

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

**Boletín de Información
y Análisis Jurídico**

NÚM. 24 • MAYO DE 2007

DOCTRINA

- Aproximación general a la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.

LEGISLACIÓN

- Creación del Instituto Europeo de la Igualdad de Género
- Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.
- Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- Ley para la mejora del crecimiento y del empleo.
- Promoción y protección social de las militares en situación de embarazo, o posparto.

JURISPRUDENCIA

- Libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, cálculo del importe de las prestaciones diarias por enfermedad en función de la renta neta.
- Derecho de una trabajadora a concretar horario y turno para cuidado de un menor.
- Delito de agresión sexual. Acoso aboral a mujer trabajadora como causa de incapacidad permanente absoluta.

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

Ana Soledad Ruiz Seguí

Coordinación:

Pilar Gutiérrez

Contenidos:

Área de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga

Dirección Técnica:

M.^a Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.^a del Mar Navas Sánchez

M.^a Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

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

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ 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 y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Ana Soledad Ruiz Seguí

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

Aproximación general a la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Teresa Pérez del Río. Catedrática de Derecho del Trabajo de la UCA 4

LEGISLACIÓN

Reglamento (CE) n° 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género y Decisión de 11 de diciembre de 2006, estableciendo su sede en Vilnius. 21

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. 32

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. 76

Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. 78

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Aragón. 78

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. 79

Reales Decreto 1411/2006 y 1412/06 de desarrollo de la Ley de tropa y marinería respecto de la promoción y protección social de las militares en situación de embarazo, o posparto. Comentario aspectos recientes de igualdad de género en la profesión militar. 82

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN 85

JURISPRUDENCIA

TJUE

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala segunda), de 18 de enero de 2007 cálculo del importe de las prestaciones diarias por enfermedad en función de la renta neta, determinada por el grupo de tributación. 87

T.C

- Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero. Discriminación por razón de sexo. Derecho de una trabajadora a concretar horario y turno para cuidado de un menor. 94

T.S

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de marzo de 2007. Delito de agresión sexual 104

TSJ

- Sentencia del Tribunal de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2006. Acoso aboral a mujer trabajadora como causa de incapacidad permanente absoluta. 109

PRESENTACIÓN

El Boletín Jurídico “Artículo 14” vive, en este número 24, un momento festivo pues en él se hace patente que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres es ya una realidad; una “ley código”, pues modifica veintidós leyes, y que significa el desarrollo con rango de ley del principio constitucional de igualdad que inspira y da título a nuestro boletín. La Ley 3/2007 garantiza el cambio de modelo social de corresponsabilidad de hombres y mujeres y representa un gran avance hacia una sociedad más cohesionada y desarrollada social y económicamente.

En efecto, conviene recordar que, aunque hemos avanzado mucho en la igualdad legal, las desigualdades entre géneros siguen estando presentes en los diferentes ámbitos de la vida; por ello, la Ley pone el foco en los principales problemas que impiden la igualdad real, estableciendo las acciones necesarias para la prevención de las conductas discriminatorias.

La norma recoge, en un único texto, todas las acciones de impacto directo en sus fines, y además, orienta las políticas activas para fomentar la igualdad, especialmente en el acceso al empleo, en la formación, en la promoción profesional, y en las condiciones de trabajo. Ocupan un lugar destacado las medidas para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como la participación en la toma de decisiones, la educación en igualdad, el acceso a las nuevas tecnologías, la situación de la mujer en el medio rural, y la problemática de la múltiple discriminación, entre otras.

Por otro lado, es importante resaltar el impulso decidido que establece la Ley Orgánica para fomentar la presencia de las mujeres en los puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, que se extiende a la normativa reguladora del régimen electoral, al nombramiento de los cargos y órganos de responsabilidad pública, y de manera muy novedosa en la composición de los consejos de administración de las empresas.

También quiero insistir en el hecho de que la Ley lleva a cabo una importante modificación del ordenamiento jurídico, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. Este desarrollo legal es esencial para que el principio de igualdad y la perspectiva de género se integren eficazmente en las políticas y acciones que se impulsen por los Poderes Públicos, en el ejercicio de sus competencias. Las sentencias recogidas en el bloque de jurisprudencia son una buena prueba de esta voluntad que anima transversalmente toda la acción de unos gobiernos y de unas administraciones comprometidas con la igualdad efectiva.

Por nuestra parte, en el panorama legislativo andaluz, asistimos igualmente a uno de los momentos más significativos para el avance de las mujeres. De un lado, el texto reformado del Estatuto de Autonomía para Andalucía que incorpora, transversalmente, el principio de igualdad en 17 de sus artículos; de otro, el recientemente aprobado en Consejo de Gobierno, de 22 de mayo de 2007, Proyecto de la Ley para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, que materializa y desarrolla el Estatuto de Autonomía para Andalucía en materia de igualdad, y que, al amparo de la ley nacional, da un paso más adaptándola a las necesidades de Andalucía.

Los nuevos instrumentos legislativos, al que se incorporará en breve la Ley Andaluza, servirán para que las medidas y los logros conseguidos hasta ahora queden garantizados por ley, para no retroceder en los avances y para que el esfuerzo realizado no sea en balde.

Paralelamente, en desarrollo de estos textos normativos, iremos estableciendo nuevas medidas que permitan remover los obstáculos todavía existentes. Todo ello sin olvidar que es responsabilidad conjunta de hombres y mujeres impulsar el cambio social hacia la igualdad efectiva.

*Ana Soledad Ruiz Segúin
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

APROXIMACIÓN GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

TERESA PÉREZ DEL RÍO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UCA

Sumario:

1.- Introducción.

2.- Un enfoque correcto: los principios de transversalidad y corresponsabilidad como ejes fundamentales de la Ley.

3.- Una Ley tardía. Punto de partida no de llegada. La representación equilibrada.

4.- Indudable mejora, criticable en su suficiencia.

4.1.- La violencia de género en el trabajo.

4.2.- Adecuación de los procedimientos de tutela y del sistema sancionatorio.

5.- Conclusiones.

1.-Introducción

Resulta difícilmente rebatible que en un sistema de economía de mercado, la posición que cada individuo ocupa en el mercado determina su posición social. Dado que la mayor parte de la ciudadanía solo puede vender al mercado su fuerza de trabajo, la exclusión o la forma de integración de cada individuo en el mercado de trabajo influye de forma determinante en su posición social. La integración en el mercado de trabajo garantiza (en mayor o menor nivel) la libertad del individuo ya que la autosuficiencia constituye el fundamento de la libertad y las posibilidades de autodeterminación, permitiendo o dificultando el ejercicio del resto de los derechos fundamentales que constituyen el estatuto de ciudadanía. De todo lo señalado se puede deducir que la peor posición posible es la de excluido del mercado de trabajo porque de la exclusión deriva sin duda una posición de dependencia, por tanto, de ausencia de libertad y una mayor dificultad para el ejercicio del resto de los derechos de ciudadanía, pudiendo finalmente determinar una situación de exclusión social. Coherentemente con lo afirmado, la integración laboral de un individuo en el mercado de trabajo, formando parte de un colectivo discriminado en el mismo, determina frecuentemente una situación de discriminación social.

Los datos estadísticos demuestran que a pesar de la existencia de una innegable evolución favorable en la última década, persiste una situación de exclusión y discriminación por razón de *género* de la mujer española en el mercado de trabajo. Para comprobarlo no hay más que comparar los datos recogidos en CES *Panorama sociolaboral de la mujer en España* N°6 octubre 1996 y N° 45 Tercer Trimestre de 2006.

Se ha puesto reiteradamente de manifiesto que la causa de la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo no es el *sexo* sino el *género* ya que por mucho que algunos ignorantes se empeñen en negarlo, el término *sexo* no comparte ni connotaciones ni significado con el término *género* y este no constituye una mala traducción del *gender* inglés. El primero, *sexo*, se encuentra directamente relacionado y de forma casi exclusiva con *identidad sexual*, y posee connotaciones meramente biológicas, sin embargo, la *identidad de género* posee muchas más connotaciones de carácter cultural. Hace referencia a la forma de adaptación de la persona a una sociedad que asigna valores, expectativas, roles y funciones sociales diferentes en función del sexo biológico. En otras palabras la discriminación de las mujeres no tiene su causa en el sexo biológico, es decir, una causa natural y difícilmente modificable, sino en el género y tiene un carácter cultural e ideológico, que sí es modificable.

DOCTRINA

La identidad de género se refiere al conjunto de atributos, actitudes y conductas que definen el comportamiento de cada sujeto y que dotan de contenido a los *roles de género* social y culturalmente asignados, roles que permanecen desde hace siglos en el seno de sociedad, de modo explícito e implícito y que son transmitidos a las nuevas generaciones a través de diferentes agentes e instrumentos, entre ellos y de importancia esencial, el lenguaje. Además no solo es que los roles asignados en función del sexo sean diferentes, es que el valor otorgado al rol social asignado a las mujeres como colectivo, ha sido y es actualmente inferior al que socialmente se otorga al rol asignado a los hombres y ello ha determinado una posición social y económica discriminatoria de las mujeres que se manifiesta en los datos estadísticos publicados por instituciones y organismos tanto internacionales como europeos y españoles. El término *género* tiene por objetivo hacer visible esta realidad, hasta el momento invisible en el término *sexo*.

La situación de discriminación de la mujer a que conduce la asignación de roles sociales infravalorados, resulta incompatible con el derecho a igual dignidad, trato y oportunidades que nuestra Constitución consagra como uno de los valores esenciales de nuestro sistema político y de nuestro ordenamiento jurídico en el **Art.1** de la Constitución y en el **Art.14**; además la Constitución española en el **Art.9.2** impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que dificultan el ejercicio de todos los derechos que reconoce, incluido el derecho al trabajo. Uno de los instrumentos esenciales para conseguir ese objetivo es la norma jurídica.

Se podría afirmar que la normativa antidiscriminatoria asume tres funciones distintas pero complementarias. En primer lugar una función "*preventiva*": la norma señala a los poderes públicos y a los particulares que del derecho a la igualdad deriva la prohibición de una serie de conductas e indica cuales son estas, advertencia que es susceptible de evitar violaciones involuntarias de la prohibición de discriminación. Ejerce simultáneamente una función "*tutelar*": la norma persigue la eliminación de actuaciones discriminatorias utilizando para ello los instrumentos judiciales o administrativos diseñados normativamente, así como la reparación o el resarcimiento de quienes hayan sido víctimas de tales comportamientos. Asume finalmente una función "*promocional*", a la que responderían aquellas normas e instrumentos jurídicos que van mas allá de la prohibición y sanción de la discriminación para pasar a desempeñar un papel activo de fomento de la paridad y de remoción de las obstáculos materiales o sociales que impiden que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas.

Resulta absolutamente indiscutible que la norma jurídica no es suficiente y evidentemente no constituye la panacea susceptible de eliminar la situación de discriminación, pero siempre que cumpla ciertas condiciones puede constituir un medio fundamental para garantizar la igualdad y proteger frente a la discriminación por razón de género. Para que la norma cumpla con esta función, es esencial, en primer lugar, que exista la voluntad política de terminar con la situación de discriminación, es importante que exista la sensibilidad suficiente para comprender que no es aceptable una situación de discriminación de la mitad de la ciudadanía incompatible con el principio de igualdad dignidad de todos los seres humanos. En segundo lugar, es necesario que la norma de garantía y tutela antidiscriminatoria sea técnicamente buena, clara, completa, eficaz y adecuada pero también es necesario que sea suficientemente conocida en todo su significado y alcance por todos los profesionales encargados de su interpretación y aplicación, es decir, y por lo que respecta al Derecho del Trabajo, por los operadores jurídico-sociales, los profesionales de la magistratura social, de la abogacía, de la Inspección de Trabajo y esencialmente por los interlocutores sociales, fuente esencial de regulación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva. También es necesario su conocimiento por parte de los destinatarios de las normas, en definitiva por toda la ciudadanía. El debate se plantea pues en los siguientes términos: ¿ha venido cumpliendo nuestro ordenamiento jurídico estos requisitos? ¿era necesaria la adopción de una ley que los cumpliera? ¿la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007 los cumple?.

Resulta evidente la imposibilidad de analizar aquí el alcance de todas y cada una de las innovaciones y modificaciones que introduce en nuestro ordenamiento jurídico una norma de la extensión y la densidad de la LOIEMH, al que atraviesa de forma transversal. Ni siquiera resulta posible analizar en profundidad las innovaciones introducidas en el Derecho Social también muy numerosas. Mi pretensión es analizar en términos generales cuales serían los objetivos esenciales de la Ley en el ámbito del empleo, intentando determinar en qué medida están planteados en una óptica adecuada y si son susceptibles de colmar las lagunas e insuficiencias detectadas en la normativa anteriormente vigente.

DOCTRINA

2.- Un enfoque correcto: los principios de transversalidad y corresponsabilidad como ejes fundamentales de la Ley.

Resulta evidente que respecto del tema de la discriminación por razón de género, en el ordenamiento jurídico laboral español se ha producido una evolución importante a lo largo de la última década y que este cambio ha sido influenciado notablemente por nuestra integración en la Unión Europea. Se podría decir que en materia de género nuestro ordenamiento ha avanzado a *empujones* del Derecho Comunitario.

Como debería ser conocido, el conjunto normativo/jurisprudencial comunitario en materia de género es cuantioso y ha evolucionado intensamente en la última década. De constituir un mero principio de política económica, la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres ha pasado a ser reconocido como un verdadero derecho fundamental y de la prohibición de discriminación formal por razón de sexo, se ha pasado a la afirmación del derecho a la igualdad efectiva sin discriminación por razón de *género*.

En resumen, los conceptos de *transversalidad* y *corresponsabilidad* se han convertido en *piezas de fuerza* de la política comunitaria de género.

El primero constituye un concepto relativamente novedoso, al menos en su comprensión por los operadores jurídicos y los interlocutores sociales. Se basa en el principio de que **la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión Europea**, su plena realización requiere que **toda la ciudadanía** participe y esté representada de forma igualitaria en **la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil**. La infrarrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, pone de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razón de género. La única forma eficaz de hacer frente a esta situación es el reconocimiento de que la realidad en los diversos ámbitos sociales, culturales, educativos, políticos, económicos, debe analizarse teniendo en consideración que hombres y mujeres no se encuentran en la misma posición social y que esa diferente posición determina los efectos que para cada uno de los colectivos (el de las mujeres y el de los hombres) tendrán las propuestas de transformación social que se diseñen. Reconocido esto, se hace necesaria la integración del objetivo de la igualdad en el diseño y adopción de todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas sobre la ciudadanía. En definitiva se exige que en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, se tengan en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres. Para conseguirlo resulta esencial el empoderamiento de las mujeres, es decir, garantizar una representación equilibrada de estas en los ámbitos de decisión tanto política como económica. Este principio esencial para la tutela antidiscriminatoria ha sido recogido normativamente tanto en derecho originario como en derecho derivado. El **Art.3.2 del TCE** establece que en la implementación de todas las políticas cuya competencia se asigna a la Unión, “...la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” y en el Art.29 de la D/2006/54/CE señala “*Transversalidad de la perspectiva de género. Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades en los ámbitos contemplados en la presente Directiva*” es decir en materias de empleo y ocupación.

Respecto del segundo principio, el de *corresponsabilidad*, parte de la base del reconocimiento del *género* como la causa de la situación discriminatoria que se pretende eliminar. En otras palabras, el Derecho comunitario reconoce que la maternidad y la atribución a la mujer en exclusiva de las funciones de cuidado, es decir la asignación de roles sociales en función del sexo, ha constituido desde siempre la causa última de la discriminación de la mujer. Esta situación se pretende corregir facilitando e incentivando la implicación de los hombres en el ámbito de la reproducción lo que indirectamente significará a medio plazo una integración más igualitaria de la mujer en el ámbito de la producción. Esta estrategia se demuestra no solo en las reiteradas declaraciones de los organismos comunitarios y en los planes y programas comunitarios de igualdad de oportunidades, como la vigente *Hoja de ruta la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2006-2010*, sino en la adopción de normas de eficacia vinculante como la D/92/85/CE sobre protección de la maternidad, la D/96/34/CE sobre permisos parentales y de forma importante, en la Resolución del Consejo de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y la vida familiar.

DOCTRINA

En nuestro país, la evolución favorable tanto de la situación sociolaboral de la mujer como del ordenamiento en materia de igualdad de trato es innegable pero un análisis en profundidad de las normas producidas en la última década conduce a la conclusión de que dicha evolución ha sido lenta, insuficiente e incluso a veces contradictoria con los objetivos comunitarios.

La doctrina constitucionalista ha venido señalando que la Constitución española pertenece al grupo de las denominadas modernas y sociales, entre otras razones, porque recoge el principio de igualdad en sus dos vertientes, la igualdad formal (Art.14) y la igualdad esencial (Art.9.2) lo que ha permitido la entrada en nuestro ordenamiento del concepto de *acción positiva*, prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo (Art.14 2º inciso) y en particular en el ámbito del empleo (Art.35) declarando el derecho a no ser discriminado vinculante en las relaciones entre privados ("*no prevalecerá*"). El Tribunal Constitucional de su parte ha adoptado una postura activa en favor de la igualdad entre mujeres y hombres; ha venido realizando sobre todo a partir de 1987 una interpretación extensiva del significado del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación, basándose para ello de forma expresa el acervo comunitario.

Sin embargo, el desarrollo normativo de la Constitución no ha demostrado un verdadero y real objetivo por parte de los poderes públicos de conseguir que el principio de igualdad entre hombres y mujeres sea una realidad *efectiva*. Constituye un hecho reiteradamente puesto de manifiesto por la doctrina que las normas laborales de todo rango, incluidas las convencionales, debido entre otras razones, a la permanencia mas intensa en comparación con otros países europeos de la tradicional asignación de roles sociales y a la baja tasa de actividad laboral femenina española, se han adoptado teniendo presente un modelo de destinatario tipo: un trabajador de sexo masculino, español, de 18 a 50 años, con una formación adecuada a los requerimientos del mercado, es decir, suficientemente *empleable*, con contrato estable, y con absoluta disponibilidad para trabajar, es decir, sin necesidad de conciliar sus responsabilidades laborales con las familiares. Han sido los intereses y las prioridades de este modelo tipo de destinatario las que han venido siendo tomadas en consideración de forma principal en el momento de diseñar las normas; los de los restantes colectivos y, de forma especial, los de las mujeres, han sido enfocados como algo marginal, que afecta a un colectivo minoritario a pesar de las mujeres significamos mas de la mitad de la ciudadanía.

Una de las pruebas de esta afirmación es la muy deficiente aplicación del principio de transversalidad de género en nuestro país. Aunque hace ya algunos años se adoptó la Ley 30/2003 de 13 de octubre sobre las medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las Disposiciones Normativas que elabore el Gobierno, y también han sido adoptadas una serie de normas autonómicas con la misma exigencia (Cataluña en 2001, Extremadura en 2002, Andalucía 2003, Galicia en 2004, País Vasco 2005 etc.), la Asociación de Mujeres Juristas Themis, presentó al XVIII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas que tuvo lugar en Almería los días 11 13 de Noviembre de 2005 un estudio sobre cómo han sido realizados los informes de impacto de género en las leyes adoptadas a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Las conclusiones a que se llega en dicho estudio ponen de manifiesto que la aplicación de la Ley 30/2003 "*...no está teniendo en la práctica los efectos correctores de la realidad que serían deseables ...*". De los 52 proyectos de Ley presentados en el periodo analizado 6 no iban acompañados del preceptivo informe de valoración de impacto de género, 21 de los 46 informes de evaluación de impacto emitidos (el 45,65%) consisten prácticamente en la escueta aseveración de que las medidas o disposiciones contenidas en la norma en cuestión, carecen de cualquier impacto por razón de género, 18 de ellos (39,13%) hacen mención expresa a que las medidas o disposiciones contenidas en el Proyecto *no introducen, o no suponen, o no generan, o no contemplan discriminación alguna por razón de sexo/género o entre hombres y mujeres*, solo 4 informes (8,69%) ponen de manifiesto que la aplicación de la norma supondrá un impacto positivo desde la perspectiva de género y en qué forma lo harán. El Informe concluía en que la Ley está lejos de conseguir los objetivos que decía asumir y proponía "*...impulsar la creación de unidades de género en todos los departamentos ministeriales, con el fin de introducir la perspectiva de género en el diseño, impulso, y evaluación de todas las políticas a desarrollar en su ámbito competencial...*" en otras palabras, se exigía ni mas ni menos que la creación de instrumentos de garantía de aplicación de una Ley que lleva en vigor cuatro años.

Por lo que se refiere a la **corresponsabilidad**, era absolutamente necesario modificar la óptica manifestada por la Ley 39/99 de conciliación de vida familiar y profesional de las personas trabajadoras, que se ha señalado reiteradamente como absolutamente equivocada. Se hacía necesario actuar para romper los roles como único medio pa-

DOCTRINA

ra diseñar una política coherente y razonable de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, para terminar con la situación de discriminación por razón de género que se pretende eliminar. Era preciso partir del concepto de **corresponsabilidad** entre mujeres y hombres.

Ambos objetivos, aplicación correcta del principio de transversalidad de género y la ruptura de roles sociales asignados mediante el impulso y la incentivación de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres tanto en el ámbito productivo como en el reproductivo, dice expresamente asumir la LOIEMH 3/2007.

Por lo que se refiere al principio de **transversalidad**, resultan relevantes algunos de los preceptos incluidos en Título I cuyo objetivo es fijar los principios de actuación de los poderes autoridades públicos, en concreto se señala en su Art.4 *“La igualdad de trato entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*; añade en Art.15 *“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición de las políticas públicas y en el desarrollo del conjunto de sus actividades”*. La intención de dotar de efectividad real la aplicación de este principio se manifiesta también en la creación de órganos especialmente encargados de vigilar su aplicación como las Unidades de Igualdad. El Art.77 de la Ley señala: *“En todos los Ministerios se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de las materias de su competencia y, en particular, las siguientes:*

Recabar la información estadística elaborada por los órganos del Ministerio y asesorar a los mismos en relación con su elaboración.

Elaborar estudios con la finalidad de promover la igualdad entre mujeres y hombres en las áreas de actividad del Departamento.

Asesorar a los órganos competentes del Departamento en la elaboración del informe sobre impacto por razón de género.

Fomentar el conocimiento por el personal del Departamento del alcance y significado del principio de igualdad mediante la formulación de propuestas de acciones formativas.

Velar por el cumplimiento de esta Ley y por la aplicación efectiva del principio de igualdad.”

De su parte el objetivo de incentivar e impulsar la aplicación del principio de **corresponsabilidad** se manifiesta en varias partes de la Ley, sobre todo en su Exposición de Motivos cuyo apartado III señala que *“... se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en asunción de responsabilidades familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción mas significativa...”*. En su Art.44 reconoce la que se ha calificado como *pieza de fuerza o joya de la corona* de la Ley en materia de conciliación, y no sin razón, el *permiso de paternidad*: *“1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.....3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.”*

Sin embargo, es preciso señalar que para garantizar la efectividad de la Ley no basta con un enfoque adecuado. Es necesario desarrollarlo normativamente reconociendo los derechos relacionados con los mismos, es necesario diseñar los instrumentos que garanticen su cumplimiento, la creación de procedimientos adecuados y eficaces que terminen en la imposición de sanciones proporcionales y disuasorias contra su violación. Además, para que una norma jurídica como la LOIEMH resulte efectiva en su función de tutela antidiscriminatoria no es suficiente que sea técnicamente buena, es decir, coherente en sus disposiciones, clara en su comprensión, y omnicompreensiva, lo que significa que procure solucionar todos los problemas a los que pretende enfrentarse sin dejar lagunas o presentar ausencias significativas. Es necesario garantizar una correcta aplicación de la misma y para ello, así lo ponen de manifiesto las normas comunitarias, es preciso que sea suficientemente conocida por los operadores jurídicos, por los interlocutores sociales y por toda la ciudadanía. También este constituye un objetivo al que la norma reconoce especial importancia.

El objetivo de garantizar ese conocimiento suficiente por parte de los operadores jurídicos al menos parece detectarse en la Disposición adicional tercera que introduce una serie de modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su número Cinco que modifica el Art. 310, se establece que *“Todas las pruebas selectivas para el in-*

DOCTRINA

greso y la promoción en la Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional.” Y mediante su número nueve, se añade un apartado 5 al Art. 433 bis, con la siguiente redacción: “El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemplará la formación de los Jueces y Magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género. La Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género.” Su número diez añade un segundo párrafo al apartado 2 del Art. 434 que pasa a señalar: “El Centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal por los miembros de la Carrera Fiscal, el Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como sobre la detección y el tratamiento de situaciones de violencia de género.” Debería haberse previsto un sistema similar de exigencia de conocimientos y formación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones en materia de vigilancia y control de la discriminación por razón de género resultan reforzadas en la Ley, esperemos que también lo sean los medios de que disponga para cumplirlas.

La Ley no puede garantizar que los interlocutores sociales realicen una labor de formación similar, que sería esencial si se quieren aplicar correctamente todas las normas que se refieren a la función de la negociación colectiva en su implementación, por ejemplo el diseño y aplicación de los Planes de Igualdad previstos en el Título IV, Capítulo III Arts. 45 y ss. Sin embargo si que habría sido necesario dotar de una mayor publicidad tanto a la adopción de la Ley como a su contenido; los enfrentamientos políticos entre gobierno y oposición en materia de política antiterrorista, han restado atención mediática a la Ley y en una realidad social como la nuestra, lo que no está en los medios no existe. Sería necesario realizar una más intensa labor informativa de la ciudadanía sobre el contenido de la Ley.

En definitiva pues, el enfoque, la óptica de la Ley resulta intachable, se intenta garantizar su conocimiento y una aplicación correcta de la misma. Veremos a continuación en qué medida se detectan los problemas esenciales relacionados con la discriminación por razón de género y las soluciones que se aportan.

3.- Una Ley tardía. Punto de partida no de llegada. La representación equilibrada.

Uno de los objetivos expresos de la Ley es la transposición completa de normas comunitarias tan importantes como la D/92/85/CE, la D/96/34/CE, la D/2002/73/CE respecto de las que España se encontraba en situación de incumplimiento y en este aspecto la Ley resulta tardía porque algunas de sus de sus mejores aportaciones deberían estar contempladas en nuestro ordenamiento jurídico hace ya tiempo. Por ejemplo, hace tiempo que deberían haber sido cubiertas las carencias de tipo conceptual, como la definición mas o menos correcta de conceptos esenciales para la tutela antidiscriminatoria como los de *discriminación directa, indirecta, acción positiva, acoso sexual, acoso por razón de género*, ausencia que ha provocado, en un sistema tan legalista como el nuestro, que aún hoy y debido en parte a esta omisión de nuestro ordenamiento, haya operadores jurídicos que siguen desconociendo el significado de estos conceptos, lo que me consta personalmente.

Afirmo que constituye un punto de partida y no de llegada porque en sus grandes ejes, a los que la propia Ley otorga especial relevancia, constituye básicamente una punta de cuña que será necesario desarrollar posteriormente en función de la evaluación de los resultados de la Ley a medio plazo y ello se demuestra, por ejemplo, en el régimen jurídico del permiso de paternidad como ya se ha señalado, pieza esencial del entramado conceptual de la Ley. El régimen de su titularidad, como derecho individual e intransferible es correcto pero su duración en principio prevista en ocho días y mejorada en el trámite parlamentario hasta determinarla en trece, que unida a los dos días de permiso retribuido del Art.37.3 ET, harían un total de 15, resulta muy inferior a la establecida en otros Estados miembros de la UE. Además se había planteado la conveniencia de que el disfrute de este permiso por parte de los padres fuera **no solo intransferible sino obligatorio**. Al igual que a la madre se la obliga a disfrutar las seis semanas posteriores al parto, tuviera o no derecho a la protección social y teniendo en cuenta que la recuperación de un parto no dura mas allá de 20 días (unas tres semanas) sobre la argumentación de que era necesario reconocer un tiempo para la creación de lazos entre madre y criatura, sobre la misma argumentación, la necesidad de creación de lazos entre el padre y esta, se podría haber dado el siguiente paso y establecer la obligatoriedad del permiso de paternidad. No ha sido así. Probablemente, dando más tiempo para el cambio de sensibilidades se podría cambiar el régimen de disfrute del derecho.

DOCTRINA

Un ámbito esencial en la Ley, en que se denota la intención de introducir una cuña, un punto de partida necesario para la eliminación de la discriminación en el ámbito privado, ya que en el público el número de medidas de acción positiva adoptadas resulta espectacular, son los Planes de Igualdad en las empresas. El diseño y aplicación de este tipo de Planes requiere de una especial sensibilidad y sobre todo, de una especial formación por parte de los interlocutores sociales, en definitiva, su efectividad real deberá contar con la voluntad de estos y sobre todo de la parte sindical, efectividad que tendrá que ser evaluada a medio plazo como señala la propia Ley en su Disposición final quinta que establece que en plazo de 4 años desde su entrada en vigor “*el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales mas representativas el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes*”.

Otra de las materias en que habrá que medir los efectos de la norma en el cambio social a medio plazo es la de la incentivación de la *representación equilibrada* en los órganos de decisión política y económica que la Disposición adicional primera de la Ley define como *la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento*. El Art. 16 de la LOIEMH señala que “*Los poderes públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les corresponden*”. Por lo que se refiere a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, la incentivación (*procurarán*) se convierte en obligación; por ejemplo la Ley establece que el Gobierno, *atenderá* al principio de presencia equilibrada en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos (Art.52), el nombramiento de los miembros de tribunales y órganos de selección del personal de la administración *responderá* a este principio (Art.53), la representación de la Administración General del Estado en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo, *se ajustará* al principio de composición equilibrada de ambos sexos (Art.53), la designación de los representantes de la Administración en los órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales se realizará de acuerdo con el principio de presencia equilibrada *salvo por razones fundadas, objetivas y debidamente motivadas*, finalmente la Administración *observará* el principio en los nombramientos que le corresponde efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe.

Por lo que se refiere al sector privado y con el objetivo de que una vez se consiga el reparto equilibrado del poder político, se comience a incentivar un reparto equilibrado del poder económico, el Art.75 señala “*Las sociedades obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada, procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley*”. A pesar de la laxitud en la imposición de la obligación y el desmesurado plazo previsto para su implementación, este precepto ha suscitado las iras furibundas de la patronal y del Partido Popular que consideran esta medida una *intromisión inaceptable en la libertad de empresa*. Parece claro que los sectores conservadores del país no están dispuestos a compartir de forma equilibrada entre los sexos el poder económico y a la vista de las observaciones del PP, tampoco tienen muy claro lo de compartir el poder político ya que se han mostrado *absolutamente contrarios* el establecimiento de cuotas electorales ni listas en cremallera.

Probablemente debido a la reacción de la gran patronal a esta disposición, en el trámite parlamentario se eliminó el párrafo segundo de este precepto que aparecía en el Proyecto de Ley y que señalaba “*Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*”. De todas formas permaneció de forma indirecta esta medida de incentivación, que se puede entender integrada en lo dispuesto en el Art.33 de la LOIEMH que establece que *las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público*. Por lo que respecta a la Administración General del Estado, el Art.34 señala que *anualmente, el Consejo de Mi-*

DOCTRINA

*nistros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que **obligatoriamente deberán incluir** entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las mas ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la Disposición Adicional octava del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ...”*

Finalmente el Art.35 establece que *Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el capítulo IV del título IV de la presente Ley.* Nada impide que entre los criterios para la adjudicación de contratos y subvenciones se valore también la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los respectivos consejos de administración de las empresas solicitantes e incluso si la empresa ha diseñado y aplica un Plan de Igualdad.

Estas medidas de acción positiva que fomentan del *empoderamiento* de las mujeres mediante la incentivación de su presencia equilibrada en los órganos de decisión política y económica, tienen sin duda por objetivo garantizar la aplicación del principio de transversalidad de género en el sector privado pero su eficacia real ha de medirse a medio plazo porque depende de la formación y la sensibilidad de las mujeres que se incorporen a los consejos de administración y de las que entren a formar parte de los órganos de decisión ya que el mero hecho de ser mujer, no garantiza una correcta y eficaz aplicación de la óptica de género aunque ciertamente la facilita.

4.- Indudable mejora, criticable en su suficiencia.

La Ley mejora de forma indudable el régimen jurídico de muchas materias importantes en óptica de género, sin embargo, en algunas esenciales, las reformas se pueden calificar de algo tímidas, no se ha llegado a solucionar todos los problemas que la doctrina había planteado respecto de la normativa anteriormente vigente quizá por olvido o quizá por falta de valentía como en el caso de la obligatoriedad del disfrute del permiso de paternidad. Dos de estas materias en mi opinión esenciales en las que el legislador ha realizado reformas de fondo, importantes pero insuficientes, serían la violencia de género en el trabajo, la manifestación mas deleznable y virulenta de la discriminación de la mujer en el empleo y los procedimientos de tutela antidiscriminatoria desde el principio de que no existe en realidad ningún derecho si no existe paralelamente un procedimiento adecuado y eficaz para su protección y garantía que termine en sanciones proporcionales y disuasorias contra su violación. En estas materias estimo que las reformas son notables, favorables pero también criticables desde la óptica de su suficiencia.

4.1.- La violencia de género en el trabajo.

La violencia de género en el trabajo constituye una manifestación de la violencia sexista, que se ha venido concibiendo como un precio que las mujeres que pretenden salir del rol asignado e integrarse en el mercado de trabajo, deben pagar para mantenerse en él.

Hace relativamente poco tiempo los ordenamientos de los Estados miembros de la UE han comenzado a reaccionar frente a una manifestación tan virulenta de la discriminación por razón de género y su tipificación y sanción no ha resultado en absoluto fácil. Los intentos de juridificar la violencia de género en el trabajo, prevenirla y sancionarla, son numerosos en el ámbito de la Unión Europea. Por lo que se refiere al *acoso sexual*, a partir de 1986,

DOCTRINA

año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema y se realizó un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma mas conocida, completa y útil hasta el momento, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta para combatir el acoso sexual que la acompaña.

Respecto del *acoso moral*, la preocupación comunitaria es posterior. Se podría decir que la primera norma adoptada en esta materia es la Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, en la que, entre otras medidas, el Parlamento solicita de los Estados miembros que con el objetivo de luchar contra el acoso moral y el acoso sexual en el trabajo, revisen su legislación vigente y, en su caso la complementen, así como que procuren elaborar una definición uniforme de acoso moral.

Tras algún tiempo de debates con los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES), se optó por incluir los conceptos de acoso sexual y moral por razón de género en la D/2002/73/CEE de 23 de septiembre, de modificación de la D/1976/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En el Número 8 de la exposición de motivos y fundamentos de la Directiva se señala: *“El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir ambos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación”*.

La Directiva define el acoso sexual en su Art.2.2.cuarto como *“...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*. En el mismo precepto pero en su párrafo tercero, se señala que constituye acoso por razón de sexo *“la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*. En su número 3.2º añade que *“El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte”* párrafo que sin duda pretende hacer referencia, con éxito discutible, a una de las manifestaciones del acoso sexual, el *chantaje* o el acoso *quid pro quo*. Finalmente en el Art.2.3.1º se establece *“El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán”*.

Respecto del concepto de acoso sexual es de señalar que resultaba mucho mas clarificador el contenido en el Código de Conducta que señala *“...la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si:*

- a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;*
 - b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o*
 - c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma;*
- Dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo”*.

Respecto del concepto de acoso moral discriminatorio por razón de género, resulta obvio que recibe influencias incoherentes del de acoso sexual, es confuso porque tiende a una aproximación conceptual de dos fenómenos muy diferentes, cuyo sujeto activo persigue objetivos distintos y se manifiesta en conductas muy diversas ya que a nadie se le ocurriría que las actuaciones que constituyen acoso moral puedan ser *deseadas* por alguien. Conviene añadir no obstante que el Código de Conducta resulta perfectamente compatible con el contenido de la Directiva 2002/73/CEE, y por tanto sigue vigente cumpliendo una función de desarrollo, aclaración e instrumento interpretativo de la misma. De otro lado, la inmensa mayoría de las medidas sugeridas en esta norma para la prevención del

DOCTRINA

acoso sexual, serían también adecuadas para la del acoso moral discriminatorio por razón de género y frente al acoso moral en general sea o no discriminatorio por otras causas como las señaladas en las D/2000/43 y 2000/78/CE.

