁰ BOJA núm. 36, de 20 de febrero de 2008.

²⁰¹ BOJA núm. 43, de 3 de marzo de 2008.

²⁰² BOJA núm. 55, de 19 de marzo de 2008.

²⁰³ BOJA núm. 44, de 4 de marzo de 2008.

²⁰⁴ BOJA núm. 52, de 14 de marzo de 2008.

²⁰⁵ BOJA núm. 54, de 18 de marzo de 2008.

²⁰⁶ BOJA núm. 60, de 27 de marzo de 2008.

²⁰⁷ BOJA núm. 53, de 17 de marzo de 2008.

²⁰⁸ BOJA núm. 98, de 19 de mayo de 2008.

²⁰⁹ BOJA núm. 23, de 1 de febrero de 2008.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEGUNDA), DE 21 DE FEBRERO DE 2008, APLICACIÓN DE LOS RÉGIMENES DE SEGURIDAD SOCIAL, PRESTACIÓN POR CUIDADO DE HIJOS.

En el asunto C-507/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberlandesgericht Innsbruck (Austria), mediante resolución de 30 de noviembre de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de diciembre de 2006, en el procedimiento entre Malina Klöppel y Tiroler Gebietskrankenkasse,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda), integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. L. Bay Larsen, K. Schieman (Ponente) y P. Kūris y la Sra. C. Toader, Jueces; Abogado General: Sr. P. Mengozzi; Secretario: Sr. R. Grass; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas: en nombre de la Sra. Klöppel, por el Sr. D. Rief; en nombre de la Tiroler Gebietskrankenkasse, por la Sra. A. Bramböck, en calidad de agente; en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente; en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por la Sra. W. Ferrante, avvocato dello Stato; en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas por el Sr. V. Kreuzsitz, en calidad de agente; vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones; dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 3 y 72 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), en su versión resultante del Reglamento (CE) n° 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001 (DO L 187, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 1408/71»), así como del artículo 10 *bis* del Reglamento (CEE) n° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n° 118/97, en su versión resultante del Reglamento (CE) n° 410/2002 de la Comisión, de 27 de febrero de 2002 (DO L 62, p. 17) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 574/72»).

2 Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre la Sra. Klöppel y la Tiroler Gebietskrankenkasse sobre la dura-

ción del período durante el cual la interesada puede percibir en Austria la prestación por cuidado de hijos.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 A tenor del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Igualdad de trato»:

«1. Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento. [...]»

4 El artículo 4 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Campo de aplicación material», establece: «1. El presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con: [...] h) las prestaciones familiares. [...]»

5 El artículo 72 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Totalización de los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia», dispone: «La institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, computará a tal efecto, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos en el territorio de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos cubiertos bajo la legislación que aplica.»

6 A tenor del artículo 10 *bis* del Reglamento n° 574/72, titulado «Normas aplicables cuando el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia esté sometido, sucesivamente, a la legislación de varios Estados miembros durante un mismo período o parte de un período»: «Si un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia ha estado sometido sucesivamente a la legislación de dos Estados miembros durante un período de tiempo situado entre los dos plazos previstos por la legislación de uno o dos de esos Estados miembros para la concesión de las prestaciones familiares, se aplicarán las normas siguientes:

a) las prestaciones familiares a las que el interesado pueda tener derecho por estar sujeto a la legislación de cada uno de dichos Estados miembros corresponderán a las prestaciones diarias debidas en aplicación de la legislación considerada. Si estas legislaciones no prevén prestaciones diarias, las prestaciones familiares se concederán a prorrata del período de tiempo durante el que el interesado haya estado sujeto a la legislación de cada uno de los Estados miembros,

JURISPRUDENCIA • TJUE •

en relación con el período establecido por la legislación en cuestión;

b) cuando las prestaciones familiares hayan sido abonadas por una institución durante un período en el que hubieran debido ser abonadas por una institución diferente, habrá lugar a compensación entre ambas instituciones;

Normativa austriaca

7 El artículo 5 de la *Kinderbetreuungsgeldgesetz* (Ley sobre la prestación por cuidado de hijos), de 8 de agosto de 2001 (BGBl. I, 103/2001; en lo sucesivo, «KBGG»), dispone: «1. La prestación por el cuidado de hijos se devenga como máximo hasta cumplirse el trigésimo sexto mes de vida del hijo, siempre que no se establezca otra cosa en las siguientes disposiciones. 2. Si sólo uno de los progenitores solicita la prestación por cuidado de hijos, ésta se extingue al cumplirse los 30 meses de edad del hijo; si la solicita también el otro progenitor, la prestación se prolonga, más allá del trigésimo mes de vida, durante el tiempo en que el otro progenitor opte por la prestación por cuidado de hijos, si bien nunca más allá de la fecha en que el hijo cumpla los 36 meses de edad. 3. La prestación por cuidado de hijos puede percibirse de forma alterna por ambos progenitores, en cuyo caso se admitirán dos relevos por cada hijo».

Litigio principal y cuestión prejudicial

8 La Sra. Klöppel, de nacionalidad alemana y funcionaria del Land de Renania del Norte-Westfalia, reside en Austria y está empleada como profesora en un instituto situado en Alemania. Hasta el 18 de agosto de 2004, residió en Alemania, donde nació su hija el 11 de abril de 2004. El Sr. Kraler, de nacionalidad austriaca, pareja de la Sra. Klöppel y padre de dicha hija, convivió en el mismo domicilio a partir del 1 de marzo de 2004 con la interesada, para prestarle ayuda antes del parto y ocuparse del cuidado de la referida hija después de su nacimiento. A tal efecto, la Universidad de Innsbruck, su empleador en Austria, concedió al Sr. Kraler una excedencia no remunerada. A la Sra. Klöppel, por su parte, se le concedió un permiso no retribuido, con interrupción total de la prestación de servicio, del 22 de julio de 2004 al 10 de abril de 2007.

9 A raíz del nacimiento de su hija, se concedió a la Sra. Klöppel y al Sr. Kraler, que residían entonces en Alemania, la prestación por crianza de hijos abonada en dicho Estado miembro; el Sr. Kraler, por su parte, percibió dicha prestación durante el período comprendido entre el 11 de abril y el 11 de agosto de 2004.

10 El 18 de agosto de 2004, la Sra. Klöppel y el Sr. Kraler, acompañados de su hija, se instalaron en Austria, donde el Sr. Kraler reanudó su actividad profesional.

11 A partir de dicha fecha y hasta el 11 de octubre de 2006, la Sra. Klöppel percibió la prestación por cuidado de hijos austriaca. Su solicitud de prórroga del pago de dicha prestación hasta el 10 de abril de 2007 fue denegada mediante resolución de la *Tiroler Gebietskrankenkasse* de 3 de mayo de 2006. Dicha denegación se basó en el artículo 5, apartado 2, de la *KBGG*, que establece que cuando un solo progenitor perciba la prestación por cuidado de hijos, ésta se concederá como máximo durante los 30 meses siguientes al nacimiento del hijo, pero que, si el segundo progenitor percibiese también dicha prestación (o la hubiese percibido), puede concederse el derecho a esta última durante 36 meses, beneficiándose los padres de esa prestación con carácter alternativo. La percepción por el Sr. Kraler de la prestación por crianza de hijos en Alemania entre el 11 de abril y el 11 de agosto de 2004 no fue, sin embargo, tomada en consideración al examinar el derecho de la Sra. Klöppel a la prestación por cuidado de hijos durante un período de 36 meses.

12 La Sra. Klöppel recurrió esta resolución.

13 El *Landesgericht Innsbruck* compartió la argumentación de la *Tiroler Gebietskrankenkasse* y desestimó el recurso de la Sra. Klöppel, por considerar que esta última únicamente tenía derecho a la prestación por cuidado de hijos durante 30 meses.

14 Al haber recurrido la Sra. Klöppel esta resolución, el *Oberlandesgericht Innsbruck* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «El artículo 72 del Reglamento [...] n° 1408/71 [...] en relación con el artículo 3 de ese mismo Reglamento y con el artículo 10 *bis* del Reglamento [...] n° 574/72 [...] ¿debe interpretarse en el sentido de que los períodos de percepción de prestaciones familiares en un Estado miembro [en este caso, el *Bundeserziehungsgeld* (prestación federal por crianza de hijos) en Alemania] han de recibir el mismo trato, a efectos del reconocimiento del derecho a una prestación equiparable, en otro Estado miembro [en este caso, el *Kinderbetreuungsgeld* (prestación por cuidado de hijos) en Austria], y, por lo tanto, deben considerarse a ese respecto en este segundo Estado miembro como períodos de prestación percibida en el propio Estado, si durante dichos períodos ambos cónyuges debían ser considerados trabajadores con arreglo al artículo 1, letra a), inciso i), del Reglamento n° 1408/71?»

²¹⁰ A tenor del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Igualdad de trato»: «1. Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento. [...]». Por su parte el artículo 4 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Campo de aplicación material», establece: «1. El presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con: [...] h) las prestaciones familiares. [...]». Y el artículo 72 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Totalización de los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia», dispone: «La institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, computará a tal efecto, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos en el territorio de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que aplica».

Sobre la cuestión prejudicial

15 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en la situación de la Sra. Klöppel, los periodos de referencia tenidos en cuenta para el nacimiento del derecho a la prestación por cuidado de hijos se consideran de modo diferente en función de que hayan sido cubiertos en Austria o en otro Estado miembro. En este sentido, si el Sr. Kraler se hubiera dedicado al cuidado de su hija en Austria y hubiese percibido, por ese motivo, la prestación por cuidado de hijos en dicho Estado miembro, la Sra. Klöppel tendría derecho a optar a dicha prestación durante un período más amplio. En este contexto, y tras comprobar que la situación de la Sra. Klöppel está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si las disposiciones del citado Reglamento pueden interpretarse en el sentido de que los períodos de percepción de prestaciones familiares en Alemania deben asimilarse a los períodos de percepción de prestaciones equiparables en Austria.

16 A este respecto, procede señalar en primer lugar que, como aduce el Gobierno austriaco, el Derecho comunitario no menoscaba la competencia de que disponen los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de armonización a nivel comunitario, corresponde a la legislación de cada Estado miembro establecer los requisitos de concesión de las prestaciones de seguridad social así como el importe y la duración del período de concesión de éstas. No obstante, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de los trabajadores o incluso las relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión Europea, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros (sentencia de 23 de noviembre de 2000, *Elsen*, C-135/99, Rec. p. I-10409, apartado 33).

17 El principio de no discriminación, tal como se halla enunciado en el artículo 39 CE, apartado 2, y como ha sido concretado en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (véase la sentencia de 18 de enero de 2007, *Celozzi*, C-332/05, Rec. p. I-563, apartados 13 y 23).

18 En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso que puedan perjudicar de manera par-

ticular a estos últimos (sentencia *Celozzi*, antes citada, apartado 24).

19 Pues bien, la denegación del reconocimiento, a efectos de la concesión a la Sra. Klöppel de la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período durante el cual la pareja de la interesada, el Sr. Kraler, disfrutó de una prestación equiparable en Alemania, puede conducir a tal resultado, ya que son por lo general los trabajadores nacionales de otros Estados miembros quienes disfrutaban, con anterioridad a su instalación en Austria, de prestaciones familiares abonadas en esos otros Estados.

20 Hay que observar que el Tribunal de Justicia no dispone de elementos que le permitan examinar la eventual justificación de dicha diferencia de trato en detrimento de los trabajadores migrantes.

21 Dado que la interpretación del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71 basta, por sí sola, para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente los elementos de respuesta que le permitan resolver el litigio del que conoce, no es necesario que el Tribunal de Justicia haga una interpretación de los artículos 72 del Reglamento n° 1408/71 y 10 *bis* del Reglamento n° 574/72.

22 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio.

Costas

23 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión resultante del Reglamento (CE) n° 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos aus-

triac, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 21 de febrero de 2008

Esta sentencia del Tribunal de Justicia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberlandesgericht Innsbruck (Austria). Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre la Sra. Klöppel y la Tiroler Gebietskrankenkasse sobre la duración del período durante el cual la interesada puede percibir en Austria la prestación por cuidado de hijos.

La Sra. Klöppel, de nacionalidad alemana y funcionaria del Land de Renania del Norte-Westfalia, reside en Austria y está empleada como profesora en un instituto situado en Alemania. Hasta el 18 de agosto de 2004, residió en Alemania, donde nació su hija el 11 de abril de 2004. El Sr. Kraler, de nacionalidad austriaca, pareja de la Sra. Klöppel y padre de dicha hija, convivió en el mismo domicilio a partir del 1 de marzo de 2004 con la interesada, para prestarle ayuda antes del parto y ocuparse del cuidado de la referida hija después de su nacimiento. A tal efecto, la Universidad de Innsbruck, su empleador en Austria, concedió al Sr. Kraler una excedencia no remunerada. A la Sra. Klöppel, por su parte, se le concedió un permiso no retribuido, con interrupción total de la prestación de servicio, del 22 de julio de 2004 al 10 de abril de 2007.

A raíz del nacimiento de su hija, se concedió a la Sra. Klöppel y al Sr. Kraler, que residían entonces en Alemania, la prestación por crianza de hijos abonada en dicho Estado miembro; el Sr. Kraler, por su parte, percibió dicha prestación durante el período comprendido entre el 11 de abril y el 11 de agosto de 2004. El 18 de agosto de 2004, la Sra. Klöppel y el Sr. Kraler, acompañados de su hija, se instalaron en Austria, donde el Sr. Kraler reanudó su actividad profesional. A partir de dicha fecha y hasta el 11 de octubre de 2006, la Sra. Klöppel percibió la prestación por cuidado de hijos austriaca. Su solicitud de prórroga del pago de dicha prestación hasta el 10 de abril de 2007 fue denegada mediante resolución de la Tiroler Gebietskrankenkasse de 3 de mayo de 2006. Dicha denegación se basó en el artículo 5, apartado 2, de la KBGG, que establece que cuando un solo progenitor perciba la prestación por cuidado de hijos, ésta se concederá como máximo durante los 30 meses siguientes al nacimiento del hijo, pero que, si el segundo progenitor percibiese también dicha prestación (o la hubiese percibido), puede concederse el derecho a esta última durante 36 meses, beneficiándose los padres de esa prestación con carácter alternativo. La percepción por el Sr. Kraler de la prestación por crianza de hijos en Alemania entre el 11 de abril y el 11 de agosto de 2004 no fue, sin embargo, tomada

en consideración al examinar el derecho de la Sra. Klöppel a la prestación por cuidado de hijos durante un período de 36 meses. La Sra. Klöppel recurrió esta resolución. El Landesgericht Innsbruck compartió la argumentación de la Tiroler Gebietskrankenkasse y desestimó el recurso de la Sra. Klöppel, por considerar que esta última únicamente tenía derecho a la prestación por cuidado de hijos durante 30 meses. Al haber recurrido la Sra. Klöppel esta resolución, el Oberlandesgericht Innsbruck decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

El órgano jurisdiccional remitente plantea si las disposiciones del Reglamento 1408/71 pueden interpretarse en el sentido de que los períodos de percepción de prestaciones familiares en Alemania deben asimilarse a los períodos de percepción de prestaciones equiparables en Austria²¹⁰.

Argumenta el Tribunal de Justicia que el principio de no discriminación no sólo prohíbe las discriminaciones directas sino también toda forma encubierta de discriminación. Así establece que “El principio de no discriminación, tal como se halla enunciado en el artículo 39 CE, apartado 2, y como ha sido concretado en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado”. Esto significa que será indirectamente discriminatorio un derecho nacional que aplique requisitos objetivamente neutros pero que afecten mayoritariamente a trabajadores migrantes. Como afirma el Tribunal de Justicia “deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos”.

Con estos argumentos el Tribunal de Justicia concluye “que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio”.

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia confirma su jurisprudencia sobre el principio de igualdad en este caso sobre

la aplicación de los regímenes de Seguridad Social, entendiéndose que todo trato desigual que no este justificado supone discriminación. Ésta interpretación se hace necesaria para favorecer la libre circulación de trabajadores que es uno de los pilares de la Unión Europea. De tal modo que los periodos cotizados se computarán en su totalidad independientemente del Estado miembro en los que se hubieran completado, y también supone una interpretación protectora de las situaciones de maternidad en la medida en que permite a una trabajadora disfrutar de la prestación por cuidado de hijos en su totalidad independientemente del país donde hubiera cotizado. (María Dolores Cabello Fernández. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 26 de febrero de 2008, MATERNIDAD, DESPIDO

En el asunto C-506/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 23 de noviembre de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de diciembre de 2006, en el procedimiento entre Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas y L. Bay Larsen, Presidentes de Sala, y la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. K. Schiemann, J. Makarczyk, P. Kūris, E. Juhász y A. Ó Caoimh (Ponente), la Sra. P. Lindh y el Sr. J.-C. Bonichot, Jueces; Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer; Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 16 de octubre de 2007; consideradas las observaciones presentadas: en nombre de Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, por el Sr. H. Hübel, Rechtsanwalt; en nombre del Gobierno austriaco, por las Sras. C. Pesendorfer y M. Winkler, en calidad de agentes; en nombre del Gobierno helénico, por la Sra. E-M. Mamouna y los Sres. K. Georgiadis y M. Apeessos, en calidad de agentes; en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por Sra. W. Ferrante, avvocato dello Stato; en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. van Beek y V. Kreuschitz y la Sra. I. Kaufmann-Bühler, en calidad de agentes; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de noviembre de 2007; dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2, letra a), de la Directiva

92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Mayr, demandante en el asunto principal, y su antiguo empresario, Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG (en lo sucesivo, «Flöckner»), demandado en el asunto principal, a raíz del despido de aquélla por parte de éste.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

Directiva 76/207/CEE

3 El artículo 2, apartado 1, 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 trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), establece que «el principio de igualdad de trato [...] supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

4 El apartado 3 del mismo artículo 2 dispone que la Directiva 76/207 «no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad».

5 Con arreglo al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207: «La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.»

6 El artículo 34, apartado 1, de 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) (DO L 204, p. 23), derogó la Directiva 76/207, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269, p. 15).

7 No obstante, las Directivas 2002/73 y 2006/54 no se aplican *ratione temporis* a los hechos del asunto principal.

Directiva 92/85

8 Del noveno considerando de la Directiva 92/85 se desprende que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

9 Según el decimoquinto considerando de esta misma Directiva, el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales

sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y es conveniente establecer una prohibición de despido de ésta.