El análisis de la evolución de la normativa comunitaria en la materia pone de relieve que, desde sus comienzos, el tratamiento comunitario del acoso adopta una óptica de género y se concibe como una manifestación discriminatoria. Este proceso, que culmina en su regulación conjunta por la Directiva D/2002/73/CEE, no significa que el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; del concepto comunitariamente plasmado se puede deducir que la violencia de género en el trabajo se considera una actuación pluriofensiva, que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la *dignidad* ya que califica la conducta acosadora como *ofensiva*, al de *libertad* indirectamente en cuanto hace referencia a lo *indeseado* del acoso y también de forma indirecta el *derecho a la salud a la integridad física y psíquica en el trabajo*, en tanto se señala que crea un *entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo* para la persona que es objeto de la misma, produciendo devastadores efectos sobre su salud física y psíquica pero es evidente que su consideración preeminente como actuación discriminatoria permite la aplicación de los procedimientos de tutela mucho mas elaborados y adecuados que su consideración como acto de violación de cualquier otro de los derechos que simultáneamente vulnera.

Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE cuentan, en su mayoría, con una regulación específica del *acoso sexual*. Las definiciones contenidas en las diferentes legislaciones europeas son extremadamente variadas pues mientras las de ciertos países como Alemania y Austria presentan una definición amplia que incluye cualquier actuación o alusión sexista que podría permitir incluso entender incluida la prohibición del acoso moral, otras mantienen conceptos mas restrictivos. En cuanto al *acoso moral*, son varios los países europeos que cuentan con una regulación específica por ejemplo Suecia, país donde comenzó a estudiarse este fenómeno, cuya normativa se enfoca básicamente desde la protección de la salud laboral, mientras que la opción francesa es la inclusión del concepto en el Código de Trabajo.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, el ET siempre ha recogido los derechos a la dignidad y a la intimidad de forma relacionada en su Art.4.2.e) que señala que los trabajadores en la relación laboral tienen derecho a *“Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Como se puede observar, el precepto no realiza referencia alguna al sexo entre las causas de acoso moral prohibidas lo que conociendo el origen del precepto no resulta sorprendente (se trataba de trasponer las Directivas 2000/43/CEE y la 2000/78/CEE) pero no permite concluir porque sería absurdo que el acoso moral discriminatorio por razón de género no sea una actuación ilícita y sancionable.

De su parte, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social señalaba en su Art.8.13 que constituye infracción muy grave de la normativa en materia de relaciones laborales, *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”* y el Art.8.13.bis señala que se considerará infracción muy grave del ordenamiento en materia de relaciones laborales *“El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*.

Reiteradamente se ha puesto de manifiesto la insuficiencia y la confusión que ofrecía este escueto régimen jurídico para luchar contra un fenómeno tan complejo y arraigado en el ámbito laboral como la violencia de género. Tampoco se puede decir que los Tribunales del orden social españoles hayan realizado una labor activa en la persecución y sanción de la misma, por ello, y aún reconociendo que la norma no es la panacea, ni siquiera el instrumento esencial para la erradicación de la violencia de género, y sabiendo que resulta esencial un cambio de mentalidades, de cultura y de actitudes, resultaba obvia la necesidad de establecer una obligación de prevención de la violencia de género en el trabajo desde la óptica de que la violencia de género constituye una violación del derecho a la integridad física y psíquica de las trabajadoras; era necesario mejorar la normativa, aclarar los conceptos y los procedimientos de tutela, así como el sistema sancionatorio, estableciendo procedimientos adecuados y sanciones proporcionales y disuasorias, como de otro lado exige la normativa comunitaria. También era necesario realizar una labor de sensibilización y de formación de los operadores jurídicos y de la Inspección de Trabajo para garantizar un mejor conocimiento y voluntad de aplicación de las normas de tutela.

DOCTRINA

La LOIEMH hace referencia a la violencia de género en el trabajo en diversas ocasiones y ámbitos. En primer lugar, establece una definición jurídica de ambos conceptos en el Art.7 *Acoso sexual y acoso por razón de sexo* en los siguientes términos:

“1.- Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2.- Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3.- Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4.- El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.”

Como se puede observar, los conceptos mejoran en coherencia a los contenidos en la Directiva pero siguen sin resultar suficientemente clarificadores para abarcar toda la complejidad del fenómeno que pretende definir. Debería haberse utilizado la posibilidad que ofrece la propia Directiva de definir de forma más clarificadora y completa una manifestación tan virulenta de la discriminación por razón de género y modelos había para hacerlo fácilmente, entre otros, como ya se ha señalado, la definición contenida en el Código de Conducta para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo.

Mediante su disposición Adicional Undécima que tiene como objetivo introducir las necesarias modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores, se modifica el Art.4.2.e) de este cuerpo legal que queda redactado en los siguientes términos: los trabajadores, en la relación laboral, tendrán derecho a *“e) El respeto a su intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al ...acoso sexual y al acoso por razón de sexo”*. En otros términos, se sigue tratando la violencia de género como violación del derecho a la dignidad (cierto que este es base del de igualdad) y la intimidad sin embargo, esta óptica viene a ser complementada en la Ley en la que como hemos visto, tanto el acoso sexual como el acoso por razón de género, se califican expresamente como actuaciones discriminatorias.

En su Art.48 y entre las medidas susceptibles de formar parte de los planes de igualdad de oportunidades que deben negociarse y en su caso acordarse entre la representación del personal y de la patronal, se listan las *“Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo”* y en concreto se señala *“1.- Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esa finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. 2.- Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de las empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”*.

Parece deducirse que la Ley establece una obligación para las empresas (*deberán*) de prevención del riesgo de acoso y de creación de procedimientos de queja y reclamación a favor de las víctimas de este tipo de actuaciones, que *podrán* negociarse con la representación del personal. Además en su Art.27 que se refiere a la integración del principio de igualdad en las políticas de salud se establece entre las actuaciones a realizar por las Administraciones Públicas a través de sus Servicios de Salud *“La consideración dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”*. En su Disposición Adicional Octava por la que se introducen modificaciones en la Ley General de Sanidad se modifica el Art.18 de dicha Ley introduciendo un nuevo apartado que señala como objetivo de la política de salud *“9.- La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”*. A pesar de todo ello resulta necesario señalar que la óptica preventiva (mucho más eficaz que la sancionatoria) resulta insuficiente en la LOIEMH ya que entre las modificaciones realizadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no se realiza referencia alguna a la prevención de la violencia de género en el trabajo, probablemente debido a la oposición de la patronal.

La Ley mejora también el sistema sancionatorio y los procedimientos de tutela frente a la violencia de género mediante la modificación introducida en el Art.8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social cuyo apar-

DOCTRINA

tado 13.bis pasa a calificar como infracción muy grave del ordenamiento jurídico, con la sanción correspondiente "...el acoso por razón de sexo cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las necesarias medidas para impedirlo". La óptica de tratamiento no es la correcta; en mi opinión habría sido más adecuado tratar las dos manifestaciones de la violencia de género en el trabajo en el mismo apartado del Art.8 LISOS, el apartado 13, calificándolas de la misma forma como infracciones muy graves del ordenamiento y tratándolas en los mismos términos, es decir, sin el condicionamiento final de que haya sido conocido por el empleador y este no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo ya que lo que hubiera debido hacer no es actuar a posteriori sino a priori, adoptando las medidas adecuadas y eficaces para prevenir estas actuaciones infractoras y sancionables.

En el ámbito del empleo público la Ley hace referencia a la violencia de género en su Art.51 que entre los "Criterios para la actuación de las Administraciones públicas" apartado e) señala el de "Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo" y en cuyo Art.62 "Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo" se establece "Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en la Administración General del Estado se aprobará, reglamentariamente, un protocolo de actuación que comprenderá al menos los siguientes principios: a) El compromiso de la Administración General del estado de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como a la igualdad entre mujeres y hombres; c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario; d) La identificación de los responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia". Como se puede observar, estas medidas son muy similares a las recogidas en el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo.

En definitiva, resulta indudable la importancia que la LOIEMH otorga a la violencia de género en el trabajo, son muchas las referencias que aparecen en la Ley a este tema, si bien en algunos ámbitos con mayor adecuación a su concepto y a las necesidades de tutela de sus víctimas que en otros. Cabe esperar que de esta mejora indudable en el tratamiento legal de la violencia de género en el empleo, tanto en lo referente a su definición como a su prevención y tutela, derive una mejora al menos a medio plazo de la situación real y las mujeres puedan dejar de considerar que el acoso es el precio que las trabajadoras deben pagar por romper con los roles tradicionalmente asignados, es decir, por salir de su lugar natural, el ámbito de la reproducción.

4.2.- Adecuación de los procedimientos de tutela y del sistema sancionatorio.

La doctrina española ha puesto reiteradamente de manifiesto que los procedimientos jurisdiccionales de tutela antidiscriminatoria regulados hasta el momento por la LPL eran inadecuados y las sanciones hasta el momento no han sido y suficientemente eficaces, proporcionales ni desde luego disuasorias. Y como es sabido no existen derechos si no está previsto un procedimiento adecuado y eficaz para garantizar su protección y un aparato sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio frente a su violación. Además, en general, hasta el momento, los operadores jurídicos no han demostrado la suficiente sensibilidad ni el exigible conocimiento para garantizar una correcta aplicación de la norma. Por ello y como no podía ser menos, uno de sus objetivos de la LOIMH explicitados en la Exposición de Motivos es el reforzamiento de los mecanismos de control y sanción en materia de no discriminación, mejorando los procedimientos jurisdiccionales de tutela, reforzando el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y procurando que las sanciones de la discriminación sean adecuadas, eficaces, proporcionales y disuasorias. Todo ello en cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas de la D/2002/73/CE.

Sobre el principio de que ningún derecho existe en la realidad si no existen procedimientos suficientemente adecuados de tutela que garanticen su aplicación y sancionen su violación, el Art.6 de la D/1976/207/CEE imponía a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las disposiciones necesarias para que toda persona que se estimase lesionada en materia de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo por razón de sexo, pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. La Directiva 2002/73/ CEE de reforma de la misma y posteriormente la 2006/54 de refundición, recogen una serie de medidas para la mejora de la efectividad de los procedimientos de tutela que han venido siendo reclamadas desde hace tiempo por la doctrina y exi-

DOCTRINA

gidas por la jurisprudencia del TJCEE. Un informe realizado por expertos en el año 1995 y titulado “The utilisation of sex equality litigation procedures in the member states of the European Community: A comparative study”, recomendaba a la Comisión que promoviese la adopción de un conjunto de instrumentos de mejora en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, con el objetivo de “garantizar -de forma mas efectiva y adecuada- el interés público y los objetivos de igualdad” entre ellos la ampliación de la legitimación activa en los ordenamientos jurídico-procesales de los Estados miembros, la facilitación de la prueba de discriminación mediante la inversión de su carga, la admisión de la pertinencia de pruebas estadísticas y de expertos, el reforzamiento de la efectividad de las sentencias, la previsión de un régimen sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio y un sistema eficaz de tutela frente a las represalias adoptadas por el empleador contra las personas que utilizasen estos procedimientos en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Estas sugerencias se habían recibido normativamente en las D/97/80/CE y el D/2002/73/CE.

Por su parte la jurisprudencia del TJCE ha señalado que de la Directiva deriva para los Estados miembros la obligación de sancionar la violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesional y en las condiciones de trabajo, aunque no necesariamente con la imposición al empresario de la obligación de contratar, promocionar o readmitir a la candidata discriminada, pero puntualizando que si un Estado decide sancionar mediante la fijación de una indemnización por daños y perjuicios, esta, en todo caso, para asegurar su efecto disuasorio, debe ser adecuada en relación a los perjuicios sufridos y en ninguna manera meramente simbólica ni previamente tasada.

En su Art.7 la D/1976/207/CEE hacía especial referencia a la protección frente a las represalias adoptadas por el empleador por causa de la utilización de los procedimientos de tutela establecidos, obligando a los Estados miembros a adoptar “.....las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato”. En su interpretación el Tribunal de Justicia comunitario había señalado que los Estados miembros deben proteger a los trabajadores frente a cualquier tipo de represalia adoptada por el empleador contra un trabajador que ha hecho uso del derecho a tutela judicial antidiscriminatoria y que esta obligación se extiende a momentos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, esta obligación fue posteriormente recogida en la D/2002/73/CE.

Por lo que se refiere a la adecuación del ordenamiento jurídico español a las exigencias comunitarias en materia de tutela y garantía, es necesario comenzar señalando que la importancia y necesidad de que el principio de igualdad disfrute de una *tutela judicial efectiva* no se le había escapado ni a nuestra Constitución ni a nuestro Tribunal Constitucional. El Art.14 CE adopta una redacción taxativa, afirmando que *no prevalecerá* discriminación alguna por razón de sexo, lo que significa, más que una habilitación, un mandato al legislador para que adopte todas las medidas necesarias, tendentes a evitar que cualquier forma de discriminación basada en el sexo pueda prevalecer. Es sin embargo de reseñar que la Ley de Procedimiento Laboral en absoluto había agotado las posibilidades ofrecidas o incluso que apenas respondía a las exigencias planteadas por el derecho comunitario y por nuestra Constitución en materia de tutela antidiscriminatoria por razón de sexo.

La regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales establecida en el Art.175 la LPL, presentaba muchas insuficiencias y carencias. No consideraba en absoluto las especificidades que requiere una adecuada tutela del derecho a la igualdad entre los sexos y desde luego no tenía para nada en cuenta lo establecido en las cláusulas de protección jurisdiccional contenidas en las directivas comunitarias sobre prohibición de discriminación por lo que la regulación que respecto de la tutela antidiscriminatoria por razón de género realizaba la Ley de Procedimiento Laboral, resultaba manifiestamente mejorable.

La LOIEMH realiza reiteradas referencias a los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y al sistema sancionatorio. En su Art. 10 *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias* señala que “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

DOCTRINA

Resultaba en primer lugar manifiestamente mejorable el régimen jurídico de la *legitimación activa*. Con base en el Art.7.3 de la LOPJ que señala: “Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”, y en base a la jurisprudencia del TS, se había defendido también la posible legitimación de las entidades públicas que tienen como objeto la promoción y defensa del derecho a la igualdad de las mujeres, en concreto los Institutos de la Mujer nacional y algunos de Comunidades Autónomas en función de su naturaleza jurídica; por la misma razón se admitía la posibilidad de actuación como *coadyuvantes* de este tipo de instituciones a pesar de que la posibilidad de actuar en esa función procesal según el Art.175.2 LPL se limitaba a los sindicatos. Se excluía de la ampliación de legitimación a los procedimientos de defensa frente al acoso sexual debido a la fuerte implicación del derecho a la intimidad que los mismos presentan. Confirmando parcialmente esta doctrina la LOIEMH señala en su Art.12 que “1. Cualquiera persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución. 2. La legitimación y la capacidad para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas, con interés en el resultado del pleito, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos. 3. La víctima será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual”.

Además la ley procesal reconoce otros títulos de intervención bajo los que pueden actuar en el proceso los Organismos de promoción de la igualdad, la Disposición adicional vigésimo quinta que introduce una serie de modificaciones en la Ley de creación del Instituto de la Mujer 16/1983, añade un nuevo Art. 2 bis a la Ley que pasa a señalar “Además de las atribuidas en el artículo anterior y demás normas vigentes, el Instituto de la Mujer ejercerá, con independencia, las siguientes funciones: a) la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación.”

La regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales recogía dos referencias específicas a la prueba de la discriminación, la primera, dedicada a la denominada en el Art.96 que reconoce el principio de inversión de la carga de prueba. Al respecto el Art. 13 LOIEMH señala: “1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos de naturaleza sancionadora”. La segunda la referida a la prueba de asesores u opinión de expertos, en el Art.95.3, se hace igualmente necesario en muchos supuestos de discriminación indirecta, por ejemplo, en los casos de discriminación retributiva en los que se impugna una valoración discriminatoria de los puestos de trabajo y sin embargo, a diferencia de la situación constatada en otros Estados miembros, no parece ser frecuente la solicitud por parte de los/as juzgadores/as españoles del informe de expertos. La doctrina especializada entendía conveniente e incluso necesario que, al menos en aquellos supuestos en que no existan pruebas concluyentes sobre la concurrencia de la discriminación alegada, se prevea una compulsión mayor a la solicitud de este tipo de informes por parte de los tribunales.

Como se ha puesto reiteradamente de manifiesto, la detección de los supuestos de discriminación indirecta resulta difícil; en ocasiones se hace absolutamente necesaria la utilización de estadísticas para confirmar que el número de trabajadores de un sexo determinado, afectados de forma prejudicial por una norma, medida o decisión aparentemente neutra, es *substancial* en los términos exigidos por la norma y la jurisprudencia, sin embargo, este tipo de prueba no es frecuente en nuestro sistema judicial, ni siquiera existe referencia alguna al respecto en la LPL. Debería haberse realizado en la LOIEMH alguna regulación de este tipo de prueba.

La LOIEMH guarda absoluto silencio al respecto por tanto entiendo que, en materia de prueba, las modificaciones introducidas por LOIEMH resultan insuficientes en relación con los problemas señalados. Sin embargo, por lo que respecta a la protección frente a la adopción de represalias la Ley intenta responder a las exigencias de la normativa comunitaria; en su Art.9 establece “También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”. Esta disposición tampoco responde de forma absoluta a las sugerencias realizadas por la doctrina comunitaria y española, sobre todo al ámbito subjetivo de pro-

DOCTRINA

tección de la calificación como discriminatorias de las represalias. Debería haberse ampliado a las personas que actúen en ayuda de la víctima, lo que sobre todo resulta especialmente necesario en los supuestos de violencia de género en los que resulta frecuente la presencia de los denominados *testigos mudos*, personas que habiendo comprobado la veracidad de la denuncia presentada se niegan a declarar a favor de las víctimas por temor a ser represaliados por ello.

El segundo procedimiento de tutela es el de extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, regulada en el **Art.50 ET**. La extinción puede solicitarse con fundamento en unos casos en la causa establecida en el apartado a) del Art.50, cuando la discriminación consista en *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador y menoscabo de su dignidad*; también es utilizable y de hecho es la vía más frecuente, el apartado c) del precepto, que actúa como cláusula de apertura explícita y que se refiere a *cualquier incumplimiento grave y culpable por el empresario de sus obligaciones contractuales*. En este caso, la tramitación se realizará mediante el cauce del procedimiento ordinario (Art.182 en relación Art.102 LPL) pero dotado de las características de que goza el de tutela de derechos fundamentales por lo cual muchas de las cuestiones apuntadas respecto de las insuficiencias apreciables en su regulación son aquí aplicables. El problema de compatibilidad entre la indemnización tasada establecida en este precepto y la resarcitoria por daños y perjuicios será tratado más adelante.

Por lo que se refiere a la sanción de la discriminación, como se ha señalado, la Directiva exige de los Estados miembros la previsión de un aparato sancionatorio frente a la violación del derecho a la igualdad que debe responder a una serie de principios: debe ser *adecuado, proporcional y suficientemente disuasorio*. El sistema sancionatorio recogido en nuestro ordenamiento jurídico no respondía en general a estos principios. Las sanciones previstas son de tres tipos: **social** (la nulidad del acto discriminatorio en base al Art.17 ET), **administrativa** (en base al Art.8.12 y al Art.16.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social –LISOS-) e **indemnizatoria** (en base al Art.180.1 LPL).

Por lo que se refiere a la sanción social, como se ha visto la Ley insiste en que toda actuación discriminatoria es nula pero siguen persistiendo los problemas reseñados por la doctrina respecto de la posibilidad de aplicar esta sanción en muchos supuestos por ejemplo cuando la actuación discriminatoria es de carácter omisivo. Respecto de la sanción administrativa la LOIEMH realiza importantes modificaciones en la LISOS. En primer lugar sanciona los incumplimientos empresariales referidos a los Planes de Igualdad mediante la introducción de un nuevo párrafo 13 en el Art.7 que califica de infracción grave del ordenamiento jurídico *“No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”* al que se añade la introducción de un número 17 en el Art.8 que califica de infracción muy grave del ordenamiento *“No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.”* En segundo lugar trata de adecuar la sanción administrativa de la discriminación a la nueva redacción introducida en el Art.17 ET mediante la adición de un párrafo en el Art.8.12 LISOS que califica de discriminación por razón de sexo *“las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una denuncia efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*

Se había señalado reiteradamente por parte de la doctrina que para disuadir a sus autores de la realización de actuaciones discriminatorias e incentivar la utilización de los procedimientos de tutela por parte de las víctimas, sería necesario reforzar los efectos resarcitorios y disuasorios de las sentencias adoptadas mediante la adopción de sanciones complementarias a las tradicionales por ejemplo, la exclusión de los empleadores tanto personas físicas como jurídicas, condenadas mediante sentencia firme por actuaciones discriminatorias, de la posibilidad de obtener bonificaciones, subvenciones, exenciones o ventajas fiscales, así como la pérdida de las que vinieran percibiendo. Esta exclusión debería complementarse mediante la obligación de comunicar las sentencias de condena firmes a los organismos comunitarios, estatales, autonómicos y locales competentes para la concesión de dichas subvenciones o bonificaciones, con la finalidad de crear un *registro de excluidos*. Sin duda ello obligaría a los empleadores a recapacitar antes de adoptar decisiones o realizar actuaciones discriminatorias. Se trataría de algo similar a las denominadas *cláusulas sociales* condicionantes de ayudas públicas a las empresas de las que se habló más arriba.

DOCTRINA

La LOIEMH acepta esta propuesta doctrinal mediante la introducción de un nuevo Art.46.bis en la LISOS que establece “1. Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias:

- a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y
- b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

2. No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 16 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

- a) la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;
- b) la exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias.”

Sería interesante plantearse además si, a la vista de lo establecido en el Art.181 LPL, se podría condenar en la propia sentencia a dar publicidad a la decisión condenatoria, por ejemplo, en el tablón de anuncios, en el boletín del sindicato a que, en su caso, la víctima pertenezca, o incluso en la prensa. Podría contestarse afirmativamente en el caso de que exista una razonable incidencia de este tipo de publicidad en la reparación del daño causado a la víctima. Naturalmente, la publicidad de la sentencia debería ser solicitada por la propia víctima en su demanda y la publicación sería siempre a costa de la empresa.

Finalmente, el derecho a la tutela indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, también denominada sustitutoria o por equivalente, por la violación del derecho social fundamental a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo, como vimos, se encuentra previsto en el Art.8 quinquies de la D/2002/73/CEE en los siguientes términos: “.....Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionales y disuasorias....”. Como se ha señalado, la necesidad de que las indemnizaciones establecidas respondan a estos principios (efectividad, proporcionalidad y posean una suficiente fuerza disuasoria) ha sido objeto de interpretación en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia del TJCEE.

En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho se encuentra normativamente previsto en el Art.180 LPL que establece que la sentencia que declare la existencia de la vulneración denunciada y previa declaración de nulidad de la conducta combatida, ordenará el cese inmediato del comportamiento “...así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”. Se encuentra pues fuera de toda duda la posibilidad de reclamar al juez el reconocimiento del derecho al resarcimiento pleno de los daños derivados de la discriminación por razón de género. Los problemas más importantes que se planteaban en este ámbito eran el de la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones tasadas legalmente, en segundo lugar la de la suficiencia de las cuantías indemnizatorias. El primero había sido solucionado mediante el cambio de doctrina jurisprudencial que significó la STS de 15-05-2006 que declaraba la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, solución que ha resultado ratificada mediante la modificación introducida por la Disposición adicional décimo tercera en el Art.181 de la LPL que pasa a señalar “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.” Respecto del segundo la Ley guarda silencio a pesar de que existe alguna experiencia comparada que trata de aproximar y objetivar en la medida de lo posible las cuantías indemnizatorias fijadas por los tribunales sociales españoles, de las que se puede señalar su diversidad y su escasez, si se

DOCTRINA

comparan al menos con la fijadas en otros órdenes jurisdiccionales por causas similares no digamos ya con las fijadas en otros países sobre todo EEUU.

En definitiva, aun reconociendo que son diversas las mejoras introducidas en materia de tutela antidiscriminatoria y es indudable que la regulación de la LOIEMH responde mejor al derecho a la tutela judicial efectiva y a la normativa y jurisprudencia comunitarias en la materia, también es claramente deducible de lo señalado que puede ser calificada de insuficiente ya que deja algunas lagunas de importancia al menos relativa por colmar.

5.- Conclusiones.

Desde luego serían muchos más los temas a debatir en una Ley tan amplia y compleja como la LOIEMH, por ejemplo y de forma esencial los Planes de Igualdad en las empresas y las modificaciones introducidas en materia de Seguridad Social. Sin embargo y dado que el espacio de que dispongo debe ser necesariamente limitado, he pretendido analizar las materias estrictamente laborales que en mi opinión resultan determinantes en cuanto a la norma, los principios que informan la Ley y sus manifestaciones más notables, las pruebas que demuestran que esta Ley constituye un punto de partida y no de llegada entre ellas el principio de participación equilibrada, y finalmente la coherencia y suficiencia de las modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico laboral, tomando como ejemplo dos materias esenciales a mi entender: la violencia de género en el trabajo y los procedimientos de tutela y sanción. En mi opinión se trata de una buena Ley, está bien enfocada, tiene una óptica correcta, incentiva de forma notable la corresponsabilidad y la ruptura de los roles sociales, utiliza los instrumentos adecuados y promovidos por la UE para la consecución de un empoderamiento de las mujeres y trata de garantizar una mejor aplicación del principio de transversalidad. Sin embargo, constituye en muchos temas más un punto de partida que un punto de llegada ya que para determinar el grado de efectividad en muchos de los temas esenciales será necesario esperar a realizar una evaluación de sus resultados. Es necesario señalar que en muchas de sus apuestas no se ha ido a fondo, no se ha sido lo suficientemente valiente para garantizar la consecución de los objetivos asumidos y en otras será necesario analizar el desarrollo reglamentario desde el principio de *haz tú la ley y deja que yo haga el reglamento*. Finalmente habría que analizar la memoria económica de la Ley ya que el movimiento se demuestra andando y la voluntad política se demuestra en los fondos financieros que respaldan la consecución de los objetivos fijados.

LEGISLACIÓN

REGLAMENTO (CE) Nº 1922/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE CREA UN INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y DECISIÓN DE 11 DE DICIEMBRE DE 2006, ESTABLECIENDO SU SEDE EN VILNIUS¹

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular su artículo 13, apartado 2, y su artículo 141, apartado 3,

Vista la propuesta de la Comisión,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo,

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado,

Considerando lo siguiente:

(1) La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea. En los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se prohíbe toda discriminación por razón de sexo y se establece que la igualdad entre hombres y mujeres debe garantizarse en todos los ámbitos.

(2) El artículo 2 del Tratado establece que promover la igualdad entre el hombre y la mujer es una de las misiones fundamentales de la Comunidad. De manera similar, el artículo 3, apartado 2, del Tratado establece que en todas sus actividades la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, garantizando así la integración de la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas comunitarias.

(3) El artículo 13 del Tratado faculta al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otras cosas por motivos de sexo, en todos los ámbitos de competencia de la Comunidad.

(4) El principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación está consagrado en el artículo 141 del Tratado y ya existe un amplio acervo legislativo sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo, incluida la igualdad de retribución.

(5) El primer informe anual de la Comisión sobre la igualdad entre mujeres y hombres para el Consejo Europeo de primavera de 2004 señalaba que existen grandes diferencias de género en la mayoría de los ámbitos de actuación, que la desigualdad entre mujeres y hombres es un fenómeno multidimensional que ha de ser abordado mediante una combinación global de medidas y que son necesarios mayores esfuerzos para alcanzar los objetivos de la Estrategia de Lisboa.

(6) El Consejo Europeo de Niza de 7 y 8 de diciembre de 2000 instó a «desarrollar el conocimiento, la puesta en común de los recursos y el intercambio de experiencias, especialmente mediante la creación de un instituto europeo del género».

(7) Una de las conclusiones del estudio de viabilidad realizado para la Comisión es que un Instituto Europeo de la Igualdad de Género podría, a todas luces, realizar algunas tareas útiles de las que actualmente no se ocupan las instituciones existentes, sobre todo en los campos de la coordinación, centralización y difusión de datos e información de investigaciones, la creación de redes, la mayor proyección pública de la igualdad entre hombres y mujeres, el realce de la perspectiva de género y el desarrollo de instrumentos para integrar mejor la igualdad de género en todas las políticas comunitarias.

(8) En su Resolución de 10 de marzo de 2004 sobre la política de la Unión Europea en materia de igualdad de género, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que acelerara los esfuerzos para crear un instituto.

(9) El Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, de 1 y 2 de junio de 2004, y el Consejo Europeo de 17 y 18 de junio de 2004 apoyaron la creación de un Instituto Europeo de la Igualdad de Género. El Consejo Europeo invitó a la Comisión a que presentara una propuesta concreta.

(10) La recopilación, el análisis y la difusión de información y datos objetivos, fiables y comparables sobre

¹ Publicado en DOUE L 403, de 30.12.2006. La sede del Instituto Europeo de la Igualdad de Género se ha fijado en Vilnius. Así se ha previsto en la Decisión adoptada de común acuerdo por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 11 de diciembre de 2006 (2006/996/CE), publicada en DOUE L 403 de 30.12.2006. El texto de la Decisión es el siguiente: "LOS REPRESENTANTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS, Visto el artículo 289 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Considerando lo siguiente: (1) Está prevista la creación de un Instituto Europeo de la Igualdad de Género basándose en la propuesta presentada por la Comisión el 10 de marzo de 2005 y modificada por ésta el 8 de mayo de 2006. (2) Procede determinar la sede de dicho Instituto. DECIDEN: Artículo 1. El Instituto Europeo de la Igualdad de Género tendrá su sede en Vilnius. Artículo 2. La presente Decisión, que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea, surtirá efecto en la fecha de entrada en vigor del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género. Hecho en Bruselas, el 11 de diciembre de 2006. El Presidente E. TUOMIOJA".

LEGISLACIÓN

la igualdad entre hombres y mujeres, el desarrollo de instrumentos adecuados para la supresión de todas las formas de discriminación por razón de sexo y la integración de la dimensión de género en todas las políticas, el fomento del diálogo entre las partes interesadas y el aumento de la sensibilización entre los ciudadanos de la Unión Europea son necesarios para que la Comunidad pueda promover y aplicar eficazmente la política de igualdad de género, en particular en una Unión ampliada. Es conveniente, por tanto, crear un Instituto Europeo de la Igualdad de Género que ayude a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a realizar esos cometidos.

(11) La igualdad de género no puede alcanzarse exclusivamente mediante una política antidiscriminatoria, sino que requiere medidas que promuevan la coexistencia armoniosa y la participación equilibrada en la sociedad de hombres y mujeres; el Instituto debe contribuir a la consecución de ese objetivo.

(12) Dada la importancia de suprimir los estereotipos sexistas en todos los ámbitos de la sociedad europea y de proporcionar ejemplos positivos que puedan seguir los hombres y las mujeres, convendría incluir una actuación en ese sentido entre los cometidos del Instituto.

(13) La cooperación con las autoridades competentes de los Estados miembros y con los organismos estadísticos pertinentes, en particular Eurostat, es esencial para promover la recopilación de datos comparables y fiables a escala europea. Dado que la información sobre la igualdad entre hombres y mujeres es importante a todas las escalas (local, regional, nacional y comunitaria), sería de utilidad para las autoridades de los Estados miembros disponer de dicha información como ayuda a la hora de formular políticas y adoptar medidas a escala local, regional y nacional en sus respectivos ámbitos de competencia.

(14) El Instituto debe colaborar tan estrechamente como sea posible con todos los programas y organismos comunitarios para evitar repeticiones innecesarias y garantizar la mejor utilización posible de los recursos, en particular con la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo, el Centro europeo para el desarrollo de la formación profesional y la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(15) El Instituto debe promover la cooperación y el diálogo con organizaciones no gubernamentales y organizaciones de igualdad de oportunidades, con centros de investigación, con los interlocutores sociales y otros organismos conexos cuya labor se centre en la consecución de la igualdad de oportunidades a escala nacional y europea y en terceros países. En aras de la efi-

ciencia, conviene que el Instituto cree y coordine una red electrónica europea de igualdad de género con las mencionadas entidades y con especialistas de los Estados miembros.

(16) Para garantizar el equilibrio necesario entre los Estados miembros y la continuidad de los miembros del Consejo de Administración, los representantes del Consejo deben ser nombrados para cada mandato con arreglo al orden de rotación de la Presidencia del Consejo, comenzando en 2007.

(17) De conformidad con el artículo 3, apartado 2, del Tratado, conviene fomentar una presencia equilibrada de hombres y mujeres en el Consejo de Administración.

(18) El Instituto debe gozar de la máxima independencia en la realización de sus cometidos.

(19) El Instituto debe aplicar la normativa comunitaria pertinente sobre el acceso del público a los documentos establecida en el Reglamento (CE) no 1049/2001, y sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales establecida en el Reglamento (CE) no 45/2001.

(20) El Reglamento (CE, Euratom) no 2343/2002 de la Comisión, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002 del Consejo por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, es aplicable al Instituto.

(21) Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual del Instituto, regulada por la ley aplicable a los contratos celebrados por el Instituto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debe ser competente para juzgar a tenor de las cláusulas compromisorias contenidas en el contrato. El Tribunal de Justicia debe ser también competente en los litigios que pudieran surgir respecto a la compensación de daños derivados de la responsabilidad extracontractual del Instituto.

(22) Debe realizarse una evaluación externa e independiente para determinar el impacto del Instituto, la posible necesidad de modificar su mandato y el calendario de revisiones ulteriores.

(23) Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber contribuir a la promoción de la igualdad de género y reforzarla, incluida la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales resultantes, luchar contra la discriminación por motivos de sexo y dar a conocer mejor las cuestiones relacionadas con la igualdad de género entre los ciudadanos de la UE, prestando asistencia técnica a las instituciones comunitarias y a las autoridades de los Estados miembros, no pueden ser

LEGISLACIÓN

alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones de la acción, pueden lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(24) El artículo 13, apartado 2, del Tratado permite la adopción de medidas comunitarias para apoyar y promover la lucha contra la discriminación por motivos de sexo fuera del ámbito del empleo. El artículo 141, apartado 3, del Tratado es la base jurídica específica para las medidas que tienen por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Por consiguiente, el artículo 141, apartado 3, y el artículo 13, apartado 2, constituyen la base jurídica adecuada para la adopción del presente Reglamento.

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Artículo 1 Creación del Instituto

Se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género (denominado en lo sucesivo «el Instituto»).

Artículo 2 Objetivos

Los objetivos generales del Instituto serán contribuir a la promoción de la igualdad de género y reforzarla, incluida la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales resultantes, luchar contra la discriminación por motivos de sexo y dar a conocer mejor las cuestiones relacionadas con la igualdad de género entre los ciudadanos de la UE, prestando asistencia técnica a las instituciones comunitarias, en particular a la Comisión, y a las autoridades de los Estados miembros, tal como se indica en el artículo 3.

Artículo 3 Cometidos

1. Para cumplir los objetivos establecidos en el artículo 2, el Instituto:

a) recopilará, analizará y difundirá información pertinente objetiva, comparable y fiable sobre la igualdad de género, incluidos los resultados de investigaciones y las mejores prácticas que le comuniquen los Estados miembros, las instituciones comunitarias, los centros de investigación, los organismos nacionales sobre igualdad, las organizaciones no gubernamentales, los interlocutores sociales, los terceros países pertinentes y las organizaciones internacionales, y sugerirá ámbitos en los que convenga profundizar la investigación;

b) establecerá métodos para mejorar la objetividad, la comparabilidad y la fiabilidad de los datos a escala europea, estableciendo criterios que permitan mejorar la coherencia de la información y tener en cuenta las

cuestiones de género a la hora de recopilar datos;

c) desarrollará, analizará, evaluará y difundirá instrumentos metodológicos para apoyar la integración de la igualdad de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales resultantes y para apoyar la incorporación de la perspectiva de género en todas las instituciones y organismos comunitarios;

d) realizará encuestas sobre la situación de la igualdad de género en Europa;

e) creará y coordinará una red europea de igualdad de género en la que participen los centros, organismos, organizaciones y especialistas que se ocupen de la igualdad de género y de la integración de la perspectiva de género en otras actividades, a fin de apoyar y fomentar la investigación, optimizar el empleo de los recursos disponibles y promover el intercambio y la difusión de información;

f) organizará reuniones ad hoc de expertos para apoyar el trabajo de investigación del Instituto, fomentar el intercambio de información entre investigadores y promover la incorporación de una perspectiva de género en sus investigaciones;

g) con el fin de dar a conocer mejor las cuestiones relacionadas con la igualdad de género entre los ciudadanos europeos, organizará, con las partes interesadas pertinentes, conferencias, campañas y reuniones a escala europea, y presentará los resultados y conclusiones de éstas a la Comisión;

h) difundirá información sobre ejemplos positivos de hombres y mujeres de toda clase y condición social que hayan asumido papeles no estereotipados y presentará sus conclusiones al respecto e iniciativas orientadas a dar publicidad a estos éxitos ejemplares y a promover su aprovechamiento;

i) aumentará el diálogo y la cooperación con organizaciones no gubernamentales, organizaciones que promuevan la igualdad de oportunidades, universidades y expertos, centros de investigación, los interlocutores sociales y organismos conexos cuya labor se centre en la consecución de la igualdad de oportunidades a escala nacional y europea;

j) creará un fondo de documentación de acceso público;

k) pondrá a disposición de organizaciones públicas y privadas información sobre la incorporación de la perspectiva de género en diferentes ámbitos; y

l) facilitará a las instituciones comunitarias información sobre la igualdad de género y la incorporación de la perspectiva de género en los países en vías de adhesión y en los países candidatos.