10 El artículo 2, apartado a), de la Directiva 92/85 define a la trabajadora embarazada como «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».

11 El artículo 10 de la Directiva 92/85 es del siguiente tenor: «Como garantía para las trabajadoras [embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia], a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.»

12 Con arreglo al artículo 12 de la Directiva 92/85: «Los Estados miembros incorporarán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier trabajadora que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y/o, de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, mediante el recurso a otras instancias competentes.»

Normativa nacional

13 El artículo 10 de la Ley de protección de la maternidad (Mutterschutzgesetz; en lo sucesivo, «MSchG») es del siguiente tenor: «1. Las trabajadoras no pueden ser legalmente despedidas durante el embarazo ni en los cuatro meses siguientes al parto, salvo si el empresario no hubiese sido informado del embarazo o del parto. 2. El despido es también ilegal cuando el empresario es informado del embarazo o del parto en el plazo de cinco días laborables desde el anuncio del despido o de su notificación en caso de despido por escrito. El anuncio por escrito del embarazo o del parto se considera efectuado en tiempo útil cuando se entregue al servicio postal dentro del plazo de cinco días. Si la trabajadora invoca su embarazo o su parto dentro del plazo de cinco días, debe al mismo tiempo acreditar el embarazo o la presunción de embarazo mediante un certificado médico, o presentar el certificado de nacimiento del hijo. [...]».

14 En virtud del artículo 17, apartado 1, de la Ley de reproducción asistida (Fortpflanzungsmedizingesetz; en lo sucesivo, «FMedG»), los preembriones viables, es decir, según el artículo 1, apartado 3, de la FMedG, los óvulos fecundados y las células desarrolladas a partir de ellos, pueden conservarse durante un período de hasta diez días.

15 Conforme al artículo 8 de la FMedG, sólo puede realizarse una reproducción asistida con el consentimiento de los integrantes de la pareja y el consentimiento de la mujer puede ser revocado hasta el momento de la implantación de los preembriones viables en su cuerpo.

Litigio principal y cuestión prejudicial

16 La Sra. Mayr trabajaba como camarera para Flöckner desde el 3 de enero de 2005.

17 Como parte de una tentativa de fecundación *in vitro* y después de un tratamiento hormonal de aproximadamente un mes y medio de duración, se le practicó a la Sra. Mayr una punción folicular el 8 de marzo de 2005. La Sra. Mayr estuvo de baja entre el 8 y el 13 de marzo de 2005 por prescripción de su médico de cabecera.

18 El 10 de marzo de 2005, en una conversación telefónica, Flöckner comunicó a la Sra. Mayr que quedaba despedida con efectos a 26 de marzo de 2005.

19 Mediante escrito del mismo día, la Sra. Mayr informó a Flöckner de que, en el marco de un tratamiento de fecundación artificial, la transferencia de los óvulos fecundados a su útero estaba programada para el 13 de marzo de 2005.

20 Según la resolución de remisión, consta que, en la fecha de comunicación del despido de la Sra. Mayr, es decir, el 10 de marzo de 2005, los óvulos extraídos de ésta ya habían sido fecundados por los espermatozoides de su pareja y, por tanto, ya existían, en esa misma fecha, óvulos fecundados *in vitro*.

21 El 13 de marzo de 2003, es decir, tres días después de que se informase a la Sra. Mayr de su despido, se transfirieron al útero de la Sra. Mayr dos óvulos fecundados.

22 Esta última reclamó a Flöckner el pago de su salario y de la parte proporcional de su retribución anual, alegando que el despido anunciado el 10 de marzo de 2005 era jurídicamente nulo, debido a que, desde el 8 de marzo de 2005, fecha en la que se efectuó la fecundación *in vitro* de sus óvulos, estaba amparada por la protección contra el despido prevista en el artículo 10, apartado 1, de la MSchG.

23 Flöckner rechazó esta reclamación por considerar que en el momento de la notificación del despido aún no había embarazo.

24 El Landesgericht Salzburg, que conoció del asunto en primera instancia, estimó la demanda de la Sra. Mayr, aduciendo que, según la jurisprudencia del Oberster Gerichtshof, la protección contra el despido prevista en el artículo 10 de la MSchG comienza con la fecundación del óvulo. A su juicio, según esta jurisprudencia, dicha fecundación se considera el punto de partida del embarazo. Por

consiguiente, el Landesgericht Salzburg consideró que lo mismo debe aplicarse en el caso de una fecundación *in vitro*, y que, si la transferencia del óvulo fecundado fracasa, se pierde de todos modos la protección frente al despido.

25 Sin embargo, el Oberlandesgericht Linz, tribunal de apelación en materia laboral y social, anuló la sentencia del Landesgericht Salzburg y desestimó la demanda de la Sra. Mayr, por considerar que, independientemente de la cuestión de determinar a partir de qué momento del embarazo se producen realmente cambios hormonales, la gestación no puede considerarse fuera del cuerpo de la mujer y, por consiguiente, en el caso de una fecundación *in vitro*, el embarazo sólo comienza con la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer. Únicamente a partir de esa transferencia comienza la protección de la mujer embarazada contra la resolución del contrato de trabajo.

26 Esta sentencia recaída en el procedimiento de apelación fue objeto de un recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof. Según la jurisprudencia de éste, la protección establecida en el artículo 10 de la MSchG sólo es aplicable si, en el momento del despido, ha comenzado realmente un embarazo. La finalidad de la protección de la maternidad, que no admite excepciones, consiste en preservar la salud de la madre y del hijo en interés de éstos y, en los casos de protección contra el despido y la resolución de la relación laboral, en garantizar la subsistencia económica de la madre. La necesidad de protección durante el período en que se modifica el estado de la mujer existe con independencia de que ya se haya producido o no la implantación del óvulo fecundado en la mucosa uterina (lo que se denomina también «anidación») y el hecho de que sea fácil o no acreditar el estado de gravidez carece de relevancia a este respecto. La anidación del óvulo fecundado en la mucosa del útero es únicamente una etapa del embarazo que comienza con la concepción, según la opinión científica predominante, y no puede elegirse arbitrariamente como momento de inicio del embarazo a efectos de la protección contra el despido.

27 No obstante, esta jurisprudencia del Oberster Gerichtshof relativa al artículo 10 de la MSchG se basa exclusivamente en casos de concepción *in utero*, es decir, de manera natural. Dicho órgano jurisdiccional expone que ésta es la primera vez que tiene que dilucidar cuál es el momento a partir del cual una mujer embarazada puede acogerse a la protección contra el despido establecida en el artículo 10 de la MSchG, en el caso de una fecundación *in vitro*.

28 Al estimar que el litigio de que conoce suscita una cuestión que afecta a la interpretación del Derecho comunitario, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Una trabajadora que se somete a una operación de fertilización *in vitro* es una “trabajadora embarazada” a efectos del artículo 2, letra a), primera mitad de frase,

de la Directiva [92/85] si en el momento en que se le notifica el despido sus óvulos ya habían sido fecundados con los espermatozoides de su pareja, de manera que ya existían embriones *in vitro*, pero aún no habían sido transferidos a su cuerpo?»

Sobre la cuestión prejudicial

29 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 92/85 y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que se aplican a una trabajadora que se somete a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de esta mujer.

30 Con carácter preliminar, procede señalar que la fecundación *in vitro* designa la fecundación de un óvulo fuera del cuerpo de la mujer. Según la Comisión de las Comunidades Europeas, esta operación comprende diversas etapas, tales como, en particular, la estimulación hormonal de los ovarios de la mujer, con objeto de producir la maduración de varios óvulos al mismo tiempo, la punción folicular, la extracción de óvulos, la fecundación de un óvulo con espermatozoides previamente tratados, la transferencia del óvulo fecundado o de los óvulos fecundados al útero, entre el tercer y el quinto día siguientes a la extracción de los óvulos, salvo en caso de que los óvulos fecundados se congelen para conservarlos, y la anidación.

31 Por lo que respecta a la Directiva 92/85, debe recordarse que su objetivo consiste en promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

32 En este ámbito, el Tribunal de Justicia también ha declarado que el objetivo perseguido por las reglas del Derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz (véanse las sentencias de 8 de septiembre de 2005, McKenna, C-191/03, Rec. p. I-7631, apartado 42, y de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06, Rec. p. I-0000, apartado 28).

33 Ya antes de entrar en vigor la Directiva 92/85, el Tribunal de Justicia había declarado que, en virtud del principio de no discriminación y, en especial, de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, debe ser reconocida a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. Según el Tribunal de Justicia, un despido durante esos períodos sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo (véanse, en este sentido, las sentencias de

8 de noviembre de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, C-179/88, Rec. p. I-3979, apartado 13; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartados 24 y 25; McKenna, antes citada, apartado 47, y Paquay, antes citada, apartado 29).

34 Precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador comunitario ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad (véanse las sentencias de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 21; Brown, antes citada, apartado 18; de 4 de octubre de 2001, Tele Danmark, C-109/00, Rec. p. I-6993, apartado 26; McKenna, antes citada, apartado 48, y Paquay, antes citada, apartado 30).

35 Es preciso señalar igualmente que, durante dicho período, el artículo 10 de la Directiva 92/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido (sentencias, antes citadas, Webb, apartado 22; Brown, apartado 18; Tele Danmark, apartado 27, y Paquay, apartado 31).

36 Es preciso determinar a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 92/85 y, más concretamente, por su artículo 10, si la protección contra el despido establecida en esta disposición se extiende a una trabajadora en circunstancias como las que se discuten en el asunto principal.

37 Pues bien, del tenor literal del artículo 10 de la Directiva 92/85, así como del objetivo principal de esta Directiva, mencionado en el apartado 31 de la presente sentencia, se desprende que, para acogerse a la protección contra el despido que establece esta disposición, el embarazo de que se trate debe haber comenzado.

38 A este respecto, debe señalarse que, si bien es cierto, como indicó el Gobierno austriaco, que el tratamiento de las fecundaciones artificiales y de los preembriones viables es una materia de alcance social muy sensible en numerosos Estados miembros, caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores de éstos, el Tribunal de Justicia, a consecuencia de la presente remisión prejudicial, no ha de abordar cuestiones de naturaleza médica o ética, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva 92/85, habida cuenta de la letra, el sistema y los objetivos de ésta.

39 Pues bien, del decimoquinto considerando de la Directiva 92/85 se desprende que la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de esta última tiene por objeto evitar que el riesgo de ser despedida por motivos

relacionados con su estado pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada.

40 En estas circunstancias, es evidente, como señaló, por su parte, el Gobierno austriaco, que la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo.

41 No obstante, aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación *in vitro*, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero.

42 En efecto, tal como resulta de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia y de los puntos 43 a 45 de las conclusiones del Abogado General, antes de ser transferidos al útero de la mujer de que se trate, dichos óvulos, en determinados Estados miembros, pueden conservarse durante un plazo más o menos largo y, en el caso de la normativa nacional considerada en el asunto principal, la posibilidad de conservar los óvulos fecundados se extiende hasta un período máximo de diez años. Por consiguiente, la aplicación de la protección contra el despido establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 a una trabajadora antes de la transferencia de los óvulos fecundados podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación *in vitro* como mera medida de precaución.

43 No obstante, aunque la Directiva 92/85 no sea aplicable a una situación como la del asunto principal, no es menos cierto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, éste puede tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el órgano jurisdiccional remitente no haya hecho referencia en el enunciado de su cuestión (sentencias de 12 de diciembre de 1990, SARPP, C-241/89, Rec. p. I-4695, apartado 8, y de 26 de abril 2007, Alevizos, C-392/05, Rec. p. I-3505, apartado 64).

44 Durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, los Gobiernos helénico e italiano, así como la Comisión, sugirieron que, si no pudiese derivarse de la Directiva 92/85 una protección frente al despido de una trabajadora en una situación como la del asunto principal, dicha trabajadora podría eventualmente acogerse a la protección contra la discriminación por razón de sexo conferida por la Directiva 76/207.

45 A este respecto, procede recordar que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207 precisa que «el principio de igualdad de trato [...] supone la ausencia de toda discrimi-

nación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». A tenor del artículo 5, apartado 1, de esta misma Directiva, «la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.»

46 Tal como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en virtud del principio de no discriminación y, en especial, de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, debe ser reconocida a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. Según el Tribunal de Justicia, el despido de una trabajadora por razón de un embarazo o por una causa basada esencialmente en dicho estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund*, apartado 13; *Brown*, apartados 16, 24 y 25; *McKenna*, apartado 47, y *Paquay*, apartado 29).

47 Puesto que la resolución de remisión no precisa las razones por las que *Flöckner* despidió a la Sra. *Mayr*, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar las circunstancias pertinentes del litigio de que conoce y, en la medida en que el despido de la demandante se produjo cuando ésta se encontraba de baja médica para someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro*, comprobar si el despido de la demandante en el asunto principal se basa esencialmente en el hecho de que ésta se sometía a dicho tratamiento.

48 En el supuesto de que ésta sea la razón del despido de la demandante en el asunto principal, es preciso determinar si esta razón se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o, por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de ellos.

49 El Tribunal de Justicia ya ha señalado que, puesto que tanto los trabajadores como las trabajadoras están expuestos a la enfermedad, si una trabajadora es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre, no existe discriminación directa basada en el sexo (véase la sentencia *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund*, antes citada, apartado 17).

50 Es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse. Sin embargo, las intervenciones de que se trata en el asunto principal, es decir, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres. De ello se sigue que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el

hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación *in vitro* constituye una discriminación directa basada en el sexo.

51 Admitir que un empresario pueda despedir a una trabajadora en circunstancias como las del asunto principal sería por lo demás contrario al objetivo de protección que persigue el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, en la medida en que, ciertamente, el despido se base esencialmente en el tratamiento de fecundación *in vitro* y, en particular, en las intervenciones específicas, mencionadas en el apartado precedente, que dicho tratamiento implica.

52 En consecuencia, los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

53 A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 92/58 y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

54 No obstante, los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

Costas

55 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la

mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

Los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, 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 trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

MATERNIDAD. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (CASO SABINE MAYR CONTRA BÄCKEREI UND KONDITOREI GERHARD FLÖCKNER OHG).

1. Descripción del caso.

Se promueve por la Sra. Mayr litigio por despido nulo al producirse la notificación del mismo durante el embarazo, con infracción del artículo 10 de la Ley de Protección de la Maternidad (normativa nacional). Dicho despido tiene lugar una vez los óvulos se han fecundado, pero aún no han sido transferidos para su anidación en la mucosa uterina.

Por el Oberster Gerichtshof se plantea la siguiente cuestión al Tribunal de Justicia: ¿una trabajadora que se somete a una operación de fertilización *in vitro* es una trabajadora embarazada a los efectos del artículo 2, letra a) de la Directiva 92/1985, existiendo óvulos fecundados y, por tanto, embriones *in vitro* pero aún no implantados?

2. Cuestiones preliminares

Como se verá la cuestión controvertida no es el conocimiento por parte de empresario o la existencia o no de un panorama indiciario que vincule un hecho y un resultado peyorativo, sino la misma existencia de la situación de embarazo a los efectos de que comience el período de protección descrito en la propia Directiva.

La maternidad como fenómeno biológico y social presenta en el ámbito jurídico-laboral una pluralidad de obligaciones diversas: de hacer, de no hacer e, incluso, como subraya algún autor, de padecer.

La maternidad en sentido amplio, contiene un núcleo duro tradicional vinculado al embarazo, parto y lactancia, y unos extremos -más o menos próximos temporal y materialmente al núcleo anterior- vinculados a la función reproductora (incluidos los medios de corrección de la misma) y a los tiempos de dedicación a la familia, denominados como de conciliación de la vida familiar y laboral.

El contenido, régimen jurídico sustantivo y adjetivo difiere en función de unos parámetros básicos:

1º. El tiempo: la maternidad como proceso dinámico encontrará respuestas distintas en la normativa comunitaria y nacional según sea el momento en el que se encuentre la mujer trabajadora, estableciendo modelos diferentes que se articulan sobre objetos o propósitos radicalmente distintos.

2º El objeto o el propósito de la protección: en unos casos será garantizar el ejercicio de derechos fundamentales vinculados a la situación de maternidad, en otros garantizar unas adecuadas condiciones de salud y seguridad de la mujer trabajadora ante agresiones ciertas del medio de trabajo y en otros, por último, garantizar un disfrute reposado de los permisos vinculados a la maternidad, estableciendo un tiempo y el sostén económico que permita su disfrute.

En cualquier caso, como luego veremos, los modelos ya comentados de respuesta pivotan sobre dos principios que tendrán una trascendencia jurídica capital, el principio de igualdad de trato o paridad y el principio de protección exclusiva, que refiere una protección adicional, de carácter excepcional y temporal, ante situaciones objetivas que el legislador entiende especialmente necesitadas de protección.

Para una comprensión cabal de la sentencia comentada es preciso hacer un poco de historia, para delimitar con rigor la normativa llamada a resolver la cuestión prejudicial planteada.

La evolución de la normativa comunitaria y por transposición (todo lo incompleta que se quiera) de la normativa nacional española es clara en cualquiera de los aspectos comentados.

a) Respecto de la protección que tiene por objeto garantizar el ejercicio de derechos fundamentales vinculados a la situación de maternidad, el concepto clave ha sido y sigue siendo, la prohibición de toda conducta discriminatoria por razón de sexo.

Así la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, prohíbe toda discriminación por razón de sexo, definiendo el ámbito objetivo y profesional al que se aplica dicho principio y con inclusión explícita del despido (artículo 2, apartado 1, artículo 5, apartado 1)

Yendo más allá y sobre el tipo de conducta, la normativa comunitaria introduce el concepto y distinción entre discriminación directa e indirecta por razón de sexo. Supone, pues, la categorización conceptual de dos tipos de conductas discriminatorias.

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

Discriminación indirecta: situación en que una disposición,

práctica o criterio aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja con respecto a personas de otro sexo.

Esta distinción, amén de ampliar el ámbito objetivo de protección, presenta importantes diferencias con efectos adjetivos, dado que la discriminación directa, una vez comprobada su existencia, exige en todo caso y sin excepciones el restablecimiento y aplicación del principio de paridad, excluyendo cualquier justificación en los términos previstos para la discriminación indirecta.

El siguiente paso de la normativa comunitaria será la introducción de la maternidad como tipo discriminatorio específico por obra de la Directiva 2002/73, “todo trato desfavorable relacionado con el embarazo o la maternidad constituye una discriminación sexual directa” (considerando 12).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12/2008, DE 29 DE ENERO DE 2008, CANDIDATURAS ELECTORALES EQUILIBRADAS POR SEXO, LEY IGUALDAD.

La ausencia de tipificación específica de la maternidad como causa de discriminación traía como consecuencia la necesidad de vincular causalmente aquella con conductas o tratos menos favorables por causa del sexo, situación que se salvaba en el entendimiento de que la maternidad es una condición o circunstancia que tiene con el sexo de la persona una conexión directa y genuina (casos Brown y McKenna).

Por último, y por obra de la Directiva 92/1985, se produce la prohibición absoluta y radical de ciertas prácticas empresariales coincidentes con la maternidad, sin otras excepciones en su aplicación que motivos acreditados y extraños a la situación de embarazo o maternidad.

b) Respecto del segundo de los objetos o propósitos, la evolución de la normativa comunitaria se caracteriza por una ampliación teleológica o de propósito de dos conceptos, la condición de trabajo y el objeto de la protección, la salud de la trabajadora, otorgando una protección integral frente a riesgos derivados del contexto profesional y en la medida en que guarden una inquietante incidencia sobre la salud física y psíquica de la mujer.

c) Respecto de la tercera de las perspectivas comentadas, lo que se asiste es a un fenómeno de ampliación subjetiva, integrando la maternidad en la familia y facilitando la participación de hombres y mujeres en el disfrute de subsidios económicos.

3. Planteamiento normativo

En definitiva interesa despejar cuáles son los conceptos y situaciones que se manejan en la situación descrita y cotejarlos con los términos legales utilizados en la normativa de aplicación.

- Concepto de maternidad-embarazo, delimitación de la situación protegida.

Como decíamos más arriba, la jurisprudencia comunitaria y de manera explícita la Directiva 2002/73 establece, en su artículo 7º, que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/1985 constituirá discriminación en el sentido de la presente directiva” (si bien la Directiva 2002/73 no se aplica *ratione temporis* al asunto principal).

La referencia a la directiva comentada hace preciso acudir a dos elementos: el propio concepto de mujer embarazada (o en situación de parto reciente o lactancia) y la finalidad de la norma integradora del concepto.

En este sentido hay que decir que por mujer embarazada se entiende cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las prácticas nacionales -artículo 2º de la Directiva-, considerando el legislador comunitario que, dado que las mujeres embarazadas deben

conceptuarse como un grupo expuesto a riesgos y especialmente sensible, se han de adoptar medidas específicas de protección relativas a su salud y seguridad. Se encontrarían entre tales medidas de protección la prohibición del despido, artículo 10 de la directiva, y en tanto en cuanto puede tener consecuencias perjudiciales sobre su salud física y psíquica (el despido se plantea como un riesgo potencial de interrupción del embarazo).

- Protección, discriminación y prohibición. Del juego de los conceptos anteriores, discriminación sexual por razón de embarazo y concepto de embarazo se explican y delimitan instrumentos y regímenes de protección diferentes:

1º) Discriminación por razón de sexo, Directiva 76/207, como aplicación del principio de igualdad de trato, parificación entre hombres y mujeres, se prohíbe toda diferencia vinculada causalmente al sexo y en donde será necesario que existiendo indicios de tal vinculación causal, el empresario que adopte la decisión justifique plena y razonadamente dicha diferencia.

2º) Discriminación directa por razón de embarazo (maternidad): como se dice, se trata de proscribir toda conducta contraria al principio de paridad en tanto en cuanto existan vínculos causales, sin que se admita la justificación de dicha diferencia, Directiva 2002/76. A este respecto hay que subrayar que, con carácter previo al reconocimiento explícito en la normativa comunitaria, el Tribunal de Justicia ya venía declarando que el trato menos favorable durante los periodos de embarazo y permiso por maternidad supone discriminación directa por razón de sexo.

3º) Prohibición del despido, Directiva 92/1985, como garantía para los trabajadores del ejercicio de los derechos de protección de su salud y seguridad, se establece que los Estados miembros tomarán medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a las que se refiere el artículo 2º durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y prácticas nacionales.

De lo que se trata es pues de prohibir rupturas traumáticas o decisiones extintivas que afecten a las mujeres incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, de manera que tales decisiones son entendidas nulas y sin efectos, al margen de su consideración discriminatoria. Lo anterior supone un plus de protección objetivando temporalmente, sin necesidad de acreditar vínculos causales torticeros, dos situaciones simultáneas. Se excusa la aportación de indicios o pruebas discriminatorias, señalando un efecto necesario siempre y cuando concurren dos condiciones:

- la condición subjetiva de la mujer protegida;
- la decisión extintiva empresarial.

Es decir, más allá de la protección frente a prácticas discrimi-

minatorias directas o indirectas, porque se entiende necesario para preservar la salud y seguridad de la mujer trabajadora ante un estado fisiológico concreto y para evitar que las condiciones de trabajo provoquen situaciones "patológicas", se adopta la decisión por el legislador comunitario de prohibir las extinciones contractuales, dejando al margen cualquiera otra decisión empresarial que afecte a las condiciones de trabajo, o cualquier otra circunstancia distinta del embarazo, puerperio o lactancia que vinculada al sexo pudiere haber condicionado la decisión resolutoria del empresario.

Sobre la prohibición del despido y el periodo al que se extiende dicha protección, la jurisprudencia comunitaria (caso Nadine Paquay contra Société d'architectes Hoet +Minne SPRL) sostiene que incluye no sólo el momento de la notificación sino también todos los actos preparatorios del mismo, como es la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo, siempre que dicha decisión sea conexa a la situación de embarazo y aunque sea puesta en conocimiento de la trabajadora una vez agotado o expirado el periodo de protección descrito en el artículo 10. No obstante, la consideración amplia del término o periodo de protección guarda una relación inequívoca con la situación de embarazo, siendo lo controvertido y rechazado por el tribunal comunitario el que los estados de preanidación, aún conocidos por el empresario, quepan en la situación descrita por la Directiva 92/1985.

4. Decisión adoptada y comentarios

Queda claro se atienda al concepto, se atienda al fin o se atienda al nivel de protección otorgado y descrito, que la situación planteada en la sentencia no cabe en el ámbito de protección de la Directiva, lo que se declara de manera meridiana en la sentencia comentada.

Se establece por el Tribunal, en fin, una doctrina integrada por tres elementos básicos:

- La Directiva 92/85 es norma de protección especializada y directa de la trabajadora embarazada, con una restricción subjetiva cualificada en su ámbito de aplicación.
- Que su ámbito final o de propósito no es otro que la protección de la trabajadora frente a los riesgos profesionales que pudiesen tener consecuencias perjudiciales en su estado de salud física y psíquica.
- Que a estos efectos se considera que dicho estado de embarazo o susceptibilidad al perjuicio comienza en las fecundaciones *in vitro* con la anidación uterina del/los embriones.

Nos queda el uso de los restantes niveles de protección. Dado que la situación objetiva en que una mujer trabajadora se encuentre (mujer frente a trabajo, maternidad frente a trabajo, embarazo frente a trabajo), determina respuestas

jurídicas diferentes, debilitando de más a menos la carga causal discriminatoria (la prueba del perjuicio), haciéndola desaparecer por completo en el último caso, quizás fuese deseable un trato diferente de las situaciones de “maternidad” vinculadas a la consideración de discriminación directa. Así, fuera del concepto material y teleológico restrictivo ofrecido por la mentada Directiva, cabría un concepto amplio de maternidad (no de embarazo) en el que entrasen las situaciones de preconcepción vinculadas a técnicas de fertilización artificial.

En cualquier caso, y como se dice por el Tribunal, quedaría a salvo la garantía ante cualquier práctica discriminatoria en la medida en que se compruebe que el despido de la mujer se basaba esencialmente en el hecho de que se sometía a dicho tratamiento, máxime cuando cabe la posibilidad de afirmar que los procesos y técnicas descritos sólo pueden ser practicados en mujeres por lo que estaríamos ante circunstancias y condiciones que tienen con el sexo una conexión directa e inequívoca, tratándose de un elemento o factor diferencial que incide de manera exclusiva en las mujeres (acercándose así al concepto que vincula la discriminación directa no sólo al embarazo y el permiso por maternidad, sino también a una consideración generosa y dinámica de la maternidad).

Un último comentario se merece la vinculación necesaria que en los considerandos de la directiva 92/1985 se expresa entre las obligaciones, de hacer y no hacer, y la razón por la que se entiende necesaria la adopción de dichas medidas para los Estados miembros, por más que, como expresa la sentencia, la observancia de un principio de seguridad jurídica, impida que su artículo 10 pueda extenderse a una trabajadora cuando el momento en el que se le comunica su despido aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero. Hay que insistir en que de lo que se trata es de evitar consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada y en la medida en que ésta es una trabajadora especialmente sensible frente a determinados riesgos que tienen su origen en el contexto profesional. Quiere decirse que siempre que un trabajador presente condiciones especiales que singularicen su susceptibilidad o vulnerabilidad frente a los riesgos generales de la empresa, quiere el legislador comunitario se adopten medidas adecuadas que garanticen su protección, protección que por mor de la propia Directiva comentada debiera incluir no sólo evaluaciones o medidas preventivas específicas, sino también limitaciones en la adopción por parte del empresario de determinadas decisiones en el ámbito de la relación profesional que pueden y deben ser entendidas como patológicas (extinciones objetivas por ineptitud, cambios o traslados de grupo o categoría profesional, etc.). Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la alteración biológica que los tratamientos de fecun-

dación artificial conllevan, tratamientos hormonales, y la carga de ansiedad que suponen, con una incidencia real en el estado de salud física, psíquica y emocional de la mujer trabajadora, quizás podría plantearse una protección si no idéntica en cuanto a su contenido sí equivalente en cuanto a su propósito respecto de la descrita para las trabajadoras embarazadas. Dicha protección sería entendida como protección integral de la salud y seguridad de la mujer trabajadora frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, entendiendo por condición de trabajo o condición profesional no sólo los agentes y procesos productivos sino también las decisiones que en el ejercicio de su capacidad de organización y dirección pueden ser adoptados por el empresario en tanto titular de la relación jurídico-laboral y de la estructura productiva. (**Consolación Rodríguez Alba, Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, Málaga**).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el recurso de inconstitucionalidad, acumulado a la anterior, núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

A) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007.

1. El 7 de mayo de 2007 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife del día 5 anterior, al que se acompaña Auto del mismo órgano judicial de esa misma fecha, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 44 bis de la

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIMH), por posible vulneración del art. 23, en relación con los arts. 6 y 14, todos ellos de la Constitución.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Mediante Resolución de 27 de abril de 2007 la Junta Electoral de Zona de Icod de los Vinos denegó la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular para el municipio de Garachico en las elecciones del 27 de mayo siguiente. La denegación se fundamentó en que la referida candidatura no se adaptaba a lo previsto en el art. 44 bis.1 LOREG.

b) El 28 de abril de 2007 el representante legal del Partido Popular ante la Junta Electoral de Zona antes mencionada alegó que la candidatura presentada por dicha formación política era adecuada a la Constitución y no cabía rectificación o subsanación de su composición. Consecuentemente solicitaba de la Junta Electoral de Zona de Icod de los Vinos la proclamación de la candidatura.

c) Con fecha 1 de mayo de 2007 la Junta Electoral de Zona procedió a la publicación oficial de las candidaturas proclamadas (“Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife” núm. 60), entre las que no figuraba la presentada por el Partido Popular en el municipio de Garachico.

d) Esta resolución fue objeto de recurso contencioso-electoral el siguiente día 2 de mayo de 2007. En el escrito de demanda se solicitaba, por otrosí, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 44 bis LOREG al entender la actora que podría vulnerar lo dispuesto en los arts. 14 y 23 CE así como en los arts. 16 y 20.1 a) CE.

e) Con fecha 4 de mayo de 2007 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó providencia del siguiente tenor: “debatiéndose en este recurso electoral la constitucionalidad del artículo 44.bis de la Ley Electoral, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, suscitándose dudas sobre su constitucionalidad, cuestión de la cual depende la decisión de este proceso, determinada exclusivamente por la validez de la norma cuestionada, óigase al Ministerio Fiscal para que a la mayor brevedad posible pueda alegar sobre la pertinencia de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”.

Ese mismo día el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones oponiéndose al recurso contencioso-electoral y señalado la improcedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tanto por razones de fondo como por la alteración que dicho planteamiento entrañaría para la configuración legal del proceso contencioso-electoral,

caracterizado, entre otras, por la nota de perentoriedad.

También el 4 de mayo de 2007 la parte actora presentó escrito de alegaciones en el que señalaba que la cuestión de inconstitucionalidad cuyo planteamiento se postulaba “debe tramitarse conforme a los plazos establecidos en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, para que el restablecimiento de los citados derechos se produzca dentro del plazo habilitado para ello conforme a la misma”, añadiendo que “en el caso de que no fuese posible la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad según el procedimiento preferente y sumario de la Ley Orgánica de régimen electoral general, esta parte se ve obligada a desistir de su solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, puesto que el restablecimiento extemporáneo de los derechos fundamentales vulnerados carecería de toda eficacia y utilidad”.

f) Finalmente la presente cuestión de inconstitucionalidad se elevó mediante Auto de 5 de mayo de 2007.

3. La parte argumentativa del referido Auto se inicia con la constatación de que el único extremo controvertido en el proceso contencioso-electoral es el relativo a la constitucionalidad del art. 44 bis LOREG, cuyas determinaciones en punto a la composición de las listas electorales la parte actora reconoce que no ha observado. Dicho lo cual y tras dejar constancia de las posiciones defendidas por las partes en el proceso, el órgano judicial señala que “lo expuesto en la demanda refleja dudas objetivas y razonables cuyo esclarecimiento no puede ser resuelto en el sentido de afirmar rotundamente la constitucionalidad de la Ley”.

En la exposición de las razones que le mueven a dudar de la constitucionalidad del precepto legal cuestionado recuerda el juzgador que todos los derechos fundamentales precisan de desarrollo legislativo, al tiempo que existen otros conocidos como derechos de configuración legal (arts. 23 y 24 CE) que presentan una mayor indeterminación y por ello necesitan un mayor complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y les permita alcanzar plena efectividad.

Por otro lado recuerda que los derechos fundamentales de nuestra Constitución están íntimamente relacionados con los proclamados en los tratados internacionales (art. 10.2), señaladamente en el Convenio europeo de derechos humanos, que junto con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros son principios generales del Derecho comunitario. Los derechos fundamentales comunitarios se han recogido en la Carta aprobada en Niza en el año 2000, donde se contiene el acervo constitucional común en la materia. Se apunta de este modo una tendencia a la uniformidad en los países de nuestro entorno cultural más próximo.

El art. 23.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos y representativos con los requisitos que señale la Ley electoral. De suerte que este precepto constitucional prohíbe la

discriminación en general, pero si la discriminación tiene lugar por alguno de los supuestos expresamente previstos en el art. 14 CE entonces es éste el precepto constitucional vulnerado (entre otras muchas, STC 75/1983). Asimismo, en la STC 161/1988 se ha declarado que cuando se viola el derecho del candidato a ser elegible también se vulnera el derecho del elector a participar en el proceso de designación de sus representantes.

El principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 CE impide que el legislador dé un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación (STC 144/1988). Sin embargo, tal paridad no impide que el legislador haga distinciones siempre que puedan ser calificadas de objetivas y razonables, constituyendo discriminaciones cuando sean arbitrarias o irrazonables. En la formulación del juicio de razonabilidad debe prestarse especial atención a las diferenciaciones normativas por razón de las condiciones prohibidas expresamente en el art. 14 CE. Junto con lo expuesto se recuerda que la igualdad ha de ser real y efectiva por mor del art. 9.2 CE, lo que dota de legitimidad a las acciones positivas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades, práctica que, no obstante, puede colisionar con los derechos de las personas excluidas y con el criterio meritocrático según el cual los bienes o beneficios escasos deben ser asignados según la valía individual de las personas. Lo que no ha sido óbice para que la Ley haya favorecido a las personas con discapacidad mediante la reserva de cuotas en el acceso a la función pública, “lo que constituye una discriminación positiva indirecta en méritos del artículo 49 CE”.

En otro orden de cosas apunta el titular del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad que en materia de igualdad se ha avanzado mucho en poco tiempo, a pesar de lo cual “la desigualdad de la mujer por circunstancias fundamentalmente socio-culturales sigue siendo una tarea pendiente que exige la efectividad del principio de igualdad de oportunidades”. Este objetivo puede hacerse real y efectivo con discriminaciones positivas, pero plantea la duda de constitucionalidad cuando incide en las circunstancias del art. 14 CE. En el caso sometido a la consideración del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife las recurrentes son mujeres y se da la paradoja de que una Ley hecha para beneficiarlas les perjudica. “El límite máximo del 60 por ciento a la libre concurrencia de mujeres y hombres produce un efecto contraproducente y hay que explicarles a las mujeres recurrentes que tendrían que sacrificar su libertad política en mérito de la igualdad general de todas las mujeres, que se podrían beneficiar del equilibrio electoral, pero que no puede haber una lista electoral completa de mujeres por el hecho de serlo ya que en la concepción del mundo que muestra el legislador no cabe la aspiración a un pleno municipal en el Ayuntamiento de Garachico constituido por todas las mujeres recurrentes en caso de que fueran ele-

gidas o de mujeres de varios partidos cuya capacidad de tomar decisiones consensuadas a lo mejor es más flexible que la que ha mostrado la gestión política mayoritariamente masculina”.

No estamos ante un supuesto típico de diferenciación por razón de sexo, pues no hay agravio comparativo ante la Ley. Si todos los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos, el término de comparación se centraría en si la persona titular de ese derecho puede ser restringida —discriminada— por razón de género que indudablemente es lo que habría ocurrido en este caso, según manifiesta el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Seguidamente se reseña que tanto la Corte Constitucional italiana como el Consejo Constitucional francés han apreciado discriminación en regulaciones análogas a la ahora controvertida. En opinión del órgano judicial, “este hecho obliga a poner en duda la constitucionalidad del artículo 44 bis”. Y ello porque aun cuando la jurisprudencia constitucional extranjera no sea vinculante, debe tenerse presente que las normas constitucionales sobre igualdad son relativamente sencillas en su formulación y tienen un origen histórico común, por lo que no parece que el juicio de igualdad pueda ser diferente entre países cultural y jurídicamente tan próximos; de manera que las decisiones de esos órganos jurisdiccionales tienen, al menos, la autoridad de una cita doctrinal para suscitar dudas intelectuales al margen de convicciones políticas subjetivas.