2. El Instituto publicará un informe anual sobre sus actividades.

Artículo 4 Ámbitos de actividad y métodos de trabajo

1. El Instituto desempeñará sus funciones en el marco

LEGISLACIÓN

de las competencias de la Comunidad y con arreglo a los objetivos adoptados y los ámbitos prioritarios indicados en su programa anual, y atendiendo a los recursos presupuestarios disponibles.

2. El programa de trabajo del Instituto se ajustará a las prioridades de la Comunidad en el ámbito de la igualdad de género y al programa de trabajo de la Comisión, incluidos sus trabajos estadísticos y de investigación.

3. Para evitar repeticiones innecesarias y garantizar una utilización óptima de los recursos, el Instituto tendrá en cuenta en sus actividades la información existente de otras fuentes y, en particular, las actividades ya realizadas por las instituciones comunitarias y demás instituciones, organismos y organizaciones nacionales e internacionales competentes, y colaborará estrechamente con los servicios competentes de la Comisión, en particular Eurostat. El Instituto garantizará la coordinación apropiada con todas las agencias comunitarias y órganos de la Unión pertinentes; dicha coordinación se determinará cuando proceda en un convenio de colaboración.

4. El Instituto velará por que la información difundida sea comprensible para los usuarios finales.

5. El Instituto podrá establecer con otras organizaciones vínculos contractuales, en particular de subcontratación, para la realización de cualquier tarea que les confíe.

Artículo 5 Personalidad y capacidad jurídicas

El Instituto tendrá personalidad jurídica. En cada uno de los Estados miembros, gozará de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconozcan a las personas jurídicas. Podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles y comparecer en juicio.

Artículo 6 Independencia del Instituto

El Instituto realizará sus actividades con independencia y al servicio del interés público.

Artículo 7 Acceso a los documentos

1. El Reglamento (CE) no 1049/2001 se aplicará a los documentos en poder del Instituto.

2. El Consejo de Administración adoptará disposiciones para la aplicación del Reglamento (CE) no 1049/2001 en el plazo de seis meses a partir de la instauración del Instituto.

3. Las decisiones adoptadas por el Instituto con arreglo al artículo 8 del Reglamento (CE) no 1049/2001 podrán ser objeto de la presentación de una reclamación ante el Defensor del Pueblo o de un recurso ante el Tribunal de Justicia, con arreglo a las condiciones previstas en los artículos 195 y 230 del Tratado, respectivamente.

4. En lo que respecta al tratamiento de datos, el Instituto aplicará el Reglamento (CE) no 45/2001.

Artículo 8 Cooperación con organizaciones a escala nacional y europea, organizaciones internacionales y terceros países

1. En la ejecución de sus funciones, el Instituto colaborará con las organizaciones y expertos de los Estados miembros, en particular con organismos que trabajen en la promoción de la igualdad, con centros de investigación y universidades, con organizaciones no gubernamentales, con los interlocutores sociales, así como con las organizaciones europeas o internacionales y los terceros países pertinentes.

2. Si resulta necesario celebrar acuerdos con organizaciones internacionales o terceros países para que el Instituto realice eficazmente sus funciones, la Comunidad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 300 del Tratado, celebrará tales acuerdos atendiendo a los intereses del Instituto. La presente disposición no será un obstáculo para la cooperación ad hoc con dichas organizaciones o terceros países.

Artículo 9 Composición del Instituto

El Instituto contará con:

- a) un Consejo de Administración;
- b) un Foro de expertos;
- c) un Director y su personal.

Artículo 10 Consejo de Administración

1. El Consejo de Administración estará compuesto por:

- a) dieciocho representantes nombrados por el Consejo sobre la base de una propuesta de cada Estado miembro implicado;
- b) un miembro en representación de la Comisión, nombrado por la Comisión.

2. Los miembros del Consejo de Administración serán nombrados de forma que se garantice el máximo nivel de competencia y una amplia gama de conocimientos especializados e interdisciplinarios pertinentes en el ámbito de la igualdad de género.

El Consejo y la Comisión procurarán que en el Consejo de Administración haya una representación equilibrada de hombres y mujeres.

Los suplentes que hayan de representar a los miembros en caso de ausencia se nombrarán del mismo modo.

El Consejo dispondrá la publicación de la lista de los miembros y sus suplentes del Consejo de Administración en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el sitio web del Instituto y en otros sitios web pertinentes.

3. El mandato tendrá una duración de tres años. Para cada mandato, los miembros nombrados por el Consejo representarán a dieciocho Estados miembros según el orden de rotación de la Presidencia, siendo nombrado un miembro por cada Estado miembro implicado.

4. El Consejo de Administración elegirá a su Presiden-

LEGISLACIÓN

te y su Vicepresidente por un periodo de tres años.

5. Cada miembro del Consejo de Administración indicado en el apartado 1, letras a) o b), o en caso de ausencia, su suplente, dispondrá de un voto.

6. El Consejo de Administración adoptará las decisiones necesarias para el funcionamiento del Instituto. En particular, deberá:

a) adoptar, sobre la base de un proyecto elaborado por el Director, al que se refiere el artículo 12, y tras haber consultado a la Comisión, el programa de trabajo anual y el programa de trabajo a medio plazo, que abarcará un periodo de tres años, en función del presupuesto y los recursos disponibles; en caso necesario, los programas podrán ser revisados durante el año; el primer programa de trabajo anual deberá adoptarse a más tardar nueve meses después del nombramiento del Director;

b) adoptar el informe anual mencionado en el artículo 3, apartado 2, en el que, entre otras cosas, se compararán los resultados conseguidos con los objetivos del programa de trabajo anual; este informe se presentará a más tardar el 15 de junio al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión, al Tribunal de Cuentas, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, y se publicará en el sitio web del Instituto;

c) ejercer la autoridad disciplinaria sobre el Director y nombrarlo o destituirlo con arreglo al artículo 12; y

d) aprobar el proyecto de presupuesto y el presupuesto definitivo anuales del Instituto.

7. El Consejo de Administración adoptará las normas internas de funcionamiento del Instituto sobre la base de una propuesta elaborada por el Director tras haber consultado a la Comisión.

8. Las decisiones del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría de sus miembros. El Presidente tendrá un voto de calidad. En los casos indicados en el apartado 6 y en el artículo 12, apartado 1, las decisiones se adoptarán por una mayoría de dos tercios de sus miembros.

9. El Consejo de Administración adoptará su reglamento interno sobre la base de una propuesta elaborada por el Director tras haber consultado a la Comisión.

10. El Presidente convocará al Consejo de Administración al menos una vez al año. El Presidente convocará otras reuniones por propia iniciativa o a petición de un tercio de los miembros del Consejo de Administración.

11. El Instituto transmitirá anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo (denominados en lo sucesivo la «autoridad presupuestaria») toda información pertinente sobre el resultado de los procedimientos de evaluación.

12. En su caso, se podrá invitar a participar como ob-

servadores en las reuniones del Consejo de Administración a los directores de la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, de la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo, del Centro europeo para el desarrollo de la formación profesional y de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el fin de coordinar los programas de trabajo de todas estas entidades en lo que respecta al principio de integración de las cuestiones de género.

Artículo 11 Foro de expertos

1. El Foro de expertos estará compuesto por miembros de organismos competentes especializados en cuestiones de igualdad de género a razón de un representante designado por cada Estado miembro, dos miembros que representen otras organizaciones pertinentes especializadas en cuestiones de igualdad de género designados por el Parlamento Europeo, así como por tres miembros designados por la Comisión que representen a las partes interesadas a nivel europeo, cada uno de los cuales representará respectivamente a:

- a) una organización no gubernamental pertinente a nivel comunitario que tenga un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivos de sexo y a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres;
- b) las organizaciones de empresarios a nivel comunitario; y
- c) las organizaciones de trabajadores a nivel comunitario.

Los Estados miembros y la Comisión velarán por lograr una representación equilibrada de hombres y mujeres en el Foro de expertos.

Los miembros podrán ser sustituidos por suplentes, designados al mismo tiempo.

2. Los miembros del Foro de expertos no serán miembros del Consejo de Administración.

3. El Foro de expertos ayudará al Director a asegurar la excelencia y la independencia de las actividades del Instituto.

4. El Foro de expertos constituirá un mecanismo para intercambiar información relativa a cuestiones de igualdad de género y compartir conocimientos. Velará por que haya una colaboración estrecha entre el Instituto y los organismos competentes de los Estados miembros.

5. El Foro de expertos estará presidido por el Director y, en su ausencia, por un suplente perteneciente al Instituto. Se reunirá regularmente, y al menos una vez al año, a iniciativa del Director o a petición de al menos un tercio de sus miembros. Su reglamento de funcionamiento se especificará en las normas internas del Instituto y se hará público.

6. En los trabajos del Foro de expertos participarán re-

LEGISLACIÓN

presentantes de los Servicios de la Comisión.

7. El Instituto proporcionará al Foro de expertos el apoyo logístico y técnico necesario, y asumirá la secretaría de sus reuniones.

8. El Director podrá invitar a expertos o representantes de los sectores económicos, de los empresarios, de los sindicatos, de los organismos profesionales o de investigación pertinentes, o de organizaciones no gubernamentales con experiencia reconocida en disciplinas relacionadas con los trabajos del Instituto, a cooperar en tareas específicas y a participar en las actividades correspondientes del Foro de expertos.

Artículo 12 Director

1. El Instituto estará dirigido por un Director nombrado por el Consejo de Administración sobre la base de una lista de candidatos propuestos por la Comisión después de un concurso general, previa publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en otros lugares de una convocatoria de manifestaciones de interés. Antes de su nombramiento, se pedirá al candidato seleccionado por el Consejo de Administración que haga una declaración ante la comisión o las comisiones pertinentes del Parlamento Europeo y que responda a las preguntas de sus miembros.

2. El mandato del Director tendrá una duración de cinco años. A propuesta de la Comisión y previa evaluación, el mandato podrá renovarse una vez por un periodo de cinco años como máximo. En dicha evaluación, la Comisión examinará en particular:

- a) los resultados conseguidos durante el primer mandato y la manera como se han logrado;
- b) las tareas y las necesidades del Instituto para los años siguientes.

3. El Director será responsable, bajo la supervisión del Consejo de Administración, de:

- a) la ejecución de las tareas contempladas en el artículo 3;
- b) la preparación y la ejecución de los programas de actividad anual y a medio plazo del Instituto;
- c) la preparación de las reuniones del Consejo de Administración y del Foro de expertos;
- d) la preparación y la publicación del programa anual mencionado en el artículo 3, apartado 2;
- e) todas las cuestiones relativas al personal y, en particular, el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 13, apartado 3;
- f) los asuntos de administración ordinaria, y
- g) la aplicación de procedimientos eficaces de seguimiento y evaluación de las realizaciones del Instituto con respecto a sus objetivos, de acuerdo con normas profesionales reconocidas. El Director informará anualmente al Consejo de Administración de los resultados del sistema de seguimiento.

4. El Director dará cuenta de la gestión de sus activi-

dades al Consejo de Administración y asistirá a las reuniones de éste sin derecho a voto. Asimismo, el Parlamento Europeo podrá invitarle a comparecer durante una audiencia para que informe sobre cuestiones importantes relacionadas con las actividades del Instituto.

5. El Director será el representante legal del Instituto.

Artículo 13 Personal

1. El Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas establecidos en virtud del Reglamento (CEE, CECA, Euratom) no 259/68 y las reglas adoptadas conjuntamente por las instituciones de las Comunidades Europeas para la aplicación del Estatuto y del régimen serán aplicables al personal del Instituto.

2. El Consejo de Administración, de acuerdo con la Comisión, establecerá las disposiciones de aplicación necesarias, respetando las disposiciones previstas en el artículo 110 del Estatuto. El Consejo de Administración podrá adoptar disposiciones que permitan la contratación de expertos nacionales destinados al Instituto en comisión de servicio por los Estados miembros.

3. El Instituto ejercerá, con respecto a su personal, las funciones atribuidas a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos.

Artículo 14 Elaboración del presupuesto

1. Todos los ingresos y gastos del Instituto serán objeto de una previsión para cada ejercicio presupuestario, que coincidirá con el año civil, y se consignarán en el presupuesto del Instituto.

2. Dicho presupuesto deberá estar equilibrado en cuanto a ingresos y gastos.

3. Los ingresos del Instituto comprenderán, sin perjuicio de otras fuentes:

- a) una subvención de la Comunidad, inscrita en el presupuesto general de la Unión Europea (sección de la Comisión);
- b) los pagos recibidos en remuneración de los servicios prestados;
- c) cualesquiera contribuciones financieras de las organizaciones o los terceros países mencionados en el artículo 8; y
- d) cualesquiera contribuciones financieras voluntarias de los Estados miembros.

4. Los gastos del Instituto incluirán los gastos de retribución del personal, administrativos, de infraestructura y operativos.

5. Cada año, el Consejo de Administración, tomando como base el proyecto redactado por el Director, elaborará una estimación de los ingresos y gastos del Instituto para el siguiente ejercicio contable. El Consejo de Administración deberá transmitir a la Comisión dicha estimación, que deberá incluir un proyecto de

LEGISLACIÓN

plantilla de personal, el 31 de marzo a más tardar.

6. La Comisión transmitirá a la autoridad presupuestaria la estimación, junto con el anteproyecto de presupuesto general de la Unión Europea.

7. Basándose en la estimación, la Comisión inscribirá en el anteproyecto de presupuesto general de la Unión Europea las cantidades que estime necesarias para la plantilla de personal y el importe de la subvención con cargo al presupuesto general, y presentará todo ello a la autoridad presupuestaria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 272 del Tratado.

8. La autoridad presupuestaria autorizará los créditos necesarios para la subvención del Instituto y fijará la plantilla del mismo.

9. El Consejo de Administración aprobará el presupuesto del Instituto, que se convertirá en definitivo tras la aprobación definitiva del presupuesto general de la Unión Europea. Cuando sea necesario, se rectificará en consecuencia.

10. El Consejo de Administración notificará a la autoridad presupuestaria lo antes posible su intención de realizar todo proyecto que pueda tener repercusiones financieras significativas en la financiación de su presupuesto, especialmente todo tipo de proyectos relacionados con bienes inmuebles, como el alquiler o la adquisición de locales. También informará de ello a la Comisión.

Cuando una de las ramas de la autoridad presupuestaria haya notificado su intención de emitir dictamen, transmitirá dicho dictamen al Consejo de Administración en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de notificación del proyecto.

Artículo 15 Gestión presupuestaria

1. El Director ejecutará el presupuesto del Instituto.

2. El contable del Instituto remitirá las cuentas provisionales al contable de la Comisión, a más tardar el 1 de marzo siguiente al cierre del ejercicio, junto con el informe sobre la gestión presupuestaria y financiera del ejercicio. El contable de la Comisión consolidará las cuentas provisionales de las instituciones y de los organismos descentralizados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 128 del Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002.

3. A más tardar el 31 de marzo siguiente a cada ejercicio, el contable de la Comisión deberá presentar las cuentas provisionales del Instituto al Tribunal de Cuentas, junto con el informe a que se refiere el apartado 2. El informe se remitirá al Parlamento Europeo y al Consejo.

4. Una vez recibidas las observaciones del Tribunal de Cuentas sobre las cuentas provisionales del Instituto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 129 del Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002, el Director elaborará las cuentas definitivas del Instituto bajo su propia

responsabilidad y las remitirá al Consejo de Administración para que éste emita dictamen al respecto.

5. El Consejo de Administración emitirá un dictamen sobre las cuentas definitivas del Instituto.

6. A más tardar el 1 de julio siguiente al cierre del ejercicio, el Director remitirá las cuentas definitivas, junto con el dictamen del Consejo de Administración, al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas.

7. Se publicarán las cuentas definitivas.

8. El Director enviará al Tribunal de Cuentas la respuesta a sus observaciones a más tardar el 30 de septiembre. Remitirá asimismo esta respuesta al Consejo de Administración.

9. El Director presentará al Parlamento Europeo, a petición de éste, toda la información necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento de aprobación de la ejecución del presupuesto del ejercicio de que se trate, establecido en el artículo 146, apartado 3, del Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002.

10. El Parlamento Europeo, previa recomendación del Consejo por mayoría cualificada, aprobará, antes del 30 de abril del año N + 2, la gestión del Director con respecto a la ejecución del presupuesto del ejercicio N.

11. El Consejo de Administración aprobará la reglamentación financiera aplicable al Instituto, tras haber consultado a la Comisión. La reglamentación financiera únicamente podrá apartarse del Reglamento (CE, Euratom) no 2343/2002 si así lo exigen las condiciones específicas de funcionamiento del Instituto y previo acuerdo de la Comisión.

Artículo 16 Régimen lingüístico

1. Las disposiciones del Reglamento no 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, serán aplicables al Instituto.

2. Los servicios de traducción necesarios para el funcionamiento del Instituto serán prestados, en principio, por el Centro de traducción de los órganos de la Unión Europea creado en virtud del Reglamento (CE) no 2965/94 del Consejo.

Artículo 17 Privilegios e inmunidades

Se aplicará al Instituto el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas.

Artículo 18 Responsabilidad

1. La responsabilidad contractual del Instituto se regirá por la legislación aplicable al contrato de que se trate.

El Tribunal de Justicia será competente para juzgar cuando un contrato celebrado por el Instituto contenga una cláusula compromisoria en tal sentido.

2. En materia de responsabilidad extracontractual, el Instituto deberá reparar los daños causados por sus servicios o por sus agentes en el ejercicio de sus fun-

LEGISLACIÓN

ciones, de conformidad con los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia será competente para conocer de todos los litigios relativos a la indemnización por dichos daños.

Artículo 19 Participación de terceros países

1. El Instituto estará abierto a la participación de terceros países que hayan celebrado acuerdos con la Comunidad Europea en virtud de los cuales hayan adoptado y apliquen la legislación comunitaria en el ámbito regulado por el presente Reglamento.

2. En virtud de las disposiciones pertinentes de esos acuerdos, se establecerán mecanismos que especifiquen, entre otras cuestiones, el carácter, el alcance y la forma de la participación de esos países en el trabajo del Instituto, incluidas disposiciones relativas a la participación en las iniciativas emprendidas por el Instituto, las contribuciones financieras y el personal. En las cuestiones relativas al personal, dichos acuerdos serán, en cualquier caso, conformes con el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas.

Artículo 20 Evaluación

1. A más tardar el 18 de enero de 2010, el Instituto encargará una evaluación externa e independiente de sus logros basada en el mandato que determine el Consejo de Administración de acuerdo con la Comisión. Dicha evaluación se referirá a los efectos de la labor del Instituto en la promoción de la igualdad de género e incluirá un análisis de los efectos de sinergia. Abordará, en particular, la posible necesidad de modificar o ampliar las funciones del Instituto, examinando las repercusiones financieras de tal modificación o ampliación. En la evaluación se examinará también la idoneidad de la estructura de gestión para realizar las funciones del Instituto. La evaluación tendrá en cuenta las opiniones de los interesados, tanto a escala comunitaria como nacional.

2. El Consejo de Administración, de acuerdo con la Comisión, decidirá el calendario de futuras evaluaciones, teniendo en cuenta los resultados del informe de la evaluación a que se refiere el apartado 1.

Artículo 21 Cláusula de revisión

El Consejo de Administración examinará las conclusiones de la evaluación mencionada en el artículo 20 y dirigirá a la Comisión las recomendaciones que considere necesarias respecto a posibles cambios en el Instituto, sus prácticas de trabajo y su ámbito de competencias. La Comisión transmitirá el informe de evaluación y las recomendaciones al Parlamento Europeo, al

Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, y los hará públicos. Tras estudiar el informe de evaluación y las recomendaciones, la Comisión podrá presentar las propuestas relativas al presente Reglamento que considere necesarias.

Artículo 22 Control administrativo

Las actividades del Instituto estarán sujetas a la supervisión del Defensor del Pueblo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 del Tratado.

Artículo 23 Comienzo de las actividades del Instituto
El Instituto iniciará sus actividades lo antes posible y, en cualquier caso, a más tardar el 19 de enero de 2008.

Artículo 24 Entrada en vigor

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el 20 de diciembre de 2006

Por el Parlamento Europeo El Presidente J. BORRELL FONTELLES

Por el Consejo El Presidente J. KORKEAOJA

COMENTARIO AL REGLAMENTO EUROPEO PARA LA CREACIÓN DEL INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO

El Reglamento Europeo por el que se crea un Instituto Europeo de Igualdad de Género, de 26 de diciembre de 2006, culmina un proceso que se había iniciado en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta del Parlamento y del Consejo².

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

Las consideraciones previas sobre las que se basa la creación de este Instituto son:

-la necesidad de que se garantice en todos los ámbitos la igualdad entre hombres y mujeres, en desarrollo de los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

-las previsiones del art. 2 y del art. 3.2 del Tratado, de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. El

² Ver comentario en M.L. Balaguer Callejón, "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, por el que se crea un Instituto Europeo de Igualdad de Género", ReDCE, N. 5, Enero-Junio 2006, Pg. 395-398.

LEGISLACIÓN

cumplimiento de los objetivos de no discriminación en las políticas de la Comunidad respecto de la no discriminación de las mujeres.

-el art. 13 del Tratado y la posibilidad de que el Consejo adopte medidas tendentes a la lucha contra la discriminación.

-el desarrollo habido ya del art. 141 del Tratado en materia de derecho laboral.

Todos estos antecedentes legislativos permiten la creación de un Instituto de Género en el ámbito europeo.

Además es necesario justificar su necesidad, lo que hacen las consideraciones previas del Reglamento con estos datos:

el informe anual de la Comisión sobre igualdad entre mujeres y hombres, que señala en 2004, las grandes diferencias de género en la práctica totalidad de la vida social, económica, política y personal.. entre mujeres y hombres, que aconseja una política activa para compensar estas desigualdades.

la posibilidad de que todas esas políticas de igualdad se puedan instrumentar y coordinar a través de una sola institución que homogeneice, sistematice y dirija los objetivos de igualdad, coordinando esfuerzos y actividades en el sentido que señale políticamente la Unión.

Con esta iniciativa, la Comunidad opta por una política de igualdad que supera la concepción de la igualdad formal presente todavía en la mayoría de los textos constitucionales estatales, y se pone al frente de las políticas activas tendentes a conseguir la igualdad real entre las mujeres y los hombres. Esto se explica sobre todo cuándo se definen los objetivos de ese Instituto:

Recopilación, análisis y difusión de información y datos objetivos, fiables y comparables sobre la igualdad entre hombres y mujeres, el desarrollo de los instrumentos adecuados para la supresión de todas las formas de discriminación por razón de sexo, y la integración de la dimensión de género en todas las políticas, el fomento del diálogo entre las partes interesadas y el aumento de la sensibilización entre la ciudadanía para promover la igualdad de género.

Además de estos objetivos genéricos, que ya de suyo podrían justificar la creación de una institución ad hoc para la consecución de la igualdad de género, hay una enumeración de objetivos concretos:

El fomento de la participación equilibrada de mujeres y hombre en la vida social.

La supresión de los estereotipos sexistas.

La cooperación entre los estados miembros.

La información estadística acerca de la situación real de ese nivel de desigualdad existente en la actualidad. Y ello a nivel estatal, regional y local, para permitir a los poderes públicos un mayor conocimiento de la situación de cara a la formulación de políticas concretas. La colaboración con los organismos europeos para facilitar las políticas de igualdad y el aprovechamiento de los recursos.

La transversalidad de género en las políticas de los miembros de la Unión. Se está pensando sobre todo en los estados de más reciente incorporación, a los que se supone mas retrasados en las políticas de género.

El Reglamento consta de 24 artículos que regulan su creación, composición, estructura y funcionamiento.

Técnicamente el reglamento ha adoptado un formato completamente lineal, dando cada artículo título a la materia que regula, sin mayor división en capítulos secciones o títulos. Así, el primer artículo crea el instituto, el segundo define los objetivos, y sucesivamente, se regulan el funcionamiento, los órganos y su composición.

En cuánto a su creación, se prevé una capacidad jurídica propia, con capacidad para obrar en derecho desde la representación procesal, hasta la conclusión de negocios jurídicos.

El art. 9 regula su composición, creando tres órganos: un Consejo de Administración, un Foro de expertos, y una dirección a la que se adscribirá el personal adecuado.

En el art. 10 se regula la composición del Consejo de Administración. Su fórmula es un tanto complicada, lo que se entiende desde la doble complejidad de que se trata de un órgano comunitario, y además, que ha de ser paritario respecto del género. Debe estar compuesto por 18 representantes nombrados por el Consejo sobre la base de una propuesta de cada Estado miembro implicado, y un miembro de la Comisión nombrado por la propia Comisión.

Se exige que los miembros de la Comisión tengan un perfil de formación relacionada con los objetivos del instituto. Y se recomienda esa representación paritaria, aunque no se hace con carácter normativo sino de recomendación, "se procurará", seguramente por las dificultades que decimos respecto de la necesidad de combinar los criterios geográficos con los propios del género.

LEGISLACIÓN

Se prevé un mando de tres años, excesivamente corto para llevar a cabo unos objetivos siquiera medio plazo. Esta exigencia también se entiende por las peculiaridades de la unión, como la de rotar entre todos los Estados componentes de la Unión, de manera que puedan tener la oportunidad de su presencia en este Instituto.

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

Por su originalidad, es importante considerar la creación de un foro de expertos. Se regula en el art. 10 y se compone de miembros de organismos competentes especializados en cuestiones de igualdad de género. Cada Estado miembro puede nombrar un representante. Las organizaciones especializadas en igualdad de género tendrán dos miembros que serán nombrados por el Parlamento Europeo, y tres por la Comisión, de acuerdo con estos criterios:

- Una ONG que tenga interés en la lucha contra la discriminación de género.
- Organizaciones de empresarios a nivel comunitario.
- Organizaciones de trabajadores a nivel comunitario.
- Ese foro ha de tener igualmente una representación equilibrada de hombres y mujeres, lo que, a falta de un mayor desarrollo normativo, crea el mismo problema anterior respecto de la dificultad de combinar los criterios de reparto estatal con los de la paridad.

Las funciones del foro de expertos, también se detallan, de forma abierta y no taxativa:

- Apoyo a la Dirección del Instituto. (Director).
- Fomento de la colaboración entre el Instituto y los Estados miembros.
- Intercambio de información.

Respecto del funcionamiento del Foro, puede decirse que entre la defectuosa técnica legislativa que se aprecia en la totalidad del reglamento, está la de confundir en el art. 11, las funciones del foro con su funcionamiento. Así, en párrafos sucesivos tenemos sus objetivos y funciones, mezclados con las exigencias de convocatoria y periodicidad de sus reuniones. Lo preside

el director, se reúnen una vez al año, o a petición de un tercio de sus componentes, y se podrá auxiliar de cuántas personas cualificadas se estimen necesarias para la consecución de sus objetivos. La farragosidad con que están redactados todos estos extremos, hace difícil vislumbrar el funcionamiento de ese foro, que además en una sola reunión anual no permite en principio una excesiva operatividad. Afortunadamente se prevé un reglamento de funcionamiento, que quizás pueda clarificar todas estas y otras cuestiones.

La figura del Director, que es nombrado por el Consejo de Administración, parece estar dotado de importantes funciones ejecutivas. Su nombramiento tiene un proceso prolijo que conviene reseñar: ha de producirse primero un concurso al que puedan acceder los "candidatos", (obsérvese nuevamente el condicionante del lenguaje en estas expresiones). Las bases de ese concurso llamado "general", se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea, y en otros lugares de interés. De entre las solicitudes, la Comisión propondrá una lista de candidatos, entre los que el Consejo de Administración elegirá a una persona, que antes de su nombramiento se hará una declaración ante las Comisiones del Parlamento pertinentes, y contestará a las preguntas de sus miembros.

Esta fórmula compleja de designación, a salvo que se desarrolle con más detalle, va a producir innumerables dificultades de designación de la dirección de ese Instituto. El hecho de que haya de solicitarse, (al menos así parece desprenderse de la lectura del art. 12), mermará las posibilidades de alguna personalidad de suficiente prestigio en materia de género, pueda desempeñar un cargo que por definición está llamado a ser central en el ámbito de las futuras decisiones que en materia de género se adopten en lo sucesivo en la Comunidad. Por lo general, este tipo de nombramientos se efectúan de manera directa, en el entendimiento de que el sometimiento a tantos trámites burocráticos, no son exigibles en personas que tienen acreditadas sus capacidades.

Además, no está regulado el proceso de selección en todos sus trámites, lo que de no hacerse en futuro desarrollo reglamentario, va a producir algunos vacíos legales de difícil baremación, sobre todo si tenemos en cuenta que puede haber, y de hecho seguramente haya, candidaturas de diferentes Estados, cuyos procesos de selección serán muy disímiles. Los criterios de valoración acerca de quién tendría más preparación para desempeñar esta puesto, pueden crear dificultades importantes.

LEGISLACIÓN

Tampoco parece congruente con el sistema de selección, la duración determinada y limitada además a cinco años.

Diferente sería si se produjera por un nombramiento y no por una solicitud. Pero si se obliga a las candidaturas a solicitar el puesto, pasar todos los trámites administrativos, y finalmente su nombramiento se limita en el tiempo, probablemente haya personas que no quieran comprometerse en un proyecto de esa naturaleza. Diferente situación generaría la designación por el Consejo de Administración, en cuyo caso parece más vinculada a un puesto político, revocable en el mismo plano. Además, la reelección solamente puede darse una vez, con lo que el máximo de permanencia es de 10 años. Y para ello ha de valorarse necesariamente, porque así lo exige el pf. Segundo del art. 12, cuales han sido los resultados conseguidos en el primer mandato, y “la manera como se han logrado”, (sic), y las tareas y necesidades del Instituto para los años siguientes.

Sobre las funciones de la persona responsable de la Dirección del Instituto, estas son las propias de las de cualquier institución. Ha de cumplir los cometidos del Instituto, que figuran detallados en el art. 3 del Convenio, preparar los programas de actividades, las reuniones del Consejo de Administración y del Foro de expertos, las relativas al personal, administración ordinaria y procedimientos de evaluación del cumplimiento de los objetivos.

Algunas de las funciones que tiene encomendadas esa Dirección no son en cambio típicas de la dirección de una institución, sino más bien de una Secretaría. Quizás hubiera sido deseable que junto a la Dirección, se hubiera creado una Secretaría del Instituto para las funciones relativas a personal, cuestiones administrativas, secretaría propiamente dicha y otras actividades de relación y protocolo que exigen una dedicación más burocrática.

No parece además que la persona representante legal de la institución, (art. 12.1.), se encargue además de los asuntos de intendencia y administración.

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

En lo que se refiere a la elaboración presupuestaria, los ingresos del Instituto estarán constituidos por una subvención de la Comunidad, las cantidades que pueda ingresar en función de los servicios prestados, las contribuciones que aporte cualquier Estado miembro, y las aportaciones de cualquier institución de algún Estado miembro o tercer Estado. No se prevén aportaciones individuales, sino solamente a través de los Estados u organizaciones.

Los gastos serán los que se ocasionen con motivo del ejercicio de la actividad, los de personal, administrativos o de infraestructuras.

Será el Consejo de Administración quién elabore el presupuesto, que lo enviará a la Comisión, y ésta a su vez lo incorporará al Anteproyecto de presupuesto general de la Unión Europea.

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

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

LEGISLACIÓN

LEY ORGANICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES³

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

Con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud e importante calado, a cuya adecuada transposición se dirige, en buena medida, la presente Ley. En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

II

El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la

ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.

Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad.

III

La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto.

³ Publicada en BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645.

LEGISLACIÓN

La Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales. Y lo hace al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales, aunque contiene una regulación más detallada en aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado.

La complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. Ésta se ocupa en su articulado de la proyección general del principio en los diferentes ámbitos normativos, y concreta en sus disposiciones adicionales la correspondiente modificación de las muy diversas leyes que resultan afectadas. De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres.

La ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también pautas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo.

Instrumentos básicos serán, en este sentido, y en el ámbito de la Administración General del Estado, un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad con responsabilidades de coordinación, los informes de impacto de género, cuya obligatoriedad se amplía desde las normas legales a los planes de especial relevancia económica y social, y los informes o evaluaciones periódicos sobre la efectividad del principio de igualdad.

Merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional.

El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.

Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa.

La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido.

Dentro del mismo ámbito del empleo, pero con características propias, se consignan en la Ley medidas específicas sobre los procesos de selección y para la provisión de puestos de trabajo en el seno de la Administración General del Estado. Y la proyección de la igualdad se extiende a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a las Fuerzas Armadas.

De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo. 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 pre-

LEGISLACIÓN

sencia 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 nuestra propia democracia.

IV

La Ley se estructura en un Título preliminar, ocho Títulos, treinta y una disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales.

El Título Preliminar establece el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley.

El Título Primero define, siguiendo las indicaciones de las Directivas de referencia, los conceptos y categorías jurídicas básicas relativas a la igualdad, como las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

En el Título Segundo, Capítulo Primero, se establecen las pautas generales de actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad, se define el principio de transversalidad y los instrumentos para su integración en la elaboración, ejecución y aplicación de las normas. También se consagra el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales y en los nombramientos realizados por los poderes públicos, con las consiguientes modificaciones en las Disposiciones adicionales de la Ley Electoral, regulándose, asimismo, los informes de impacto de género y la planificación pública de las acciones en favor de la igualdad, que en la Administración General del Estado se plasmarán en un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.

En el Capítulo II de este Título se establecen los criterios de orientación de las políticas públicas en materia de educación, cultura y sanidad. También se contempla la promoción de la incorporación de las mujeres a la sociedad de la información, la inclusión de medidas de efectividad de la igualdad en las políticas de acceso a la vivienda, y en las de desarrollo del medio rural.

El Título III contiene medidas de fomento de la igualdad en los medios de comunicación social, con reglas específicas para los de titularidad pública, así como instrumentos de control de los supuestos de publicidad de contenido discriminatorio.

El Título IV se ocupa del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, incorporando medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Se incluye además, entre los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Además del deber general de las empresas de respetar el principio de igualdad en el ámbito laboral, se contempla, específicamente, el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores o trabajadoras. La relevancia del instrumento de los planes de igualdad explica también la previsión del fomento de su implantación voluntaria en las pequeñas y medianas empresas.

Para favorecer la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, se establece un objetivo de mejora del acceso y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo mediante su posible consideración como grupo de población prioritario de las políticas activas de empleo. Igualmente, la ley recoge una serie de medidas sociales y laborales concretas, que quedan reguladas en las distintas disposiciones adicionales de la Ley.

La medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. También se introducen mejoras en el actual permiso de maternidad, ampliándolo en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores.

Estas mismas mejoras se introducen igualmente para los trabajadores y trabajadoras autónomos y de otros regímenes especiales de la Seguridad Social.

En relación con la reducción de jornada por guarda legal se amplía, por una parte, la edad máxima del menor que da derecho a la reducción, que pasa de seis a ocho años, y se reduce, por otra, a un octavo de la jornada el límite mínimo de dicha reducción. También se reduce a cuatro meses la duración mínima de la excedencia voluntaria y se amplía de uno a dos años la duración máxima de la excedencia para el cuidado de familiares. Se reconoce la posibilidad de que tanto la excedencia por

LEGISLACIÓN

cuidado de hijo o hija como la de por cuidado de familiares puedan disfrutarse de forma fraccionada.

Asimismo, se adaptan las infracciones y sanciones y los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación, y se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Es particularmente novedosa, en este ámbito, la posibilidad de conmutar sanciones accesorias por el establecimiento de Planes de Igualdad.

Las modificaciones en materia laboral comportan la introducción de algunas novedades en el ámbito de Seguridad Social, recogidas en las Disposiciones adicionales de la Ley. Entre ellas deben destacarse especialmente la flexibilización de los requisitos de cotización previa para el acceso a la prestación de maternidad, el reconocimiento de un nuevo subsidio por la misma causa para trabajadoras que no acrediten dichos requisitos o la creación de la prestación económica por paternidad.

El Título V, en su Capítulo I regula el principio de igualdad en el empleo público, estableciéndose los criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las Administraciones públicas y, en su Capítulo II, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado, que se aplica también a los órganos de selección y valoración del personal y en las designaciones de miembros de órganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas en cuya capital participe dicha Administración. El Capítulo III de este Título se dedica a las medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado, en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado, y con la previsión específica del mandato de aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo.

Los Capítulos IV y V regulan, de forma específica, el respeto del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El Título VI de la Ley está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros.

El Título VII contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad, que pueden ser también objeto de concierto con la representación de los trabajadores y trabajadoras, las organizaciones de consumidores, las

asociaciones de defensa de la igualdad o los organismos de igualdad. Específicamente, se regula el uso de estas acciones con fines publicitarios.

En este Título, y en el marco de la responsabilidad social corporativa, se ha incluido el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, concediendo para ello un plazo razonable. Es finalidad de esta medida que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección.

El Título VIII de la Ley establece una serie de disposiciones organizativas, con la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y de las Unidades de Igualdad en cada Ministerio. Junto a lo anterior, la Ley constituye un Consejo de participación de la mujer, como órgano colegiado que ha de servir de cauce para la participación institucional en estas materias.

Como se expuso anteriormente, las disposiciones adicionales recogen las diversas modificaciones de preceptos de Leyes vigentes necesarias para su acomodación a las exigencias y previsiones derivadas de la presente Ley. Junto a estas modificaciones del ordenamiento, se incluyen también regulaciones específicas para definir el principio de composición o presencia equilibrada, crear un fondo en materia de sociedad de la información, nuevos supuestos de nulidad de determinadas extinciones de la relación laboral, designar al Instituto de la Mujer a efectos de las Directivas objeto de incorporación.

Las disposiciones transitorias establecen el régimen aplicable temporalmente a determinados aspectos de la Ley, como los relativos a nombramientos y procedimientos, medidas preventivas del acoso en la Administración General del Estado, el distintivo empresarial en materia de igualdad, las tablas de mortalidad y supervivencia, los nuevos derechos de maternidad y paternidad, la composición equilibrada de las listas electorales, así como a la negociación de nuevos convenios colectivos.

Las disposiciones finales se refieren a la naturaleza de la Ley, a su fundamento constitucional y a su relación con el ordenamiento comunitario, habilitan para el desarrollo reglamentario, establecen las fechas de su entrada en vigor y un mandato de evaluación de los resultados de la negociación colectiva en materia de igualdad.

LEGISLACIÓN

TÍTULO PRELIMINAR
Objeto y ámbito de la Ley

Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.
2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.
2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.

TÍTULO I

El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación

Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Artículo 6. 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.

Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una per-

LEGISLACIÓN

sona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Artículo 9. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Artículo 11. Acciones positivas.

1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

Artículo 12. Tutela judicial efectiva.

1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos.

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

TÍTULO II

Políticas públicas para la igualdad

CAPÍTULO I

Principios generales

Artículo 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.

A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

1. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.

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

3. La colaboración y cooperación entre las distintas Ad-

LEGISLACIÓN

ministraciones públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades.

4. La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.

5. La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

6. La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva.

7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.

8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

9. El fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas.

10. El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.

11. La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas.

12. Todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo.

Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Artículo 16. Nombramientos realizados por los Poderes Públicos.

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.

Artículo 17. Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.

El Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

Artículo 18. Informe periódico.

En los términos que reglamentariamente se determinen, el Gobierno elaborará un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. De este informe se dará cuenta a las Cortes Generales.

Artículo 19. Informes de impacto de género.

Los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género.

Artículo 20. Adecuación de las estadísticas y estudios.

Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en su actividad ordinaria, los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán:

a) Incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo.

b) Establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar.

c) Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención.

d) Realizar muestras lo suficientemente amplias como

LEGISLACIÓN

para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable de sexo.

e) Explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención.

f) Revisar y, en su caso, adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres.

Sólo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas.

Artículo 21. Colaboración entre las Administraciones públicas.

1. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación. En el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad.

2. Las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones públicas.

Artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos.

Con el fin de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad. Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos planes.

CAPÍTULO II

Acción administrativa para la igualdad

Artículo 23. La educación para la igualdad de mujeres y hombres.

El sistema educativo incluirá entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres.

Asimismo, el sistema educativo incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos

que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros.

Artículo 24. Integración del principio de igualdad en la política de educación.

1. Las Administraciones educativas garantizarán un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres.

2. Las Administraciones educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, desarrollarán, con tal finalidad, las siguientes actuaciones:

a) La atención especial en los currículos y en todas las etapas educativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres.

b) La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres, con especial consideración a ello en los libros de texto y materiales educativos.

c) La integración del estudio y aplicación del principio de igualdad en los cursos y programas para la formación inicial y permanente del profesorado.

d) La promoción de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de control y de gobierno de los centros docentes.

e) La cooperación con el resto de las Administraciones educativas para el desarrollo de proyectos y programas dirigidos a fomentar el conocimiento y la difusión, entre las personas de la comunidad educativa, de los principios de coeducación y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

f) El establecimiento de medidas educativas destinadas al reconocimiento y enseñanza del papel de las mujeres en la Historia.

Artículo 25. La igualdad en el ámbito de la educación superior.

1. En el ámbito de la educación superior, las Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres.

2. En particular, y con tal finalidad, las Administraciones públicas promoverán:

a) La inclusión, en los planes de estudio en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

LEGISLACIÓN

- b) La creación de postgrados específicos.
- c) La realización de estudios e investigaciones especializadas en la materia.

Artículo 26. La igualdad en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual.

1. Las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todo lo concerniente a la creación y producción artística e intelectual y a la difusión de la misma.
 2. Los distintos organismos, agencias, entes y demás estructuras de las administraciones públicas que de modo directo o indirecto configuren el sistema de gestión cultural, desarrollarán las siguientes actuaciones:
 - a) Adoptar iniciativas destinadas a favorecer la promoción específica de las mujeres en la cultura y a combatir su discriminación estructural y/o difusa.
 - b) Políticas activas de ayuda a la creación y producción artística e intelectual de autoría femenina, traducidas en incentivos de naturaleza económica, con el objeto de crear las condiciones para que se produzca una efectiva igualdad de oportunidades.
 - c) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la oferta artística y cultural pública.
 - d) Que se respete y se garantice la representación equilibrada en los distintos órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural.
 - e) Adoptar medidas de acción positiva a la creación y producción artística e intelectual de las mujeres, propiciando el intercambio cultural, intelectual y artístico, tanto nacional como internacional, y la suscripción de convenios con los organismos competentes.
 - f) En general y al amparo del artículo 11 de la presente Ley, todas las acciones positivas necesarias para corregir las situaciones de desigualdad en la producción y creación intelectual artística y cultural de las mujeres.
- Artículo 27. Integración del principio de igualdad en la política de salud.

1. Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán, en su formulación, desarrollo y evaluación, las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente.
2. Las Administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud de las mujeres y hombres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre unas y otros.
3. Las Administraciones públicas, a través de sus Servi-

cios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, las siguientes actuaciones:

- a) La adopción sistemática, dentro de las acciones de educación sanitaria, de iniciativas destinadas a favorecer la promoción específica de la salud de las mujeres, así como a prevenir su discriminación.
- b) El fomento de la investigación científica que atienda las diferencias entre mujeres y hombres en relación con la protección de su salud, especialmente en lo referido a la accesibilidad y el esfuerzo diagnóstico y terapéutico, tanto en sus aspectos de ensayos clínicos como asistenciales.
- c) La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- d) La integración del principio de igualdad en la formación del personal al servicio de las organizaciones sanitarias, garantizando en especial su capacidad para detectar y atender las situaciones de violencia de género.
- e) La presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos directivos y de responsabilidad profesional del conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- f) La obtención y el tratamiento desagregados por sexo, siempre que sea posible, de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica y sanitaria.

Artículo 28. Sociedad de la Información.

1. Todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.
2. El Gobierno promoverá la plena incorporación de las mujeres en la Sociedad de la Información mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en tecnologías de la información y de las comunicaciones, contemplando las de colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural.
3. El Gobierno promoverá los contenidos creados por mujeres en el ámbito de la Sociedad de la Información.
4. En los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas.

Artículo 29. Deportes.

1. Todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

LEGISLACIÓN

2. El Gobierno promoverá el deporte femenino y favorecerá la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, mediante el desarrollo de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión.

Artículo 30. Desarrollo rural.

1. A fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo.

2. En las actuaciones encaminadas al desarrollo del medio rural, se incluirán acciones dirigidas a mejorar el nivel educativo y de formación de las mujeres, y especialmente las que favorezcan su incorporación al mercado de trabajo y a los órganos de dirección de empresas y asociaciones.

3. Las Administraciones públicas promoverán nuevas actividades laborales que favorezcan el trabajo de las mujeres en el mundo rural.

4. Las Administraciones públicas promoverán el desarrollo de una red de servicios sociales para atender a menores, mayores y dependientes como medida de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de hombres y mujeres en mundo rural.

5. Los poderes públicos fomentarán la igualdad de oportunidades en el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación mediante el uso de políticas y actividades dirigidas a la mujer rural, y la aplicación de soluciones alternativas tecnológicas allá donde la extensión de estas tecnologías no sea posible.

Artículo 31. Políticas urbanas, de ordenación territorial y vivienda.

1. Las políticas y planes de las Administraciones públicas en materia de acceso a la vivienda incluirán medidas destinadas a hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Del mismo modo, las políticas urbanas y de ordenación del territorio tomarán en consideración las necesidades de los distintos grupos sociales y de los diversos tipos de estructuras familiares, y favorecerán el acceso en condiciones de igualdad a los distintos servicios e infraestructuras urbanas.

2. El Gobierno, en el ámbito de sus competencias, fomentará el acceso a la vivienda de las mujeres en situación de necesidad o en riesgo de exclusión, y de las que hayan sido víctimas de la violencia de género, en espe-

cial cuando, en ambos casos, tengan hijos menores exclusivamente a su cargo.

3. Las Administraciones públicas tendrán en cuenta en el diseño de la ciudad, en las políticas urbanas, en la definición y ejecución del planeamiento urbanístico, la perspectiva de género, utilizando para ello, especialmente, mecanismos e instrumentos que fomenten y favorezcan la participación ciudadana y la transparencia.

Artículo 32. Política española de cooperación para el desarrollo.

1. Todas las políticas, planes, documentos de planificación estratégica, tanto sectorial como geográfica, y herramientas de programación operativa de la cooperación española para el desarrollo, incluirán el principio de igualdad entre mujeres y hombres como un elemento sustancial en su agenda de prioridades, y recibirán un tratamiento de prioridad transversal y específica en sus contenidos, contemplando medidas concretas para el seguimiento y la evaluación de logros para la igualdad efectiva en la cooperación española al desarrollo.

2. Además, se elaborará una Estrategia Sectorial de Igualdad entre mujeres y hombres para la cooperación española, que se actualizará periódicamente a partir de los logros y lecciones aprendidas en los procesos anteriores.

3. La Administración española planteará un proceso progresivo, a medio plazo, de integración efectiva del principio de igualdad y del enfoque de género en desarrollo (GED), en todos los niveles de su gestión, que haga posible y efectiva la aplicación de la Estrategia Sectorial de Igualdad entre mujeres y hombres, que contemple actuaciones específicas para alcanzar la transversalidad en las actuaciones de la cooperación española, y la promoción de medidas de acción positiva que favorezcan cambios significativos en la implantación del principio de igualdad, tanto dentro de la Administración como en el mandato de desarrollo de la propia cooperación española.

Artículo 33. Contratos de las Administraciones públicas.

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

Artículo 34. Contratos de la Administración General del Estado.

1. Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la

LEGISLACIÓN

evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.

2. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Artículo 35. Subvenciones públicas.

Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes.

A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el Capítulo IV del Título IV de la presente Ley.

TÍTULO III

Igualdad y medios de comunicación

Artículo 36. La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad pública.

Los medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres

en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 37. Corporación RTVE.

1. La Corporación RTVE, en el ejercicio de su función de servicio público, perseguirá en su programación los siguientes objetivos:

- a) Reflejar adecuadamente la presencia de las mujeres en los diversos ámbitos de la vida social.
- b) Utilizar el lenguaje en forma no sexista.
- c) Adoptar, mediante la autorregulación, códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad.
- d) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género.

2. La Corporación RTVE promoverá la incorporación de las mujeres a puestos de responsabilidad directiva y profesional. Asimismo, fomentará la relación con asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación.

Artículo 38. Agencia EFE.

1. En el ejercicio de sus actividades, la Agencia EFE velará por el respeto del principio de igualdad entre mujeres y hombres y, en especial, por la utilización no sexista del lenguaje, y perseguirá en su actuación los siguientes objetivos:

- a) Reflejar adecuadamente la presencia de la mujer en los diversos ámbitos de la vida social.
- b) Utilizar el lenguaje en forma no sexista.
- c) Adoptar, mediante la autorregulación, códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad.
- d) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género.

2. La Agencia EFE promoverá la incorporación de las mujeres a puestos de responsabilidad directiva y profesional. Asimismo, fomentará la relación con asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación.

Artículo 39. La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad privada.

1. Todos los medios de comunicación respetarán la igualdad entre mujeres y hombres, evitando cualquier forma de discriminación.

2. Las Administraciones públicas promoverán la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumpli-

LEGISLACIÓN

miento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen.

Artículo 40. Autoridad audiovisual.

Las Autoridades a las que corresponda velar por que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptarán las medidas que procedan, de acuerdo con su regulación, para asegurar un tratamiento de las mujeres conforme con los principios y valores constitucionales.

Artículo 41. Igualdad y publicidad.

La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional.

TÍTULO IV

El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades

CAPÍTULO I

Igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral

Artículo 42. Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres.

1. Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.
2. Los Programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres.

Artículo 43. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva.

De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

CAPÍTULO II

Igualdad y conciliación

Artículo 44. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.
2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.
3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

CAPÍTULO III

Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad

Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.

1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.
2. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.
4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.

LEGISLACIÓN

5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

Artículo 46. Concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas.

1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

3. Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo.

Artículo 47. Transparencia en la implantación del plan de igualdad.

Se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos.

Lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias.

Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

Artículo 49. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad.

Para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario.

CAPÍTULO IV

Distintivo empresarial en materia de igualdad

Artículo 50. Distintivo para las empresas en materia de igualdad.

1. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

2. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.

3. Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas.

4. Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

5. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan

LEGISLACIÓN

gan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo.

TÍTULO V

El principio de igualdad en el empleo público

CAPÍTULO I

Criterios de actuación de las Administraciones públicas

Artículo 51. Criterios de actuación de las Administraciones públicas.

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:

- a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional.
- b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.
- c) Fomentar la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional.
- d) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración.
- e) Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
- f) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo.
- g) Evaluar periódicamente la efectividad del principio de igualdad en sus respectivos ámbitos de actuación.

CAPÍTULO II

El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella

Artículo 52. Titulares de órganos directivos.

El Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda.

Artículo 53. Órganos de selección y Comisiones de valoración.

Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos.

Artículo 54. Designación de representantes de la Administración General del Estado.

La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe.

CAPÍTULO III

Medidas de Igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella

Artículo 55. Informe de impacto de género en las pruebas de acceso al empleo público.

La aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Artículo 56. Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplica-

LEGISLACIÓN

ble a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa.

Artículo 57. Conciliación y provisión de puestos de trabajo.

En las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 58. Licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia.

Cuando las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer, del hijo e hija, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos y condiciones previstas en la normativa aplicable. En estos casos, se garantizará la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria durante toda la duración de la licencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación durante el período de lactancia natural.

Artículo 59. Vacaciones.

Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con la representación de los empleados y empleadas al servicio de la Administración Pública, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad.

Artículo 60. Acciones positivas en las actividades de formación.

1. Con el objeto de actualizar los conocimientos de los

empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.

2. Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquéllas que reúnan los requisitos establecidos.

Artículo 61. Formación para la igualdad.

1. Todas las pruebas de acceso al empleo público de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella contemplarán el estudio y la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en los diversos ámbitos de la función pública.

2. La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella impartirán cursos de formación sobre la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre prevención de la violencia de género, que se dirigirán a todo su personal.

Artículo 62. Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.

d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

LEGISLACIÓN

Artículo 63. Evaluación sobre la igualdad en el empleo público.

Todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal.

Artículo 64. Plan de Igualdad en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

El Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros.

CAPÍTULO IV Fuerzas Armadas

Artículo 65. Respeto del principio de igualdad.

Las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas.

Artículo 66. Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas.

Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica.

CAPÍTULO V

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Artículo 67. Respeto del principio de igualdad.

Las normas reguladoras de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado promoverán la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional, especialmente, en el sistema de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas.

Artículo 68. Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas.

Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, adaptándose, en su caso, a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, en los términos establecidos por su normativa específica.

TÍTULO VI

Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro

Artículo 69. Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios.

1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.
2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo.
3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios.

Artículo 70. Protección en situación de embarazo.

En el acceso a bienes y servicios, ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud.

LEGISLACIÓN

Artículo 71. Factores actuariales.

1. Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.

No obstante, reglamentariamente, se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables.

2. Los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto.

Artículo 72. Consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones.

1. Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

2. En el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, el incumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 71 otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato.

TÍTULO VII

La igualdad en la responsabilidad social de las empresas

Artículo 73. Acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad.

Las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social.

La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre

mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad.

Se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con los mismos.

A las decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales les será de aplicación la normativa laboral.

Artículo 74. Publicidad de las acciones de responsabilidad social en materia de igualdad.

Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad.

El Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa.

Artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

TÍTULO VIII

Disposiciones organizativas

Artículo 76. Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres.

La Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres es el órgano colegiado responsable de la coordinación de las políticas y medidas adoptadas por los departamentos ministeriales con la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y promover su efectividad.

Su composición y funcionamiento se determinarán reglamentariamente.

Artículo 77. Las Unidades de Igualdad.

En todos los Ministerios se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de las materias de su competencia y, en particular, las siguientes:

LEGISLACIÓN

- a) Recabar la información estadística elaborada por los órganos del Ministerio y asesorar a los mismos en relación con su elaboración.
- b) Elaborar estudios con la finalidad de promover la igualdad entre mujeres y hombres en las áreas de actividad del Departamento.
- c) Asesorar a los órganos competentes del Departamento en la elaboración del informe sobre impacto por razón de género.
- d) Fomentar el conocimiento por el personal del Departamento del alcance y significado del principio de igualdad mediante la formulación de propuestas de acciones formativas.
- e) Velar por el cumplimiento de esta Ley y por la aplicación efectiva del principio de igualdad.

Artículo 78. Consejo de Participación de la Mujer.

1. Se crea el Consejo de Participación de la Mujer, como órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la lucha contra la discriminación por razón de sexo.
2. Reglamentariamente, se establecerán su régimen de funcionamiento, competencias y composición, garantizándose, en todo caso, la participación del conjunto de las Administraciones públicas y de las asociaciones y organizaciones de mujeres de ámbito estatal.

Disposición adicional primera. Presencia o composición equilibrada.

A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento.

Disposición adicional segunda. Modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

Se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo artículo 44 bis, redactado en los siguientes términos:

«Artículo 44 bis.

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 hom-

bres, 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.»

Dos. Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 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.»

Tres. Se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 201, 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 las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes.»

Cuatro. Se modifica el apartado 2 de la disposición adicional primera, que queda redactado en los siguientes términos:

«2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del título primero de esta Ley Orgánica:

1 al 42; 44; 44 bis; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6 y 8; 47.4; 49; 51.2 y 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1 y 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.2 y 8; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152.»

LEGISLACIÓN

Cinco. Se añade una nueva disposición transitoria séptima, redactada en los siguientes términos:

«En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis solo 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.»

Disposición adicional tercera. Modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un último inciso en el apartado 1 del artículo 109, que queda en los siguientes términos:

«1. El Consejo General del Poder Judicial elevará anualmente a las Cortes Generales una Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del propio Consejo y de los Juzgados y Tribunales de Justicia. Asimismo, incluirá las necesidades que, a su juicio, existan en materia de personal, instalaciones y de recursos, en general, para el correcto desempeño de las funciones que la Constitución y las leyes asignan al Poder Judicial. Incluirá también un capítulo sobre el impacto de género en el ámbito judicial.»

Dos. Se añade un nuevo párrafo, intercalado entre el primero y el segundo, al apartado 3 del artículo 110, con la siguiente redacción:

«En todo caso, se elaborará un informe previo de impacto de género.»

Tres. Se añade, en el artículo 122.1, después de «Comisión de Calificación», la expresión «Comisión de Igualdad».

Cuatro. Se añade un artículo 136 bis que integrará la nueva Sección 7.^a del Capítulo IV, Título II, Libro II, rubricada como «De la Comisión de Igualdad», con la siguiente redacción:

«Artículo 136 bis.

1. El Pleno del Consejo General del Poder Judicial elegirá anualmente, de entre sus Vocales, por mayoría de tres quintos y atendiendo al principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres, a los componentes de la Comisión de Igualdad, que estará integrada por cinco miembros.

2. La Comisión de Igualdad deberá actuar con la asistencia de todos sus componentes y bajo la presidencia del miembro de la misma que sea elegido por mayoría. En caso de transitoria imposibilidad o ausencia justificada de alguno de los miembros, se procederá a su sus-

titución por otro Vocal del Consejo, preferentemente del mismo sexo, que será designado por la Comisión Permanente.

3. Corresponderá a la Comisión de Igualdad asesorar al Pleno sobre las medidas necesarias o convenientes para integrar activamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y, en particular, le corresponderá elaborar los informes previos sobre impacto de género de los reglamentos y mejorar los parámetros de igualdad en la Carrera Judicial.»

Cinco. Se modifica el artículo 310, que tendrá la siguiente redacción:

«Todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional.»

Seis. Se modifica el primer párrafo del apartado e) del artículo 356, que queda redactado como sigue:

«e) También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.»

Siete. Se añade una nueva letra e) en el artículo 348, en los siguientes términos:

«e) Excedencia por razón de violencia sobre la mujer.»

Ocho. Se modifica el artículo 357, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 357.

Cuando un magistrado del Tribunal Supremo solicitara la excedencia voluntaria y le fuere concedida, perderá su condición de tal, salvo en el supuesto previsto en las letras d) y e) del artículo anterior y en el artículo 360 bis. En los demás casos quedará integrado en situación de excedencia voluntaria, dentro de la categoría de Magistrado.»

Nueve. Se modifica el artículo 358.2 en los siguientes términos:

«2. Se exceptúan de lo previsto en el apartado anterior las excedencias voluntarias para el cuidado de hijos y para atender al cuidado de un familiar a que se refieren los apartados d) y e) del artículo 356, en las que el período de permanencia en dichas situaciones será computable a efectos de trienios y derechos pasivos. Du-

LEGISLACIÓN

rante los dos primeros años se tendrá derecho a la reserva de la plaza en la que se ejerciesen sus funciones y al cómputo de la antigüedad. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma provincia y de igual categoría, debiendo solicitar, en el mes anterior a la finalización del periodo máximo de permanencia en la misma, el reintegro al servicio activo; de no hacerlo, será declarado de oficio en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.»

Diez. Se añade un nuevo artículo 360 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 360 bis.

1. Las juezas y magistradas víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia por razón de violencia sobre la mujer sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos. En esta situación administrativa se podrá permanecer un plazo máximo de tres años.

2. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho periodo a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

Esto no obstante, cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere, se podrá prorrogar por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho, el periodo en el que, de acuerdo con el párrafo anterior, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo, con idénticos efectos a los señalados en dicho párrafo.

3. Las juezas y magistradas en situación de excedencia por razón de violencia sobre la mujer percibirán, durante los dos primeros meses de esta excedencia, las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

4. El reintegro en el servicio activo de las juezas y magistradas en situación administrativa de excedencia por razón de violencia sobre la mujer de duración no superior a seis meses se producirá en el mismo órgano jurisdiccional respecto del que tenga reserva del puesto de trabajo que desempeñaran con anterioridad; si el periodo de duración de la excedencia es superior a 6 meses el reintegro exigirá que las juezas y magistradas participen en todos los concursos que se anuncien para cubrir plazas de su categoría hasta obtener destino. De no hacerlo así, se les declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular.»

Once. Se suprime el artículo 370.

Doce. Se modifica el apartado 5 del artículo 373, con la siguiente redacción:

«5. Por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves del cónyuge, de persona a la que estuviese unido por

análoga relación de afectividad o de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, los jueces o magistrados podrán disponer de un permiso de tres días hábiles, que podrá ser de hasta cinco días hábiles cuando a tal efecto sea preciso un desplazamiento a otra localidad, en cuyo caso será de cinco días hábiles. Estos permisos quedarán reducidos a dos y cuatro días hábiles, respectivamente, cuando el fallecimiento y las otras circunstancias señaladas afecten a familiares en segundo grado de afinidad o consanguinidad.»

Trece. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 373, con la siguiente redacción:

«6. Por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, el juez o magistrado tendrá derecho a disfrutar de un permiso de paternidad de quince días, a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.»

Catorce. Se añade un nuevo apartado 7 al artículo 373, con la siguiente redacción:

«7. Los jueces y magistrados tendrán derecho a permisos y licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género. El Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, adaptará a las particularidades de la carrera judicial la normativa de la Administración General del Estado vigente en la materia.»

Quince. Se añade un apartado 5 al artículo 433 bis, con la siguiente redacción:

«5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemplará la formación de los Jueces y Magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género.

La Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género.»

Dieciséis. Se añade un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 434, con la siguiente redacción:

«El Centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal por los miembros de la Carrera Fiscal, el Cuerpo de Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como sobre la detección y el tratamiento de situaciones de violencia de género.»

Disposición adicional cuarta. Modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

LEGISLACIÓN

Se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en los siguientes términos:

Se añade un último párrafo en el apartado 1 del artículo 14, que tendrá la siguiente redacción:

«Habrà de integrarse en el seno del Consejo Fiscal una Comisión de Igualdad para el estudio de la mejora de los parámetros de igualdad en la Carrera Fiscal, cuya composición quedará determinada en la normativa que rige la constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal.»

Disposición adicional quinta. Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Uno. Se introduce un nuevo artículo 11 bis a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

«Artículo 11 bis. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.»

Dos. Se modifica el supuesto 5.º del apartado 1 del artículo 188 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que quedará redactado del siguiente modo:

«5. Por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta o baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiera la suspensión, justificadas suficientemente, a juicio del Tribunal, siempre que tales hechos se hubiesen producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 183, siempre que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión.

Igualmente, serán equiparables a los supuestos anteriores y con los mismos requisitos, otras situaciones análo-

gas previstas en otros sistemas de previsión social y por el mismo tiempo por el que se otorgue la baja y la prestación de los permisos previstos en la legislación de la Seguridad Social.»

Tres. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pasando sus actuales apartados 5 y 6 a ser los números 6 y 7, respectivamente, con la siguiente redacción:

«5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.»

Disposición adicional sexta. Modificaciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los siguientes términos:

Uno. Se añade una letra i) al apartado 1 del artículo 19, con la siguiente redacción:

«i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.»

Dos. Se añade un nuevo apartado 7 al artículo 60, con la siguiente redacción:

«7. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por

LEGISLACIÓN

razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.»

Disposición adicional séptima. Modificaciones de la Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE.

Se añade una nueva letra e) en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la radiodifusión televisiva, en los siguientes términos:

«e) La publicidad o la tele venta dirigidas a menores deberá transmitir una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres.»

Disposición adicional octava. Modificaciones de la Ley General de Sanidad.

Uno. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán activamente en sus objetivos y actuaciones el principio de igualdad entre mujeres y hombres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias.»

Dos. Se añade un nuevo apartado 2 al artículo 6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pasando su actual contenido a ser el apartado 1, en los siguientes términos:

«2. En la ejecución de lo previsto en el apartado anterior, las Administraciones públicas sanitarias asegurarán la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres, garantizando su igual derecho a la salud.»

Tres. Se modifican los apartados 1, 4, 9, 14 y 15 del artículo 18 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y se añade un nuevo apartado 17, que quedan redactados respectivamente en los siguientes términos:

«1. Adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria, comprendiendo la educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres, y la formación

contra la discriminación de las mujeres.»

«4. La prestación de los productos terapéuticos precisos, atendiendo a las necesidades diferenciadas de mujeres y hombres.»

«9. La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.»

«14. La mejora y adecuación de las necesidades de formación del personal al servicio de la organización sanitaria, incluyendo actuaciones formativas dirigidas a garantizar su capacidad para detectar, prevenir y tratar la violencia de género.»

«15. El fomento de la investigación científica en el campo específico de los problemas de salud, atendiendo a las diferencias entre mujeres y hombres.»

«17. El tratamiento de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica para permitir el análisis de género, incluyendo, siempre que sea posible, su desagregación por sexo.»

Cuatro. Se da nueva redacción al inciso inicial del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, que integrará en todo caso la perspectiva de género, comprenderá los siguientes aspectos.»

Disposición adicional novena. Modificaciones de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Uno. Se modifica la letra a) del artículo 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que queda redactada en los siguientes términos:

«a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias.»

Dos. Se modifica la letra g) del apartado 2 del artículo 11, que queda redactada en los siguientes términos:

«g) La promoción y protección de la salud laboral, con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras.»

Tres. Se modifica la letra f) del apartado 2 del artículo 12, que queda redactada en los siguientes términos:

«f) Las atenciones y servicios específicos relativos a las mujeres, que específicamente incluirán la detección y tratamiento de las situaciones de violencia de género; la infancia; la adolescencia; los adultos; la tercera edad; los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.»

LEGISLACIÓN

Cuatro. Se incluye un nuevo apartado e) en el artículo 34, con la siguiente redacción:

«e) La inclusión de la perspectiva de género en las actuaciones formativas.»

Cinco. Se incluye un nuevo apartado f) en el artículo 44, con la siguiente redacción:

«f) Promover que la investigación en salud atienda las especificidades de mujeres y hombres.»

Seis. Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 53, que quedan redactados en los siguientes términos:

«2. El sistema de información sanitaria contendrá información sobre las prestaciones y la cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, e incorporará, como datos básicos, los relativos a población protegida, recursos humanos y materiales, actividad desarrollada, farmacia y productos sanitarios, financiación y resultados obtenidos, así como las expectativas y opinión de los ciudadanos, todo ello desde un enfoque de atención integral a la salud, desagregando por sexo todos los datos susceptibles de ello.»

«3. Con el fin de lograr la máxima fiabilidad de la información que se produzca, el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá la definición y normalización de datos y flujos, la selección de indicadores y los requerimientos técnicos necesarios para la integración de la información y para su análisis desde la perspectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres.»

Siete. Se añade, al final del artículo 63, la siguiente frase:

«Este informe contendrá análisis específicos de la salud de mujeres y hombres.»

Disposición adicional décima. Fondo en materia de Sociedad de la información.

A los efectos previstos en el artículo 28 de la presente Ley, se constituirá un fondo especial que se dotará con 3 millones de euros en cada uno de los ejercicios presupuestarios de 2007, 2008 y 2009.

Disposición adicional décimo primera. Modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el párrafo e) del apartado 2 del artículo 4, que queda redactado en los términos siguientes:

«e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.»

Dos. Se modifica el párrafo segundo del apartado 1 y se añaden dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 17, en los siguientes términos:

«Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.»

«4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.»

«5. El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

Tres. Se introduce un apartado 8 en el artículo 34, con la siguiente redacción:

«8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.»

Cuatro. Se modifica la letra b) del apartado 3 del artículo 37, que queda redactado del modo siguiente:

«b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplaza-

LEGISLACIÓN

miento al efecto, el plazo será de cuatro días.»

Cinco. Se modifican el apartado 4 y el párrafo primero del apartado 5 del artículo 37, quedando redactados en los siguientes términos:

«4. Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.»

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

Seis. Se añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38, en los siguientes términos:

«Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.»

Siete. Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 45, quedando redactada en los siguientes términos:

«d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan espe-

ciales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.»

Ocho. Se modifica el apartado 2 del artículo 46, que queda redactado del modo siguiente:

«2. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.»

Nueve. Se modifican los párrafos primero, segundo y tercero del apartado 3 del artículo 46, que quedan redactados del modo siguiente:

«Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.»

Diez. Se modifican los apartados 4 y 5 del artículo 48, quedando redactados en los siguientes términos:

«4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de sus-

LEGISLACIÓN

pensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en nin-

gún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los párrafos anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

Los períodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis.»

«5. En el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.»

Once. Se incluye un nuevo artículo 48 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 48 bis. Suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contra-

LEGISLACIÓN

to durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este artículo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.»

Doce. Se modifica el apartado 4 del artículo 53 que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho periodo. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspen-

sión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.»

Trece. Se modifica la letra g) del apartado 2 del artículo 54, quedando redactado en los siguientes términos:

«g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.»

Catorce. Se modifica el apartado 5 del artículo 55, que queda redactado del siguiente modo:

«Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el

LEGISLACIÓN

notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.»

Quince. Se añade un nuevo párrafo segundo al número 1 del apartado 1 del artículo 64, en los siguientes términos:

«También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.»

Dieciséis. Se añade una nueva letra c) en el número 9 del apartado 1 del artículo 64, así como un nuevo número 13 en el mismo apartado 1, en los siguientes términos:

«c) De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.»

«13. Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.»

Diecisiete. Se añade un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 85, con la redacción siguiente:

«Sin perjuicio de la libertad de las partes para determi-

nar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

Dieciocho. Se añade un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 85, con la redacción siguiente:

«Asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.»

Diecinueve. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 90, quedando redactado, en los siguientes términos:

«6. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

A tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral.»

Veinte. Se añade una nueva disposición adicional decimoséptima, en los siguientes términos:

«Disposición adicional decimoséptima. Discrepancias en materia de conciliación.

Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento es-

LEGISLACIÓN

tablecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.»

Veintiuno. Se añade una nueva disposición adicional decimoctava, en los siguientes términos:

«Disposición adicional decimoctava. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida.

1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos establecidos en el párrafo décimo del artículo 48.4 y en el artículo 48 bis.»

Disposición adicional duodécima. Modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales queda modificada como sigue:

Uno. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5, que quedará redactado como sigue:

«4. Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores.»

Dos. Se modifica el párrafo primero del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 26, que quedan redactados en los siguientes términos:

«2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los re-

presentantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.»

«4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.»

Disposición adicional decimotercera. Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral.

El texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda modificado como sigue:

Uno. Se añade un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 del artículo 27 en los siguientes términos:

«Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley.»

Dos. El apartado 2 del artículo 108 queda redactado del siguiente modo:

«2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los traba-

LEGISLACIÓN

jadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.»

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 122, con el siguiente tenor:

«2. La decisión extintiva será nula cuando:

- a) No se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa.
- b) No se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, salvo en aquellos supuestos en los que tal requisito no viniera legalmente exigido.
- c) Resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- d) Se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 de artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los tra-

bajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.»

Cuatro. Se añade una nueva letra d) al artículo 146, en los siguientes términos:

«d) De las comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.

En este caso, la Jefatura de Inspección correspondiente habrá de informar sobre tal circunstancia a la autoridad laboral competente para conocimiento de ésta, con el fin de que por la misma se dé traslado al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones si se iniciara con posterioridad el procedimiento de oficio a que se refiere el apartado 2 del artículo 149 de esta Ley.»

Cinco. Se modifica el apartado 2 del artículo 149, quedando redactado en los siguientes términos:

«2. Asimismo, en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 y 2, 11 y 12 del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

LEGISLACIÓN

Seis. Se modifica el apartado 1 del artículo 180, que queda con la siguiente redacción:

«1. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.»

Siete. Se modifica el artículo 181, quedando redactado en los siguientes términos:

«Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.

Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.»

Disposición adicional decimocuarta. Modificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

El texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, queda modificado como sigue:

Uno. Se añade un nuevo apartado, el 13, al artículo 7, con la siguiente redacción:

«13. No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.»

Dos. Se modifican los apartados 12 y 13 bis del artículo 8 y se añade un nuevo apartado 17, quedando redactados en los siguientes términos:

«12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.»

«13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.»

«17. No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.»

Tres. Se modifica el párrafo primero del artículo 46, quedando redactado en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de las sanciones a que se refiere el artículo 40.1 y salvo lo establecido en el artículo 46 bis) de esta Ley, los empresarios que hayan cometido infracciones muy graves tipificadas en los artículos 16 y 23 de esta Ley en materia de empleo y de protección por desempleo.»