En el Auto se indica que “una cosa es promover condiciones, remover obstáculos y facilitar la participación en la vida pública de las mujeres (artículo 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”. El equilibrio o paridad que se refleja en el art. 44 bis LOREG no se encuentra en la Constitución, por lo que puede hablarse de un interés general o de un valor infraconstitucional cuya preponderancia sobre la igualdad en el derecho a ser candidato sin discriminación por razón de sexo es harto discutible.

También se plantea el problema desde la perspectiva que ofrece el contenido esencial. Al respecto se señala que en el derecho fundamental de acceso a la función pública el principio de mérito y capacidad se integra en el contenido del derecho, dándose la paradoja de que cuando los procesos selectivos se basan en tales criterios no se aprecia una exclusión de la mujer, que tiene lugar, por el contrario, en los puestos de nombramiento libre o discrecional. La meritocracia es 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); pero es discutible que la meritocracia

forme parte del contenido esencial del derecho fundamental aquí concernido.

Finalmente se apunta que el precepto legal cuestionado también restringe la libertad de los partidos políticos a la hora de nombrar a sus candidatos, señalándose que son los propios partidos políticos los destinatarios de la norma, pues de sus acuerdos depende la participación de la mujer en política. Al imponer una cantidad proporcional de hombres y mujeres se impide la legítima aspiración de las mujeres a conseguir abrumadoras mayorías de representación femenina en los cargos públicos o bien, alternativamente, la duda radica en si no resulta desproporcionado en sentido estricto que este objetivo pueda ser limitado por considerarse suficiente la flexible proporcionalidad numérica fijada por el precepto y ha de renunciarse a dicho objetivo por solidaridad con otras mujeres. Para el órgano judicial promotor de la cuestión “que al final se esté buscando candidatos de cuota y no por valía personal puede incluso ser contrario a la dignidad de la persona”.

4. Mediante providencia de 24 de mayo de 2007 la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegara lo que considerase conveniente acerca de la posible falta de condiciones procesales para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007.

El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido el 18 de junio de 2007, fecha en la que comunicó a este Tribunal que, a su parecer, no concurre la falta de condiciones procesales a la que se aludía en el proveído de referencia.

5. Mediante providencia de 12 de julio de 2007 el Pleno de este Tribunal acordó tener por formuladas las alegaciones efectuadas por el Fiscal General del Estado, admitiendo a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, formulada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, reservándose para sí su conocimiento, de acuerdo con el art. 10.1 c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo; dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo común e improrrogable de diez días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen pertinentes; comunicar la resolución adoptada al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta que este Tribunal resuelva definitivamente esta cuestión y, finalmente, publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dicha publicación se llevó a efecto en el “Boletín Oficial del

Estado” núm. 178, de 26 de julio de 2007.

6. El 5 de septiembre de 2007 el Presidente del Senado interesó que se tuviera por personada a dicha Cámara en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007 y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Con fecha 10 de septiembre de 2007 presentó alegaciones, interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado.

a) Al respecto recuerda que la LOIMH se suma a una serie de reformas legales recientes en países de la Unión Europea tendentes a incorporar a su ordenamiento la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, sobre igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y, en menor grado, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Sin embargo, la citada Ley Orgánica no es mera transposición al Ordenamiento español de estas Directivas comunitarias.

Para tratar de alcanzar la igualdad, la LOIMH comienza con una declaración de sumo interés, al afirmar en su art. 1 que hombres y mujeres son iguales en dignidad humana, e iguales también en derechos y deberes. La Ley pretende hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades, a cuyo efecto invoca los arts. 9.2 y 14 CE. Como en su exposición de motivos se reseña, la aprobación de la LOIMH era necesaria porque, a pesar de los enormes avances habidos en nuestro Ordenamiento, la realidad demuestra que no se ha asegurado todavía la igualdad formal y material entre personas de distinto sexo, siendo precisas nuevas intervenciones del legislador para garantizar una igualdad efectiva, sin privilegios ni limitaciones.

La LOIMH nace, según se consigna en su exposición de motivos, con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres, inspirada en las ideas de globalidad y transversalidad como integración de la igualdad en todas las políticas. Unas ideas que ya figuraban en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, en la que se impuso la evaluación del impacto por razón de sexo en el proceso de elaboración de toda norma estatal, al efecto de evitar consecuencias negativas, intencionadas o no, que favorecieran situaciones de discriminación; se superaba así la concepción sectorial de las políticas de igualdad. También la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, contiene una regulación integral, al incluir un conjunto de medidas de diverso tipo en el tratamiento de la violencia contra la mujer.

Pues bien, las disposiciones adicionales primera y segunda LOIMH desarrollan y hacen efectiva la participación de las mujeres en la toma de decisiones, consiguiendo así su incorporación creciente y equiparable a la de los hombres al ámbito de los poderes públicos. La disposición adicional primera precisa la noción de composición equilibrada, en

tanto que la disposición adicional segunda garantiza que esa composición equilibrada se consiga en la conformación de los órganos fundamentales de la democracia. Ambas disposiciones adicionales parten de la constatación de que la participación en la vida política de las mujeres es bastante menor que la de los hombres, incluso en muchos de los países con sistemas democráticos asentados (para ilustrar este extremo la Abogacía del Estado acompaña una serie de tablas comparativas).

b) Seguidamente se expone el marco internacional y comunitario europeo, con expresa indicación de que en diferentes foros internacionales se ha considerado que la democracia tiene un déficit de representación que es necesario remediar, no sólo como un imperativo de justicia, sino también con apoyo en argumentos favorables a la presencia de las mujeres en la vida política y en los órganos dirigentes. Por ello diversos textos normativos han incorporado el principio de igualdad entre los derechos humanos. Así, se citan el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos, de 1950; el art. 2 del Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, de 1952; el art. 25 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966, y el art. 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La idea de democracia paritaria parte del reconocimiento del hecho de que las mujeres constituyen el 50 por 100 de la sociedad. Se empieza a hablar de democracia paritaria a raíz de la llamada "Declaración de Atenas", aprobada en la primera Cumbre Europea "Mujeres en el poder", celebrada en la capital griega el 3 de noviembre de 1992. También en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995 se reiteró la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de las responsabilidades, los poderes y los derechos. En el año 2000 tuvo lugar en Nueva York el encuentro que Naciones Unidas programó para efectuar un balance de los acuerdos adoptados en Pekín, insistiéndose en los argumentos ya expuestos en aquella Conferencia mundial.

En el ámbito del Derecho comunitario europeo se citan las siguientes Recomendaciones y Resoluciones, "que carecen de fuerza vinculante, al afectar al ámbito de la participación política que sigue unida al concepto de ciudadanía nacional, pero que tienen un evidente autoridad moral": Recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996, sobre participación equilibrada en los procesos de toma de decisiones; Resolución del Parlamento Europeo núm. 169 de 1988, en la que se solicita de los partidos políticos adopten un sistema de cuotas para la presentación de candidaturas; Resolución de 3 de marzo de 2000, en la cual el Parlamento Europeo constata que las cuotas equilibran la participación de los hombres y las mujeres en la vida política; Resolución de 5 de julio de 2001, donde se recomienda la adopción de planes nacionales para la promoción de una participación equilibrada; Recomendación del Consejo de

12 de marzo de 2003, sobre participación equilibrada en los procesos de decisión en los ámbitos político y público, en la que se sitúa en el 40 por 100 el umbral aconsejable del equilibrio auspiciado. Asimismo se han aprobado diversas Directivas, tendentes a asegurar el derecho a la igualdad, por lo común en el ámbito laboral y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado también sobre la igualdad de trato, especialmente en sus Sentencias Kalanke, de 1995, y Marschall, de 1997, en tanto que el proyecto de Tratado de la Constitución Europea incluye diversas menciones a la igualdad entre hombres y mujeres.

Se cita también la labor constante del Consejo de Europa, que en 1989 organizó una Conferencia sobre el tema "El principio democrático de igual representación. Cuarenta años de actividad del Consejo de Europa", en la que se difundieron dos importantes ideas que apuntan a la promoción de este principio: el concepto de democracia paritaria y la propuesta de incluir el principio de igualdad entre hombres y mujeres en un protocolo adicional a la Convención europea de derechos humanos. De la IV Conferencia ministerial europea sobre igualdad entre hombres y mujeres, celebrada en Estambul los días 13 y 14 de noviembre de 1997 surgió una declaración sobre la igualdad como criterio fundamental de la democracia.

Tras mencionar la Conferencia de Nueva Delhi organizada por la Unión Interparlamentaria se concluye que existe "una indudable unanimidad internacional en la necesidad de adoptar medidas orientadas a conseguir el equilibrio en la representación política entre hombres y mujeres, ... y si bien es cierto que los citados textos no imponen directamente la paridad en la composición de las candidaturas electorales, no puede negarse que el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona se enmarca, con naturalidad, en las recomendaciones y directrices señaladas, debiendo destacarse además que, en aplicación del art. 10.2 CE, éstas se incorporarán a la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución".

c) A renglón seguido expone la Abogacía del Estado las razones en virtud de las cuales concluye que la doctrina constitucional de Derecho comparado que se alega de contrario no resulta trasladable a nuestro Ordenamiento jurídico.

El Consejo Constitucional francés, en su Decisión de 18 de noviembre de 1982, declaró inconstitucional una reforma del Código electoral y del Código municipal, inconstitucionalidad que extendió el 24 de enero de 1999 al procedimiento de elección de los consejeros regionales. Sin embargo la reforma constitucional de 8 de julio de 1999 añadió un nuevo párrafo al art. 3 de la Constitución francesa, conforme al cual "la Ley favorece un acceso equitativo de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas", al tiempo que el art. 4 emplaza a los partidos políticos a la consecución de este objetivo. Pues bien, un análisis comparativo de los arts. 3 y 4 de la Constitución francesa y

9.2 de la nuestra permite extraer la conclusión de su análoga potencialidad para amparar la regulación mediante ley de la composición paritaria de las candidaturas, en especial a partir de la jurisprudencia constitucional, que vincula al art. 9.2 la remoción, por parte de los poderes públicos, de los obstáculos existentes para que las mujeres participen con plenitud en la vida política, económica, social y cultural.

También en Italia se ha discutido la constitucionalidad de las cuotas femeninas, dando lugar, tras un primer pronunciamiento de la Corte Constitucional contrario a esta previsión, a sendas reformas constitucionales en 2001 y 2003. Respecto de este país apunta el Abogado del Estado que la similitud entre el art. 9.2 CE y el 3.2 de la Constitución italiana no debe llevar a confusión puesto que “el art. 9.2 de nuestra Constitución, aunque inspirado en la Constitución italiana, es más rico y no se limita, como el italiano, a imponer la remoción de obstáculos sino que exige de los poderes públicos la activa promoción de las condiciones que garanticen que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas”. Además, no existe en nuestro texto constitucional un precepto equivalente al art. 51 de la Constitución italiana.

En las reformas constitucionales llevadas a efecto en Europa concurren dos elementos que no se dan en España. De una parte, la falta de una definición clara en el texto constitucional —antes de su modificación— de la igualdad material; de otra, la necesidad de afirmar constitucionalmente la igualdad de mujeres y hombres. Ambos elementos condujeron en su momento a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que introducían las cuotas electorales.

d) Hechas estas consideraciones generales pasa el Abogado del Estado a dar cuenta de los argumentos en virtud de los cuales defiende la constitucionalidad de la reforma de la LOREG. Argumentos que parten de la afirmación de que “la discusión sobre si la reforma introducida por la LOIMH en el Derecho electoral constituye una ‘discriminación positiva’, una ‘discriminación inversa’ o una ‘positive action’ dependerá de cómo se defina cada una de estas categorías. La definición de tales conceptos nos parece ajena a este proceso constitucional, en el que simplemente habrá de decidirse si el art. 44 bis LOREG es o no constitucional, con independencia de su categorización más o menos acertada”.

Se entra a examinar la novedad legislativa introducida por la LOIMH desde la perspectiva que nos ofrecen los conceptos de soberanía y representación. El concepto unitario de soberanía proviene, según señala el Abogado del Estado, de la etapa preconstitucional, cuando se exige que su ejercicio se llevara a cabo por un sujeto único y excluyente. De igual manera la representación, en tanto que lo es del pueblo como unidad, tiene que ser igual, suprimiendo cualquier distinción a la hora de formar una Cámara constituyente

capaz de representar a toda la nación. Sin embargo, advierte la Abogacía del Estado, no puede incurrirse en el error conceptual de equiparar la división de género a cualquier otra división de grupo o etnia, ignorando así la concepción universalista del género, que impide su reducción a minoría de una categoría universal.

El sexo no viene determinado por causas culturales o sociales, sino que va ligado a la noción misma de ser humano, se trata de una característica irremediamente inherente a todo individuo, e inmodificable en su conjunto. Por ello las denominadas cuotas por sexo, en términos de equilibrio entre hombres y mujeres, no pueden compararse a posibles cuotas basadas en características culturales, sociales o físicas de una parte de la población que sí podrían, en su caso, vulnerar la indivisibilidad y unidad del cuerpo electoral. Las mujeres no son una minoría ni un grupo social que defienda intereses parciales, por lo que no sería adecuado, en relación a los demás supuestos, el *tertium comparationis*, tal y como lo ha definido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 148/1986, 29/1987 y 1/2001.

La cuota no pretende que las mujeres representen en el Parlamento intereses específicamente femeninos sino todo lo contrario, se trata de universalizar el contenido de la política eliminando las diferencias entre los sexos y, por lo tanto, el objetivo de la reforma sería eliminar las intolerables discriminaciones entre ellos. La introducción de medidas de paridad electoral no quiebra el concepto de unidad del pueblo como titular de la soberanía, al que no se pretende escindir en dos mitades. Antes bien, se respeta la existencia de una voluntad nacional única, generada por los representantes del pueblo soberano cuya elección se ve ligeramente condicionada para la consecución del incuestionable objetivo de que en las candidaturas electorales exista una presencia equilibrada de hombres y mujeres. La reforma de la LOREG actúa en el plano de la elaboración de las candidaturas y, por tanto, sólo indirectamente en el de la elección de los representantes, por lo que no tiene incidencia alguna en el sujeto representado, que sigue siendo único y titular de una única soberanía.

La democracia paritaria no supone la quiebra de ninguno de los pilares del sistema democrático, ni puede ser equiparada a las formas de democracia corporativa. En primer lugar, porque el cuerpo electoral no se divide en función del sexo; en segundo lugar, porque no se impone a los electores votar sólo a los candidatos de su propio sexo y, finalmente, porque los hombres y mujeres que resulten elegidos representarán al conjunto de los ciudadanos y no los intereses de un grupo sexual determinado.

Por otra parte, cualquiera que sea la caracterización que merezca la reforma de la LOREG lo cierto es que no se articula como una clásica medida de discriminación positiva que actúe sólo en beneficio de un determinado grupo escasamente representado sino que ofrece un trato igualitario a las dos mitades sociales. La norma, desde el punto de vista

de su construcción abstracta, es escrupulosamente respetuosa con el principio de igualdad, dando exactamente el mismo tratamiento a hombres y mujeres. Otra cosa será que de su aplicación práctica y por razones puramente estadísticas, derivadas de la tradicional inferior presencia de las mujeres en las candidaturas de los partidos políticos, la reforma de la LOREG pueda operar inicialmente en beneficio de esta mitad social, corrigiendo una situación de desigualdad de origen.

Para confirmar esta tesis se recuerda la doctrina elaborada por este Tribunal acerca del principio de igualdad y su proyección sobre el art. 23.1 CE. Nuestra Constitución configura la igualdad como un principio y valor que impregna todo el Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), como un derecho público subjetivo (art. 14 CE), y como un referente para la acción social del Estado, que debe tender a la igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Los valores no conciernen sólo al legislador sino a todos los poderes del Estado y el art. 9.2 CE es la norma de justificación de las posibilidades de conseguir estándares de libertad y de igualdad a través de la actuación de los poderes públicos; desde la interacción de los arts. 9.2 y 14 CE se ha entendido justificada la interacción de las desigualdades compensatorias. En efecto, este Tribunal Constitucional ha fijado su doctrina de forma evolutiva desde la STC 103/1983 hasta la actualidad, profundizando en ese concepto de igualdad material por encima de la mera apariencia formal.

Ahora bien, el precepto ni tan siquiera aspira a remover los obstáculos que han impedido tradicionalmente la participación de las mujeres en la vida política, no impone una desigualdad compensatoria sino que, plenamente respetuoso con las dos vertientes del principio de igualdad, trata de corregir una desigualdad de partida garantizando una mínima presencia de hombres y mujeres en las candidaturas electorales y, por tanto, una efectiva igualdad de oportunidades de participación política a ambas mitades sociales.

La igualdad del art. 14 CE es la igualdad jurídica ante la ley, noción a la que en este mismo precepto constitucional se añade la prohibición de discriminación, erigiendo al sexo en una de las categorías denominadas por la doctrina como sospechosas. Por lo que respecta a esta prohibición, en un primer momento la doctrina constitucional se atuvo al concepto puramente formal de la igualdad, dándose un giro a favor de la concepción finalista de la igualdad a partir de la STC 128/1987.

La igualdad a la que se refiere el art. 23.2 CE no difiere de la igualdad proclamada en el art. 14 CE, existiendo entre ambos preceptos una relación de lo general (art. 14 CE) a lo especial (art. 23 CE). Al respecto se cita la doctrina contenida en las SSTC 30/1993, de 15 de enero, FJ 1, y 225/1998, de 23 de noviembre, FJ 4.

Por otro lado se recuerda que la doctrina constitucional ha aceptado “la llamada discriminación positiva, acción afir-

mativa, acción positiva o acción compensatoria” a favor de la mitad femenina, como se observa en las SSTC 128/1987, de 16 de julio, FF JJ 6 y 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2, citándose también la STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4, sobre reserva de plazas a discapacitados. Sin perjuicio de recordar que el art. 14 CE “representa una explícita interdicción de mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas” (STC 136/1987), el Tribunal ha destacado que la Constitución no prohíbe cualquier diferenciación normativa según las categorías del art. 14 CE sino que, como bien se afirma en la STC 222/1992, estas diferenciaciones “habrán de mostrar en primer lugar un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse además en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”.