Cuatro. Se añade una nueva Subsección 3.^a bis en la Sección 2.^a del Capítulo VI, comprensiva de un nuevo artículo 46 bis, en los siguientes términos:

«Subsección tercera bis. Responsabilidades en materia de igualdad

Artículo 46 bis. Responsabilidades empresariales específicas.

1. Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias:

a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación

LEGISLACIÓN

de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y

b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

2. No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

a) La pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;

b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias.»

Disposición adicional decimoquinta. Modificación del Real Decreto Ley por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

Se modifica el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/1998, de 4 septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, que queda redactado en los siguientes términos:

«Darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta:

a) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

b) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores y trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente o que disfruten de la suspensión por paternidad en los términos establecidos en los artículos 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores.

La duración máxima de las bonificaciones prevista en este apartado b) coincidirá con la de las respectivas suspensiones de los contratos a que se refieren los artículos citados en el párrafo anterior.

En el caso de que el trabajador no agote el período de descanso o permiso a que tuviese derecho, los beneficios se extinguirán en el momento de su incorporación a la empresa.

c) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento o suspensión por paternidad, en los términos establecidos en los párrafos anteriores.»

Disposición adicional decimosesta. Modificaciones de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Se modifica la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional segunda. Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad.

A la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los períodos de descanso por materni-

LEGISLACIÓN

dad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación:

a) Una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta para el caso de los trabajadores encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

b) Una bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos.

Sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión.»

Disposición adicional decimoséptima. Modificaciones de la Ley de Empleo.

Se añade un nuevo artículo 22 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en los siguientes términos:

«Artículo 22 bis. Discriminación en el acceso al empleo.

1. Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo.

Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciaren carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta.

2. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar.

En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico.»

Disposición adicional decimioctava. Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el párrafo primero de la letra c) del

apartado 1 del artículo 38, que queda redactado en los siguientes términos:

«c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.»

Dos. Se modifica el apartado 4 del artículo 106, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente.»

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 124, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones.»

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 124, con el siguiente contenido:

«6. El período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.»

Cinco. Se modifica el apartado 1 del artículo 125, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.»

LEGISLACIÓN

Seis. Se modifica el Capítulo IV bis del Título II, que queda redactado en los siguientes términos:

«Capítulo IV bis

Maternidad

Sección primera. Supuesto general

Artículo 133 bis. Situaciones protegidas.

A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

Artículo 133 ter. Beneficiarios.

1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

2. En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

3. En los supuestos previstos en el penúltimo párrafo del artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el párrafo octavo del artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, la edad señalada en el apartado 1 será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

Artículo 133 quáter. Prestación económica.

La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Artículo 133 quinquies. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

Sección segunda. Supuesto especial

Artículo 133 sexies. Beneficiarias.

Serán beneficiarias del subsidio por maternidad previsto en esta Sección las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad regulada en la Sección anterior, salvo el período mínimo de cotización establecido en el artículo 133 ter.

Artículo 133 septies. Prestación económica.

La cuantía de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 133 quater o a la disposición adicional séptima fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a ésta.

La duración de la prestación, que tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 86, será de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por la mismas causas establecidas en el artículo 133 quinquies.»

LEGISLACIÓN

Siete. El actual Capítulo IV ter del Título II, pasa a ser el Capítulo IV quater, introduciéndose en dicho Título un nuevo Capítulo IV ter, con la siguiente redacción:

«Capítulo IV ter

Paternidad

Artículo 133 octies. Situación protegida.

A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48. bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.

Artículo 133 nonies. Beneficiarios.

Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

Artículo 133 decies. Prestación económica.

La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 133 quater para la prestación por maternidad, y podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para esta última.»

Ocho. Se modifica el artículo 134 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los términos siguientes:

«Artículo 134. Situación protegida.

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte

técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.»

Nueve. Se modifica el artículo 135 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 135. Prestación económica.

«1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.

2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.

4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.»

Diez. Se añade un nuevo Capítulo IV quinquies en el Título II, con la siguiente redacción:

«Capítulo IV quinquies

Riesgo durante la lactancia natural

Artículo 135 bis. Situación protegida.

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Artículo 135 ter. Prestación económica.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los tér-

LEGISLACIÓN

minos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.»

Once. Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 172, que queda redactada en los siguientes términos:

«b) Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido.»

Doce. Se modifica el artículo 180, que queda redactado en los términos siguientes:

«Artículo 180. Prestaciones.

1. Los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

El período de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.

2. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos

de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.

4. Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.»

Trece. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 211, en los siguientes términos:

«5. En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.»

Catorce. Se modifica el apartado 1 del artículo 217, quedando redactado en los siguientes términos:

«1. La cuantía del subsidio será igual al 80 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual, vigente en cada momento.

En el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial también se percibirá la cuantía antes indicada.»

Quince. Se modifica el apartado 2 del artículo 222, que queda redactado en los siguientes términos:

«2. Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad.»

Dieciséis. Se modifican los párrafos tercero y cuarto del

LEGISLACIÓN

apartado 3 del artículo 222, que quedan redactados en los siguientes términos:

«Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda.

El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. Durante dicha situación, la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206.»

Diecisiete. Se añade un nuevo párrafo quinto al apartado 3 del artículo 222, en los siguientes términos:

«Si el trabajador pasa a la situación de maternidad o de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social antes indicada y pasará a percibir la prestación por maternidad o por paternidad, gestionada directamente por su Entidad Gestora. Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, en los términos recogidos en el artículo 212.3.b), por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión.»

Dieciocho. Se modifica la disposición adicional sexta, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional sexta. Protección de los trabajadores contratados para la formación.

La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá, como contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes, por maternidad y paternidad, por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y las pensiones.»

Diecinueve. Se modifica la disposición adicional séptima en los siguientes términos:

1. Se modifica la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima, que queda redactada en los siguientes términos:

«a) Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días

teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.»

2. Se modifica la letra a) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional séptima, que queda redactada en los siguientes términos:

«a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para las prestaciones por maternidad y por paternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.»

Veinte. Se modifica el apartado 4 de la disposición adicional octava, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Lo previsto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales. Lo previsto en los artículos 112 bis y 162.6 será igualmente de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales con excepción de los incluidos en los regímenes especiales agrario y de empleados de hogar. Asimismo, lo dispuesto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.»

Veintiuno. Se modifica la disposición adicional undécima bis, que queda redactada en los siguientes términos: «Disposición adicional undécima bis. Prestaciones por maternidad y por paternidad en los Regímenes Especiales.

1. Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a las prestaciones establecidas en el Capítulo IV bis y en el Capítulo IV ter del Título II de la presente Ley, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones allí previstos para los trabajadores del Régimen General.

2. En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los periodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo. Los trabajadores por cuenta propia podrán, igualmente, percibir el subsidio por maternidad y por paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condicio-

LEGISLACIÓN

nes que se establezcan reglamentariamente.

3. Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.»

Veintidós. Se da nueva redacción a la disposición adicional undécima ter, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional undécima ter. Gestión de las prestaciones económicas por maternidad y por paternidad.

La gestión de las prestaciones económicas de maternidad y de paternidad reguladas en la presente ley corresponderá directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente.»

Veintitrés. Se introduce una nueva disposición adicional cuadragésima cuarta, en los siguientes términos:

«Disposición adicional cuadragésima cuarta. Períodos de cotización asimilados por parto.

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.»

Disposición adicional decimonovena. Modificaciones a la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública:

Uno. Se modifica el párrafo segundo del artículo 29.4, que queda redactado de la siguiente manera:

«También tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.»

Dos. Se modifica el párrafo quinto del artículo 29.4, que

queda redactado de la siguiente manera:

«El periodo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos.

Los funcionarios podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración. Durante los dos primeros años, tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.»

Tres. Se suprime el actual párrafo sexto del artículo 29.4.

Cuatro. Se modifica la denominación del artículo 29.8 que queda redactado de la siguiente manera:

«Excedencia por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria.»

Cinco. Se añade un párrafo, a continuación del primer párrafo del artículo 29.8, con la siguiente redacción:

«Igualmente, durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.»

Seis. Se modifica la letra a) del artículo 30.1, con la siguiente redacción:

«1. Se concederán permisos por las siguientes causas justificadas:

a) Por el nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.»

Siete. Se crea una nueva letra a bis), en el artículo 30.1, con la siguiente redacción:

«a bis) Por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad y cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.»

Ocho. Se modifica la letra f) del artículo 30.1 y se añaden dos párrafos a dicha letra, quedando la redacción de la siguiente manera:

«La funcionaria, por lactancia de un hijo menor de doce meses, tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. Este

LEGISLACIÓN

derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Igualmente, la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.»

Nueve. Se modifica el primer párrafo de la letra f bis) del artículo 30.1 que queda redactada de la siguiente manera:

«f bis) En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.»

Diez. Se modifica el primer párrafo de la letra g) del artículo 30.1, que queda redactado de la siguiente manera:

«g) El funcionario que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo.»

Once. Se añade una letra g bis) al artículo 30.1 con la siguiente redacción:

«g bis) El funcionario que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes.»

Doce. Se añade al final del artículo 30.2 lo siguiente:

«... y por deberes derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral.»

Trece. Se modifica el artículo 30.3, que queda redactado de la siguiente manera:

«En el supuesto de parto, la duración del permiso será

de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En los supuestos de adopción o de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, y con independencia de la edad que tenga el menor, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de disfrute de este permiso. En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, el permiso a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de des-

LEGISLACIÓN

canso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del hijo o menor adoptado o acogido.

Los permisos a que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, a solicitud de los funcionarios y si lo permiten las necesidades del servicio, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso previsto en el párrafo anterior, y para el supuesto contemplado en el mismo, el permiso por adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Durante el disfrute de los permisos regulados en este apartado se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

En los casos previstos en este apartado, el tiempo transcurrido en la situación de permiso por parto o maternidad se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, tendrán derecho, una vez finalizado el período de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no le resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.»

Disposición adicional vigésima. Modificaciones de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, queda modificada como sigue:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 108.2:

«2. Reglamentariamente se determinará la composición, incompatibilidades y normas de funcionamiento de los órganos de evaluación, adecuándose en lo posible al principio de composición equilibrada en los términos definidos en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En todo caso, estarán constituidos por personal militar de mayor empleo que los evaluados.»

Dos. Se incluye un nuevo apartado cuarto en el artículo 112, con la siguiente redacción:

«4. A la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional.»

Tres. Se da nueva redacción al artículo 132, en los términos siguientes:

«Durante el período de embarazo y previo informe facultativo, podrá asignarse a la mujer militar profesional a un puesto orgánico o cometido distinto al que estuviera ocupando, que resulte adecuado a las circunstancias de su estado.

En los supuestos de parto o adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos de la madre y del padre, de conformidad con la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones públicas. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino.»

Cuatro. Se da nueva redacción al artículo 141.1.e), que queda redactado de la siguiente forma:

«e) Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos o en caso de acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de hasta seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditados por los servicios sociales competentes.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año los que lo soliciten para encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

No podrá concederse la situación de excedencia voluntaria por estas causas cuando al cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o a otro familiar del mi-

LEGISLACIÓN

litar se le hubieran reconocido los derechos derivados de esta situación administrativa y en relación al mismo causante.

A la situación de excedencia voluntaria también se pasará por agrupación familiar cuando el cónyuge resida en otro municipio por haber obtenido un puesto de trabajo de carácter definitivo en cualquiera de las Administraciones públicas o un destino de los contemplados en el artículo 126.»

Cinco. Se incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 148, con la siguiente redacción:

«6. Los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería que, en el momento de finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas, se encontrasen en situación de incapacidad temporal por accidente o enfermedad derivada del servicio, o en situación de embarazo, parto o posparto, no causarán baja en las Fuerzas Armadas y se prorrogará su compromiso hasta finalizar esas situaciones.»

Disposición adicional vigésima primera. Modificaciones de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

El apartado 3 del artículo 69 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, queda redactado como sigue:

«3. Cuando las circunstancias a que se refieren los números 3 y 4 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, afectasen a una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo o licencia por riesgo durante la lactancia en los mismos términos y condiciones que las previstas en los números anteriores.»

Disposición adicional vigésima segunda. Modificación de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud.

Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 59 de la ley 55/2003, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, con el siguiente texto:

«3. Las medidas especiales previstas en este artículo no podrán afectar al personal que se encuentre en situación de permiso por maternidad o licencia por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural.»

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 61 de la ley 55/2003, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud con el siguiente texto:

«2. El personal estatutario tendrá derecho a disfrutar del régimen de permisos y licencias, incluida la licencia por riesgo durante el embarazo, establecido para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de no-

viembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y por la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

Disposición adicional vigésima tercera.

Se modifican los artículos 22 y 12.b) de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que en adelante tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 22. Situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia.

Tendrá la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses, en los términos previstos en el artículo 69 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.»

«Artículo 12. Prestaciones.

b) Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.»

Disposición adicional vigésima cuarta. Modificaciones de la Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

La Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, queda modificada como sigue:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 56.2:

«2. Reglamentariamente se determinará la composición, incompatibilidades y normas de funcionamiento de los órganos de evaluación, adecuándose siempre que sea posible al principio de composición equilibrada en los términos definidos en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En todo caso estarán constituidos por personal del Cuerpo de la Guardia Civil de mayor empleo o antigüedad que los evaluados.»

Dos. Se incluye un nuevo apartado sexto en el artículo 60, con la siguiente redacción:

«6. A las mujeres se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos del Cuerpo de la Guardia Civil.»

Tres. Se da nueva redacción al artículo 75:

«Durante el período de embarazo y previo informe facultativo, a la mujer guardia civil se le podrá asignar un puesto orgánico o cometido distinto del que estuviera ocupando, adecuado a las circunstancias de su estado. En los supuestos de parto o adopción, se tendrá derecho a los correspondientes permisos de maternidad y paternidad, conforme a la legislación vigente para el

LEGISLACIÓN

personal al servicio de las Administraciones públicas. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino.»

Cuatro. Se da nueva redacción al artículo 83.1 e), que queda redactado de la siguiente forma:

«e) Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos o en caso de acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de hasta seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditados por los servicios sociales competentes.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año los que lo soliciten para encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Estos derechos no podrán ser ejercidos simultáneamente por dos o más guardias civiles en relación con el mismo causante.»

Disposición adicional vigésima quinta. Modificación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Se da nueva redacción al apartado 10 del artículo 34 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, pasando su actual contenido a constituir un nuevo apartado 11:

«10. Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

Disposición adicional vigésima sexta. Modificación de la Ley de Sociedades Anónimas.

Se modifica la indicación novena del artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que queda redactada en los siguientes términos:

«El número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, expresado por categorías, así como los gastos de personal que se refieran al ejercicio, distribuidos como prevé el artículo 189, apartado A.3, cuando no es-

tén así consignados en la cuenta de pérdidas y ganancias.

La distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros.»

Disposición adicional vigésima séptima. Modificaciones de la Ley de creación del Instituto de la Mujer.

Se añade un nuevo artículo 2 bis a la Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer, en los siguientes términos:

«Artículo 2 bis. Además de las atribuidas en el artículo anterior y demás normas vigentes, el Instituto de la Mujer ejercerá, con independencia, las siguientes funciones:

- a) la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación;
- b) la realización de estudios sobre la discriminación;
- c) la publicación de informes y la formulación de recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación.»

Disposición adicional vigésima octava. Designación del Instituto de la Mujer.

El Instituto de la Mujer será el organismo competente en el Reino de España a efectos de lo dispuesto en el artículo 8 bis de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, 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 y en el artículo 12 de la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Disposición adicional vigésima novena.

Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos:

«Disposición adicional tercera.

Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.»

Disposición adicional trigésima. Modificaciones de la

LEGISLACIÓN

Ley de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

La Ley 36/1977, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, queda modificada como sigue:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 1:

«El Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias estará integrado por personal funcionario, garantizando el acceso al mismo en los términos definidos en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

Dos. Se da nueva redacción a la Disposición transitoria primera:

«Quedan extinguidas las actuales escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias y sus funcionarios se integran en su totalidad en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.»

Disposición adicional trigésima primera. Ampliación a otros colectivos.

Se adoptarán las disposiciones necesarias para aplicar lo dispuesto en la disposición adicional décimo primera. Diez, en lo relativo a partos prematuros, a los colectivos no incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

Disposición transitoria primera. Régimen transitorio de nombramientos.

Las normas sobre composición y representación equilibrada contenidas en la presente Ley serán de aplicación a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor, sin afectar a los ya realizados.

Disposición transitoria segunda. Regulación reglamentaria de transitoriedad en relación con el distintivo empresarial en materia de igualdad.

Reglamentariamente, se determinarán, a los efectos de obtener el distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el capítulo IV del título IV de esta Ley, las condiciones de convalidación de las calificaciones atribuidas a las empresas conforme a la normativa anterior.

Disposición transitoria tercera. Régimen transitorio de procedimientos.

A los procedimientos administrativos y judiciales ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

Disposición transitoria cuarta. Régimen de aplicación del deber de negociar en materia de igualdad.

Lo dispuesto en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma.

Disposición transitoria quinta. Tablas de mortalidad y supervivencia.

En tanto no se aprueben las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 71.1 de la presente Ley, las entidades aseguradoras podrán continuar aplicando las tablas de mortalidad y supervivencia y los demás elementos de las bases técnicas, actualmente utilizados, en los que el sexo constituye un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos.

Disposición transitoria sexta. Retroactividad de efectos para medidas de conciliación.

Los preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública modificados por esta Ley tendrán carácter retroactivo respecto de los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006 en el ámbito de la Administración General del Estado.

Disposición transitoria séptima. Régimen transitorio de los nuevos derechos en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y consideración como cotizados a efectos de Seguridad Social de determinados períodos.

1. La regulación introducida por esta Ley en materia de suspensión por maternidad y paternidad será de aplicación a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor.

2. Las modificaciones introducidas por esta Ley en materia de riesgo durante el embarazo serán de aplicación a las suspensiones que por dicha causa se produzcan a partir de su entrada en vigor.

3. La consideración como cotizados de los períodos a que se refieren el apartado 6 del artículo 124 y la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado

LEGISLACIÓN

por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. Iguales efectos se aplicarán a la ampliación del período que se considera como cotizado en el apartado 1 del artículo 180 de la misma norma y a la consideración como cotizados al 100 por 100 de los períodos a que se refieren los apartados 3 y 4 del citado artículo.

Disposición transitoria octava. Régimen transitorio del subsidio por desempleo.

La cuantía del subsidio por desempleo establecida en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 217 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la presente Ley, se aplicará a los derechos al subsidio por desempleo que nazcan a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Disposición transitoria novena. Ampliación de la suspensión del contrato de trabajo.

El Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en la disposición adicional décimo primera, apartado Once, y en la disposición adicional decimonovena, apartado Seis, de la presente Ley, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición transitoria décima. Despliegue del impacto de género.

El Gobierno, en el presente año 2007, desarrollará reglamentariamente la Ley de Impacto de Género con la precisión de los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración de dicho informe.

Disposición transitoria décima primera.

El Gobierno, en el presente año 2007, regulará el Fondo de Garantía previsto en la disposición adicional única de la Ley 8/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, creado y dotado inicialmente en la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final primera. Fundamento constitucional.
1. Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo I del Título II, los artículos 28 a 31 y la disposición adicional primera de esta Ley constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.^a de la Constitución.

2. Los artículos 23 a 25 de esta Ley tienen carácter básico, de acuerdo con el artículo 149.1.30.^a de la Constitución. El artículo 27 y las disposiciones adicionales octava y novena de esta Ley tienen carácter básico, de acuerdo con el artículo 149.1.16.^a de la Constitución. Los artículos 36, 39 y 40 de esta Ley tienen carácter básico, de acuerdo con el artículo 149.1.27.^a de la Constitución. Los artículos 33, 35 y 51, el apartado seis de la disposición adicional decimonovena y los párrafos cuarto, séptimo, octavo y noveno del texto introducido en el apartado trece de la misma disposición adicional décima novena de esta Ley tienen carácter básico, de acuerdo con el artículo 149.1.18.^a de la Constitución. Las disposiciones adicionales décima quinta, décima sexta y décima octava constituyen legislación básica en materia de Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 149.1.17.^a de la Constitución.

3. Los preceptos contenidos en el Título IV y en las disposiciones adicionales décima primera, décima segunda, décima cuarta, y décima séptima constituyen legislación laboral de aplicación en todo el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.7.^a de la Constitución.

El artículo 41, los preceptos contenidos en los Títulos VI y VII y las disposiciones adicionales vigésima quinta y vigésima sexta de esta Ley constituyen legislación de aplicación directa en todo el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución.

Las disposiciones adicionales tercera a séptima y décima tercera se dictan en ejercicio de las competencias sobre legislación procesal, de acuerdo con el artículo 149.1.6.^a de la Constitución.

4. El resto de los preceptos de esta Ley son de aplicación a la Administración General del Estado.

Disposición final segunda. Naturaleza de la Ley.

Las normas contenidas en las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de esta Ley tienen carácter orgánico. El resto de los preceptos contenidos en esta Ley no tienen tal carácter.

Disposición final tercera. Habilitaciones reglamentarias.

1. Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo de

PRESENTACIÓN

la presente Ley en las materias que sean de la competencia del Estado.

2. Reglamentariamente, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley:

Se llevará a efecto la regulación del distintivo empresarial en materia de igualdad establecido en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley.

Se integrará el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85, del Consejo Europeo, de 19 de octubre de 1992, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales elaborará, en el plazo de seis meses desde la publicación del Real Decreto, unas directrices sobre evaluación del riesgo.

3. El Gobierno podrá fijar, antes del 21 de diciembre de 2007 y mediante Real Decreto, los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 71.1 de la presente Ley.

Disposición final cuarta. Transposición de Directivas.

Mediante la presente Ley se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, 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 y la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Asimismo, mediante la presente Ley, se incorporan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Disposición final quinta. Planes de igualdad y negociación colectiva.

Una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes.

Disposición final sexta. Implantación de las medidas preventivas del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la Administración General del Estado.

La aplicación del protocolo de actuación sobre medidas relativas al acoso sexual o por razón de sexo regulado en el artículo 62 de esta Ley tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto que lo apruebe.

Disposición final séptima. Medidas para posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostentan un cargo electo.

A partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno promoverá el acuerdo necesario para iniciar un proceso de modificación de la legislación vigente con el fin de posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostenten un cargo electo.

Disposición final octava. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de lo previsto en el artículo 71.2, que lo hará el 31 de diciembre de 2008.

Por tanto,

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

Madrid, 22 de marzo de 2007.

JUAN CARLOS R. El Presidente del Gobierno,
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

LEGISLACIÓN

LEY ORGÁNICA 2/2007, DE 19 DE MARZO, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA⁴

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1 Andalucía.

2. El Estatuto de Autonomía propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político para todos los andaluces, en un marco de igualdad y solidaridad con las demás Comunidades Autónomas de España.

Artículo 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma.

1. La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias.

2. La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquella en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social.

3. Para todo ello, la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos:

1°. La consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces.

TÍTULO I

Derechos sociales, deberes y políticas públicas

CAPÍTULO I Disposiciones generales

Artículo 14. Prohibición de discriminación.

Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas.

CAPÍTULO II

Derechos y deberes

Artículo 15. Igualdad de género.

Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

Artículo 16. Protección contra la violencia de género. Las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas.

Artículo 21. Educación.

8. Los planes educativos de Andalucía incorporarán los valores de la igualdad entre hombres y mujeres y la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social.

CAPÍTULO III

Principios rectores de las políticas públicas

Artículo 35. Orientación sexual.

Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho.

Artículo 37. Principios rectores.

Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores:

2°. La lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad.

11°. La plena equiparación laboral entre hombres y mujeres y así como la conciliación de la vida laboral y familiar.

Los anteriores principios se orientarán además a superar las situaciones de desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias personales o sociales o de cualquier otra forma de marginación o exclusión.

TÍTULO II

Competencias de la Comunidad Autónoma

CAPÍTULO II

Competencias

Artículo 73. Políticas de género.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de políticas de género que,

⁴ Publicada en BOE núm. 68 de 20.03.2007, se reproduce parcialmente.

LEGISLACIÓN

respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1ª de la Constitución, incluye, en todo caso:

a) La promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos.

Se atribuye, expresamente a la Comunidad Autónoma la facultad de dictar normativas propias o de desarrollo en esta materia.

b) La planificación y ejecución de normas y planes en materia de políticas para la mujer, así como el establecimiento de acciones positivas para erradicar la discriminación por razón de sexo.

c) La promoción del asociacionismo de mujeres.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuestas ante la Administración central. La Comunidad Autónoma podrá establecer medidas e instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como regular servicios y destinar recursos propios para conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren esta tipo de violencia.

TÍTULO IV

Organización institucional de la Comunidad Autónoma

CAPÍTULO I

El Parlamento de Andalucía

Artículo 105. Ley electoral.

2. Dicha ley establecerá criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales, [...].

Artículo 107. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones.

En los nombramientos y designaciones de instituciones y órganos que corresponda efectuar al Parlamento de Andalucía regirá el principio de presencia equilibrada entre hombres y mujeres.

CAPÍTULO II

Elaboración de las normas.

Artículo 114. Impacto de género.

En el procedimiento de elaboración de las leyes y disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma se tendrá en cuenta el impacto por razón de género del contenido de las mismas.

CAPÍTULO VII

La Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 135. Principio de representación equilibrada de hombres y mujeres.

Una ley regulará el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en el nombramiento de los titulares de los órganos directivos de la Administración andaluza cuya designación corresponda al Consejo de Gobierno o a los miembros del mismo en sus respectivos ámbitos. El mismo principio regirá en los nombramientos de los órganos colegiados o consultivos que corresponda efectuar en el ámbito de la Administración andaluza.

TÍTULO VI

Economía, empleo y hacienda

CAPÍTULO II

Empleo y relaciones laborales

Artículo 167. Igualdad de la mujer en el empleo.

Los poderes públicos garantizarán el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en el acceso a la ocupación, la formación y promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, así como que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o maternidad.

Artículo 168. Conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

La Comunidad Autónoma impulsará políticas que favorezcan la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar.

Artículo 174. Contratación y subvención pública.

Las Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias, y en el ámbito de la contratación y de la subvención pública, adoptarán medidas relativas a:

c) La igualdad de oportunidades de las mujeres.

TÍTULO VIII

Medios de comunicación social

Artículo 208. Medios audiovisuales.

Los medios audiovisuales de comunicación, tanto públicos como privados, en cumplimiento de su función social, deben respetar los derechos, libertades y valores constitucionales, especialmente en relación a la protección de la juventud y la infancia, así como velar por el cumplimiento del principio de igualdad de género y la eliminación de todas las formas de discriminación.

LEGISLACIÓN

LEY ORGÁNICA 1/2007, DE 28 DE FEBRERO, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LAS ILLES BALEARS⁵

TÍTULO II

De los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears

Artículo 16. Derechos sociales.

3. En todo caso, la actuación de las Administraciones públicas de las Illes Balears deberá centrarse primordialmente en los siguientes ámbitos: la defensa integral de la familia; los derechos de las parejas estables; [...]; la igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo; la protección social contra la violencia, especialmente la violencia de género; [...].

4. Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias respectivas, promoverán las condiciones necesarias para que los derechos sociales de los ciudadanos de las Illes Balears y de los grupos y colectivos en que se integran sean objeto de una aplicación real y efectiva

Artículo 17. No discriminación por razón de sexo.

1. Todas las mujeres y hombres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía.

2. Las Administraciones públicas, según la Carta de Derechos Sociales, velarán en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discrimi-

minaciones de ningún tipo y garantizarán que lo hagan en igualdad de condiciones. A estos efectos se garantizará la conciliación de la vida familiar y laboral.

3. Todas las personas tienen derecho a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual

TÍTULO III

De las competencias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

Artículo 30. Competencias exclusivas.

La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución:

17. Políticas de género.

TÍTULO IV

De las instituciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

CAPÍTULO IV

De los Consejos Insulares

Artículo 70. Competencias propias.

Son competencias propias de los Consejos Insulares, además de las que les vengán atribuidas por la legislación estatal, las siguientes materias:

20. Políticas de género. Conciliación de la vida familiar y laboral. Mujer.

LEY ORGÁNICA 5/2007, DE 20 DE ABRIL, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN⁶

Artículo 12. Derechos de las personas.

1. Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal.

2. Todas las personas tienen derecho a las prestaciones sociales destinadas a su bienestar, y a los servicios de apoyo a las responsabilidades familiares para conciliar la vida laboral y familiar, en las condiciones establecidas por las leyes.

Artículo 24. Protección personal y familiar.

Los poderes públicos aragoneses orientarán sus políticas de acuerdo con los siguientes objetivos:

a) Mejorar la calidad de vida y el bienestar de todas las personas.

b) Garantizar la protección integral de la familia y los derechos de toda forma de convivencia reconocida por el ordenamiento jurídico.

c) Garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos, con atención especial a la educación, el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

d) Garantizar el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual e identidad de género.

e) Garantizar la protección de la infancia, en especial contra toda forma de explotación, malos tratos o abandono.

⁵ Publicada en BOE núm. 52 de 1.03.2007, se reproduce parcialmente.

⁶ Publicada en BOE núm. 97, 23 de abril de 2007, pp. 17822-17841.

LEGISLACIÓN

f) Favorecer la emancipación de los jóvenes, facilitando su acceso al mundo laboral y a la vivienda.

g) Garantizar la protección de las personas mayores, para que desarrollen una vida digna, independiente y participativa.

Artículo 26. Empleo y trabajo.

Los poderes públicos de Aragón promoverán el pleno empleo de calidad en condiciones de seguridad; la prevención de los riesgos laborales; la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo; la formación y promoción profesionales, y la conciliación de la vida familiar y laboral.

Artículo 30. Cultura de los valores democráticos.

Los poderes públicos aragoneses promoverán la cultura de la paz, mediante la incorporación de valores de no

violencia, tolerancia, participación, solidaridad y justicia, especialmente en el sistema educativo. Asimismo, facilitarán la protección social de las víctimas de la violencia y, en especial, la de género y la de actos terroristas.

Artículo 71. Competencias exclusivas.

En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

37.ª Políticas de igualdad social, que comprenden el establecimiento de medidas de discriminación positiva, prevención y protección social ante todo tipo de violencia, y, especialmente, la de género.

LEY 43/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO⁷

Exposición de motivos

I

[...] Pese a ello, todavía persisten problemas en el mercado de trabajo español que deben superarse, con la finalidad de cumplir los compromisos de la Estrategia de Lisboa y, en general, de mejorar la situación de los trabajadores. Entre estos problemas, cuya superación se encuentra entre los objetivos principales de esta Ley, figuran la reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas, el que la tasa de paro todavía supere ligeramente a la media de la Unión Europea, siendo especialmente elevada en el caso de los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad, la persistencia de segmentaciones entre contratos temporales e indefinidos y, sobre todo, la elevada tasa de temporalidad, la más alta de la Unión Europea, y por encima del doble de la media de ésta.

En relación con la tasa de temporalidad, además son relevantes los niveles particularmente elevados de las correspondientes a los jóvenes, las mujeres, los trabajadores menos cualificados y de menores salarios y los trabajadores con discapacidad. [...]

Capítulo I

Medidas de impulso de la contratación indefinida

Sección 1ª Programa de fomento del empleo

Artículo 1 Objeto del Programa y beneficiarios

2. Asimismo, se regulan con carácter excepcional bonificaciones para los contratos temporales que se cele-

bren con trabajadores con discapacidad o con personas que se encuentren en situación de exclusión social, siempre que, en ambos casos, estén desempleados e inscritos en la Oficina de Empleo, así como con personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o de víctima de violencia doméstica.

Artículo 2 Ámbito de aplicación e incentivos a la contratación

1. Los empleadores que contraten indefinidamente a tiempo completo, de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalan en esta Sección, se podrán bonificar en la cuota empresarial a la Seguridad Social en la siguiente duración y cuantía mensual o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado perteneciente a alguno de los siguientes colectivos:

- Mujeres en general: 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante 4 años.
- Mujeres que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, o de la adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente: 100 euros/mes (1.200 euros/año) durante 4 años.
- Mujeres que se reincorporen al empleo después de cinco años de inactividad laboral, siempre que, anteriormente a la retirada del mercado de trabajo, hubiesen estado de alta en cualquier régimen de Seguridad Social durante un mínimo de 3 años: 100 euros/mes

⁷ Publicada en BOE núm. 312 de 30.12.2006, se reproduce parcialmente.

LEGISLACIÓN

(1.200 euros/año) durante 4 años.

2. Los empleadores que contraten a personas con discapacidad tendrán derecho a las siguientes bonificaciones: [...]

3) Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los números anteriores, se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), sin que los incrementos establecidos en este número sean compatibles entre sí.

4) En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento del empleo, la bonificación ascenderá a 291,66 euros/mes (3500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. [...] La bonificación será de 341,66 euros/mes (4.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes:

i) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100.

ii) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100.

Si el trabajador tiene en el momento de la contratación 45 o más años, o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los párrafos anteriores, se incrementará, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí. [...]

4. Los empleadores que contraten indefinidamente a personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o de víctima de violencia doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante 4 años.

En el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

Artículo 4 Bonificaciones para el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades

2. Los contratos de trabajo de carácter indefinido de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo darán

derecho, cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del inicio del permiso de maternidad, siempre que esta incorporación sea a partir del 1 de julio de 2006, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 100 euros al mes (1.200 euros/año) durante los 4 años siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo.

En el supuesto de que el contrato fuera de duración determinada o temporal, se tendrá derecho a esa misma bonificación si en el momento de la reincorporación el contrato se transforma en indefinido.

En el caso de que los contratos sean a tiempo parcial, la bonificación se aplicará en los términos del artículo 2.7.

Disposiciones adicionales

Disposición adicional duodécima. Estrategia Global de Empleo para personas con discapacidad

(...) Esta Estrategia contará, entre sus objetivos preferentes, disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad de las personas con discapacidad, con especial atención a las mujeres con discapacidad, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo.

ANÁLISIS DE LA LEY 43/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO, DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Pese a que el legislador, en la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, reconoce la evolución que ha experimentado el mercado laboral, con el consiguiente incremento del empleo, asume que persisten problemas, cuya solución constituye uno de los objetivos primordiales de la norma. Así, desde la óptica que nos lleva a realizar este comentario, se pretende superar la reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas, así como, la *...relevante...* tasa de temporalidad laboral que afecta al sector femenino.

Sobre la base del consenso social plasmado en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006, Gobierno e interlocutores sociales, concluyeron que la mejora de la estabilidad laboral constituía un instrumento necesario para el impulso de un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero. Las medidas que, en este sentido, incluye el Acuerdo, se dirigen a afrontar los desequilibrios del mercado de trabajo, *...en aras de apoyar y sostener la creación de empleo así como de mejorar el funcionamiento del mercado laboral y la estabilidad...* mediante, por mencionar algunos ejemplos, el impulso al empleo, a la contra-

LEGISLACIÓN

tación indefinida, a la conversión del empleo temporal en fijo, a la creación de medidas que eviten la utilización sucesiva de contratos temporales o a la mejora en la protección de trabajadores demandantes de empleo.

La Ley 43/2006 constituye la norma de ejecución de las medidas contempladas en el Acuerdo, respondiendo con fidelidad a los criterios y propuestas expresados por los firmantes del mismo. Con tal finalidad, la norma se estructura en tres capítulos. Es en el primero de ellos en el que centramos los objetivos de este comentario, ya que en el mismo se incluyen las medidas de impulso de la contratación indefinida (entre ellas el nuevo Programa de Fomento del Empleo), de estímulo de la conversión de los contratos temporales y de reducción de las cotizaciones empresariales, dirigidas a paliar los problemas laborales que afectan al sector femenino de la población activa.

Así, en cuanto al impulso de la contratación indefinida, el nuevo Programa de Fomento del Empleo prevé la posibilidad de que los empleadores-beneficiarios, previstos en el artículo 3 de la norma, puedan obtener bonificaciones económicas en la cuota empresarial a la Seguridad social, en los supuestos de contratación de indefinida, por tiempo completo o parcial de determinados sectores activos de la población entre los que se encuentran las mujeres y, especialmente, aquellas que: sean contratadas en los dos años siguientes al parto, adopción o acogimiento; se reincorporen al empleo después de cinco años de inactividad laboral, siempre que antes de la retirada del mercado laboral hubieren cotizado a la Seguridad Social al menos durante tres años; tengan más de cuarenta y cinco años; tengan los grados de discapacidad que exige la norma; o puedan acreditar, conforme a la legislación vigente, la condición de víctima de violencia de género o de violencia doméstica (artículo 2, apartados 1, 2 y 4 de la Ley 43/2006).

En concreto, la contratación indefinida de mujeres, en general, y de aquellas que puedan acreditar la condición de víctima de violencia de género o de violencia doméstica, obtendrá una bonificación de 850 euros al año, durante cuatro años, cifra que se incrementa en 350 euros anuales, durante idéntico período de tiempo, para el caso de trabajadoras contratadas después del parto, la adopción o el acogimiento, y que puede llegar incluso a los 5100 euros anuales, cuando la trabajadora tenga la condición de discapacitada. En el caso de mujeres que se encuentren en cualquiera de los supuestos de exclusión social, contemplados en la Disposición Adicional segunda de la Ley, su contratación indefinida dará lugar a una bonificación 600 euros. Aun cuando la norma establece como uno de sus obje-

tivos primordiales evitar la celebración sucesiva de contratos temporales y potenciar la contratación indefinida, prevé con carácter excepcional la existencia de bonificaciones a la contratación temporal de sectores especialmente afectados con la inactividad laboral. Así, trabajadoras discapacitadas o que se encuentren en cualquiera de los supuestos de exclusión social previstos en la Disposición Adicional segunda (siempre que estuvieran inscritas, en ambos casos, como demandantes de empleo) o que puedan acreditar la condición de víctima de violencia de género o doméstica, consistente en una reducción de entre 500 y 600 euros anuales (artículo 2.4, *in fine* y artículo 2.5) aplicable durante toda la vigencia del contrato.

Como medida para lograr la igualdad de oportunidades y, en nuestra opinión, la tan anhelada conciliación de la vida profesional y familiar, la norma establece, en su artículo 4.2, una bonificación anual de 1200 euros, durante un período de cuatro años, en el caso de reincorporación de mujeres trabajadoras con contratos indefinidos que hayan sido suspendidos por maternidad o excedencia para el cuidado de hijos, exigiendo, que la reincorporación se produzca en los dos años siguientes a la fecha de inicio del permiso y siempre que sea a partir del 1 de julio de 2006. Los beneficiarios tendrán derecho a idéntica bonificación, en los supuestos de contratos temporales, cuando al momento de la reincorporación se transformen en indefinidos, aplicándose en otro caso las previstas en el artículo 2.7 de la norma que comentamos.

No debemos olvidar que el disfrute de las bonificaciones que hemos comentado se condiciona a que los beneficiarios cumplan los requisitos establecidos en el artículo 5 y a que el contrato no se encuadre en ninguno de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 6. En relación con estos últimos y, aun cuando compartimos la finalidad de evitar fraudes que creemos subyace en la mayoría de ellos, no entendemos la exclusión de las relaciones laborales de carácter especial del artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, sobre todo porque puede que este tipo de bonificaciones incitara a la contratación de mujeres como personal de alta dirección o porque puede que con este tipo de bonificaciones se contratara legalmente a tantas mujeres que se dedican al hogar familiar. Por otro lado, el disfrute de las tan mencionadas bonificaciones se condiciona a lo establecido en el artículo 7 sobre concurrencia, cuantía máxima e incompatibilidad de las mismas.

Se establece, por último, la obligación del Gobierno de aprobar, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, una Estrategia Global de Acción para

LEGISLACIÓN

el empleo de personas con discapacidad, que tendrá como objetivo preferente la disminución de los índices de desempleo y la elevación de las tasas de actividad

de mujeres con discapacidad. (PATRICIA MÁRQUEZ LOBILLO. Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga).

ASPECTOS RECIENTES DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA PROFESIÓN MILITAR⁸

a) El contexto

La presencia de la mujer en el ejército es hoy una realidad⁹. Atrás queda el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de octubre de 1988 (RCJ 1988, 7579, Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Antonio Mateos García), que rechazó que la negativa al ingreso de la mujer al ejército del aire supusiera vulneración alguna del principio de igualdad esgrimiendo que “no lesiona el núcleo esencial del derecho de igualdad en los términos que más arriba definíamos, ni comporta la discriminación proscrita, pues realmente se produce en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes en *orden a la permanente disponibilidad para el servicio*¹⁰, con la infraestructura actual de los Ejércitos e incluso con las características y funciones propias del Arma aérea, al menos en sus actividades operativas y de combate”.

El correctivo que sobre dicho pronunciamiento imponía el propio Tribunal Constitucional tres años más tarde en la Sentencia 216/91, de 14 de noviembre (Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas), dejaba claro su voluntad de “finalizar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina” y ha servido de referente en sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia¹¹ proyectándose también en el ámbito del acceso a la función pública, y a la relaciones laborales..

Pronunciamientos jurisprudenciales, de los que merece la pena rescatar la doctrina legal contemplada en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, las Palmas de 13 de junio de 1997 (RCJ 1997, 2105), al decir en un párrafo muy relevante:

“Desde la promulgación de la Constitución Española es constante la preocupación del legislador y de los poderes públicos por terminar con desigualdades que habían sido históricas. Lo expresa muy bien el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia concerniente a desigualdad por razón de sexo en diversas sentencias cuyo contenido resume la 216/1991, de 14 noviembre (RTC 1991\216), así dice que el precepto que impone la interdicción de discriminación por razón de sexo es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución y su adecuada interpretación exige la integración sistemática del mismo y a continuación relaciona este precepto con los contenidos en los Artículos 14 y 9.2 y añade la incidencia del mandato contenido en el Artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el Artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido de que no podrá reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación sustancial y que tal modulación exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección”.

Actitud positiva y diligente cuyo reflejo materializan los reglamentos que examinamos y que con acierto, nos sitúan en la clave precisa para comprender la evolución normativa que se deriva de reconocer la proyección efectiva de la igualdad real de la mujer. Y ello por cuanto se trate de un desideratum de la política comunitaria europea en general y de los Estados nacionales en particular (Caso Abrahamsson y Anderson,

⁸ Comentario al RD. 1411/2006, de 1 de diciembre por el que se aprueba el reglamento de ascensos y acceso a la condición de permanente para tropa y marinería, y al RD. 1412/06, de 1 de diciembre que establece el procedimiento para la aplicación de las medidas de protección social para los militares de complemento y de tropa y marinería.

⁹ A fecha 1 de marzo de 2005, el número de mujeres incorporadas a las filas de las Fuerzas Armadas españolas ascendía a 12.695. Un 11 por ciento del total, al que no han llegado siquiera otros países que fueron avanzadilla en este ámbito. A Marzo de 2006, el personal femenino suponía ya el 13,5% (16.311) de los 121.000 efectivos que componen las Fuerzas Armadas, aunque aún solo representan el 5% de los cuadros de mando.

¹⁰ La cursiva es nuestra.

¹¹ ST Superior de Justicia de Castilla La-Mancha de 22 de noviembre de 2002(RCJ 2002,1249, Ponente, Excmo. Sr. D.: José Borrego López); ST Superior de Justicia del País Vasco de 10 de octubre de 1995 (RCJ 1995, 3716); STC 28/92, de 9 de marzo (RJC 1992, 28); STC 5/92 (RJC 1992,5) de 12 de enero, entre otras.

LEGISLACIÓN

de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2000, de 6 de julio), tal y como ha apreciado el prof. Pulido Quevedo¹².

Muchos e importantes pasos se han dado en este contexto desde los iniciales pronunciamientos jurisprudenciales, matizando una realidad que se dibuja desde los Reglamentos de desarrollo de la Ley de Tropa y Marinería del año 2006 que examinamos.

b) Los Reales Decreto 1411/2006, y 1412/06 de desarrollo de la Ley de Tropa y Marinería respecto de la promoción y protección social de las militares en situación de embarazo, o posparto.

El Boletín Oficial del Estado de 2 de Diciembre de 2006 publica los Reales Decretos 1411 y 1412 de 1 de diciembre 2006 (RCL 2006, 2144 y RCL 2006, 2145) que son objeto de atención en estas líneas. Disposiciones normativas de igual rango, que vienen a consagrar desde el ámbito de la protección social, la equiparación en derechos y obligaciones de la mujer al hombre que se opera más allá del reconocimiento del acceso a la carrera militar de las mujeres, para proyectarse en su promoción profesional tomando en cuenta sus especiales necesidades. Son, por tanto, disposiciones que atienden a la consecución de una igualdad real de la mujer en el ejercicio de sus derechos en el seno del ejército, desde su condición permanente de tropa y marinería.

Ambas normas, tanto el RD 1411/2006, de 1 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Ascensos y Acceso a la Condición de Permanente para Tropa y Marinería, y al RD 1412/06, de 1 de diciembre que establece el procedimiento para la aplicación de las medidas de protección social para los Militares de Complemento y de Tropa y Marinería, traen causa en el necesario desarrollo normativo de la Ley 8/2006, de 24 de mayo de Tropa y Marinería.

Ley, que viene a definir un modelo de tropa y marinería que garantiza a los soldados y marineros tanto la posibilidad de completar su trayectoria profesional garantizando una prolongada relación temporal sino también una progresiva sucesión de salidas laborales, unas medidas socioeconómicas y otras complementarias de protección social.

Hay que decir, no obstante, que estos dos reglamentos conforman un paquete de medidas que en aras del desarrollo de la nueva Ley de Tropa y Marinería de 24 de mayo de 2006, y disposiciones complementarias,

han introducido modificaciones significativas que afectan al papel de la mujer regulando especificidades derivadas de su integración en el ejército y en las fuerzas armadas. Así sucede, por ejemplo, con el RD 1202/2006, de 20 de octubre, (RCL 2006,1908, BOE de 21 de octubre) de las fuerzas armadas, que modifica el reglamento de destinos de personal militar profesional para atender al supuesto de contemplado en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (respecto de las funcionarias víctimas de violencia de género), y que afecta tanto al ámbito administrativo de la función pública como al estrictamente castrense. Y sucede también complementariamente con la Orden de Defensa de 20 de octubre de 2006 (RCL 2006,1972), que regula determinados aspectos de los compromisos, el cambio de relación de servicios y el cambio de especialidad del militar profesional de tropa y marinería; y la Orden de 4 de octubre de 2006 (RCL 2006,1987) que aprueba las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas. Orden esta última que llega a afirmar en su Exposición de Motivos:

“En los últimos años la Administración General del Estado ha experimentado una profunda evolución que, en el ámbito social, se ha concretado en la introducción de normas para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Además, se han adoptado medidas que tratan de paliar el impacto de la violencia de género.

El régimen de horarios y permisos del personal militar está regulado por diversas órdenes ministeriales que, con una vigencia de veinte años en la mayoría de los casos, presentan un considerable desfase con relación al régimen existente para los funcionarios civiles. Además, hay que tener en cuenta los cambios introducidos durante estos años en las Fuerzas Armadas, entre los que hay que resaltar por su relevancia la completa profesionalización y la plena incorporación de la mujer”.

Pues bien, en este contexto de cambios y de introducción de mecanismos que permitan la adaptación del sistema para la plena profesionalización e incorporación de la mujer, encuentran protagonismo ambos Reglamentos.

El primero de ellos, el Real Decreto 1411/2006, por cuanto desde la Exposición de Motivos de la norma introduce como objetivo el alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres y señala: “eliminar cualquier obstáculo que dificulte a éstas por el hecho de serlo, su

¹² Lo ha puesto de manifiesto así Pulido Quevedo en el comentario al a Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de julio de 2000, caso Abrahamsson y Anderson, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 9/2000, Parte Tribuna pgs. 9-13 Editorial Aranzadi, 2000.

LEGISLACIÓN

promoción como militares profesionales". Y, en ese sentido, el Reglamento define el régimen de la promoción de ascensos y acceso a la condición de permanente de la tropa y marinería, y lo hace con el referente del artículo 12 y 13 de la Ley que deroga la anterior regulación incentivado y definiendo la carrera del personal de tropa y marinería.

La norma viene a derogar el Reglamento 1064/2001 de 28 de septiembre, que regula el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos del Personal Militar profesional¹³. Resultando, este nuevo reglamento supletorio respecto de lo establecido en los artículos 5 y 6, y dejando a salvo su vigencia en todo lo demás (esto es, todo lo relativo a las evaluaciones para los ascensos, la designación como concurrentes a los cursos de capacitación y la regulación de los aplazamientos, bajas y renunciaciones) respecto de los militares profesionales de tropa y marinería.

La novedad de la norma, respecto de la igualdad en la promoción profesional se denota especialmente respecto del aplazamiento de la realización de las pruebas físicas en el supuesto de militar profesional embarazada.

Así, el artículo 6 del Real Decreto señala que la militar que no pudiera efectuar pruebas físicas que se exijan para los ascensos de cabo Primero o Cabo por situación de embarazo, parto o posparto, realizará todas las demás pruebas, quedando la plaza que pudiera corresponderle para efectuar el curso de capacitación o el puesto para ascender, caso de no estar previsto realizar otras pruebas, condicionada a la superación de las pruebas físicas en la fecha en que se determine una vez finalizada la causa que motivó tal aplazamiento.

Se trata por tanto, de favorecer la situación de militar embarazada para que esta circunstancia no impida su ascenso profesional siempre y cuando esté capacitada y haya superado las correspondientes pruebas selectivas. No se trataría de que la medida protectora habilitara sin más al ascenso o acceso. Tal y como sucedió en el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de julio de 2000, (Caso Abrahamsson y Anderson), respecto de la normativa nacional sueca que "reconocía una reglamentación que daba preferencia al candidato-mujer a un empleo en la función pública con preferencia a un candidato-varón, que en caso contrario hubiese sido designado, siempre que la diferencia entre los respectivos méritos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión del puesto de trabajo". Se trataría de no impedir la promoción de las militares que hubieran acreditado su cualificación, pre-

viendo el aplazamiento de las pruebas físicas por razones de embarazo.

Es justamente esta cuestión de la situación de embarazo, la que es objeto específico de atención también en el RD 1412 /2006. En esta otra ocasión, la norma que se ocupa del establecimiento del procedimiento para la aplicación de las medidas de protección social para los militares de complemento y de tropa y marinería, con un marcado carácter de protección social, ampara el supuesto de militares de complemento y militares profesionales que al finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas se encuentren en situación de incapacidad temporal, por accidente o enfermedad derivada del servicio o en situación de embarazo, parto o posparto y a los alumnos aspirantes a la condición de militar profesional.

Con esta previsión normativa, que incorpora colectivos tan dispares como el de militares en situación de incapacidad temporal o alumnos aspirantes, se da cabida al supuesto de la mujer en situación de embarazo. Lo cual, permite, cierta equiparación al menos en relación a la aplicabilidad de la norma entre la situación de embarazo y la de incapacidad temporal.

La situación de embarazo descrita en el artículo 3 del reglamento, se extiende desde la certificación facultativa del embarazo por la sanidad militar y la finalización de las dieciséis semanas posteriores al parto.

La traducción que en el procedimiento selectivo tenga la situación de embarazo, (RD 1411 /06), no ha sido siempre tan ejemplar ni pacífica como la contemplada en este Reglamento respecto de la tropa y marinería. Prueba de ello, es la Sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura de 25 de febrero de 2003 (RCJ 2003, 454, Ponente: Ilmo. Sr. D. Daniel Ruiz Ballesteros), que aprecia discriminación por razón de sexo respecto de la negativa del aplazamiento de la fecha del primer ejercicio del proceso selectivo a funcionaria ingresada en centro hospitalario debido a una complicación posterior al parto. Por ello podemos afirmar que la introducción de ambas previsiones normativas respecto de la situación de embarazo, parto y posparto, suponen a nuestro juicio un avance significativo. No apreciamos al menos hasta la fecha, un movimiento pendular en las medidas de discriminación positiva similar al de la legislación sueca, que nos obligue a reivindicar con Quevedo que "las medidas políticas de discriminación de un grupo o conjunto de personas no pueden en su aplicación incurrir en los mismos vicios que la medida que se trata de corregir o matizar".

¹³ Según la disposición derogatoria única de la norma, ésta se opera en artículo 13 y en la letra c) del párrafo primero y segundo y tercero del artículo 31.1.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Esto es, las medidas de favorecimiento removerán los obstáculos para la plena integración, promoción y protección social de la mujer en el ejército (artículo 9 de la Constitución), sin subvertir con ello las reglas y principios que desde el artículo 23 de la Constitución exigen el mérito y la capacidad.

Medidas que vendrán a reflejar la proyección de la discriminación positiva hacia la mujer en el acceso, promoción y protección social en el ejército, en su justa proyección del principio de igualdad real que nuestra Constitución proclama

Por último, se encuentra en la actualidad en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOCG de Senado de 29 de diciembre de 2006, Núm. 84, Cong. Diputados, Serie A, núm. 92, Núm. exp. 121/000092)¹⁴. El Proyecto de Ley en la versión remitida por el Congreso, contempla entre otras medidas en el título V, la regulación del principio de igualdad en el empleo público y más específicamente su respeto en las Fuerzas Ar-

madadas y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Para ello, ordena la modificación expresa, entre otras de la Ley 17/99 de las fuerzas armadas en el artículo 148, que opera el ajuste normativo oportuno acorde con el contenido del Real Decreto 1412/2006, (incorporando un número apartado 6 al articulado existente) para contemplar el caso de militar embarazada; de la Ley 42/99 del régimen del personal de la Guardia Civil (artículo 60, con la misma finalidad protección a mujer durante el embarazo, y de la Ley 30/84 de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Todo un abanico de medidas, que nacen con aspiración de convertirse en una Ley-Código de la igualdad entre mujeres y hombres, pero que de momento, y a través del establecimiento de medidas positivas (en similitud con las Affirmative Action, del Tribunal Supremo Americano), nos recuerdan con la vista puesta en las dos recientes modificaciones de la normativa sobre Tropa y Marinería, que aun queda mucho camino por andar (Dra. MARÍA LUISA GÓMEZ JIMÉNEZ. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga).

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN

A) UNIÓN EUROPEA:

Reglamento (CE) n° 1889/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establece un instrumento financiero para la promoción de la democracia y de los derechos humanos a escala mundial¹⁵. Artículos 2.1 a) vi) y b) v); 2.2.

Reglamento (CE) n° 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización¹⁶. Artículo 7.

Reglamento (CE) n° 1905/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo¹⁷. Artículo 12.2 c).

Reglamento (CE, EURATOM) n° 478/2007, de la Comisión, de 23 de abril de 2007, por el que se modifica el Reglamento (CE, EURATOM) n° 2342/2002 sobre nor-

mas de desarrollo del Reglamento (CE, EURATOM) n° 1605/2002 del Consejo por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas¹⁸. Artículos 43.6 a), 160 sexies.2 a), 265 bis.4.

Decisión n° 1904/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por la que se establece el programa Europa con los ciudadanos para el período 2007-2013 a fin de promover la ciudadanía europea activa¹⁹. Artículo 10.1.

Recomendación del Consejo, de 27 de marzo de 2007, relativa a la actualización de las orientaciones generales de política económica 2007 de los Estados miembros y de la Comunidad y sobre la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros²⁰. Anexo España, punto 3.

Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, de 17.7.2006. COM (2006) 400 final.

¹⁴ En la fecha de entrega de este trabajo aún se estaba tramitando la que, con posterioridad, se ha convertido en Ley Orgánica 3/2007.

¹⁵ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2006/l_386/l_38620061229es00010011.pdf.

¹⁶ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2006/l_406/l_40620061230es00010006.pdf.

¹⁷ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2006/l_378/l_37820061227es00410071.pdf.

¹⁸ Publicado en el DOUE L 111, de 28.4.2007, pp. 13-45.

¹⁹ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2006/l_378/l_37820061227es00320040.pdf.

²⁰ Publicada en el DOUE L 92, de 3.4.2007, pp. 23-42.

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

B) ESTATAL GENERAL:

Instrumento de ratificación de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecho en París el 20 de octubre de 2005²¹. Preámbulo y artículo 7.1 a).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia²². Exposición de motivos, artículo 3, 4.2 letras k) y l) y disposición final primera.

Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007²³. Disposiciones adicionales decimocuarta y quincuagésima tercera.

Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades²⁴. Exposición de motivos, artículos modificados 13 b, 27.1, 27 bis e, 41.4, 46.2 b, 46.4, 57.2, 62.3 y disposiciones adicionales cuarta y duodécima.

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público²⁵. Exposición de motivos y artículos 1.3 d, 14 h e i, 49 d, 52, 53.4, 60.1, 61.1, 65.2 b, 79.1, 82, 89.1 d, 89.5 y disposición adicional octava.

Real Decreto 476/2007, de 13 de abril, por el que se modifica el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre²⁶.

Orden PRE/720/2007, de 21 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se toma conocimiento del «Balance 2006» sobre el desarrollo de las medidas para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres aprobadas por el Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, y se aprueba la incorporación de nuevas medidas para su implementación durante el 2007²⁷.

Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de los artículos 44.bis y 187.2 de la LOREG en la redacción dada por la Ley Orgáni-

ca 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁸.

Instrucción 8/2007, de 19 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del trámite de subsanación de irregularidades previsto en el artículo 48.1 LOREG por incumplimiento de los requisitos de los artículos 44 bis y 187.2 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁹.

C) AUTONÓMICA

Decreto 3/2007, de 9 de enero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro General de Entidades de Voluntariado de Andalucía y el seguro de las personas voluntarias³⁰. Artículo 6.3 h).

Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y la Mejora de la Convivencia en los Centros Educativos sostenidos con fondos públicos³¹. Artículos 3.1 c), 37.1 y disposición adicional 7ª.

Decreto 25/2007, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de las personas menores de edad³². Artículos 3 a), 5 c) y 13 f).

Decreto 28/2007, de 6 de febrero, por el que se crea el Observatorio Andaluz de la Lectura y se regula su organización y funcionamiento³³. Artículos 2 f) y 6 b).

Decreto 58/2007, de 6 de marzo, por el que se modifica el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido³⁴. Artículos primero.tres (artículo 5) y cinco (artículo 8.1 a), y artículo segundo (artículo 27.1 a).

Decreto 100/2007, de 10 de abril, por el que se modifica el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas³⁵. En relación al resto del artículo 9.

²¹ <http://www.boe.es/boe/dias/2007/02/12/pdfs/A06069-06076.pdf>.

²² Publicada en el BOE 299 de 15.12.2006.

²³ Publicada en BOE 311 de 29.12.2006.

²⁴ <http://www.boe.es/boe/dias/2007/04/13/pdfs/A16241-16260.pdf>.

²⁵ <http://www.boe.es/boe/dias/2007/04/13/pdfs/A16270-16299.pdf>.

²⁶ Publicado en el BOE núm. 100, de 27.4.2007, pp. 18379-18380.

²⁷ <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/27/pdfs/A13191-13191.pdf>.

²⁸ <http://www.boe.es/boe/dias/2007/04/19/pdfs/A17197-17198.pdf>.

²⁹ <http://www.boe.es/boe/dias/2007/04/20/pdfs/A17421-17421.pdf>.

³⁰ <http://andaluciajunta.es/portal/boletines/2007/02/aj-bojaVerPagina-2007-02/0,23340,bi%253D694312981888%257Cfm%253DImpr,00.html>.

³¹ <http://andaluciajunta.es/portal/boletines/2007/02/aj-bojaVerPagina-2007-02/0,23340,bi%253D693662581889%257Cfm%253DImpr,00.html>.

³² <http://andaluciajunta.es/portal/boletines/2007/02/aj-bojaVerPagina-2007-02/0,23340,bi%253D697897561890%257Cfm%253DImpr,00.html>.

³³ <http://andaluciajunta.es/portal/boletines/2007/03/aj-bojaVerPagina-2007-03/0,23341,bi%253D693090361889%257Cfm%253DImpr,00.html>.

³⁴ <http://andaluciajunta.es/portal/boletines/2007/04/aj-bojaVerPagina-2007-04/0,23342,bi%253D698854611882%257Cfm%253DImpr,00.html>.

³⁵ <http://andaluciajunta.es/portal/boletines/2007/04/aj-bojaVerPagina-2007-04/0,23342,bi%253D695083111881%257Cfm%253DImpr,00.html>.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEGUNDA), DE 18 DE ENERO DE 2007. CÁLCULO DEL IMPORTE DE LAS PRESTACIONES DIARIAS POR ENFERMEDAD EN FUNCIÓN DE LA RENTA NETA, DETERMINADA POR EL GRUPO DE TRIBUTACIÓN

En el asunto C332/05, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundessozialgericht (Alemania), mediante resolución de 5 de julio de 2005, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de septiembre de 2005, en el procedimiento entre Aldo Celozzi e Innungskrankenkasse Baden-Württemberg,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda), integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen (Ponente), P. K?ris, J. Makarczyk y G. Arestis, Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de junio de 2006;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de la Innungskrankenkasse Baden-Württemberg, por el Sr. R. Kitzberger, Rechtsanwalt;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. V. Kreuzschitz y la Sra. I. Kaufmann-Bühler, en calidad de agentes;

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, apartado 1, y 23, apartado 3 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 lo sucesivo, «Reglamento n° 1408/71»), así como del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77) y del artículo 39 CE.

2 Dicha petición se formuló en el marco de un litigio entre el Sr. Celozzi y la Innungskrankenkasse Baden-Württemberg (en lo sucesivo, «Innungskrankenkasse»), ocasionado por la negativa de esta última a tener en cuenta, con carácter retroactivo, la modificación del grupo de tributación al que pertenece el demandante en el procedimiento principal, para el cálculo del importe de las prestaciones diarias por enferme-

dad (en lo sucesivo, «prestaciones diarias») que se le concedieron con arreglo a la legislación alemana.

Marco normativo

Legislación comunitaria

3 El artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 dispone: «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 A tenor del artículo 7, apartado 2, del Reglamento n° 1612/68, en el territorio de otros Estados miembros, el trabajador nacional de un Estado miembro se beneficiará «de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.»

Normativa nacional

5 El artículo 47 del libro V del Sozialgesetzbuch (en lo sucesivo, «SGB») está redactado en los siguientes términos:

«1. La cuantía de las prestaciones por enfermedad ascenderá al 70 % del salario y de los ingresos del trabajo regulares percibidos, siempre que se ajuste al cálculo de las cotizaciones [remuneración ordinaria (Regelentgelt)]. Las prestaciones por enfermedad calculadas a partir del salario no podrán superar el 90 % del salario neto calculado por aplicación *mutatis mutandis* de lo dispuesto en el apartado 2. La remuneración ordinaria se calculará con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2, 4 y 6. Las prestaciones se abonarán por días naturales. Si debieran abonarse por un mes natural completo, se reputará que éste tiene treinta días.

2. Para el cálculo de la remuneración ordinaria, el salario obtenido por el asegurado en el último período de liquidación salarial concluido previamente al inicio de la incapacidad laboral y como mínimo el percibido durante las cuatro últimas semanas liquidadas (período de cómputo), menos el importe de las remuneraciones abonadas de modo extraordinario, se dividirá por el número de horas por el que haya sido abonado dicho salario. El resultado se multiplicará por el número normal de horas de trabajo semanales estipulado en el contrato de trabajo y se dividirá por siete. Si la remuneración se calculara por meses o si no fuera posible calcular la remuneración ordinaria conforme a las anteriores frases primeras y segunda, ésta estará constituida por la trigésima parte del salario obtenido en el último mes natural liquidado antes del inicio de la incapacidad laboral, menos cualquier remuneración abonada de modo extraordinario. [...]

JURISPRUDENCIA • TJUE

3. La remuneración ordinaria se tendrá en cuenta hasta la cuantía máxima diaria que sirva de base para el cálculo de las cotizaciones.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

6 El Sr. Celozzi, nacional italiano nacido en 1942, trabajó y residió durante un largo período en Alemania, mientras que su esposa, de nacionalidad italiana y sin empleo, siguió residiendo en Italia con sus hijos.

7 Por su último empleo como trabajador de la construcción, el Sr. Celozzi estaba asegurado en la Innungskrankenkasse. Durante el mes de mayo de 1997, después de una hospitalización, estuvo largo tiempo en situación de incapacidad laboral por enfermedad. Se le abonaron distintas prestaciones diarias por enfermedad durante los períodos comprendidos entre el 20 de junio de 1997 y el 27 de enero de 1998 y entre el 26 de febrero de 1998 y el 5 de noviembre de 1998. A continuación, el demandante en el asunto principal percibió las prestaciones por desempleo.

8 Para calcular tales prestaciones por enfermedad, la Innungskrankenkasse se basó en la retribución abonada por el empresario al Sr. Celozzi en abril de 1997, que fue la última retribución cobrada por éste. En la citada fecha, la tarjeta fiscal relativa a los sueldos expedida cada año natural por la Administración municipal competente y entregada por el trabajador a su empresario (en lo sucesivo, «tarjeta fiscal») mencionaba que al Sr. Celozzi le era aplicable el grupo de tributación II, es decir, aquél que corresponde normalmente a un trabajador con hijos que esté separado de su cónyuge desde hace muchos años y con una desgravación fiscal por dos hijos. En estas circunstancias, el demandante en el asunto principal percibió una retribución neta de 2.566,22 DEM y prestaciones por enfermedad por importe de 72,70 DEM. Ahora bien, si se hubiera calculado sobre la base del grupo de tributación III, a saber aquél aplicable por regla general a un trabajador casado, que vive con su cónyuge, pero que es el único que ejerce una actividad remunerada, el importe de la retribución neta hubiera ascendido a 2.903,52 DEM y las prestaciones diarias habrían sido de 82,25 DEM.

9 En el transcurso del mes de agosto del año 2000, el Sr. Celozzi solicitó a la Innungskrankenkasse que revisara el cálculo de sus prestaciones por enfermedad considerándolo esta vez en el grupo de tributación III, que es más favorable que aquél que se le había asignado y cuyas condiciones de atribución cumplía desde que comenzó a tener derecho a las prestaciones. Para ello, alegaba que se había beneficiado *a posteriori* de una reducción de su impuesto sobre la renta y de un incremento de sus prestaciones por desempleo.

10 Mientras que la Administración tributaria alemana competente confirmó que, desde el año 1997, concurrían los requisitos para una tributación conjunta del Sr. Celozzi y de su cónyuge, la Innungskrankenkasse se negó a abonarle retroactivamente prestaciones por enfermedad más elevadas, aduciendo que éstas se habían calculado correctamente en el momento en que el demandante en el asunto principal había

disfrutado de una baja por enfermedad y que una modificación retroactiva del grupo de tributación no tenía influencia alguna sobre el importe de las referidas prestaciones, según la jurisprudencia existente sobre esta materia.

11 Puesto que sus pretensiones fueron desestimadas tanto en primera como en segunda instancia, el Sr. Celozzi interpuso entonces un recurso de casación ante el Bundessozialgericht, en apoyo del cual invocaba la infracción del Derecho Comunitario primario y derivado. El Sr. Celozzi alega que, dado que le correspondía, en realidad, el grupo de tributación III y no el grupo de tributación II, que es menos favorable y que le fue atribuido por el hecho de residir su esposa en Italia, fue víctima de una desventaja concreta que supuso para él una discriminación vinculada a su condición de trabajador migrante. Aun cuando fuese posible la modificación del grupo de tributación que se le había atribuido bajo ciertas condiciones y sin perjuicio de presentar la prueba de su situación familiar y financiera, no obstante hubiera requerido una petición expresa y concreta por su parte. La exigencia de una petición semejante tiene como consecuencia que a los trabajadores migrantes, cuyo cónyuge permanece frecuentemente en el país del cual éstos sean originarios, se les concede, en un primer momento, un grupo de tributación inadecuado, a saber, aquél que corresponde a los cónyuges separados, y perciben, en caso de incapacidad laboral, unas prestaciones por enfermedad inferiores a aquéllas a las que tendrían derecho si disfrutasen del grupo de tributación correspondiente a su situación real, sin que posteriormente pudiese remediarse dicha inexactitud. Por lo tanto, el Derecho alemán provoca una discriminación indirecta, y ello tanto más cuanto que ningún servicio llamó la atención del demandante en el asunto principal acerca de la citada inexactitud y de la posibilidad de lograr la modificación del grupo de tributación que se le atribuye de oficio.

12 En estas circunstancias, el Bundessozialgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Es compatible con las normas de Derecho comunitario primario o derivado [en particular el artículo 39 CE (anteriormente artículo 48 del Tratado CE), los artículos 3, apartado 1, y 23, apartado 3, del Reglamento [...] n° 1408/71, y el artículo 7, apartado 2, del Reglamento [...] n° 1612/68] el hecho de que un trabajador migrante casado y empleado en Alemania cuyo cónyuge reside en otro Estado miembro perciba una prestación por enfermedad en función de su salario neto, el cual se calcula tomando como base el grupo de tributación que figura en la tarjeta fiscal del trabajador, sin que se tenga en cuenta una modificación posterior favorable de su régimen fiscal dependiente de la situación familiar y dotada de efecto retroactivo?»

Sobre la cuestión prejudicial

13 Con objeto de responder a esta cuestión, conviene recordar, con carácter preliminar, que, por lo que atañe a la libre

JURISPRUDENCIA • TJUE

circulación de los trabajadores, el principio de no discriminación sentado en el artículo 39 CE, apartado 2, ha sido concretado en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes, por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71.

14 Procede, pues, examinar si el mencionado Reglamento no permite por sí sólo facilitar al órgano jurisdiccional remitente los elementos necesarios para responder a esta cuestión con el fin de hallarse en condiciones de resolver el litigio que le ha sido sometido.

15 En estas circunstancias, conviene verificar previamente si unas prestaciones como las que se cuestionan en el asunto principal se hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento.

16 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la distinción entre las prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71 y las prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada de prestación de seguridad social por una legislación nacional (véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. p. 973, apartado 11; de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo, C111/91, Rec. p. 1817, apartado 28, de 2 de agosto de 1993, Acciardi, C66/92, Rec. p. 14567, apartado 13, y de 27 de noviembre de 1997, Meints, C57/96, Rec. p. 16689, apartado 23).

17 El Tribunal de Justicia ha precisado también en repetidas ocasiones que una prestación podrá ser considerada una prestación de seguridad social en la medida en que, en primer lugar, la citada prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y, en segundo lugar, en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Hoeckx, apartados 12 a 14; Comisión/Luxemburgo, apartado 29; Acciardi, apartado 14, y Meints, apartado 24).

18 Pues bien, no se discute que concurren estos requisitos en el asunto principal.

19 Efectivamente, por un lado, unas disposiciones como las contenidas en el artículo 47 del libro V del SGB confieren al beneficiario, en caso de incapacidad laboral por enfermedad, unos derechos a las prestaciones diarias por enfermedad, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales y, por otro lado, unas prestaciones de esta índole se mencionan expresamente en el artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71.

20 Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en lo relativo al abono de las prestaciones por el empresario en concepto de continuidad del salario, que tales prestaciones,

así como las prestaciones diarias por enfermedad cuya percepción se encuentre suspendida durante un período de seis semanas en razón del citado abono, son prestaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71 (véase la sentencia de 3 de junio de 1992, Paletta, C45/90, Rec. p. 13423, apartado 17).

21 Por consiguiente, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente debe examinarse con respecto al Reglamento n° 1408/71 y, más en particular, de su artículo 3, apartado 1.

22 Conviene recordar, según lo ha declarado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones, que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 tiene por objeto garantizar, con arreglo al artículo 39 CE, en beneficio de las personas a quienes se aplica este Reglamento, la igualdad en materia de seguridad social sin distinción de nacionalidad, suprimiendo toda discriminación a este respecto que resulte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros (sentencias de 25 de junio de 1997, Mora Romero, C131/96, Rec. p. 13659, apartado 29, y de 21 de septiembre de 2000, Borawitz, C124/99, Rec. p. 17293, apartado 23).

23 Pues bien, es jurisprudencia reiterada que el principio de igualdad de trato, tal como se halla enunciado en dicho artículo 3, apartado 1, 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 (sentencias antes citadas Mora Romero, apartado 32 y Borawitz, apartado 24).

24 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 particular a estos últimos (sentencias de 23 de mayo de 1996, O'Flynn, C237/94, Rec. p. 12617, apartado 18, y Borawitz, antes citada, apartado 25).

25 Ello es así, salvo que dichas disposiciones estén justificadas, de un lado, por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y, de otro lado, sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (sentencias antes citadas O'Flynn, apartado 19 y Borawitz, apartado 26).

26 Del conjunto de la citada jurisprudencia se desprende que, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perju-

JURISPRUDENCIA • TJUE

dicar, más en particular, a los primeros (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas O'Flynn, apartado 20; Meints, apartado 45 y Borawitz, apartado 27).

27 No es necesario comprobar, a este respecto, si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores migrantes. Basta con que se aprecie que dicha disposición puede producir tal efecto (véanse, en este sentido, las sentencias O'Flynn, antes citada, apartado 21, y de 28 de abril de 2004, Öztürk, C373/02, Rec. p. I3605, apartado 57).