Pese a que la norma cuestionada es bidireccional, apunta el Abogado del Estado que una norma electoral que actuara unidireccionalmente a favor del sexo femenino sería igualmente conforme con la doctrina plasmada en las resoluciones antes citadas. Así, tendría un fin lícito y legítimo, como sería la superación de la desigualdad histórica de participación política de las mujeres, procurando que las candidaturas reflejen la distribución de la población por géneros existente, y, por otro lado, la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas es una medida racional y absolutamente proporcionada al fin perseguido. Concretamente, la exigencia de composición equilibrada resulta proporcionada porque es significativamente equivalente al peso real y numérico de las mujeres en el cuerpo electoral.

Además se destaca que la participación política se vertebra, en nuestro sistema electoral, en torno a dos conceptos fundamentales, los de territorialidad y partido político. Resultando que el derecho electoral pasivo es un derecho de los ciudadanos en los que concurran los requisitos de capacidad y no estén incurso en causa de inelegibilidad, que comprende el acceso, la permanencia y el ejercicio de sus funciones no sólo en condiciones de igualdad sino también de acuerdo con las leyes, no existe ningún motivo para pensar que entre los requisitos que satisfacen el juicio de racionalidad se encuentra la cobertura de un porcentaje de los puestos de las listas electorales con hombres y mujeres, dado que en todos los sistemas electorales hay correctores de representatividad.

El art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, cuya titularidad no corresponde a todos los seres humanos y que admite, precisamente por ello, diferenciaciones normativas, correspondiendo al legislador electoral la tarea de concretar los requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (SSTC 161/1988, 18/1989, y 205/1990). Es decir, “el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE) es de configuración legal y admite diferenciación normativa, el derecho de

sufragio activo (art.23.1 CE) es universal y necesariamente igual, de manera absoluta”.

La LOREG debe respetar el contenido mínimo de este derecho fundamental, pero goza de libertad para su configuración más o menos amplia. Pues bien, en la legislación electoral hay causas de inelegibilidad (arts. 6 y 7 LOREG), causas de incompatibilidad (arts. 155 y ss.) y requisitos de presentación de candidaturas (art. 46, entre otros), sin que parezca que estos requisitos o causas tengan una naturaleza distinta de los requisitos de paridad electoral. El contenido del derecho de sufragio pasivo consiste en que el candidato “que satisface los requisitos de la ley electoral, alcance la elección y se halle habilitado para tomar posesión y ejercer el cargo de representante”. Ahora bien, nadie tiene “derecho” a ser candidato, habida cuenta de que la condición de candidato no existe hasta la publicación oficial de la candidatura. De modo que las medidas de paridad entre hombres y mujeres aquí controvertidas se enmarcan en una dimensión distinta a la del estricto ejercicio del derecho fundamental de sufragio pasivo pues atañen no tanto a la condición de candidato como a la elaboración de una candidatura en su conjunto.

Es cierto que la exigencia de una composición equilibrada de las listas incide sobre el ámbito de decisión de los partidos políticos en la elaboración de las candidaturas, pero no es menos cierto que el art. 6 CE condiciona la libertad de los partidos políticos al respeto a la Constitución y, también, a la ley. De suerte que la libertad de los partidos en este ámbito está fuertemente condicionada, habida cuenta de que en la LOREG se regulan, entre otros extremos, la confección de listas cerradas y bloqueadas, las causas de inelegibilidad, el régimen de incompatibilidades, inscripción en el censo, obligatoriedad de presentar tantos candidatos como puestos a cubrir, etc. A ello debe añadirse que los partidos políticos no son titulares del derecho fundamental de sufragio pasivo sino instrumentos para que la participación política sea efectiva y, a su través, los ciudadanos puedan ejercer los derechos que la Constitución les reconoce. La determinación de la condición de candidato es, en su integridad, obra del legislador, al que corresponde establecer los requisitos de elegibilidad y los supuestos de inelegibilidad.

La medida satisface, finalmente, el requisito de proporcionalidad al introducir una mínima limitación en la libertad de conformación de las candidaturas electorales por los partidos políticos, las federaciones, coaliciones y agrupaciones electorales. Con esa limitación mínima se alcanza el objetivo de la composición paritaria y sin perjuicio de reconocer que existen otras alternativas, la opción del legislador no puede tildarse de excesiva o carente de ponderación.

8. El día 13 de septiembre de 2007 se registró en este Tribunal Constitucional escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando que la Mesa de la Cámara había acordado, en la reunión celebrada el día 4 anterior, dar por personada a la Cámara en la cuestión de inconsti-

tucionalidad núm. 4069-2007 y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

9. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 5 de octubre de 2007. Tras una pormenorizada exposición de los antecedentes procesales de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, relaciona los argumentos en virtud de los cuales postula su desestimación.

En primer lugar recuerda que el derecho proclamado en el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, de manera que compete al legislador la tarea de concretar los requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en lo que se diferencia sustancialmente del derecho de sufragio activo. Sin embargo, la configuración legal del derecho fundamental no está exenta de control.

La propia LOREG establece regulaciones restrictivas de la participación electoral. Así sucede con las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, o con el sistema de listas cerradas. Esto es, “el propio desarrollo, la configuración legal del derecho del art. 23.2 CE no se concibe ni se plasma sino como un sistema en el que el legislador regula con restricciones el derecho a elegir y a ser elegido”.

La idea orientadora de la LOIMH es la promoción real de la igualdad de la condición femenina. Con independencia de la denominación teórica que merezcan sus previsiones, lo determinante es que gozan de cobertura en instrumentos internacionales y que la idea misma de discriminación positiva ya es comúnmente aceptada y ha sido objeto, singularmente en el ámbito laboral y para la mujer trabajadora, de diversos pronunciamientos de este Tribunal (por todas, STC 229/1992, de 14 de diciembre). La valoración de este tipo de medidas cuando afecten a derechos fundamentales debe hacerse teniendo presente que la integración constitucional de la igualdad y no discriminación ha de entenderse embebida en el contenido del art. 23.2 CE, por lo que es preciso examinar si las diferenciaciones normativas obedecen a una finalidad legítima, adecuada a los fines perseguidos y concurriendo una proporcionalidad entre fines y diferencias de trato (STC 208/1998).

El Fiscal General del Estado achaca al Auto de planteamiento que “no tiene gran sentido aceptar esa idea general de la promoción de esas políticas de igualdad y negar su presencia precisamente en aquel ámbito en que las mismas van a nacer”. Asimismo, subraya el elevado casuismo del precepto legal cuestionado, que procura distinguir situaciones, como las pequeñas poblaciones y determina condiciones aceptables y nada radicales en relación con el reflejo de condiciones de equilibrio razonables entre candidatos masculinos y femeninos.

Tampoco acepta la crítica a la imposibilidad de que se presenten listas integradas exclusivamente por candidatas femeninas ya que el legislador puede condicionar el derecho de sufragio pasivo y el control de constitucionalidad opera sobre los límites fijados por el legislador y no antes de su establecimiento. El verdadero y único mandato que

contiene el art. 23.2 CE es un mandato de igualdad para que todos puedan acceder a las funciones y cargos públicos, unas condiciones de igualdad que se fijarán por el legislador. Y, en este caso, la regulación legal trata de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural, haciendo así efectivo el valor superior de la igualdad (art. 1.1 CE) en su concepción material (art. 9.2 CE).

Finalmente, apunta el Fiscal General del Estado que el precepto no va en contra del pluralismo político, sustento de los partidos políticos (art. 6 CE) en la formación y manifestación de la voluntad popular y como instrumentos de participación política. El Auto de planteamiento no ofrece ninguna razón de entidad jurídico-constitucional que sustente este reproche.

B) Recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007.

10. El día 21 de junio de 2007 don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, actuando en calidad de comisionado de más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La impugnación del precepto legal se fundamenta en los motivos que seguidamente se sintetizan:

a) Denuncian en primer lugar los Diputados recurrentes vulneración del art. 23 CE. A este respecto señalan que la finalidad principal de la reforma “es alterar el sistema electoral español exigiendo a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que se presenten a esos procesos de renovación institucional que incluyan un número de no menos del cuarenta por ciento de mujeres u hombres, en cada tramo de cinco nombres, en las candidaturas constituidas por listas cerradas y bloqueadas, acompañándolas con una serie de ajustes, excepciones y moratorias”.

Pues bien, para los actores la acción compensatoria a favor de un sexo, basada generalmente en el art. 9.2 CE y en fuentes internacionales requiere de unos mínimos pilares. La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación ni suficiente es tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal pues ello, en esos términos, es contrario al art. 14 CE según la doctrina recogida en la STC 81/1982, FJ 1. Las medidas promocionales compensatorias hacia un colectivo (art. 9.2 CE) tienen su ámbito en los campos sociales, laborales, culturales, económicos e incluso políticos con respeto en todo caso a los derechos e instituciones constitucionales que, por su naturaleza, “no son capaces de aceptar en su concepción y funcionamiento la invasión de la acción positiva, por razones de incongruencia o irrazonabilidad”, particularmente cuando se vulnera un derecho fundamental garantizado completamente por el Ordenamiento para el colectivo al que se pretende promocionar, incluso por la desproporcionalidad de la medida, pues puede llegar a per-

judicar a ese colectivo en los casos en los que ya ha conseguido (o superado) una igualación en el punto de partida. Subrayan los Diputados recurrentes que la categoría de ciudadano, a efectos de elegibilidad, es una e indivisible, careciendo el legislador de base jurídica para establecer diferencias en su seno. Para el legislador electoral, en protección justamente de la igualdad de derechos, sólo puede ser relevante la categoría de ciudadano constitucionalmente acuñada, derivándose su estratificación en atención a “razones circunscriptivas” (por ejemplo, en las elecciones autonómicas se permite añadir el requisito de la residencia —SSTC 60/1987, FJ 2; 107/1990, FJ único, o 25/1992, FJ único—, siendo así que la residencia es una calidad de adquisición voluntaria, lo que la diferencia de las determinaciones biológicas, como el sexo).

El legislador electoral debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, positiva o negativa, basada en tales circunstancias. Si fuera constitucionalmente admisible que la mitad social femenina se reflejase obligatoriamente en las candidaturas, con igual razón podrían exigir ese beneficio otras categorías o segmentos sociales, con reservas de puestos a ancianos, jóvenes, discapacitados y así sucesivamente. Ello conllevaría la 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. Para los actores el precepto legal recurrido representa una revisión de la democracia representativa española, lo que exigiría una previa reforma constitucional.

Tras subrayar que es en otros campos de las relaciones políticas, jurídicas, sociales, económicas, culturales y laborales donde las acciones de discriminación positiva en aras de la promoción tienen su adecuado ámbito de actuación, se da cuenta del contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional de Italia de 6 de septiembre de 1995, donde se afirma que la absoluta igualdad de sexos impide que la pertenencia a uno de ellos pueda ser asumida como requisito de elegibilidad, habida cuenta de que la elegibilidad es la condición necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse del derecho de sufragio pasivo y se añade que la remoción de obstáculos que impiden a un sexo alcanzar determinados objetivos no puede traducirse en la atribución directa de los objetivos pretendidos. Para los Diputados recurrentes la Corte Constitucional de la República italiana diferencia “con claridad, concreción y rotundidad” la remoción de obstáculos y la promoción de género, de la manipulación del contenido de los derechos derivada de invasiones legislativas que adjudiquen y seleccionen a quiénes corresponde ejercitarlos en cada momento y lugar, menoscabando por criterios arbitrarios la posibilidad de titularidad y ejercicio. Con posterioridad, en Italia se han sucedido sendas reformas constitucionales en 2001 y 2003, pero ninguna de ellas consagra una limitación del

derecho de sufragio y de la libertad de los partidos políticos, como se deduce de la Sentencia de la propia Corte Constitucional de 13 de febrero de 2003, de la magnitud de la ahora controvertida.

El repaso del panorama de Derecho comparado se completa con una referencia a la evolución que ha tenido lugar en Francia y Bélgica, donde han mediado sendas reformas constitucionales, así como con una mención a aquellos otros países donde la autorregulación de los partidos políticos ha sido el mecanismo de incorporación de un mayor número de mujeres a las candidaturas electorales; estas medidas se ven respaldadas por la concesión de subvenciones para aquellos partidos que fomenten la participación femenina. También se hace referencia al informe del Parlamento Europeo sobre la mujer en la política internacional, que da lugar a la propuesta de Resolución de 17 de octubre de 2006, documento particularmente avanzado y que, pese a ello, se limita a instar a los partidos políticos para que adopten medidas que garanticen que la representación de ambos sexos se encuentre comprendida entre un mínimo del 40 por 100 y un máximo del 60 por 100 en sus listas. Se confirma con ello una línea ya iniciada con la Resolución del Parlamento Europeo núm. 169, de 1988, que se dirigía igualmente a los partidos políticos. Señalan asimismo los Diputados recurrentes que en el marco de la Unión Europea los instrumentos para alcanzar la paridad o la representación equilibrada se utilizan para aquellas parcelas que obviamente la reclaman y en las que el género actúa como factor determinante para el establecimiento de acciones positivas, como demuestran la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2006/54/CE, 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.

El derecho de votar y ser votado se encuentra protegido igualmente por su intrínseca vinculación a la soberanía. La participación de los ciudadanos en el Estado se instrumenta a través de un poder u órgano constituido, el cuerpo electoral, institución constitucional que tiene dos funciones principales: una de frecuencia incierta, como es la participación en referéndum con distintas finalidades y otra de frecuencia previsible, concretada en la elección de representantes. En la medida en que el legislador penetra en el cuerpo electoral impidiendo que un ciudadano, en razón del sexo con el que nace, disfrute del derecho de sufragio pasivo limitando paralelamente el derecho de los electores, está “dinamitando este poder ‘popular’ constituido”. Esta injerencia crea conjuntos en la ciudadanía que lo componen, atendiendo, además, a criterios derivados de las categorías sospechosas de discriminación. Señalan los

Diputados recurrentes 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”. En su opinión, uno de los extremos que más claramente ponen en evidencia la imposibilidad de fragmentar el cuerpo electoral como poder constituido es el referido a la utilización del criterio del sexo para alentar un factor de promoción, citando al respecto la Exposición de Motivos de la propia Ley Orgánica 3/2007. Las normas impugnadas penetran en el contenido de un derecho fundamental regulándolo restrictivamente, imponiendo limitaciones tras hacer un mal uso de las acciones promotoras de la igualdad y afectando a los ciudadanos concretos cuando quieran presentarse a las elecciones y hayan agotado su “cupo”. Para ser elegible “ya no basta con ser español mayor de edad y sin restricciones de capacidad, inscrito en el censo electoral, sino que se debe también pertenecer al sexo al que corresponda el puesto de la candidatura. Si el partido, federación, coalición o agrupación, no encuentra un conjunto de candidatos en que estén ‘equilibrados’ hombres y mujeres, sencillamente no podrá presentarse”.

Defienden los actores que la participación equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas y en la toma de decisiones representa una regla de oro incuestionable para una sociedad democrática que busca la igualdad efectiva de sexos, pero añaden que “lo que resulta ajeno a la naturaleza de la representación política y del derecho fundamental que la consagra es la imposición de esas estimaciones al cuerpo electoral como poder constituido y al ciudadano como titular del derecho de sufragio activo y pasivo”. Si el principio de participación equilibrada se convierte en mandato invasor de la libre capacidad para determinar quién se presenta y quién puede figurar en las listas, la norma menoscaba el contenido esencial del derecho a la igualdad en el acceso a cargos representativos, así como la participación política a través de elecciones, valores preservados en el art. 23 CE. “Y acto seguido generando la vulneración de quien no puede presentarse a unas elecciones en razón de su sexo (art. 14 CE), y la afectación de 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 todo ello, repercutirá sobre las concretas previsiones de configuración de los órganos constitucionales por fragmentar y categorizar el concepto de pueblo español (art. 66 CE) y limitar el contenido del derecho de sufragio en sus vertientes activa y pasiva para las elecciones al Congreso y al Senado (art. 68.1 y 5 y 69.2 respectivamente). Como último eslabón de la cadena de repercusiones generadas por la incidencia en una institución constitucional básica, la libertad de pensamiento subyacente en la motivación de participar en los asuntos públicos [art. 20.1 a) CE], quedaría asimismo en entredicho”.

JURISPRUDENCIA • TC •

La exposición de este primer motivo impugnatorio se cierra con la aseveración de que la medida impugnada no supera un juicio de razonabilidad y da como resultado el que “las asambleas representativas terminan siendo, mediando las cuotas, representativas del interés de los colectivos, no de las comunidades políticas respectivas”.

b) Sostienen los Diputados recurrentes que el precepto es contrario al art. 14 CE. Dentro del campo constitucional de la igualdad caben medidas o acciones positivas que, de acuerdo con el art. 9.2 CE, tienden a conseguir una igualdad de oportunidades, colocando en un mismo punto de partida a todos aquellos que desean alcanzar una meta política, social, económica o cultural. Es, por tanto, una injerencia externa ante la pugna de individuos para que la pertenencia de éstos a un colectivo o grupo desfavorecido en general o en particular, no sea obstáculo para conseguir aquello a lo que legítimamente se aspira, singularmente si se trata de un derecho. La intervención del poder público cesa cuando se garantiza la igualdad en el punto de partida y deja de tener sentido cuando la ayuda se excede perjudicando a otros individuos en la consecución de sus derechos. Hechas estas consideraciones se añade que “las acciones de discriminación positiva tienen por ello 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)”. Recordando la Sentencia de la Corte Constitucional italiana se insiste en que estas medidas pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica o, más en general, para compensar y remover la desigualdad material entre los individuos, pero no pueden incidir directamente en el contenido mismo de los derechos rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos.

En este caso se limita el derecho de sufragio pasivo en razón del sexo sin que exista siquiera la posibilidad de evaluar la concurrencia de una situación de preterición de un colectivo en el ámbito del conjunto de votantes de un territorio, estableciéndose “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 uno de los territorios que van a participar en la consulta”. Ni siquiera a efectos dialécticos puede aplicarse un test constitucional en el que se valore la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la norma presuntamente promotora de la igualdad, en los términos de las SSTC 114/1987, 123/1987, 209/1988 ó 46/1999, o de la STEDH de 12 de enero de 2006, asunto Mizzi, entre otras muchas. En esta última resolución se señala que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, por no perseguir un fin legítimo o por no guardar una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir, sien-

do así que aquí se pretende la paridad limitando el derecho fundamental del colectivo al que se aspira a promocionar. Se cita igualmente el Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio, que hace hincapié en la utilización de medidas de fomento sobre las coercitivas.