28 Consta que unas disposiciones como las que se cuestionan en el asunto principal se aplican con independencia de la nacionalidad de los trabajadores de que se trate.

29 Efectivamente, el artículo 47 del libro V del SGB no establece por sí mismo, en orden al cálculo de la cuantía de las prestaciones diarias por enfermedad, ninguna diferencia formal de trato entre los trabajadores nacionales y los originarios de otro Estado miembro.

30 No es menos cierto que esta disposición no puede interpretarse aisladamente sino que, por el contrario, debe apreciarse en el contexto más amplio en el cual está llamada a aplicarse.

31 Sobre este particular, conviene recordar, en primer lugar, que, en una situación como la que se cuestiona en el asunto principal, el importe de las prestaciones diarias por enfermedad oscila en función del salario neto percibido, que viene él mismo determinado por el grupo de tributación que figura en la tarjeta fiscal del citado trabajador y que, en virtud de una práctica administrativa, el trabajador migrante, cuyo cónyuge sigue residiendo, frecuentemente, en el Estado miembro de origen, es clasificado de oficio en un grupo de tributación que le sea desfavorable, a saber, el aplicable a los trabajadores casados pero separados de forma duradera de sus cónyuges, en lugar de que se les atribuya, a semejanza de los trabajadores nacionales, el grupo de tributación más favorable que sea aplicable a los trabajadores casados, que vivan con su cónyuge el cual no ejerce una actividad remunerada.

32 Además, cualquier rectificación del grupo de tributación incluida en la tarjeta fiscal presupone, por un lado, una solitud expresa del trabajador migrante, aun cuando éste no haya sido advertido en ningún momento por las autoridades competentes acerca de la existencia de una semejante posibilidad de rectificación ni tampoco sobre la posibilidad de rectificación, ni aún menos acerca de la obligación de formular una petición concreta para lograr la modificación de este grupo de tributación, así como, por otro lado, acerca de la presentación de una certificación de la autoridad tributaria del Estado miembro del cual sea nacional el trabajador y sobre un examen en profundidad de la situación familiar y financiera del interesado.

33 Para terminar, una rectificación del grupo de tributación que le haya sido atribuido al interesado no tiene influencia alguna sobre el importe de las prestaciones diarias por enfermedad concedidas a este último. Efectivamente, según se

desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente, la jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 47 del libro V del SGB excluye, en la inmensa mayoría de los casos, una modificación retroactiva del importe de las citadas prestaciones y no lo admite más que en el supuesto de que el empresario se haya negado indebidamente a abonar una remuneración al asegurado, si bien cumpla posteriormente dicha obligación en el marco del cumplimiento del contrato.

34 Por lo tanto, a la vista del conjunto de estos datos, no hay la menor duda de que la aplicación de un régimen nacional como el que se cuestiona en el asunto principal puede colocar al trabajador migrante en una situación jurídica o fáctica menos favorable en relación con la del trabajador nacional que se hallase en las mismas circunstancias.

35 Por consiguiente, un régimen como el que se cuestiona en el asunto principal supone una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores migrantes.

36 Procede, pues, examinar si esta diferencia de trato puede hallarse justificada por consideraciones objetivas y si resulta proporcionada al objetivo perseguido por el citado régimen. Sobre este particular, la Innungskrankenkasse invoca unos argumentos relativos a la simplificación administrativa de los procedimientos de adjudicación de las prestaciones diarias por enfermedad, así como a la función encomendada a éstas por el legislador nacional, a saber, la de garantizar a los trabajadores afectados una renta que les permita cubrir sus necesidades vitales. Según esta alegación, al efectuar un cálculo del importe de las prestaciones debidas con arreglo a los criterios establecidos previamente en el Derecho tributario, sin que sea preciso comprobar previamente la exactitud de tales criterios, las entidades gestoras de la seguridad social se hallan en condiciones de efectuar un abono rápido de las citadas prestaciones y permiten a los trabajadores afectados recibir una renta garantizada. Por otra parte, la posibilidad de efectuar una rectificación *a posteriori* del grupo de tributación ocasiona una importante modificación retroactiva del importe de tales prestaciones y obliga tanto a las citadas entidades como a los beneficiarios de las mismas a efectuar unos cálculos largos y complejos.

37 Sin que sea preciso examinar en qué medida unos objetivos relativos a la simplificación administrativa, a la garantía de una renta de subsistencia y a la complejidad de los cálculos que deben efectuarse para el pago de las prestaciones diarias por enfermedad pueden constituir unos objetivos legítimos, basta señalar que, en el presente caso, las medidas que se cuestionan son más rigurosas de lo que resulta necesario para alcanzar tales objetivos.

38 En efecto, según señala el propio órgano jurisdiccional remitente, unos objetivos semejantes no impiden que se conceda *a posteriori* una corrección de los importes de las prestaciones, en particular mediante el establecimiento de un mecanismo según el cual se adapte retroactivamente el importe de tales prestaciones con el fin de tener en cuenta la ver-

dadera situación del trabajador migrante de que se trate.

39 Esta afirmación se ve corroborada además por el hecho de que la propia jurisprudencia alemana ha reconocido, por lo menos en un caso, una modificación retroactiva de las prestaciones diarias por enfermedad, ya que la aplicación de esta modificación no da lugar a ninguna dificultad especial, según lo ha reconocido el representante de la Innungskrankenkasse durante la vista.

40 A la vista del conjunto de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 se opone a la aplicación de un régimen de prestaciones diarias por enfermedad establecido por un Estado miembro, como el que se cuestiona en el asunto principal:

– en virtud del cual el trabajador migrante cuyo cónyuge reside en otro Estado miembro sea incluido de oficio en un grupo de tributación menos favorable que aquél del que disfruta un trabajador nacional casado cuyo cónyuge reside en el Estado miembro de que se trate sin que ejerza ninguna actividad remunerada, y

– que no permita tener en cuenta, de manera retroactiva, por lo que atañe al importe de dichas prestaciones, que se calcula en función de la renta neta, determinada ella misma por el grupo de tributación, una rectificación *a posteriori* de éste, a solicitud expresa del trabajador migrante fundada en su verdadera situación familiar.

Costas

41 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 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, se opone a la aplicación de un régimen de prestaciones diarias por enfermedad establecido por un Estado miembro, como el que se cuestiona en el asunto principal:*

– en virtud del cual el trabajador migrante cuyo cónyuge reside en otro Estado miembro sea incluido de oficio en un grupo de tributación menos favorable que aquél del que disfruta un trabajador nacional casado cuyo cónyuge reside en el Estado miembro de que se trate sin que ejerza ninguna actividad remunerada, y

– que no permita tener en cuenta, con alcance retroactivo, por lo que atañe al importe de dichas prestaciones, que se calcula en función de la renta neta, determinada ella misma por el grupo de tributación, una rectificación *a posteriori* de éste, a solicitud expresa del trabajador migrante fundada en su verdadera situación familiar.

COMENTARIO A LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2007. CÁLCULO DEL IMPORTE DE LAS PRESTACIONES DIARIAS POR ENFERMEDAD EN FUNCIÓN DE LA RENTA NETA, DETERMINADA POR EL GRUPO DE TRIBUTACIÓN

I. Introducción.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2007 resuelve una petición del Bundessozialgericht³⁶, destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 3, apartado 1, y 23, apartado 3, 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, así como del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad³⁷.

La situación que originó la petición de decisión prejudicial fue el litigio entre el Sr. Celozzi, nacional italiano, y la “Innungskrankenkasse” en relación con el cálculo de la prestación por enfermedad del primero³⁸. Esta persona se había trasladado a vivir a Alemania, dejando a su familia (esposa e hijos) en Italia. En el año 1997, tras una hospitalización, pasó largo tiempo en situación de incapacidad laboral por enfermedad, por lo que solicitó la correspondiente prestación. La “Innungskrankenkasse” calcula la prestación basándose en la última retribución abonada al Sr. Celozzi en su trabajo como trabajador de la construcción, y teniendo en cuenta el “grupo de tributación” que constaba en la tarjeta fiscal relativa a los sueldos expedida por la Administración municipal competente.

Para entender el problema planteado es preciso tener en cuenta que en la mencionada tarjeta fiscal (Lohnsteuerkarte) aparece impresa la denominada “categoría fiscal”. Este documento es recibido por todos los trabajadores por cuenta ajena, anualmente, de parte de Hacienda (Finanzamt). Existen diferentes categorías fiscales, concretamente seis, que definen la cantidad de los impuestos y que se rigen por la situación social y estado civil del sujeto. La tarjeta la entregan los Ayuntamientos a los empleadores, y en ella se anota el salario anual y otros datos. Mediante este mecanismo, todos los meses se descuentan del salario bruto los impuestos co-

³⁶ Tribunal Federal Social.

³⁷ Sobre la finalidad y origen de esta norma véase: GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.42, 2003.

³⁸ Una característica del sistema alemán, a diferencia por ejemplo del español, es que no existe una única caja de seguro pública. Los asegurados pueden elegir entre diversos tipos de cajas de seguro: cajas locales de seguro médico (Allgemeine Ortskrankenkasse, AOK), cajas de seguro médico sustitutorias (Ersatzkrankenkassen), cajas de seguro médico de la empresa (Betriebskrankenkassen) o cajas gremiales de seguro médico (Innungskrankenkasse, IKK).

rrespondientes. Los impuestos sobre salarios se ajustan anualmente (“Einkommenssteuererklärung” o “Lohnsteuerjahresausgleich”), para lo que es preciso entregar anualmente en la Delegación de Hacienda la tarjeta fiscal del año anterior. En definitiva, se trata de un mecanismo muy similar al de retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo existente en nuestro país.

Pero la “tarjeta fiscal” alemana, además de ser una de las piezas clave del mecanismo de aplicación de los impuestos, constituye también un instrumento importantísimo en la determinación de las prestaciones por enfermedad. En consecuencia, una adscripción errónea a una de las seis categorías fiscales, tiene varios efectos. En primer lugar, como es evidente, tiene consecuencias tributarias: como hemos avanzado el cálculo del adelanto del impuesto que se descuenta cada mes del salario depende de ella. Sin embargo, como el impuesto se ajusta anualmente, el posible perjuicio tiene una solución relativamente sencilla. Pero cuando la categoría fiscal de la tarjeta determina la prestación por enfermedad, la reparación es más complicada³⁹. Y la complicación es aún mayor si el afectado es un trabajador inmigrante ya que, con independencia de su estado civil y situación real, se les incluye en el grupo de tributación II, que es el que corresponde a un trabajador con hijos, separado de su cónyuge, y con una desgravación fiscal por dos hijos.

En el caso que nos ocupa, el grupo de tributación en el que debe incluirse al Sr. Celozzi es el III, ya que es el que se aplica por regla general a los trabajadores casados, que conviven con su cónyuge, pero cuyo sueldo es el único ingreso de la unidad familiar. Una vez finalizada la enfermedad, el Sr. Celozzi solicitó la modificación de su régimen de tributación, lo que le fue concedido tras presentar la prueba de su situación familiar y financiera, confirmando la Administración tributaria que los requisitos para pertenecer a dicho grupo se cumplían desde el año 1997. Animado por este reconocimiento, el trabajador solicitó que se revisara el cálculo de las prestaciones por enfermedad que había cobrado, pero la Innungskrankenkasse desestimó su solicitud aduciendo que “éstas se habían calculado correctamente en el momento en el que el demandante del asunto principal había disfrutado de una baja por enfermedad y que una modificación retroactiva del grupo de tributación no tenía influencia alguna sobre el importe de las referidas prestaciones, según la jurisprudencia existente sobre esta materia”.

En definitiva, mientras la Administración Tributaria reconoce que el Sr. Celozzi cumplía los requisitos necesarios para tener una tarjeta fiscal que acreditara su pertenencia al gru-

po de tributación III, la caja gremial niega la retroactividad. Las cuestiones que plantea la situación expuesta son varias, pero de todas ellas la más importante es la siguiente: ¿provoca la situación planteada una desigualdad de trato para los trabajadores inmigrantes, contraria al Derecho comunitario?

II. Marco normativo.

Tal como hemos adelantado, la situación planteada, consecuencia de la aplicación del artículo 47 del libro V del Sozialgesetzbuch, lleva al Bundessozialgericht a plantear al Tribunal de Justicia la adecuación de este precepto al ordenamiento jurídico comunitario. Concretamente, se cuestiona la adecuación de la norma alemana al artículo 3, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71, y al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1612/68.

En el primero de ellos se establece: «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»⁴⁰. En cuanto al segundo, en él se dispone que el trabajador inmigrante, nacional de un Estado miembro: “Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales”.

Esta normativa es aplicable al caso planteado porque, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con independencia de que una prestación sea o no calificada de prestación de seguridad social por una legislación nacional (en este caso la entidad pagadora es una caja gremial de seguro médico), lo importante son los requisitos para obtenerla y su finalidad, y que su concesión se produzca en función de una situación legalmente definida y por alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4.1 del Reglamento nº 1408/71. Y en esta ocasión, como afirma el Tribunal, no hay dudas sobre la concurrencia de todas estas circunstancias. La finalidad de estas disposiciones es obvia: preservar la igualdad de trato en materia de seguridad social, sin distinción de nacionalidad, lo que significa que los trabajadores de los Estados miembros tienen los mismos derechos que los nacionales del Estado competente.

III. Exigencias del principio de igualdad de trato. El concepto de discriminación encubierta.

En el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el artículo 12 (antiguo artículo 6) prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad⁴¹. Del mismo modo, en el artículo 4.2 del Proyecto de Tratado por el

³⁹ Véase el artículo 47 del libro V del Sozialgesetzbuch.

⁴⁰ “Para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que pueden resultar de ello, el Reglamento 1408/71 busca crear un sistema completo y uniforme de normas de conflictos de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad al régimen de seguridad social de un único Estado miembro”. MIRANDA BOTO, J.M.: Presentación a la *Revista Aranzadi Social*, núm.3, 2006.

⁴¹ Como afirma BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “El principio de la libre circulación de los trabajadores ya se recoge, en cierto modo, en los Tratados Constitutivos de la CECA y del EURATOM, en cuanto a que estos textos incluyen preceptos que tratan de facilitar que determinados grupos de trabajadores se trasladen a otros Estados de la Comunidad, distintos al suyo de origen, con el objeto de prestar sus servicios en ellos. No obstante, es el Tratado CEE el que consolida esta idea cuando prohíbe «toda discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, en lo que respecta al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo». Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, no se indicará nada nuevo, si se afirma que este elemento, la libre circulación, forma parte del Derecho originario aplicable a la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.62, 2006.

que se instituye una Constitución para Europa, se afirma: “En el ámbito de aplicación de la Constitución, y sin perjuicio de sus disposiciones particulares, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad”⁴². Pero no se prohíben sólo las discriminaciones claramente basadas en la nacionalidad, sino también cualquier diferencia de trato que conduzca de hecho a la misma situación. La Sentencia de 23 de mayo de 1996 (C-237/94, Caso O’Flynn), fue especialmente clarificadora en relación con esta cuestión, al afirmar: “En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque 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”⁴³.

En el caso planteado, como se deduce de lo expuesto hasta ahora, resulta claro que el artículo 47 del Libro V del SGB no contiene ninguna disposición que suponga una discriminación evidente por razón de nacionalidad. De hecho, ni siquiera se incluye en él referencia alguna a este término ni a ningún otro derivado de las diferencias entre personas en función de su origen. Sin embargo, el hecho de que el cálculo de las prestaciones por enfermedad se realice a partir del salario, y que éste se base en el grupo de tributación que aparece en la tarjeta fiscal, sí encierra una discriminación velada pero grave. La discriminación no está en la adscripción automática al grupo II, ya que como hemos afirmado ésta puede ser modificada con efectos plenos en el ámbito tributario. La vulneración del principio de igualdad de trato se produce, precisamente, cuando siendo consciente de la rectificación de la Administración tributaria, la Innungskrankenkasse decide no modificar las prestaciones diarias por enfermedad ya concedidas. Como se recoge en los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente, la jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 47 del libro V del SGB excluye, en la mayoría de los casos, una modificación retroactiva. Por lo tanto, la interpretación administrativa y jurisprudencial de este precepto genera una discriminación por razón de nacionalidad contraria al Reglamento 1408/71.

Conviene aclarar que, como ha confirmado el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, no es necesario comprobar que la disposición nacional de que se trata afecta en la práctica a una proporción sustancialmente más elevada de dichos trabajadores migrantes, bastando con observar que la referida disposición puede producir tal efecto⁴⁴.

La diferencia de trato podría hallarse justificada por consideraciones objetivas y por ser proporcionada al objetivo perseguido por el régimen aplicado. La Innungskrankenkasse defiende su posición alegando argumentos relativos a la simplificación administrativa: calcular las prestaciones por enfermedad con arreglo a criterios establecidos previamente por el Derecho tributario, agiliza el procedimiento. Por el contrario, rectificar las prestaciones concedidas con base en la rectificación, también tributaria, del grupo de la tarjeta fiscal, ralentiza y entorpece. Evidentemente, esta explicación no es asumible.

IV. Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia comentada, llega a la conclusión de que el artículo 3.1 del Reglamento 1408/71 se opone a la aplicación de un régimen de prestaciones diarias por enfermedad establecido por un Estado miembro en virtud del cual los trabajadores migrantes casados cuyo cónyuge reside en otro Estado son incluidos de oficio en el grupo de tributación menos favorable, y que no permite tener en cuenta, a efectos de cálculo de prestaciones por enfermedad, rectificaciones tributarias del grupo de tributación.

El pronunciamiento objeto de este comentario nos merece un juicio positivo, no sólo porque compartamos los argumentos utilizados, sino además, porque resulta loable la claridad con la que éstos son expuestos, lo que contribuye sin duda a reforzar la motivación de la sentencia. Pero lo más importante es, sin duda, que con resoluciones como la comentada se avanza en el camino de la igualdad entre todos los ciudadanos de Europa, protegiéndose especialmente a uno de los colectivos más desfavorecidos: el de los trabajadores migrantes. (Yolanda García Calvente. Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Málaga).

⁴² En el mismo sentido, véase el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁴³ En relación con esta cuestión es preciso tener presente lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000 P. 0022 - 0026a). Según este precepto: “a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

⁴⁴ Vid. por todas la Sentencia de 28 de abril de 2004 (2004\99).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 3/2007, DE 15 DE ENERO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. DERECHO DE UNA TRABAJADORA A CONCRETAR HORARIO Y TURNO PARA CUIDADO DE UN MENOR

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6715-2003, promovido por doña Raquel García Mateos, representada por el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque y asistida por el Abogado don Bernardo García Rodríguez, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 25 de septiembre de 2003, dictada en autos 537/2003. Ha sido parte la entidad mercantil "Alcampo, S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio-Rafael Rodríguez Muñoz y asistida por el Abogado don David López González. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta, doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda presentada en el Juzgado de Guardia el día 6 de noviembre de 2003 y registrada en este Tribunal Constitucional el siguiente día 11, el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de doña Raquel García Mateos, presentó recurso de amparo constitucional contra la Sentencia citada en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) La demandante de amparo prestaba servicios profesionales de carácter fijo para la empresa "Alcampo, S.A.", con categoría profesional de cajera-dependienta, desarrollando su jornada de trabajo en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22,15 horas.

b) En fecha 26 de febrero de 2003 solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo, por guarda legal de un hijo menor de seis años, al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 ET. El horario reducido que solicitó fue el de tarde, de 16,00 a 21,15 horas, de lunes a miércoles.

c) Mediante carta de 21 de marzo la empresa comunicó a la trabajadora su negativa a la reducción solicitada, señalando que el horario reducido a aplicar debía desarrollarse en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado.

d) Tras el preceptivo intento de conciliación, celebrado sin avenencia, la trabajadora presentó demanda bajo la modalidad procesal de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal (art. 138 bis LPL), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, que dictó Sentencia el 25 de septiembre desestimatoria de la pretensión actora. La Sentencia, tras exponer los antecedentes del caso y las posiciones de las partes, recuerda la doctrina establecida por otra Sentencia anterior del mismo Juzgado dictada el 24 de octubre de 2002 en demanda promovida contra la misma parte demandada y, al igual que en aquella, concluye que la solicitud de reducción de jornada no se atiene a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 LET, dado que en una interpretación lógica de aquél debe entenderse que la jornada reducida solicitada debe estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada, mientras que en la solicitud presentada se excluyen, por una parte, varios de los días laborables de trabajo (desde el jueves al sábado) y de otra se suprime por completo el turno de mañana, de manera que lo que se plantea no es meramente una reducción de la jornada sino una modificación de la misma.

3. En su demanda de amparo la demandante aduce la vulneración por la resolución recurrida de sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La Sentencia, dice la demanda, discrimina por razón de sexo a la trabajadora al limitar el ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, que garantiza el derecho al empleo de las trabajadoras con responsabilidades familiares y el respeto al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Se restringe, en efecto, sin fundamento el ejercicio del derecho de reducción de jornada por guarda legal al considerar que la reducción propuesta no se lleva a cabo dentro de la jornada ordinaria que venía desarrollando la trabajadora, resultando, sin embargo, evidente que dicha reducción sí se produce dentro de su jornada, pues ésta tenía unos parámetros más extensos que la solicitada.

La interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho supone una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras, notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tales derechos. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que dio nueva redacción al art. 37 LET, como su exposición de motivos refleja expresamente, constituye "un nuevo paso en el

JURISPRUDENCIA • TC •

camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”, paso que se ve truncado por interpretaciones y aplicaciones jurídicas como la recurrida, provocando así la vulneración denunciada.

4. Por providencia de 16 de diciembre de 2004 la Sección Primera acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo para que, dentro de dicho término, alegaran lo que estimaran pertinente en relación con la posible existencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1.c) LOTC: carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

5. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de enero de 2005, interesando la inadmisión del recurso de amparo.

A juicio del Ministerio Fiscal la idea de discriminación debe ir indisolublemente unida al concepto de trato desfavorable, de manera que sólo si se constata que dicho trato existe y que el mismo no se justifica razonablemente podrá entonces afirmarse la lesión del derecho fundamental. Sin embargo, en el presente caso la razón que justifica la decisión de la empresa no guarda relación alguna con la cualidad de mujer de la empleada, sino con la modalidad contractual que vincula a empleador y trabajadora y que afectará por igual a hombres y mujeres, al fundamentarse tal modalidad de prestación de servicios en la necesidad empresarial de cubrir alternativamente los puestos de trabajo en función de sus necesidades de producción u organización. Por ello el pretendido trato desfavorable resulta inexistente, pues no se produce una negativa de la empresa a reducir la jornada ordinaria de la trabajadora, sino a considerar como jornada ordinaria la correspondiente a otra modalidad de prestación de servicios que no es la que liga a la demandante con la empresa. En definitiva, la interpretación que en tal sentido realiza el Juzgado de lo Social no puede entenderse lesiva del derecho a la igualdad del art. 14 CE.

6. Mediante escrito registrado el día 7 de enero de 2005 el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque presentó sus alegaciones en nombre y representación de la demandante de amparo, reiterando su solicitud de admisión a trámite de la demanda.

Señala la representación procesal de la demandante que la interpretación restrictiva, no razonable ni justificable, del efectivo ejercicio por la trabajadora de su derecho a reducir su jornada laboral por guarda legal supone truncar el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, pues aquel derecho pretende facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres

trabajadoras. Por ello, el contenido de la demanda de amparo justifica la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre este concreto aspecto, que supone remover uno de los obstáculos que persisten en el desarrollo integral de las mujeres en nuestra sociedad, superando la situación de postergación social que las mismas siguen sufriendo, concretamente, en la necesidad de compatibilizar o conciliar su vida familiar con el desarrollo de su actividad profesional. Está en juego, por ello, el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el de no discriminación de éstas en el ámbito laboral.

7. Por providencia de 2 de febrero de 2005 la Sección Primera acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes, y tener por personado en nombre y representación de la demandante al Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque. En dicha providencia se acordó también, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de los autos núm. 537/03, interesándose al mismo tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

8. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 4 de marzo de 2005 el Procurador de los Tribunales don Antonio-Rafael Rodríguez Muñoz, actuando en nombre y representación de la entidad mercantil “Alcampo, S.A.”, solicitó que se le tuviera por comparecido en el recurso de amparo.

9. Por diligencia de ordenación de la Secretaría Judicial de la Sala Primera de 13 de junio de 2005 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid y el escrito del Procurador don Antonio-Rafael Rodríguez Muñoz, a quien se tuvo por personado y parte en el procedimiento en nombre y representación de “Alcampo, S.A.”, y se acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del recurso de amparo, en la Secretaría Judicial de la Sala Primera y por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que, dentro de dicho plazo, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

10. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 13 de julio de 2005, interesando la desestimación del recurso de amparo.

En su escrito, el Fiscal se remite íntegramente a las alegacio-

nes ya realizadas en el trámite del art. 50.3 LOTC, reiterando que el derecho a la igualdad no se ha visto vulnerado, en tanto que lo que se ha desestimado no es el derecho de la demandante a la reducción de jornada sino la específica y peculiar jornada pretendida, que altera la propia naturaleza del modo de prestación de servicios, lo que no excluye otras posibilidades organizativas acordes con la singularidad de los turnos rotativos.

11. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 15 de julio de 2005 la representación procesal de la empresa “Alcampo, S.A.”, solicitó la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa que en modo alguno se ha producido en el caso considerado una vulneración de derechos fundamentales de la demandante, habiéndose limitado el Juzgado de lo Social a resolver un procedimiento ordinario de derechos planteado al amparo del art. 138 bis LPL en estricta aplicación del art. 37.6 LET. En dicho procedimiento la empresa nunca negó la reducción de jornada solicitada por la actora, sino que le requirió para que concretara dicha reducción dentro de su jornada ordinaria, que incluía un sistema de turnos. Por el contrario, lo que pretende la actora es conseguir, a través del derecho reconocido en el art. 37.5 LET, modificar sustancialmente su jornada de trabajo, lo que iría en contra del art. 41 LET. En fin, mientras el art. 37.5 LET esté redactado en los términos en que lo está, su estricta aplicación no puede estimarse vulneradora de derechos fundamentales; antes al contrario, sería la admisión de la tesis de la actora la que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la empresa.

En todo caso, aún cuando el Magistrado hubiera errado al interpretar el concepto de “jornada ordinaria” al que se refiere el art. 37.6 LET, ello carecería de relevancia constitucional. Lo contrario supondría la paradoja de que todos los procesos se tramitarían por la modalidad de tutela de los derechos fundamentales, pues, en puridad, siempre que se da una violación de la legalidad ordinaria se da también de la legalidad fundamental o constitucional. Sin embargo, para poder afirmar que la empresa ha vulnerado derechos fundamentales de la trabajadora sería preciso acreditar una cierta intencionalidad o, al menos, un dolo eventual o negligencia grave por parte de la empresa, un cierto querer, en suma, pues no puede vulnerarse un derecho fundamental por mera negligencia.

Finalmente, señala la empresa que la demandante ha errado al plantear su demanda desde la perspectiva del derecho a la igualdad por razón de género, dado que tal vulneración significaría que, ante dos situaciones exactamente iguales, se hubiera obrado de forma desigual, sin razón objetiva o justificada, por el mero hecho de que una persona es mujer y la otra

hombre. Resulta, sin embargo, evidente que no nos encontramos ante tal supuesto, por cuanto no se ha analizado la existencia de una situación dispar entre hombres y mujeres.

12. La demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 15 de julio de 2005, reiterando en el mismo el contenido tanto de su escrito inicial de demanda de amparo constitucional como del presentado en el trámite del art. 50.3 LOTC e incorporando la cita de diferentes textos legales y doctrinales.

13. Por providencia de 14 de diciembre de 2006 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año, día en que se inició el trámite que ha finalizado el día de la fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demandante de amparo impugna en el presente recurso la Sentencia de 25 de septiembre de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, que desestimó la demanda interpuesta por la misma contra la empresa “Alcampo, S.A.”, para la que prestaba servicios. La demandante imputa a la citada Sentencia la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al limitar a la trabajadora, por su condición de mujer, el ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, validando la decisión empresarial de no acceder, en los términos solicitados, a la reducción de jornada para cuidado de un hijo menor de seis años instada por la trabajadora.

A la estimación del amparo se oponen en sus alegaciones tanto el Ministerio Fiscal como la empresa demandada en el proceso judicial, por entender ambos que no se ha negado a la trabajadora el derecho a reducir su jornada de trabajo, sino la concreta forma de reducción solicitada por ella que, en interpretación del órgano judicial, no se ajusta a los términos de la regulación legal de la reducción de jornada por guarda legal, lo que constituye en todo caso una cuestión de estricta legalidad que carece de relevancia constitucional.

2. Como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la invocación en la demanda de amparo del art. 24.1 CE carece de sustantividad propia, porque con la referencia al mismo se limita la demandante a denunciar que la resolución judicial recurrida, al validar la decisión empresarial denegatoria de la reducción de jornada que había solicitado, no le ha otorgado la tutela judicial efectiva demandada, lo que, en definitiva, reconduce la cuestión al análisis de la pretendida lesión del derecho fundamental sustantivo. Nuestro enjuiciamiento debe centrarse, por tanto, en determinar si la demandante de amparo ha sido objeto de una decisión contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14 CE.

Definido así el objeto de nuestro examen, ha de recordarse que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Sin embargo, la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). En tal sentido, este Tribunal ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en los que operan como factores determinantes los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE, como por ejemplo, la discriminación por razón de sexo (entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8).

A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6 y 7;

209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Por lo demás, conviene también recordar que tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Por ello hemos afirmado en diversas ocasiones que para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como “la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)” (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6); y que “existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad pa-

JURISPRUDENCIA • TC •

ra incorporarse al trabajo o permanecer en él” (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10).

3. Sentado lo anterior, debe advertirse ya desde este momento que la demandante de amparo no aduce la existencia en el caso considerado de una discriminación directa, sino que alega que la interpretación efectuada por el órgano judicial ha ocasionado una discriminación indirecta por razón de sexo.

Como recordábamos en nuestra STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7, el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötöl; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), a saber, que “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta. La trasposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directi-

va 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas. Muy recientemente, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), ha refundido diversas Directivas en la materia, entre ellas la 76/207 CEE modificada por la 2002/73/CE a las que se acaba de hacer referencia.

De este modo, el art. 14 de esta última Directiva prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con, entre otras, “las condiciones de empleo y trabajo [art. 14.1.c)]. Por “discriminación directa” se entiende “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable [art. 2.1.a)], en tanto que es “discriminación indirecta”, “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios” [art. 2.1.b)].

La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”. Así el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que no existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Megner y Schffel) o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Nolte).

JURISPRUDENCIA • TC •

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que “este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, FJ 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)”.

Debe notarse que, como ha destacado este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara “no son los individuos”, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial -STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo -STJCE de 9 de febrero de 1999-, trabajadores con menos fuerza física -STC 149/1991-, etc.).

4. Desde esta perspectiva, aduce la demandante de amparo que en la Sentencia recurrida se restringe sin fundamento el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda le-

gal de un hijo menor de seis años, lo que implica una discriminación a la mujer trabajadora, que es notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho. A juicio de la demandante, la reducción de jornada por ella solicitada se sitúa dentro de los parámetros que delimitan su “jornada ordinaria”, tal y como prevé la Ley.

En relación con ello, debemos partir de la consideración de que no corresponde a este Tribunal la determinación de qué interpretación haya de darse a la expresión “dentro de su jornada ordinaria” utilizada en el primer párrafo del apartado 6 del art. 37 LET para definir los límites dentro de los cuales debe operar la concreción horaria de la reducción de jornada a aplicar, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE). Por ello mismo, no nos corresponde siquiera determinar si la concreta reducción de jornada solicitada por la demandante de amparo se enmarca o no dentro de dichos límites y debe entenderse o no, en consecuencia, amparada por su derecho a la reducción de jornada.

Sin embargo, señalado lo anterior, debemos igualmente afirmar que sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental invocado, la razón o argumento en virtud del cual la Sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a la reducción de jornada solicitada. Hemos sostenido reiteradamente que, estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución judicial impugnada (entre las últimas, SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 4; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 5).

En particular, descartado el carácter inmotivado o arbitrario de la resolución judicial ahora analizada, respecto de lo que nada se alega en la demanda de amparo, no nos puede bastar en este proceso constitucional de amparo con la simple evaluación de su razonabilidad, sino que será preciso analizar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados. Y ello porque es perfectamente posible que se den resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones -de hecho y de Derecho- por las que el órgano judicial adopte una determinada decisión, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada (STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 5). Cuando se enjuicia la presunta vulneración de un derecho sustantivo, el criterio de razonabilidad que este Tribunal aplica a los derechos del art. 24 CE queda absorbido por el canon propio de aquel derecho (STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 4).

5. No resulta cuestionable la posibilidad de una afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo como consecuencia de decisiones contrarias al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictivas del mismo.

Como recordábamos en nuestra STC 203/2000 refiriéndonos a una institución evidentemente próxima –en contenido y finalidad- a la ahora considerada, cual es la de la excedencia para el cuidado de hijos, “la realidad social subyacente a la cuestión debatida y a su trascendencia constitucional muestra, en palabras de la STC 240/1999, que ‘el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad’, pues ‘hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos’ (FJ 5), por lo que ‘en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, FJ 2)’ (FJ 7). De ahí que la STC 240/1999 declarase que las resoluciones denegatorias de la excedencia para el cuidado de hijo vulneraban el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo” (STC 203/2000, de 24 de julio, FJ 6).

Es claro que estas consideraciones, efectuadas respecto de una solicitud de excedencia para el cuidado de hijos, son íntegramente trasladables al supuesto ahora analizado, referido a una reducción de jornada con idéntica finalidad. Siendo ello así, y reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. Como hemos señalado también en relación con el tema de la excedencia, los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como afirmamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los va-

lores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5).

6. En el asunto ahora sometido a nuestra consideración el órgano judicial ha denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúa de la expresión “dentro de su jornada ordinaria” utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada. A juicio del órgano judicial, la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

Esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5).

La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio

JURISPRUDENCIA • TC •

precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.

7. Obligado será, por ello, el otorgamiento del amparo. Teniendo en cuenta que la demandante acudió ante la jurisdicción ordinaria para que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.6 LET, resolviera sus discrepancias con el empresario sobre la concreción horaria de la reducción de jornada solicitada, para restablecer a la demandante en la efectividad de su derecho será necesario, con anulación de la Sentencia recurrida, reponer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Raquel García Mateos y, en su virtud:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2.º Anular la Sentencia de 25 de septiembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid en autos 537/2003.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que por el órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".
Dada en Madrid, a quince de enero de dos mil siete.

COMENTARIO A LA STC DE 15 DE ENERO DE 2007. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

La sentencia de 15 de enero de 2007, dictada por la Sala Primera y en la que ha sido ponente la Presidenta del Tribunal Constitucional, estima un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de la jurisdicción ordinaria a la que se imputa una lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Así delimitada, la cuestión analizada en esta decisión podría, perfectamente, engrosar la ya vastísima lista de pronunciamientos en los que el Tribunal ha abordado el tema de la discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales. No obstante, son varios los aspectos significativos que merecen una especial consideración, entre ellos, el concreto ámbito en el que se produce tal discriminación: la conciliación laboral y familiar de la mujer trabajadora, pero también el papel que están llamados a realizar los poderes públicos (legislador y judicial) en estos supuestos. Así lo constatarían los hechos que motivan el procedimiento de amparo. La recurrente, trabajadora por turnos (rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado) en un centro comercial, solicita, al amparo de lo dispuesto en el Estatuto de los trabajadores, una reducción de su jornada laboral (sólo en el turno de tarde y de lunes a miércoles) para la guarda legal de un hijo menor de seis años. La empresa rechaza tal pretensión al considerar que lo que se solicita no es tanto una reducción de la jornada laboral, sino una modificación de la misma al limitar su pe-

⁴⁵ Art. 37, apartado 5: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa." Apartado 6: La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral". La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, modificó la redacción del apartado 5 del art. 37 ET e introdujo el apartado 6.

tición sólo a un turno y a días determinados. El tribunal de primera instancia confirma la decisión de la empresa en aplicación de lo dispuesto en los arts. 37.5 y .6 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 27 de marzo)⁴⁵.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL...