Las cuotas aplicadas al derecho de sufragio generan hacia quienes pretendan formar parte de las candidaturas y no puedan hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido una vulneración de su derecho a la igualdad por razón de su sexo, que se suma a la ya argumentada violación de su derecho de acceso a los cargos públicos representativos, sin que esta desigualdad pueda ser “exculpada como medida de discriminación positiva en los términos expresados por el propio Tribunal en resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993, 216/1991 y 16/1995, entre otras”. Además, el legislador no ha explicado las razones de esta medida de discriminación positiva, de modo que carece de la motivación que la valida como excepción al tratamiento general.

Señalan por otra parte los Diputados recurrentes que es justamente en los supuestos excepcionados por los nuevos arts. 187.2 y 201.3 LOREG donde resulta más manifiesta la tradicionalmente escasa participación de la mujer. De modo que la utilización selectiva del art. 14 CE en atención a la remoción de obstáculos (art. 9.2 CE) deriva en una negación de la premisa mayor justificativa de la norma en la que se encuentra el precepto impugnado: las mujeres y hombres en estos núcleos carecen de la posibilidad de estar representados equilibradamente.

La exposición de este segundo motivo impugnatorio concluye con la formulación del reproche de que la medida no supera el escrutinio de razonabilidad de la más mínima exigencia de idoneidad, necesidad, proporcionalidad, objetividad y transitoriedad. A lo que se añade que “la oportunidad que genera se convierte en resultado y se impone a la garantía ya reconocida y consagrada”.

c) Seguidamente se examinan las repercusiones de la norma impugnada en otros preceptos constitucionales.

En primer término sostienen los Diputados recurrentes que la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, vulnera el art. 6 CE, en relación con el art. 22.1 CE. Para los actores el legislador habría suprimido la esfera de autodeterminación asociativa (libertad de organización y funcionamiento interno), ignorando que las funciones constitucionales de canalización de voto, encomendadas a los partidos, condicionan sus caracteres asociativos pero no los alienan hasta hacerlos irreconocibles. La STC 56/1995, FJ 3, referida a un partido político, declara que el legislador deberá respetar, además del contenido esencial del derecho de participación, el contenido de otros derechos con los que éste guarda íntima relación, como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido. La libre actividad de los partidos políticos está proclamada, en cualquier caso,

directamente en el art. 6 CE y esta proclamación se ha reiterado en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio. Formar libremente las candidaturas electorales es un acto capital de ejercicio de la función constitucional asignada a los partidos: servir de cauce a la participación política (STC 10/1983, FJ 3).

De lo anterior se deduce, para los Diputados recurrentes, que el precepto impugnado supone una clara restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas para las elecciones afectadas. “El despropósito de la restricción se muestra claro, además, cuando se piensa que la Ley Orgánica impide que un partido feminista reivindicativo (que base su actuación política, por ejemplo, en la máxima de que sólo las mujeres saben verdaderamente defender los intereses de las mujeres) presente una lista formada exclusivamente por candidatas. Esta hipótesis, que no es de laboratorio ni propia de ninguna minoría, como ocurre con la candidatura presentada por el Partido Popular en el municipio tinerfeño de Garachico, conduce derechamente a evidenciar el ataque frontal contra el pluralismo político (art. 1.1 CE) de la concepción encerrada tras este tipo de normas electorales, perfilando candidatos y relegando al partido en sus opciones de selección.”

En segundo término se denuncia la vulneración del art. 68.5 CE, donde se perfila una valoración del constituyente opuesta a la distinción interna de categorías personales entre los elegibles. La unidad de la Constitución a efectos interpretativos invita a mirar la valoración constitucional implícita en el art. 68.5 CE a la hora de examinar la compatibilidad del precepto legal impugnado con los arts. 14 y 23.2 CE. De nuevo se subraya que la introducción de categorías de género alterando el derecho fundamental de acceso a cargos públicos representativos no cabe sin reforma de la Constitución. Así se deduce de la valoración constitucional implícita en la configuración del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Congreso de los Diputados plasmado en el primer párrafo del art. 68.5 CE en relación con el art. 66.1 CE.

Finalmente, los Diputados recurrentes sostienen que la reforma quiebra incluso la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos [art. 20.1 a) CE]. Se aprueba una ley que impide la existencia de candidaturas o partidos compuestas sólo por hombres, o por mujeres, para defender ante la sociedad lo que estimen pertinente, por razón de los intereses de género que consideren oportunos o, más sencillamente, porque quieren hacer uso del derecho constitucional de asociarse y concurrir a las elecciones en compañía de los afines que compartan ideario.

d) El escrito de demanda se cierra con un apartado denominado “conclusión y precisiones del objeto”.

Aquí se indica que el segundo párrafo del apartado uno de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 pudiera ser constitucional al referirse al cumplimiento del

principio general de composición equilibrada, animando a las Comunidades Autónomas a favorecer la presencia de las mujeres en las candidaturas. En cualquier caso, para llegar a esta conclusión sería preciso expulsar del Ordenamiento el primer párrafo del nuevo art. 44 bis.1 LOREG. De interpretarse la adecuación del primer y último párrafo de esta norma, la lectura no puede ser otra que la convivencia de ambas instrucciones para concluir que el nuevo art. 44 bis.1 LOREG establece una representación mínima por sexos, dando cobertura a las previsiones autonómicas que elevan el mínimo allí establecido, en cuyo caso ese segundo párrafo también sería inconstitucional.

Las excepciones introducidas en los arts. 187.2 y 201.3 LOREG pierden su razón de ser ante la inconstitucionalidad de la adición operada por el nuevo art. 44 bis LOREG. También quedaría afectada la modificación del apartado segundo de la disposición adicional primera LOREG en la medida en que se refiere al art. 44 bis y la moratoria de la nueva disposición transitoria séptima.

11. Por providencia de 12 de julio de 2007 el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo; dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen pertinentes y, finalmente, publicar la incoación de la cuestión en el Boletín Oficial del Estado. Dicha publicación se llevó a efecto en el “Boletín Oficial del Estado” núm. 178, de 26 de julio de 2007.

12. Con fecha 30 de julio de 2007 el Abogado del Estado, actuando en la representación que legalmente ostenta, se personó en nombre del Gobierno en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007, solicitando una prórroga del plazo conferido para formular alegaciones.

El Pleno del Tribunal Constitucional accedió a lo solicitado por providencia de 31 de julio de 2007, prorrogando en ocho días más el plazo.

13. El 5 de septiembre de 2007 el Presidente del Senado interesó que se tuviera por personada dicha Cámara en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007 y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

14. El 12 de septiembre de 2007 formuló alegaciones la Abogacía del Estado, que, tras reiterar los argumentos esgrimidos en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007 en defensa de la constitucionalidad del precepto impugnado, y que han sido sintetizados en el antecedente sexto de esta resolución, pasa a responder a la denuncia de vulneración de los arts. 68.5, 16.1 y 20.1 a) CE.

En cuanto a la vulneración del art. 68.5 CE, se indica que en

las consideraciones efectuadas con respecto a las relaciones entre soberanía y representación queda suficientemente explicitada la concepción del género como una categoría universal, así como los argumentos que permiten rechazar la idea de que la democracia paritaria supone la división del cuerpo electoral en razón de sexo. Por lo que atañe a la denuncia de vulneración de los otros dos preceptos constitucionales, apunta la Abogacía del Estado que la misma carece de la más mínima argumentación pues el escrito de demanda no ofrece razonamiento alguno que permita fundamentar la vulneración de estos derechos por la adicional recurrida, de modo que el recurso no levanta aquí la carta de alegar que pesa sobre los actores (por todas, SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2; 164/2001, de 11 de julio, FF JJ 3 y 18; 206/2001, de 22 de octubre, FJ 28; 96/2002, de 25 de abril, FJ 4; 48/2003, de 12 de marzo, FJ 3; 100/2005, de 19 de abril, FJ 3, y 112/2006, de 5 de abril, FJ 19). A mayor abundamiento se destaca que, toda vez que el art. 44 bis LOREG no toma en consideración cuál sea la ideología de los candidatos, no se aprecia en qué medida puede llegar a suponer una vulneración del art. 20.1 a) CE.

Finalmente se examinan las precisiones sobre el objeto del recurso que figuran en la última parte de la demanda. Al respecto se indica que con la introducción del inciso final del art. 44 bis.1 LOREG el legislador estatal, plenamente respetuoso con la libertad de configuración del legislador autonómico, habilita a éste para ampliar los porcentajes de presencia en las listas electorales. La regulación electoral no se agota con el contenido de la LOREG, ley estatal en la que se fijan unos topes mínimos y máximos de candidatos de cada sexo en las candidaturas, sino que serán finalmente las respectivas leyes autonómicas reguladoras de los regímenes electorales las que formulen una determinada opción, señalando los concretos porcentajes de presencia de cada sexo, con respeto a los umbrales estatales y sin que ello suponga, necesariamente, decantarse por el 50 por 100 (41-59, 42-58...).

En cuanto a los apartados segundo y tercero, que modifican los arts. 187 y 201 LOREG, y quinto, que añade una nueva disposición transitoria séptima al mismo cuerpo legal, se apunta que los criterios de población manejados en los primeros y la moratoria establecida en este último resultan de todo punto proporcionados al fin perseguido con la reforma legal cuestionada. No parece que un sistema de exigencia de listas paritarias pudiera llegar a imponerse de una sola vez y para todos los niveles electorales. Resulta sumamente probable que en algunos procesos electorales pudieran hacerse inviables estas medidas, como podría ocurrir en las elecciones locales o insulares de escasos habitantes, que se verían imposibilitadas para formar listas cumplimentando las exigencias de paridad. Tales circunstancias justifican la introducción de una cadencia temporal en la aplicación de la norma, así como las excepciones previstas. Así, para la Abogacía del Estado, “dada la muy diversa naturaleza que

presentan los procesos electorales locales, autonómicos, nacionales y europeos, las confecciones de sus respectivas listas han de permitir márgenes diferentes en cada uno de los casos, conduciendo ello también a diferenciar de algún modo la exigencia de paridad. La reforma electoral permite con tales excepciones que la libertad de los partidos políticos resulte respetada ante la dificultad que para algunos de ellos pueda suponer hoy día el conseguir candidatas en los municipios y en las islas de menor población”.

Por lo que hace al apartado cuarto, que modifica la disposición adicional primera LOREG para incluir la mención expresa al nuevo art. 44 bis de dicha Ley Orgánica, se remite la Abogacía del Estado a los argumentos expuestos en defensa de la constitucionalidad de este último precepto. En virtud de todo ello la Abogacía del Estado solicita que se dicte Sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad.

15. El día 13 de septiembre 2007 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal Constitucional el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en reunión celebrada el anterior día 4, dando por personada a la Cámara en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007 y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

16. Mediante Auto de 17 de diciembre de 2007 el Pleno de este Tribunal acordó acumular el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007 a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007.

17. Por providencia de 28 de enero de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife plantea las dudas que le suscita la constitucionalidad del art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIMH). Por su parte, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007 interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados se impugnan las diferentes modificaciones de la Ley Orgánica del régimen electoral general (en adelante, LOREG) contenidas en dicha disposición adicional; esto es, en cuanto, además de introducir el nuevo art. 44 bis LOREG, modifica otros preceptos de la Ley electoral, concretamente sus arts. 187.2 y 201.3 y la disposición adicional primera, añadiéndole una nueva disposición transitoria, la séptima.

Básicamente el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, así como el escrito de demanda formulado por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados recurrentes, reprochan a los preceptos legales controvertidos —el nuevo art. 44 bis LOREG en el primer caso, y las diversas modificaciones introducidas en el articulado de esta Ley Orgánica por la disposición adicional segunda LOIMH en el segundo— la vulneración de los arts. 14 y 23 CE. Además se denuncia la vulneración del art. 6 en relación con el 22 CE y, en el recurso de inconstitucionalidad también la de los arts. 16.1, 20.1 a) y 68.5, todos de la CE. Los motivos esgrimidos al efecto se han expuesto con detalle en los antecedentes de la presente resolución, donde se ha referido igualmente que el Fiscal General del Estado y la Abogacía del Estado defienden la plena conformidad de las normas controvertidas con la Constitución.

La literalidad del nuevo art. 44 bis LOREG es la siguiente: “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”.

Por otro lado se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del art. 187, redactado en los siguientes términos:

“Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios

con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes”.

También se añade el siguiente nuevo párrafo al apartado 3 del art. 201:

“Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes”.

La reforma de la disposición adicional primera de la Ley electoral consiste en la modificación de su apartado 2 al objeto de introducir el nuevo art. 44 bis LOREG entre los preceptos que serán aplicables a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas.

Por último se incorpora una nueva disposición transitoria séptima a la Ley electoral redactada en los siguientes términos:

“En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis sólo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de habitantes prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 187 de la presente Ley”.

2. La disposición adicional impugnada se inserta en una Ley cuyo título —Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres— resulta expresivo de su finalidad que no es otra que alcanzar la igualdad material, sustancial, entre ambos sexos. Para lograr este objetivo la Ley en sus diferentes artículos y disposiciones utiliza distintas técnicas, entre otras el recurso a acciones positivas y medidas de discriminación positiva a favor de la mujer, la obligación de un equilibrio entre sexos a la hora de la presentación de candidaturas electorales, o la implantación de otras medidas formales de igualdad, predicables de ambos sexos. De ese conjunto de medidas contenidas en la Ley se han impugnado sólo las normas relativas al citado equilibrio entre sexos en las candidaturas electorales, y exclusivamente a ellas se ceñirá la presente resolución.

Tanto el Juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad como todas las partes en el recurso de inconstitucionalidad manejan, a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas, argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado. Pese a la relevancia que tales argumentos tienen en los discursos sostenidos por las distintas partes hay que recordar que, según nuestra doctrina, “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)” (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11), lo que no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Según hemos reiterado en la STC 236/2007, de 7 de

noviembre, “esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (FJ 3).

Pues bien, tanto los textos de Derecho internacional general —entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificada por España mediante Instrumento de 5 de enero de 1984), en la que los Estados partes se comprometen a garantizar a las mujeres “en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” [art. 7 b)]—, como los gestados en el seno del Consejo de Europa en torno al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979), ponen de relieve que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos.

Conclusión que resulta avalada también en el ámbito del Derecho comunitario —sobre cuya inserción en nuestro Ordenamiento jurídico ya se pronunció este Tribunal en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre—, en el que la modificación reciente del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que aún no ha entrado en vigor, ha dotado de mayor relieve a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. Concretamente, a la definición de un objetivo transversal para todas las actividades comunitarias, consistente en “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”, que ya figuraba en el art. 3.2, se añade un nuevo art. 1 bis, de acuerdo con el cual “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”. La inclusión de la igualdad en este cuadro de valores fundamentales tiene como correlato la asunción de un compromiso de fomento de la misma en el segundo párrafo del nuevo art. 2.3 del Tratado de la Comunidad Europea.

Ahora bien, fuera de los mandatos genéricos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, los convenios internacionales (a diferencia de otros textos internacionales a los que se refieren las partes y que pese a su indudable valor

político no tienen cabida en el mandato del art. 10.2 CE) no se pronuncian, en principio, sobre los concretos instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento. Y es en este ámbito en el que hay que situar las consideraciones sobre el Derecho comparado que se contienen en los escritos presentados en ambos procesos. Sin entrar en valoraciones que no nos competen, hay que destacar que los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa a que también se refieren las partes se explican justamente a partir de una diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y el nuestro, cual es la 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. De ahí que la introducción en los países de nuestro entorno de medidas similares a las aquí controvertidas 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 —superando con ello una visión estrechamente formal y trascendiendo a los mandatos de mera remoción de obstáculos para lograr su efectividad— en términos similares a los que figuran desde un principio en la Constitución española, que constituye, obviamente, nuestro único canon de constitucionalidad.

3. Sentado lo anterior hay que describir, ante todo, el exacto contenido de la reforma de la legislación electoral que se impugna en los dos procesos (cuestión y recurso de inconstitucionalidad acumulados) que hemos de resolver. Dicha reforma legislativa, incorporada por la disposición adicional segunda LOIMH, pretendiendo la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo 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). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.

A juicio de los Diputados recurrentes y del órgano judicial cuestionante, esa medida pudiera haber comportado el sacrificio de determinados principios y derechos constitucionales. En particular, del principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), 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) capaces para la articulación de la voluntad política de los ciudadanos alrededor de cualquier ideología [arts. 16 y 20.1 a) CE]. Pero también la quiebra de categorías tan básicas del Estado democrático como puede ser el principio de unidad del pueblo soberano.

Resulta así evidente la diversidad de las cuestiones constitucionales que suscita la reforma cuestionada, todas ellas de la mayor trascendencia por afectar a elementos muy sensibles del régimen electoral, que es tanto como decir del modelo de Estado democrático. Esa misma diversidad exige de nosotros el mayor cuidado en la identificación de la perspectiva de enjuiciamiento que haga posible el planteamiento más correcto del problema constitucional de fondo.

El punto de partida de nuestro análisis se sitúa en el hecho 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. No se trata, por tanto, en puridad, de una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual. Es una condición referida a partidos políticos y a agrupaciones de electores, esto es, a entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia.

El problema constitucional de fondo se plantea, por tanto y sobre todo, en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16 CE y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), principalmente, en la medida en que el aludido equilibrio también se exige de las agrupaciones de electores. En cualquier caso es evidente que esa dimensión igualitaria también concurre, porque es imprescindible en el contexto de una legislación que persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública; pero sólo lo hace como una perspectiva superpuesta a la principal, esto es, a la que atiende a la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana.

4. La primera y principal cuestión a resolver es entonces la de la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con “una composición equilibrada de mujeres y hombres” en porcentajes que siempre aseguren un mínimo del 40 por 100 para cada sexo. La respuesta hemos de buscarla tanto en el análisis del mandato de sustantivación de la igualdad formal, contenido en el art. 9.2 CE, como en el de la configuración constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE). En cuanto al art. 9.2 CE hemos tenido ocasión de afirmar que “la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico—inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en

la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5).

Dicho de otro modo, el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material.

La incorporación de esa perspectiva 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). Una caracterización a la que se debe reconocer pleno sentido y virtualidad en la interpretación del alcance de los diversos preceptos constitucionales, habida cuenta de que, como hemos afirmado, “la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles” (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

De 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.

Este precepto constitucional encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de examinar si las decisiones adoptadas al respecto son acordes con el marco constitucional aquí definido. Pues bien, en particular del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. En este punto cabe añadir que 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.

5. Dicho lo anterior, al preguntarnos sobre la legitimidad constitucional de la condición impuesta a los partidos por el art. 44 bis LOREG, la respuesta, como razonaremos, ha de ser afirmativa, toda vez que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (STC 48/2003, de 12 de marzo), son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el art. 9.2 CE, precepto éste que dota de legitimidad a las configuraciones legislativas del estatuto jurídico de los partidos, o de sus actividades con relevancia pública, orientadas a la realización efectiva de un principio tan fundamental del orden constitucional como es el de la igualdad (arts. 1.1 y 14 CE).

Como sintéticamente ya se dijo más arriba, y no importa repetir, la disposición adicional segunda impugnada incorpora el principio de composición equilibrada de mujeres y hombres como condicionante de la formación de las listas electorales. Principio que se concreta en la exigencia de que “en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento” (art. 44 bis.1), proporción que debe mantenerse igualmente en cada uno de los tramos de cinco puestos (art. 44 bis.2) en las listas de suplentes (art. 44 bis.3) y, con las modulaciones indicadas en el art. 44 bis.4 LOREG, en las candidaturas para el Senado que se agrupen en listas. Estas previsiones no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados.

Como se señala en la exposición de motivos de la Ley Orgánica en que se inserta esta disposición adicional: “El llamado en la Ley principio de presencia o composición equilibrada, con el que se trata de asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad, se lleva así también a la normativa reguladora del régimen electoral general, optando por una fórmula con la flexibilidad adecuada para conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional. Se asumen así los recientes textos internacionales en la materia y se avanza en el camino de garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de esa representación y con ella de nues-

tra propia democracia”.

Así pues 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. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados.

Que los partidos políticos, dada “su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro” (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), 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, como ahora veremos. Y es que, es su 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) lo que cualifica su condición asociativa como partidos y los diferencia netamente de las demás asociaciones, de manera que 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.

Es evidente que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos (que, por lo demás, en ésta como en sus demás actividades están sometidos a la Constitución y a la ley, como expresa el art. 6 CE) no es, ni puede ser absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas 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). Esta nueva limitación del equilibrio por razón de

sexo, pues, ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional.

La libertad de selección de candidatos por los partidos se ve ciertamente limitada en razón de todas estas exigencias. La que concretamente ahora estamos examinando también lo hace. Con todo, 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. En otras palabras, por satisfacer las exigencias constitucionales para limitar la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas, que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE), que les confiere el legislador (expresamente apoderado por dicho artículo para efectuarla); legislador que goza de una amplia libertad de configuración (aunque no absoluta, claro está). La validez constitucional de estas medidas, como se acaba de decir, resulta clara. En primer lugar porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE). En segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, contemplándose 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, por tanto, solo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo. En fin, porque 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.

Respecto de la aducida vulneración del art. 6 CE en conexión con el art. 22 interesa señalar que aun cuando este Tribunal ha identificado cuatro facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación —libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y, como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse (STC 133/2006, de 27 de abril, FJ 3)—, el motivo impugnatorio que ahora nos ocupa no se refiere propiamente a ninguna de ellas sino más bien a la libertad de actuación externa. Por lo que hace a los ámbitos señalados, habida cuenta de que la normativa cuestionada no atañe a la vertiente individual del derecho fundamental, debemos descartar que produzca intromisión en las dos primeras dimensiones, libertades positiva y negativa de asociación, ni tampoco en la denominada “dimensión *inter privados*” del derecho fundamental de

asociación. Igualmente, como quiera que esa normativa no versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos políticos, tampoco existe vulneración alguna de la dimensión relativa a la libertad de organización y funcionamiento internos.

Hechas estas precisiones únicamente nos resta añadir que la limitación de la libertad de actuación de las formaciones políticas que se plasma en la normativa controvertida no constituye una vulneración del art. 6, en conexión con el art. 22 CE. Como ya hemos señalado esa limitación no es en sí misma inconstitucional. Por lo demás, y en todo caso, el mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de considerarse que, incluso desde la perspectiva de que son asociaciones políticas, constituye una limitación proporcionada y, por tanto, constitucionalmente legítima, por las razones que se dieron más arriba y a las que nos remitimos.

6. Frente a lo afirmado en el recurso y en la cuestión, la normativa impugnada tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]. No lo hace, en primer lugar, de la propia ideología feminista. Una norma como el art. 44 bis LOREG no hace innecesarios los partidos o idearios feministas, pero, a partir de ese precepto, es el propio art. 9.2 CE 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. 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. Ciertamente que un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE.

Por tanto, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no impide la existencia de partidos con una ideología contraria a la igualdad efectiva entre los ciudadanos. De ser así, habríamos de convenir con los recurrentes en la inconstitucionalidad de las medidas recogidas en el precepto legal impugnado pues este Tribunal Constitucional ya ha señalado que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “democracia militante” que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, y 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4). Antes bien, y como hemos indicado en la última resolución citada, nuestro régimen constitucional se susten-

ta, por circunstancias históricas ligadas a su origen, en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Por consiguiente, el requisito de que las formaciones políticas que pretendan participar en los procesos electorales hayan de incluir necesariamente a candidatos de uno y otro sexo en las proporciones recogidas en la disposición adicional segunda LOIMH no implica la exigencia de que esas mismas formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria.

En particular, 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 “feministas”. Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa 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 otro lado, tampoco padece la libertad ideológica de los partidos en general, es decir, de los que no hacen del feminismo el núcleo de su definición ideológica. Más precisamente, no desaparece el componente instrumental de esa libertad en que consiste su capacidad para incluir en sus candidaturas a quienes resulten más capacitados o idóneos para la oferta pública de su programa en la concurrencia electoral y, después, en su caso, para defender el programa del partido en el seno de las instituciones en las que hayan podido integrarse como representantes de la voluntad popular. Esa libertad de los partidos no es, como ya se ha dicho, absoluta o ilimitada, y también se ve condicionada por todos los requisitos jurídicos constitutivos de la capacidad electoral, entre otros, y para el caso de las elecciones generales, el de la nacionalidad, o por aquellos que, como el ahora examinado, no afectan a aquella capacidad individual, sino a los partidos y agrupaciones habilitados para la presentación de candidaturas, y entre los que se cuenta la exigencia de un número determinado de candidatos o cuanto implica el sistema de listas bloqueadas.

En consecuencia, dada la legitimidad constitucional de la nueva exigencia del equilibrio entre sexos impuesta a los partidos para la presentación de candidaturas, según ya vimos en el fundamento jurídico anterior, ha de rechazarse que tal medida vulnere las libertades garantizadas en los arts. 16.1 y 20.1 a) CE. En todo caso, si se sostuviera que, al menos 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 en el fundamento jurídico 5 al que nos remitimos.

Por lo demás resulta obvio que tanto las formaciones políticas como los ciudadanos individualmente considerados

podrán defender y postular la reforma de lo establecido en la disposición adicional segunda LOIMH en legítimo ejercicio de sus libertades ideológica y de expresión.

Lo expuesto conduce inexorablemente a la desestimación de estos motivos de impugnación.

7. Cuanto llevamos dicho en relación con los partidos políticos requiere de alguna matización para el caso de las agrupaciones de electores, dada la distinta naturaleza de unos y otras, como este Tribunal ha señalado en las SSTC 16/1983, de 10 de marzo (FFJJ 3 y 4), y 85/2003, de 8 de mayo (FJ 24). Si los partidos, como ya se dijo mas atrás, no son sujetos del derecho fundamental de sufragio (pasivo o activo), sino sólo los ciudadanos, cuya ajenidad es patente respecto del partido que los presenta en sus candidaturas, un efecto similar puede predicarse, aunque con menor intensidad, de las agrupaciones de electores, que no están contempladas en la Constitución, y que son la reunión de sujetos individuales encaminada al solo fin de la presentación de candidaturas, esto es, de concurrir a la contienda electoral al margen de los partidos. No puede olvidarse que en el partido político se da una alteridad entre el partido en sí y sus candidaturas, mientras que las agrupaciones de electores se enlazan inexorablemente con las candidaturas que presentan. En todo caso, lo que aquí importa no es esa diferencia conceptual, estructural y organizativa entre partidos y agrupaciones. Lo determinante es que ni unos ni otras son titulares del derecho de sufragio pasivo. Los miembros de una agrupación de electores no ejercen el derecho de sufragio pasivo, como tampoco lo ejercen los miembros de los órganos de los partidos políticos competentes al efecto. Unos y otros sólo ejercen tal derecho si además de promover una candidatura se integran en ella. 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. Este derecho no comprende la facultad de formar candidaturas con libertad plena, sino en las condiciones fijadas en la ley. Entre ellas es legítimo que figure el principio de composición equilibrada, que encuentra fundamento en el art. 9.2 CE.

Debemos plantearnos, además, si imponer a dichas agrupaciones que las candidaturas que presenten respeten la condición del equilibrio entre sexos podría entenderse que supone condicionar de algún modo la elegibilidad de los integrantes de las mismas.

Pues bien, es indudable que formalmente no hay una causa de inelegibilidad ni tampoco materialmente por el hecho de que se obligue a la agrupación a presentar candidaturas donde los ciudadanos que las compongan hayan de buscar el concurso de otras personas, atendiendo, además de a criterios de afinidad ideológica y política, al dato del sexo. Tal exigencia, encuadrada en el ámbito de libre disposición del legislador, encuentra fundamento en el art. 9.2 CE.

A quien pretende ejercer el derecho de sufragio pasivo a través de una agrupación no sólo se le exige no estar incurso en las causas de inelegibilidad previstas en la Ley electoral, sino también cumplir con otras condiciones que no afectan a su capacidad electoral *stricto sensu*, como por ejemplo, y en primerísimo lugar, la de concurrir con otras personas formando una lista. No cabiendo la candidatura individual, se obliga al sujeto a la búsqueda de compañía. Sin embargo, nadie diría que esa exigencia supone una vulneración material del derecho de sufragio pasivo; o que la soledad se convierte en una causa de inelegibilidad.

Que a la exigencia de concurrir en una lista se añada la de que ésta tenga una composición equilibrada en razón del sexo no cercena de manera intolerable las posibilidades materiales de ejercicio del derecho. Se trata de una condición que se integra con naturalidad en el ámbito disponible al legislador en sus funciones de configuración del derecho fundamental de participación política: se configura así un derecho de ejercicio colectivo en el seno de una candidatura cuya integración personal se quiere sea reflejo de la propia integración de la comunidad social, esto es, sexualmente equilibrada.

Al igual que en el caso de los partidos políticos no se condiciona así la composición de las candidaturas promovidas por agrupaciones de electores con arreglo a criterios diferenciadores determinantes de una dialéctica mayoría/minoría, como sucedería si se exigiera la presencia de un número o porcentaje de personas de determinada raza o de un cierto arco de edad, sino que el criterio atendido es aquel que en todo caso, de manera universal, divide a la sociedad en dos grupos cuantitativamente equilibrados. Y en virtud del art. 9.2 CE se persigue que ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana; lo que resulta, de nuevo, coherente con el principio democrático.

Se pretende, en suma, que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos. No de su contenido ideológico o político, sino del precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política: la igualdad radical del hombre y la mujer. Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así,

necesariamente, está compuesta.

En suma, las medidas impugnadas, en su aplicación a las agrupaciones de electores, por las razones expuestas y por las mismas apuntadas en el fundamento jurídico 5, desde la perspectiva de las limitaciones a la libertad de los partidos políticos en la confección y presentación de candidaturas, supera 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.

No habiendo obstáculos, pues, desde el punto de vista de los derechos fundamentales alegados, para imponer la referida condición a las agrupaciones de electores, resulta adecuado que, realizando idéntica función electoral en cuanto a la presentación de candidaturas que los partidos políticos, hayan de tener el mismo tratamiento respecto del deber legal de que esas candidaturas estén equilibradas en razón del sexo.

8. Sostienen, también, los Diputados recurrentes que las excepciones a la aplicación general del nuevo art. 44 bis LOREG introducidas por los nuevos arts. 187.2 y 201.3 ponen de manifiesto la falta de un fundamento objetivo y razonable de las reformas legislativas controvertidas pues operan sobre los supuestos en los que resulta más manifiesta la tradicionalmente escasa participación de la mujer en la vida política. Recordemos que esas excepciones se refieren a los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes (5.000 hasta 2011, según la disposición transitoria séptima LOREG añadida por la Ley cuestionada) y a las islas con número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes, respectivamente.

Este reproche no tiene acogida posible dada la interpretación que hemos efectuado del precepto legal impugnado y de su finalidad y el fundamento que a su legitimidad constitucional ofrece el art. 9.2 CE que, es patente, no impone una regulación como la cuestionada, aunque sí le presta el apoyo señalado para la sustanciación de la igualdad y la participación efectivas de hombres y mujeres a que la norma se dirige y que la Constitución expresamente demanda. Siendo esto así, el art. 9.2 CE no obliga a que esa regulación se exija en todos los casos, correspondiendo a la libertad de configuración del legislador democrático el diseño del régimen electoral en los términos vigentes hasta la entrada en vigor de la reforma del art. 44 bis LOREG o en los del nuevo precepto legal, que, sin duda, contribuye a la realización del mandato que inequívocamente dirige el art. 9.2 CE a los poderes públicos, con las excepciones que los Diputados recurrentes cuestionan; excepciones que, por lo demás, persiguen facilitar o flexibilizar su aplicación, constituyendo instrumentos particularmente apropiados para satisfacer las exigencias de la proporcionalidad de la nueva regulación legal. En rigor, los arts. 187.2 y 201.3 LOREG excepcionan la exigibilidad del principio de presencia o composición equilibrada de las listas electorales en unas determinadas circunscripciones electorales caracterizadas por su reducida población, de modo que en ellas tan legíti-

mas resultarán las candidaturas conformadas mayoritariamente por hombres como aquellas integradas principalmente por mujeres.

Al segundo párrafo del nuevo art. 44 bis 1 LOREG se reprocha que da cobertura al establecimiento de normas que eleven la cuota de representación de la mujer hasta acercarla al 50 por 100 en la composición de las listas de candidatos a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En todo caso esta habilitación en sí misma, y así entendida encuentra cobertura constitucional en el art. 9.2 CE. Por otra parte, su aplicación concreta, como apunta el Abogado del Estado, puede realizarse a través de diferentes fórmulas respecto de las cuales no procede que nos pronunciemos ahora, pues, como hemos dicho con tanta reiteración que excusa cualquier cita de nuestra jurisprudencia al respecto, no corresponde a este Tribunal efectuar pronunciamientos preventivos sobre legislaciones hipotéticas o sobre legislaciones que, aunque ya existieran, no son objeto del presente proceso.

9. Se plantea también por los recurrentes y el órgano judicial cuestionante la posible vulneración por la normativa recurrida de los arts. 14 y 23 CE. Al margen de que, como se ha señalado en el fundamento jurídico 3, tales vulneraciones se predicarían de los ciudadanos y no de los destinatarios de la norma, el propio contenido de los preceptos en cuestión permite rechazar este tipo reflejo de vulneración. Por lo que se refiere a la igualdad de los ciudadanos, no cabe apreciar que una medida legal como la impugnada pueda suponer su infracción, ya que, por el contrario como se ha señalado más atrás, es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura. En efecto las modificaciones de la Ley Orgánica del régimen electoral general objeto de nuestro estudio no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido (sin perjuicio de la singularidad que revisite la habilitación a la legislación electoral autonómica contenida en el segundo párrafo del art. 44 bis 1 LOREG, sobre la que ya nos hemos pronunciado en el FJ 8), sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, como pone de relieve el hecho de que el citado art. 44 bis LOREG establezca que las listas que se presenten a las elecciones allí mencionadas “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”.

En cuanto al derecho de sufragio pasivo importa reiterar que 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 tanto, no puede entenderse quebrantado el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo, identificado en nuestra STC 154/2003, de 17 de julio, como la garantía de “que accedan

al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos ... [ibidem; también, STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 2 c)]” [FJ 6 c)]. Nada hay en la disposición adicional segunda LOIMH que altere la correlación entre la voluntad del cuerpo electoral manifestada mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y los candidatos que hayan obtenido la confianza de los electores y, en cuanto tales, deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos. El principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo pues informa la elaboración de las candidaturas; siendo ello así sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales.

En relación con el derecho de sufragio activo, del mismo modo que del art. 23.2 CE no cabe inferir la exigencia de un determinado sistema electoral, o de un determinado mecanismo de atribución de los cargos representativos objeto de elección en función de los votos obtenidos (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 4), tampoco del art. 23.1 CE puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales. La afirmación de que nadie ostenta un derecho fundamental a ser presentado como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3) encuentra su natural correlato en la constatación de que tampoco nadie puede pretender ser titular del derecho fundamental a que las formaciones políticas enumeradas en el art. 44 LOREG presenten a terceras personas como candidatos. El derecho de sufragio activo recogido en el art. 23.1 CE se ejerce por los ciudadanos mediante la elección, a través del sufragio libre, igual, directo y secreto, entre las opciones presentadas para su consideración por las formaciones políticas habilitadas al efecto por la legislación electoral, sin que forme parte de ese derecho la facultad de otorgar la condición de candidato a quien no fue propuesto como tal por los partidos políticos, agrupaciones de electores o federaciones de partidos. No cabe, por consiguiente, apreciar contradicción alguna entre la disposición adicional segunda LOIMH y los arts. 14 y 23.1 CE.

10. Finalmente, en cuanto a la queja, que ha de entenderse referida al apartado 1 del art. 23 CE sobre la fragmentación del cuerpo electoral, no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías. Como ya hemos apuntado, el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo. Pues bien,

debemos añadir ahora que las previsiones de la disposición adicional segunda LOIMH no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo.

No cabe atender, pues, al argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano —“una e indivisible” para los Diputados recurrentes— la divisoria del sexo. Baste decir 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. Este cuerpo electoral está 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. Las causas determinantes de la condición de elector no afectan, por tanto, a esta unidad ideal, sino al conjunto de quienes, como ciudadanos, están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que, asegurado un mínimo constitucional indisponible, determine el legislador constituido.

Pues bien, las mismas razones que nos llevan a descartar que las previsiones legales controvertidas introduzcan una nueva causa de inelegibilidad limitativa del ejercicio del derecho de sufragio pasivo o establezcan un vínculo más estrecho entre electores y elegibles en función del sexo que compartan introduciendo una división inaceptable en la unidad del pueblo soberano, conducen directamente a descartar la existencia de la vulneración del art. 68.5 CE denunciada por los Diputados que han interpuesto el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007.

Por lo expuesto debemos concluir que la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no es contraria a los arts. 23 y 68.5 CE.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo

Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”. Dada en Madrid, a veintinueve de enero de dos mil ocho.

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno sobre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

1. Por primera vez desde el inicio de nuestra democracia, veintiséis mujeres —dieciséis en la circunscripción de Garachico y diez en la de Brunete— no han podido concurrir como candidatas a unas elecciones a causa de su condición de mujeres. Tal resultado tiene su origen en el art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta paradoja revela la complejidad de la materia regulada por el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona.

Una aproximación superficial al problema de la representación política paritaria llevaría a creer que lo que se discute es algo tan simple como la conveniencia de que la proporción de mujeres que se postulen para ejercer cargos públicos representativos deba ser equivalente o aproximada a la de los varones. Si se tratara de ello mi voto hubiera sido favorable a la constitucionalidad de la Ley cuestionada. Pero el problema es mucho más complejo puesto que, aplicado al ámbito de la representación política, el sistema de paridad altera las bases sobre las que está construida la soberanía popular y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos.

Mi posición se resume en considerar constitucionalmente válido que los partidos políticos puedan acoger en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales. Pero que 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 autoorganización 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.

2. La reivindicación de la paridad se funda en la idea de que la división de la Humanidad en dos sexos tiene más fuerza y prevalece sobre cualquier otro criterio de unión o de distinción de los seres humanos. Sin embargo, ha sido un principio fundamental desde los inicios del Estado liberal surgido de la Revolución francesa que la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general. Como reacción frente al *Ancien Régime* y a las asambleas divididas en los brazos estamentales, el nuevo orden político estableció, en palabras de Sieyès, que “el ciudadano es el hombre desprovisto de toda clase o grupo y hasta de todo interés personal; es el individuo como miembro

bro de la comunidad despojada de todo lo que pudiera imprimir a su personalidad un carácter particular". Sobre este concepto de ciudadano se edifica el régimen representativo, afirmándose en el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que "La ley es la expresión de la voluntad general. ... Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos".

En nuestros días sigue siendo cierto que los candidatos elegidos representan a todos los ciudadanos, no sólo a los que les votaron, ni siquiera sólo a los que votaron, sino también a los que no lo hicieron; representan a los que por ser menores, incapaces o estar condenados no pudieron votar, a los que pudiendo hacerlo se abstuvieron y a los que votaron en blanco. A todos representan. Así lo entendió tempranamente este Tribunal al señalar que "una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral" (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 4) y que "los Diputados, en cuanto integrantes de las Cortes Generales, representan al conjunto del pueblo español ... Otra cosa sería abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado" (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3). Sólo así se entiende que el voto de todos los parlamentarios tenga el mismo valor aunque cada candidato haya accedido al escaño respaldado por un distinto número de votos.

En las democracias occidentales la función primera de la representación política consiste en transformar una pluralidad inicial en "una" voluntad política, porque resulta deseable que la heterogeneidad de razas, religiones, culturas, lenguas, lugares de nacimiento, etc., no sea obstáculo para la consideración legal de ciudadano. Se es ciudadano y sólo ciudadano. Por ello en nuestro modelo constitucional la soberanía nacional reside en el pueblo español en su conjunto, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE), las Cortes Generales representan al pueblo español (art. 66.1 CE) y son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos (art. 66.5 CE).

El nuevo modelo de representación política que se inaugura con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, interpone la condición sexual entre la soberanía y la condición de ciudadano, de modo que hombres y mujeres, hasta ahora personas indiferenciadas en el ejercicio del derecho de sufragio, incorporan una circunstancia añadida de la que no pueden desprenderse. Ciertamente no puede extrañar el recelo de esta regulación en un amplio sector de la militancia feminista.

Debemos preguntarnos: ¿Es concebible dividir a los representantes políticos en categorías, con el fin de facilitar o asegurar un mínimo de elegidos de cada una, sin que resulte gravemente afectado el principio de la unidad y de la

homogeneidad del cuerpo de ciudadanos? Si la respuesta es afirmativa ello permitirá al legislador, en un futuro, imponer al cuerpo electoral que en las candidaturas electorales deban figurar necesariamente personas integradas en colectivos definidos por la raza, la lengua, la orientación sexual, la religión, determinadas minusvalías congénitas, su condición de jóvenes o de personas de la tercera edad, etc. sin que la Sentencia acierte a razonar convincentemente que, en adelante, el legislador no pueda introducir estos criterios al regular el derecho de sufragio pasivo, ya que la propia Sentencia (FJ 4) atribuye al legislador la tarea de "actualizar y materializar" la efectividad de la igualdad en el ámbito de la representación política. Así, en Bélgica, mediante reforma constitucional, se han introducido cuotas lingüísticas en la actividad política.

3. Para la Sentencia el art. 9.2 CE es el *deus ex machina* que habilita para modificar el modelo de democracia representativa vigente desde la aprobación de la Constitución de 1978. Sin embargo no puede obviarse que hasta comienzos de la década de los ochenta no empiezan a articularse propuestas para introducir cuotas de género en las listas electorales, como el proyecto Barre en Francia o cuando en 1986 los Verdes adoptaron en Alemania el *Frauenstatut* y dos años más tarde el SPD con la llamada *Quotenbeschluss*, surgiendo en los años noventa las propuestas de paridad electoral. Por tanto, difícilmente el constituyente español pudo habilitar en 1978 al legislador, en el art. 9.2, para mutar el secular modelo de representación política. El art. 9.2 CE presenta una similitud tal con el art. 3.2 de la Constitución italiana de 1948 que inmediatamente sugiere que nuestro constituyente se inspiró en él, siendo así que en Italia fue precisa una reforma constitucional expresa para poder introducir normas de paridad electoral.

A mi juicio el art. 9.2 CE propicia medidas de fomento de la igualdad material y, de hecho, es en los países escandinavos donde la mujer ha logrado mayor presencia efectiva en las listas electorales, sólo con medidas positivas de fomento voluntariamente incorporadas a los estatutos de los partidos políticos. Al Estado Social de Derecho le corresponde remover los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad y la igualdad del individuo sean efectivas y reales, adoptando medidas de fomento para que los colectivos que histórica o coyunturalmente han visto dificultado su acceso a los cargos públicos representativos puedan hacerlo en condiciones de igualdad real. Para ello, en el caso de la mujer, compete al legislador establecer medidas que permitan la conciliación de la vida laboral o profesional con la familiar, perseguir en todos los ámbitos la violencia de género, el acoso sexual o la cosificación de la mujer en los medios publicitarios, combatir la educación sexista, la discriminación en el empleo o en las remuneraciones, facilitar la opción por la maternidad y cuantas múltiples formas de acción positiva tiendan de modo decidido a mejorar la posición de la mujer en la sociedad y, en lo que ahora interesa,

fomentar su integración en la vida política. Por ello, considero que es constitucionalmente válido que los partidos políticos acojan en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales.

El propio Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor para España el 4 de febrero de 1984 y es todavía la norma de Derecho internacional convencional más avanzada en esta materia, el previo Convenio de Nueva York de 1953 sobre derechos políticos de la mujeres y la Resolución núm. 169 de 1988 del Parlamento europeo, no contienen un llamamiento dirigido a los Gobiernos o a los Parlamentos nacionales, sino a los partidos políticos.

De otra parte, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer contempla medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, pero que cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato (art. 4). Y es que, efectivamente, lo consustancial a las medidas de discriminación positiva es su carácter temporal como consecuencia lógica de la consideración de que el hombre y la mujer son —por esencia— iguales en derechos y en dignidad humana. Sin embargo el art. 44 bis LOREG, introducido por la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, más que mejorar la posición de partida de las mujeres para que éstas puedan alcanzar un determinado resultado —acceder a cargos de representación política en igualdad de condiciones con los hombres—, antes que esto, lo que persigue es imponer directamente un resultado puesto que, en un sistema de listas electorales cerradas con alternancia impuesta, la igualdad de oportunidades se transforma en igualdad de resultados. Y constato una cierta incoherencia en que la Ley excluya de su aplicación a muchos municipios del ámbito rural, donde de facto las mujeres tienen más dificultad para participar en la vida política.

La Sentencia destaca el carácter equilibrado y bidireccional de la Ley. Pero esa lectura hábil se ve contradicha por el propio texto legal, que olvida ese equilibrio —en principio neutral— en su art. 44 bis 1 in fine cuando habilita a las Comunidades Autónomas para que, en la elección de miembros de sus Asambleas Legislativas, sus leyes reguladoras puedan “establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones de las citadas Asambleas Legislativas”. Pues bien, para que las medidas de acción positiva sean admisibles deben cumplir la condición de no producir efectos retrodiscriminadores (*reverse discrimination*), los cuales sí permite la nueva norma, como se ha evidenciado en los casos de las mujeres excluidas de los procesos electorales de Brunete y Garachico.

4. De nuestra jurisprudencia se infiere que el derecho de sufragio pasivo no puede ser modulado mediante afectación del principio de igualdad —lo que me parece induda-

ble que ocurre cuando se consagra la división del cuerpo electoral por razón del sexo— ni limitando derechos fundamentales: en este caso, el derecho de asociación (art. 22 CE) en la modalidad referida a los partidos políticos, y el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE). En efecto, en la importante y conocida STC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 2), se fijó que el legislador, al regular el derecho de sufragio pasivo puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero que esta libertad tiene como limitaciones generales las que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

Sostiene la Sentencia que los partidos políticos, y no los ciudadanos, son los destinatarios de las normas que imponen la paridad en las listas electorales. Razonaba Hans Kelsen, a principios del siglo pasado, que identificar a los destinatarios de las normas era uno de los problemas capitales (*Hauptprobleme*) del Derecho público. La soltura de la Sentencia para ceñir a los partidos políticos y a las coaliciones de electores normas que la propia exposición de motivos de la Ley vincula al art. 23.2 CE hubiera sorprendido al jurista vienés. Lo cierto es que resulta 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. Me parece que sólo con artificio puede negarse que el sistema de paridad veta la posibilidad de convertirse en representantes, en razón de su sexo, a quienes junto a otros concurrentes de su mismo género rebasen una barrera establecida de manera arbitraria por el legislador.

Desde luego, no existe un derecho a ser incluido en una candidatura electoral. Pero debe recordarse que en el caso que origina este proceso constitucional las dieciséis mujeres de la circunscripción de Garachico fueron incluidas en la candidatura y que, por tanto, no invocan un inexistente derecho a su inserción en la lista electoral sino que, una vez que se integraron en la candidatura, reclamaron el derecho a ser elegidas por el electorado, su derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE).

5. Considero que la imposición legislativa de la paridad o de cuotas electorales vulnera la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos (arts. 6 y 22 CE). Una democracia madura debe hacer efectiva su confianza en que los partidos políticos “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental de la participación política” y que “su creación y el ejercicio de su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y la ley” (art. 6 CE).

Me parece obvio que las mujeres o los hombres que integran las candidaturas electorales no aspiran a representar, respectivamente, a las mujeres o a los varones, pues no es defendible que las mujeres sólo voten a mujeres, ni los hombres a los hombres, ni que cada sexo sólo se represente a sí mismo. La decisión del elector es producto de una moti-

vación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3), pero parece claro que el voto de los ciudadanos atiende al programa que defienden los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones de electores, con independencia de que sean hombres o mujeres quienes integren las candidaturas.

Por último, creo que debemos 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. No creo que obedezca tan sólo al respeto jurídico que a estos países les merecen sus propias normas constitucionales sino a algo más profundo, cual es la necesidad de que los elementos estructurales de la democracia sean fruto del consenso y no de la imposición de una mayoría parlamentaria coyuntural al resto de las fuerzas políticas.

Madrid, a veintinueve de enero de dos mil ocho.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero (candidaturas electorales equilibradas por sexos; ley de igualdad)

La Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008 se pronuncia sobre una sola norma de la ley, la que hace referencia al contenido del art. 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, en su modificación introducida por la Disposición Adicional Segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo²¹¹. Por lo tanto, todos aquellos aspectos que han sido objeto, tanto de debate social como parlamentario, que se referían a la libertad

empresarial o la propia idea de una ley específica para las mujeres, no son objeto de la sentencia, porque tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad solamente han tenido en cuenta la modificación del derecho electoral. Además, sobre esta normativa electoral, el Tribunal Constitucional se había pronunciado con anterioridad, respecto de las listas paritarias en las elecciones municipales. Las primeras leyes que regularon la paridad electoral fueron recurridas por el Gobierno del Estado por inconstitucionalidad: se trataba de la Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha y 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 Islas Baleares. Esos recursos perdieron su objeto por posterior desistimiento. Posteriormente, se han planteado algunos otros recursos sobre regulaciones parecidas en otras comunidades autónomas, que están pendientes aún de sentencia. Curiosamente, los pronunciamientos sobre el tema de cuotas por parte del TC han sido tangenciales a su constitucionalidad²¹².

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Santa Cruz de Tenerife, a la que se acumula el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados. El recurso impugna además las modificaciones sufridas en los arts. 187.2, 201.3 y la disposición adicional primera, más la disposición transitoria séptima, que se añade como nueva a la LOREG²¹³.

La Sentencia repasa los principales argumentos de los recurrentes en cuanto al Derecho comparado y europeo en

²¹¹ El art. 44 bis dice: "1.Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de los miembros de los consejos insulares canarios en los términos previstos en esta ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las CC.AA. deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidato de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuándo 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 la mayor presencia 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. Cuándo 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. Cuándo las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 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 mas cercana posible al equilibrio numérico".

²¹² Con motivo de las últimas elecciones locales de mayo de 2007, y apenas entrada en vigor la LO 3/2007, fueron recurridas un importante número de listas electorales que no respetaban la paridad, ante las respectivas Juntas Electorales. En algunos casos, se estableció un plazo de subsanación, para que se pudieran adaptar estas listas electorales a las exigencias de la nueva ley, pero en algunos casos, la Junta o en recurso, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, anularon las listas sin posibilidad de subsanación, impidiendo a esos partidos la concurrencia a las elecciones. Recurridas tales resoluciones al Tribunal Constitucional, éste dictó una serie de Sentencias que estimaron los recursos, obligando a conceder el plazo de subsanación. El TC no entró en la consideración de la constitucionalidad de la paridad, pero los fundamentos jurídicos de estas sentencias, indujeron a pensar ya que no iba a declararse la inconstitucionalidad de la ley. Cfr. las SSTC de la 96 a la 127/2007 donde se estiman los recursos de amparo en relación con diferentes candidaturas que habían sido anuladas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo, porque no cumplían el requisito de la paridad electoral. Los criterios de fondo se fijan en la primera de las sentencias, la 96/2007, de 8 de mayo, que estima el recurso de amparo del Partido Socialista Obrero Español, contra la Sala de lo contencioso-administrativo n. 2 de la Coruña, que había anulado la candidatura de su partido sin opción a subsanar defecto. La sentencia considera que se ha violado el derecho de tutela judicial efectiva y estima el recurso, pero no entra a valorar la constitucionalidad del art. 44 bis de la LOREG, por el que se exige la composición equilibrada de género en las listas electorales, sino que obliga a otorgar un plazo de subsanación para presentar una lista paritaria.

²¹³ El art. 187.2 dice que "Lo previsto en el art. 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3000 habitantes". Y el art. 201.3, dice que "Lo previsto en el art. 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de habitantes igual o inferior a 5.000 habitantes". En cuanto a la disposición adicional primera, lo que hace es introducir el art. 44 como norma aplicable a las elecciones a las Asambleas de las CC.AA.; y la disposición transitoria séptima, regula las condiciones de aplicación hasta el año 2011.

materia de igualdad. La singularidad del art. 9.2 CE respecto de otros ordenamientos como el italiano, impiden esa comparación a juicio del Tribunal. Y centra inmediatamente la cuestión en torno a la posibilidad de inconstitucionalidad con nuestras normas constitucionales. Para ello repasa igualmente el contenido de los arts. 6, 14, 16, 20, 22, 23 y 68.5 invocados por los recurrentes.

Así, respecto de la limitación de derechos a los partidos políticos para presentar sus candidaturas, la sentencia la considera plenamente justificada por las exigencias de igualdad real en un Estado social y democrático de derecho, en el que la igualdad es un valor esencial, cuya realización permite el art. 9.2. Es por tanto una limitación legítima porque persigue un fin legítimo.

Este argumento simplifica bastante todo el debate que precedió a la ley, y que se había centrado fundamentalmente en los siguientes argumentos:

-Las experiencias en derecho comparado han sido consideradas contrarias a sus respectivas constituciones, lo que trasladado a nuestro ordenamiento jurídico, exigiría la misma calificación.

-La paridad es contraria al concepto de soberanía, porque divide en dos al cuerpo electoral, al establecer una categoría, el sexo, sobre la que gira la representación política.

-La paridad es contraria al derecho de participación política recogido en el art. 23 CE en la medida en que restringe el derecho de los partidos políticos a presentar a los candidatos que consideren más capacitados.

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

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

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

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

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

Hay en todo caso un importante voto particular a la Sentencia que formula el Magistrado J. Rodríguez Zapata, y que insiste en algunas de las argumentaciones de los recurrentes. Parte de la consideración de que el cuerpo electoral es indivisible: dado que los elegidos representan a todo el cuerpo electoral, no sólo a los que votan sino también a los que no lo hacen, la pluralidad inicial se convierte, después de las elecciones, en un cuerpo único, que no puede dividirse en función de criterio alguno. Ciertamente esto podría ser así, pero con la argumentación del voto particular, también puede no serlo, porque ese concepto de soberanía no es más que una forma de entenderla: hay otras, como la que se razona en la Sentencia. El otro argumento del voto particular no tiene mejor fortuna, porque considera inconstitucional la limitación impuesta a los partidos políticos: en este caso, a diferencia de la mayoría, se considera que no pueden imponerse limitaciones de esa naturaleza a los partidos políticos. Pero nuevamente se debilita este argumento, si se tiene en cuenta la propia doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la teoría de que no existen derechos ilimitados en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, el equilibrio de los derechos en juego permite que haya esta limitación, que no es en sí misma desproporcionada.

En resumen, estamos ante una Sentencia que ataja directamente el problema y resuelve la constitucionalidad de la paridad electoral con extraordinaria solvencia. **(María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional).**

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