En el recurso de amparo se invoca la lesión de dos derechos fundamentales: la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Para el Tribunal Constitucional, no obstante, la cuestión principal del amparo es la posible vulneración por el órgano judicial del primero de los derechos, puesto que, en la medida que la resolución recurrida confirma la decisión de la empresa, se considera que la vulneración del derecho a la tutela “carece de sustantividad propia” (FJ 2). Concretamente, para el Tribunal lo decisivo es analizar si la sentencia recurrida provoca una discriminación por razón de sexo en cuanto que “restringe sin fundamento el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años”. Discriminación que, además, no sólo afectaría a la propia recurrente, sino, en general, a las mujeres trabajadoras, por ser “notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho” (FJ 4).

La decisión del Tribunal, en aplicación de una doctrina ya consolidada en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación (directa e indirecta) –cuya síntesis reproduce en los FJ 2 a 5-, es apreciar la existencia de tal discriminación (FJ 6 y 7) y estimar el amparo. Si bien es verdad que se reconoce que el juez ordinario se ha movido en los márgenes de la legalidad, esta actuación, para el Tribunal, no ha sido suficiente en la medida que ha no sólo ha soslayado una interpretación de la norma aplicable más favorable a la efectividad del derecho en juego, sino que “ni siquiera ha tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (FJ 6).

El derecho invocado debió haber sido tutelado por la jurisdicción ordinaria. En la medida que “el precepto legal aplicable no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa”, el juez, a fin de compatibilizar los diferentes intereses en juego, estaba obligado a realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes y a valorar “la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio de derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar para el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma”.

El Tribunal otorga el amparo a la recurrente, reconociendo su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, anula la sentencia recurrida y retrotrae las actuaciones al momento procesal oportuno obligando al juez a dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido (Fallo). Y está fuera de toda duda que en esta nueva resolución el juez habrá de tener muy presente la jurisprudencia constitucional en la materia y muy especialmente la doctrina del Tribunal que se extrae de este concreto caso, según la cual “*La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa*” (FJ 6, el subrayado es mío).

... ANALIZADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA DE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

En esta sentencia el Tribunal Constitucional vuelve a abordar el tema de la conciliación de la vida familiar y laboral desde la perspectiva del art. 14 CE, deteniéndose, con un especial interés en la discriminación indirecta por razón de sexo.

Hasta el momento, han sido muchos los pronunciamientos que, desde la instancia constitucional, se han ocupado de la operatividad del art. 39 CE, tanto en lo que se refiere a la garantía de la institución familiar como en el mandato de protección y cuidado de los hijos. Y en este contexto, también podría afirmarse que no constituye ninguna novedad el análisis que ha realizado la jurisprudencia constitucional del papel de la mujer desde la óptica del art. 14 CE y en un concreto contexto: el de las relaciones laborales, precisamente por la gran cantidad de decisiones del Tribunal en esta materia.

A la vista de ello, la cuestión que se plantea de forma inmediata es ¿qué interés suscita la reciente sentencia –de 15 de enero de 2007-, objeto de nuestro comentario? La respuesta viene dada, sin duda, por el hecho que esta concreta decisión supone, por ahora, un paso más en una jurisprudencia constitucional, que se hace más expresa a finales de los años noventa, en la que el Tribunal se ha detenido en analizar las implicaciones del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación de la mujer en las nuevas exigencias de conciliación de la vida familiar y laboral que el legislador ha venido paulatinamente regulando.

En este específico ámbito el Tribunal Constitucional reconoce que la protección de la familia que la Constitución exi-

JURISPRUDENCIA • TC •

ge ha llevado al legislador a dictar determinadas normas que, tratando de hacer frente a una realidad social imperante y derivada de las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo –amén de dar cumplimiento a determinadas obligaciones internacionales y del ordenamiento comunitario- exigen la conciliación de la vida familiar con la laboral. Ahora bien esta intervención normativa, a juicio del Tribunal, no “responde a la existencia de un mandato de regulación de ese carácter que tenga fuente constitucional” (AATC 432 y 433/2005, de 13 de diciembre). Estamos, pues, ante un auténtico derecho legal aunque con trascendencia constitucional en la medida que está directamente relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el cuidado de los hijos.

En este concreto ámbito de sitúan las disposiciones que son aplicadas por el juez ordinario en los hechos que motivan el amparo. Los arts. 37.5 y 37.6 del Estatuto de los trabajadores –*vid nota a pie-* en virtud de los cuales el legislador ofrece esa posibilidad de conciliación a todos los trabajadores –mujeres y hombres-. A tenor de la literalidad del precepto es fácilmente caer en la tentación de entender que si dichas medidas, en este caso, la de la reducción de la jornada laboral, se contemplan, por igual, para todos los trabajadores, con independencia de su sexo, la exigencia de igualdad del art. 14 CE se cumple: el legislador no ha utilizado la distinción entre sexos como criterio de diferenciación. La aplicación de la ley no puede, por sí misma, generar una minusvaloración o un perjuicio laboral de la mujer frente al hombre.

El problema radica en cómo se lleve a cabo esta aplicación de la ley por parte de los operadores jurídicos y, muy especialmente, por parte de los jueces ordinarios. Y es aquí donde encuentra, también, plena operatividad el concepto de ‘discriminación indirecta’. Como recuerda el TC en esta sentencia (FJ 3, utilizando doctrina que ya aparecía en las SSTC 240/1999 y 253/2004) “la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un «mandato antidiscriminatorio» comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, *aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo*”. Vuelve a irrumpir, en este concreto supuesto, la constatación de una realidad imperante que obliga a una determinada interpretación y aplicación de las normas. De esta manera, como ya recordó el Tribunal en la STC 240/1999 y reitera en esta sentencia (FJ 5) “hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias [o permisos o modificación de la jornada laboral...] para el cuidado de los hijos y, en consecuen-

cia, al serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo”.

Todo ello añade un plus al ejercicio de la función jurisdiccional. En aras a la plena efectividad de los derechos, ya no se trata sólo de amparar los derechos frente a posibles lesiones de los mismos, sino, y muy especialmente, a desarrollarla de conformidad con su existencia y su dimensión constitucional. Así, en la lucha contra la discriminación de la mujer en el mundo laboral, no es suficiente la labor del legislador. Es absolutamente imprescindible la ‘militancia’ de los jueces.

En efecto, la prohibición de discriminación por razón de sexo –o de cualquier otra razón y circunstancia que tenga en el sexo de la mujer una conexión directa e inequívoca- ha favorecido la adopción, por parte del legislador de normas ‘neutras’. En la medida que una discriminación positiva en la ley a favor de la mujer trabajadora favorece la consolidación y la perpetuación de la situación de desventaja en la que ésta se encuentra en el mundo laboral –ofreciendo a los empresarios una ‘excusa’ para contratar preferentemente hombres-, la neutralidad de la actuación del legislador –que reconoce el derecho de conciliación para todos los trabajadores por igual, con independencia de su sexo- contrarresta este prejuicio de partida, pero, a la vez, traslada los problemas al momento de la aplicación de la ley. Es, precisamente, en este contexto en el que aflora, con total plenitud, el concepto y la virtualidad de la discriminación indirecta. ¿Cuándo es posible que de un tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio se genere, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo? La respuesta la ofrece la misma definición de la discriminación indirecta, y así lo confirma el propio Tribunal en la sentencia de 15 de enero de 2007: cuando el juez –encargado de aplicar ese tratamiento formalmente neutro no tiene en cuenta las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo y, por tanto, la realidad social todavía hoy imperante. La cuestión no es que el juez haya de aplicar o garantizar la aplicación de la ley. La cuestión es que el juez ha de aplicarla teniendo, en todo momento, en cuenta la finalidad de esta ley y, especialmente, cuando la situación y las circunstancias concurrentes en el caso concreto así lo requieran y nuestra realidad social es que negativas como la tratada suelen desembocar mayoritariamente en la pérdida definitiva de la mujer de su puesto laboral. De ahí que en la valoración y ponderación que exige el Tribunal al órgano judicial le imponga controlar cualquier decisión del empresario que amparándose en la ley está, solapadamente, actuando de forma discriminatoria.

No es éste el momento apropiado para realizar ninguna consideración ulterior en relación con la neutralidad de la ac-

tuación del legislador en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. Sin desconocer que la parificación de sexos en el ordenamiento laboral, como ya se ha puesto de manifiesto, es necesaria y beneficiosa para el acceso y la permanencia de la mujer en el mundo laboral, en un corto y medio plazo puede devenir, hasta incluso, insuficiente. El legislador también, en este sentido, tendría que dar un paso más y abordar el problema en su origen. El reconocimiento de derechos de conciliación familiar y laboral por el cuidado directo de los hijos -u otros familiares- y la posibilidad de ser actuado por uno u otro sexo no incide de forma suficiente en la raíz del problema, porque esta conciliación sigue siendo mayoritariamente, en nuestra sociedad, activada por las mujeres. Si el cuidado de los hijos menores es un bien constitucionalmente relevante y la protección de la familia se convierte, desde la Constitución, en una política pública ¿qué

impide la conversión de este derecho en un auténtico deber, implicando a ambos sexos en su actuación? Cuando concurren las circunstancias objetivas y con independencia de quien solicitara el derecho que permita la conciliación, ésta debería ser obligatoria para uno y otro sexo, previendo la ley lapsos temporales idénticos, y alternativos, para cada progenitor (o padre/madre de adopción) –siendo los costes de tal medida asumidos por el Estado y no por el trabajador o empleador. En esta espera tendremos que seguir confiando que el ajuste de las normas a la realidad social que ordenan sea realizado por la actuación jurisdiccional ordinaria o, en última instancia, por decisiones del Tribunal Constitucional como la comentada en estas breves líneas. (ENRIQUETA EXPÓSITO. Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, DE 20 DE MARZO DE 2007. DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil siete. En los recursos de casación por infracción de ley, que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por el procesado (...), contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, que condenó a dicho procesado por delitos de agresión sexual, quebrantamiento de medida cautelar y amenazas; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia (...), habiendo comparecido como parte recurrida (...), representada por la Procuradora (...) y estando el recurrente (...), representado por el Procurador (...).

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Illescas instruyó Sumario con el número 1/2005 contra (...) y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Toledo, cuya Sección Segunda con fecha dos de mayo de dos mil seis, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

“Se declara probado que: (...), formaban aun matrimonio en vías de separación, que había motivado el ingreso de la esposa en una casa de acogida y salida del marido del domicilio familiar de forma más o menos esporádica, ante la pérdida de “afectio maritalis” desde hacía tiempo, cuando sobre las 22 horas del 11 de septiembre de 2004, (...) de 37 años de edad y sin antecedentes penales, afectado de etilismo crónico con reiterados ingresos en el Servicio de Salud Mental del Hospital de la Misericordia de esta ciudad, llegó a su casa después de una ingesta alcohólica que afectaba levemente,

sin anular, sus capacidades intelectivas y volitivas, en un estado de agresividad evidente, producido por el alcohol, exigiendo a su mujer (...), de 37 años de edad, hacer el amor con penetración anal, a lo que (...) se negó, siendo amenazada por con pegarle si gritaba o lloraba, y como no consiguió con eso, su propósito, cogió una jeringuilla de las que (...) tiene en casa para hacer tatuajes de gena, y amenazándola con pincharla con ella, logró que (...) se tumbara en la cama de la hija común del matrimonio, de ocho años de edad, que estaba despierta y presencié la escena desde la puerta de su habitación, procediendo seguidamente a situarse encima de su mujer, con la exigencia de que se diera la vuelta y como la amenaza de la jeringuilla no vencía la resistencia de (...), la golpeó fuertemente en la cara con el puño, al tiempo que la forzaba a volverse de espaldas, sujetándola con los brazos y el peso de su cuerpo para neutralizar la resistencia de (...), hasta que la penetró analmente eyaculando en su interior. Luego se quedó dormido desnudo, hasta que la Guardia Civil, avisada por (...), se presentó en el domicilio y le detuvo. Como consecuencia de la agresión, (...) sufrió edema y heritema en arco zigomático derecho con hematoma en párpado superior.

A consecuencia de estos hechos, (...) solicitó medidas de protección, que fueron acordadas por el Juzgado de Guardia mediante Auto del mismo día 13 de septiembre de 2004, notificado el 16 de septiembre de 2004, en el que se prohibía a (...) entre otras cosas, acercarse a la persona de su mujer a menos de 200 metros.

El día 4 de septiembre de 2004, sobre las 12,30 horas, se presentó en casa de su mujer y contra el consentimiento de ésta

JURISPRUDENCIA • TS •

pasó allí la noche, logrando ella avisar a la Guardia Civil por la mañana del 15 de septiembre, presentada la Fuerza Pública en casa de (...) y detenido otra vez (...) quien al ser sacado del domicilio se dirigió a (...) diciéndole en árabe "te vas a enterar, tu ya no vas a estar viva".

El 22 de septiembre de 2004, tras el aviso del hermano de (...), a (...), de que aquél la andaba buscando para matarla, puesta la Guardia Civil sobre aviso, realizó una inspección del lugar, localizando sobre las 18,45 horas en el cuartito de contadores del domicilio a (...), provisto de un cuchillo de grandes dimensiones, así como de un destornillador".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a (...) como autor de un delito de agresión sexual (violación), con la atenuante simple de embriaguez, otro de quebrantamiento de medida cautelar y otro delito de amenazas a las penas de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de violación, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de acercarse a la víctima y comunicar con ella por diez años; a la pena de quince meses de multa con multa diaria de 6 euros por el quebrantamiento de medida cautelar; y a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN por el delito de amenazas, con inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo; y a que indemnice a (...) en la cantidad de 24.120 Euros por daños y perjuicios, imponiéndole las costas del proceso incluidas las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de la pena de prisión que se le impone, se abona al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, con la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firmas de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL y por el procesado (...) que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

La parte recurrida (...) se ADHIRIÓ al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

4.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Único.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849-1º L.E.Criminal, por indebida aplicación del artículo

23 del Código Penal, circunstancia mixta de parentesco, actuando como agravante.

Y el recurso interpuesto por la representación del procesado (...) se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., como preceptos penales de carácter sustantivo los artículos siguientes del Código Penal: art. 20, art. 21, art. 179, 468, 169.1 y 617. El art. 20 del Código Penal recoge las circunstancias de exención de la responsabilidad criminal, entre las que se encuentra la circunstancia segunda. Segundo.- Al amparo del art. 849.2 L.E.Cr. por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos y como norma jurídica los derechos constitucionales de presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución española.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por el procesado (...) se impugnaron los dos motivos alegados por el mismo; también instruido el recurrente antes mencionado del recurso del Ministerio Fiscal se opuso al mismo y dado traslado a la parte recurrida de ambos recursos, se adhirió al interpuesto por el Ministerio Fiscal y se opuso al del recurrente; la Sala admitió a trámite ambos recursos y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 8 de Marzo del año 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Antes de decidir los dos recursos articulados es necesario, o cuando menos conveniente, clarificar algún extremo aparentemente confuso sobre la consideración procesal de las partes, que incluso podría tener repercusiones en orden al carácter con que han intervenido en la causa. La cuestión es la siguiente: en el Rollo de Sala del Tribunal Supremo aparece un escrito de la acusación particular, que tuvo entrada en la Secretaría de este Alto organismo el 17 de octubre de 2006, en el que con ocasión del trámite de instrucción o contestación a los recursos (del Fiscal y del acusado), lo que hace es interponer un recurso de casación, cuando no lo había preparado y el trámite que se le ofrece es el de instrucción o contestación a los que en su día y conforme a los trámites legales habían interpuesto, uno el Fiscal con un motivo y otro el acusado que contiene tres, aunque sólo dos de ellos se desarrollen.

Pues bien, al folio 25 del Rollo de Sala aparece un escrito de la misma parte acusadora, (...), en la que se da por emplazada respecto a los recursos del Ministerio Fiscal y del acusado (...), se persona ante el Tribunal Supremo y anuncia la adhesión al recurso del Mº Fiscal.

De ello se desprende el error en que ha incurrido esta parte procesal (seguimos refiriéndonos a la acusación particular) que no interpuso recurso, que personada e instruida de los recursos de los demás replica al del acusado, pero en lugar de responder y adherirse al del Mº Fiscal, como había anunciado, entabla un recurso autónomo con dos motivos. Lógi-

camente en su calidad de parte recurrida sólo puede contradecir o apoyar el recurso del acusado y el del Fiscal, a este último en calidad de adherido. El Fiscal sólo formaliza un motivo, el referido a la aplicación del *art. 23 C.P.*, propugnando la estimación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en calidad de agravante, y este motivo único es el que puede reforzar con sus argumentos la acusación particular recurrida al haberse adherido a él.

Consecuentemente, al no ser recurrente autónomo, no puede añadir ningún motivo más, por lo que el número primero en el que pretende desvirtuar la estimación por la Audiencia de una atenuante no solicitada por la defensa no puede ser objeto de consideración o examen en sede casacional. Nos debemos atener exclusivamente, en su condición de parte adherida, al motivo que articula el Mº Fiscal, que corresponde al segundo de la acusación particular, entendiéndolo como argumento de refuerzo y no como recurso autónomo por parte de quien se aquietó en su momento a la sentencia recaída en la instancia, una vez le fue notificada.

No varían las cosas por otorgar al escrito impugnativo el carácter de recurso supeditado, como autoriza la *Ley de jurado* (véase *art. 846 bis b*)), pues aunque constituyese un recurso condicionado al mantenimiento del suyo por el recurrente, será preciso en todo caso que la materia sobre la que verse tenga relación directa o indirecta con el recurso al que se supedita (Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 25-04-2005) y en este caso en relación al motivo primero no la había.

Item más, aunque atribuyéramos al escrito del recurrido carácter autónomo la estimación por el Tribunal sentenciador de una atenuante cuyo contenido ha sido discutido contradictoriamente en el plenario, si materialmente integra la agravación, debe reputarse conforme a ley -según doctrina de esta Sala debiendo quedar reflejada en el *factum*.

Recurso del Ministerio Fiscal.

PRIMERO.- En motivo único el Fiscal protesta frente a la sentencia recaída por haber infringido el tribunal de instancia la ley penal sustantiva (*art. 849-1 L.E.Cr.*) no aplicando la *agravante de parentesco* (*art. 23 C.P.*), oportunamente interesada por las acusaciones.

1. El Ministerio Público argumenta que en el relato fáctico de la sentencia se señala que el procesado y la víctima “formaban un matrimonio en vías de separación, que había motivado el ingreso de la esposa en una casa de acogida y la salida del marido del domicilio familiar de forma más o menos esporádica, ante la pérdida de la “afectio maritalis” desde hacía tiempo, cuando”, pasando a continuación a relatar los episodios delictivos por los que finalmente condena la sentencia.

A pesar de tal apodíctica declaración la Audiencia rechaza la aplicación de la circunstancia por dos fundamentales razones:

a) haber sido introducida la circunstancia por las acusaciones en el trámite de conclusiones definitivas cuando, dado el efecto intensificador de la pena, la defensa debió tener conocimiento anterior para replicar contradictoriamente.

b) la relación afectiva de la pareja estaba sumamente deteriorada, hallándose en vías de separación, situación que no permite afirmar que se conserve el afecto y el cariño que define esa relación parental.

Reconoce que es difícil de captar ese ingrediente subjetivo, pero en cualquier caso es preciso el mantenimiento de los rasgos propios de la estructura familiar.

2. Realmente el Fiscal no se halla falto de razón.

No se infringe el principio acusatorio por solicitar formalmente la estimación de una circunstancia agravante al elevar la calificación provisional a definitiva, pues como bien se apunta en el recurso, “el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y por ello ha dicho reiteradamente esta Sala que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido al artículo 732 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral”.

Para salvaguardar el principio acusatorio es preciso que resulten inmodificados la esencia del relato fáctico que constituye la imputación y las personas a las que se imputa el delito. La sentencia, conforme a las pruebas practicadas, puede incluso condenar por otro delito distinto, lógicamente homogéneo y sancionado con igual o menor pena, pero siempre respetando escrupulosamente los hechos imputados que deben servir de sustento fáctico de la posible condena.

En nuestro caso las acusaciones establecieron el dato en sus escritos de acusación y fue objeto de contradicción en el juicio, circunstancias que excluyen cualquier vulneración del principio acusatorio o derecho a conocer los hechos de la acusación (*art. 24-2 C.E.*).

3. Respecto al otro obstáculo jurídico resulta evidente que la Audiencia Provincial se ha apoyado en argumentos jurídicos y doctrina jurisprudencial anterior a la reforma sufrida por el *art. 23 C.P.*, en virtud de la *Ley Orgánica nº 11/2003 de 29 de septiembre, vigente desde el 1 de octubre de 2003*, que lo modificaba, arrumbando los criterios sobre la vigencia y mantenimiento de los vínculos conyugales o de convivencia, que había sostenido en casos con estas características, en especial a la hora de interpretar la existencia y consistencia de los lazos familiares en el delito de parricidio (*art. 405 del Penal de 1973*), según Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18-02-94, que no reputaba existente a efectos integradores del tipo (también atenuatorios y agravatorios: *art. 11 C.P. 1973*) las relaciones conyugales o asimiladas deterioradas que sólo mantenían el dato formal del vínculo no disuelto.

4. Después de la reforma legal mencionada, inalterada con la posterior de la *Ley Orgánica nº 1 de 28-12-2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, el *art. 23 C.P.* presenta otra redacción en sintonía con el *art. 173.2 C.P.*, con la que se pretende intensificar la respuesta penoló-

JURISPRUDENCIA • TS •

gica a situaciones que desembocaban en gravísimos atentados dentro del círculo familiar (violencia de género).

El legislador objetivó la circunstancia y minimizó, hasta anular, la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persistiera, y todo ello por razones de política criminal que, atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio. En la actualidad deberán concurrir, cuando se trata de parejas casadas o de hecho, los dos requisitos siguientes, como imprescindibles para la estimación de la circunstancia:

a) el dato objetivo de la relación matrimonial o asimilada actual o pasada.

b) que el delito cometido tenga relación directa o indirecta (o se perpetre) en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida a que se refiere la circunstancia anterior.

5. En nuestro caso se dan esas circunstancias. El sujeto activo del delito, abusando de la confianza y comunidad de sentimientos que generaba la relación de pareja, con absoluto desprecio a la vida común pasada y a la hija de ambos fruto de esa unión, agredió sexualmente a su pareja, en términos tales que hacía aplicable el *art. 179 Penal*.

El vínculo parental existía (la situación hubiera sido la misma de haberse extinguido) y todavía se mantenían contactos en una relación ciertamente caduca, hasta el punto de tener que acordarse la medida judicial de alejamiento, que igualmente incumplió el recurrente.

El motivo debe estimarse, procediéndose a nueva individualización de la pena.

Recurso del acusado.

SEGUNDO.- Con amparo en el *art. 849-1º L.E.Cr.* formaliza el primer motivo por no haber estimado el tribunal de instancia la eximente de trastorno mental transitorio por efecto del alcoholismo (*art. 20-2 C.P.*) o en su caso la atenuante de eximente incompleta del *art. 21-1º C.P.*, en relación a la primera.

1. El motivo, antes de ser resuelto, debe enmarcarse en un contexto casacional que hace prácticamente imposible su estimación.

En primer lugar no es posible prescindir de lo dispuesto en el *art. 884-3 L.E.Cr.*, que obliga al recurrente en un motivo por corriente infracción de ley a ajustarse y aceptar en todo su contenido, orden y significación al tenor de los hechos declarados probados, a los que debe pleno acatamiento, dado el cauce procesal sustentador del motivo.

En segundo lugar y en el plano procesal probatorio, las eximentes y atenuantes han de estar tan acreditadas por la defensa como las acusaciones deben probar el hecho delictivo principal y sus circunstancias agravantes y cualificantes, y en la causa no se contó más que con unos informes y un testimonio que no permitían otorgar mayor alcance reductor de la imputabilidad del acusado que el de estimar una atenuante genérica como hizo el tribunal, incluso sin solicitarla la defensa.

2. Partiendo, pues, de esos dos presupuestos insoslayables basta con reflejar, como hace el Fiscal, el relato fáctico sentencial que integra la apoyatura de la atenuación y los ciertos argumentos de la Sala de origen, para comprender la sinrazón de la protesta.

El *factum*, refiriéndose al acusado dice: “que (...) afectado de etilismo crónico con reiterados ingresos en el Servicio de Salud Mental del Hospital de la Misericordia de esta ciudad, llegó a su casa después de una ingesta alcohólica que afectaba levemente, sin anular, sus capacidades intelectivas y volitivas, en un estado de agresividad evidente, producido por el alcohol...”.

Por su parte el tribunal en la fundamentación jurídica delimita el alcance de la afección descrita y su repercusión en la conducta del acusado. La Audiencia considera que concurre en la agresión sexual “la atenuante de embriaguez, prevista en el *artículo 21.2 del Código Penal*, pues, aún cuando constan antecedentes de alcoholismo y tratamientos médicos no siempre seguidos por el acusado, su estado no se revela como alucinatorio o delirante, que pudiera poner de relieve el trastorno de personalidad exigido por la eximente, completa o incompleta”. Sigue la sentencia exponiendo que la esposa denunciante dice que “estaba bebido pero no borracho”, “expresión que, en conjunción con el examen directo del acusado por el tribunal y su capacidad de raciocinio al servicio de la autodefensa, excluyen cualquier patología capaz de afectar o perturbar sus facultades intelectivas o volitivas hasta el punto de anularlas, reputándose normal dentro del medio social en que se desarrolla. Por ello el Tribunal aunque no ha sido alegada la atenuante, ni siquiera de forma alternativa por la defensa, empeñada en negar los hechos, aprecia la existencia de la atenuante simple en el delito al considerar que la capacidad de culpa estaba levemente disminuida”.

En conclusión, podemos afirmar que el alcoholismo crónico, pero sometido a tratamiento, aunque fuera intermitente, no supone necesariamente, ni los peritos lo diagnostican así, una intensa influencia en las capacidades de conocer y obrar del sujeto.

Por todo ello el motivo ha de decaer.

TERCERO.- El siguiente y último motivo lo plantea por error facti (*art. 849-2 L.E.Cr.*).

1. Los documentos casacionales que tiene obligación de mencionar los reduce a los dos siguientes:

a) el testimonio de la esposa (...) obrante a los folios 15 a 19 de las actuaciones, para acreditar que la situación de embriaguez era de más entidad de la que aparentemente se describe en el *factum*.

b) el informe del médico forense sobre restos de esperma, consecuencia del examen ginecológico realizado, que contradice los hechos probados que hablan de que el acusado en el coito anal eyaculó en el interior de la mujer.

A su vez el parte médico referido a la lesión del ojo derecho de fecha 20-1-2005 (folio 208) no es indicativo de las agresio-

JURISPRUDENCIA • TS •

nes sufridas para vencer la resistencia de la mujer, hasta el punto de que permita entender que las relaciones sexuales fueron consentidas.

2. Respecto al primer extremo es patente, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, que el testimonio de la ofendida, aun documentado, no posee el carácter de documento casacional al tratarse de declaración personal, cuya credibilidad y consiguiente eficacia suasoria la determina el tribunal conforme al *art. 741 L.E.Cr.*

La penetración anal utilizando fuerza e intimidación se apoya en el testimonio de la mujer, corroborado por las lesiones médicamente objetivadas y por el testimonio de los policías, que pudieron describir el estado de cosas, especialmente de la mujer, cuando fueron avisados y se personaron en el lugar de los hechos.

Las pruebas de ADN y de semen, en realidad no aseguran que el acusado eyaculara en el interior de la mujer, como expresa la sentencia en el *factum*, pero ello no tendría eficacia en la configuración del injusto típico, pues basta con que hubiera penetración con eyaculación o sin ella, para configurar el delito de violación del *art. 179 C.P.*

El semen, perteneciente al acusado, encontrado en la toalla, no autoriza a excluir que pudiera estar allí varios días, según los peritos, pero lo cierto es que el día de autos existió penetración, porque la reconoce el propio acusado, aunque luego sostenga que fue con el consentimiento de la ofendida.

En definitiva, ninguno de los documentos invocados, el primero no lo es, y el segundo (informe pericial) que sólo en determinadas condiciones puede actuar como tal documento, en este caso por su inoperatividad respecto al fallo de la sentencia, tampoco es posible tenerlo en consideración, lo que hace que ninguna de estas pretendidas pruebas documentales evidencien error del juzgador. Los hechos probados deben quedar inalterados.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- Las costas del recurso del Fiscal se declaran de oficio, conforme al *art. 901 L.E Criminal*.

Al procesado-recurrente le deben ser impuestas las costas, en virtud de ese mismo precepto procesal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, estimando el motivo único alegado, al que se adhirió la acusación particular como parte recurrida, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, con fecha dos de mayo de dos mil seis en ese particular aspecto y todo ello con declaración de oficio de las costas ocasionadas.

Y debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el procesado (...) contra la sentencia anteriormente mencionada y con expresa imposición, en este caso, a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil siete.

En el Sumario instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Illescas con el número 1/2005, y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, contra el procesado (...), sin antecedentes penales; en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de (...), hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha dos de mayo de dos mil seis, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con el motivo que se estima.

SEGUNDO.- Procediendo la estimación de la circunstancia mixta de parentesco con carácter agravatorio, se hace necesario llevar a cabo una nueva individualización penológica en el delito de agresión sexual, resultando aplicable el *número 1 del art. 66 (ahora nº 7)* por concurrir una circunstancia atenuante y otra agravante, lo que hace que deba señalarse una pena de OCHO AÑOS de prisión, como más justa y proporcionada, por efecto de la compensación de la atenuación ya estimada que hizo el tribunal de instancia fijando una pena de 7 años, que debe aumentar en uno más por efecto de la circunstancia agravatoria apreciada en casación, que hizo más reprochable la conducta de aquél.

III. FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado (...) como autor de un delito de agresión sexual a la pena de OCHO AÑOS de prisión, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente (...), mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MARZO DE 2007

La sentencia del Tribunal Supremo objeto de estas líneas casa y anula la dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha 2 de mayo de 2006, estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal (al que se adhirió la acusación particular) y apreciando en consecuencia, -en contra de lo sostenido en la resolución de instancia- la agravante de parentesco (artículo 23 CP) en un delito de violación⁴⁶ en el que el agresor y la víctima formaban un matrimonio en vías de separación.

El punto de partida de esta decisión del Tribunal Supremo (Fundamento jurídico 1º) es que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta la modificación del art. 23 CP operada por la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre⁴⁷, que dio al referido precepto la siguiente redacción, no alterada por la Ley Integral: *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”*⁴⁸. En virtud del nuevo texto, resulta evidente que incluso en los supuestos de extinción civil de la relación conyugal por nulidad o divorcio, o de desaparición de la relación de hecho en los supuestos de análoga afectividad, es aplicable la circunstancia mixta de parentesco. Pero, además -argumenta el TS- esta nueva redacción impide que se sigan aplicando los criterios jurisprudenciales sobre la vigencia y persistencia de los vínculos conyugales o de convivencia desarrollados al abrigo del acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 y que, hechos valer en casos de características

similares al que nos ocupa, condujeron en muchos casos a la no apreciación de la circunstancia de parentesco como agravante⁴⁹. El acuerdo del Pleno del TS al que se acaba de aludir, adoptado en relación a la desaparecida figura del parricidio, supuso un giro trascendental en la doctrina jurisprudencial, por cuanto se decidió por mayoría considerar que, a efectos penales, no subsistía el vínculo matrimonial cuando la relación conyugal estaba destruida *de facto*, pues en tales casos la misma no ofrecía un fundamento suficiente para justificar un mayor reproche. Lógicamente, esta decisión incidió en el ámbito de la circunstancia mixta de parentesco, “toda vez que el concepto de matrimonio debe ser unitario para todo el Derecho penal, ya se trate de los supuestos de parricidio (que ahora quedarían englobados en las modalidades de homicidio o de asesinato), o de la circunstancia de parentesco e, incluso, de la excusa absolutoria regulada en el artículo 268 del Código Penal”⁵⁰. Y, en efecto, son muy numerosas las sentencias del TS en las que como en la de 2 de diciembre de 1997 o la de 14 de noviembre de 2001 se hace hincapié en que la agravación no puede operar de forma automática sobre la base de la concurrencia formal del vínculo conyugal, sino que su razón fundamentadora es la realidad subyacente, “de manera que, en la misma forma que el art. 23 extiende la circunstancia a las uniones conyugales de hecho aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada. Esta exclusión también es aplicable, excepcionalmente, cuando, aun sin existir separación, el vínculo conyugal se encuentra totalmente roto de modo manifiesto y efectivo, es decir en aquellos supuestos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar la mayor reprochabilidad del autor (...)”⁵¹.

⁴⁶ El TS suele considerar que en delitos contra la libertad sexual el parentesco agrava la responsabilidad criminal.

⁴⁷ En vigor desde el 1 de octubre del mismo año.

⁴⁸ Subrayado añadido. La redacción original del Código penal de 1995, vigente hasta el 30 de septiembre de 2003 era ésta: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor”.

⁴⁹ Vid, por todos, sobre los argumentos expuestos en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994, la decisión adoptada y sus repercusiones en la jurisprudencia posterior PRATS CANUT, J. M.: Comentario al art. 23 del Código Penal, en QUINTERO OLIVARES, G (director)./ MORALES PRATS, F. (coordinador): Comentarios al Nuevo Código Penal, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 285 y ss.

⁵⁰ GOYENA HUERTA, J.: El parentesco como agravante, en ARROYO DE LAS HERAS, A./ MUÑOZ CUESTA, J. (coord.)/ GOYENA HUERTA, J.: Las Circunstancias Agravantes en el Código Penal de 1995, Aranzadi, 1997, pág. 218.

⁵¹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E./ MESTRE DELGADO, E./ MARTÍNEZ GALINDO, G./ COTILLAS MOYA, C./ ALCORTA PASCUAL, M.: Código penal con concordancias y jurisprudencia, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 160.

⁵² BAJO FERNÁNDEZ, M.: El parentesco en el Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1973, págs. 52 y ss., ha puesto de relieve que con anterioridad a los Códigos penales de 1928 y 1932, la Jurisprudencia consideraba que la circunstancia de parentesco era de obligada aplicación una vez cumplida la exigencia de un vínculo familiar. Tras las referidas fechas, en cambio, se admite por los tribunales su inaplicación, y de hecho, deja de apreciarse en un importante número de casos, pese a la existencia de vinculación parental. Este cambio obedecería a su juicio a que el art. 69 in fine del Código penal de 1928 recogía la posibilidad de no tomar en consideración la relación de parentesco. El legislador de 1928 -explica- “no pretendía otorgar a los tribunales una facultad injustificada para dejar de aplicar la circunstancia de parentesco aun existiendo éste, sino que declaraba expresamente la necesidad que tenía el juzgador de examinar detenidamente la realidad del parentesco para comprobar que existía no sólo el vínculo jurídico sino la relación familiar en todo su significado ético-social. Venía a recordar, pues, que el parentesco sólo interesaba en cuanto fuera acorde con el fundamento de la circunstancia”. De ahí que en Códigos posteriores (1932 y 1944), el legislador, al igual que en relación con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como las de nocturnidad, despoblado o morada respecto de las cuales el Código penal de 1932, pero no el de 1944, estableció la posibilidad de no aplicarlas, no estimase ya necesario declarar de forma explícita la necesidad de que la apreciación de la agravante en cada caso concreto no debía llevarse a cabo de forma automática tras constatarse la concurrencia de los elementos objetivos exigidos por la ley, sino a la luz del fundamento de la misma, es decir, una vez comprobado además el cumplimiento de ciertas exigencias, principalmente subjetivas, no mencionadas pero que se deducen de su fundamento.

Con la reforma de 1983 la apreciación de la circunstancia de parentesco vuelve a abandonar de modo expreso su carácter automático, de forma que el propio texto del art. 23 prevé que el vínculo familiar entre autor y agraviado pueda no tener efectos en el caso concreto ni agravatorios ni atenuantes, debiendo atender el intérprete para tomar una decisión al respecto no sólo a la naturaleza del hecho, sino a los motivos y a los efectos del mismo.

Resulta correcto desde un punto de vista dogmático que la Jurisprudencia no se conforme en el plano subjetivo con que el sujeto conozca la relación de parentesco que le une a la víctima y exija además que la relación parental conserve su significado material en el momento de comisión del hecho, por cuanto con ello se persigue que la aplicación del parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no se lleve a cabo de forma objetiva, sino acorde con su fundamento⁵², basado en la vulneración de especiales deberes jurídicos y ético-sociales y vinculado para unos a un mayor contenido de injusto⁵³, mientras que para otros conectado a una mayor culpabilidad⁵⁴. Como ha indicado BAJO FERNÁNDEZ, “sería contradictorio aplicar la modificación de responsabilidad en aquellos casos en los que existiendo el parentesco los vínculos sentimentales son tan insignificantes que la relación familiar se le presenta al autor como equivalente a la relación con un extraño”⁵⁵.

Ahora bien, lo que no resulta admisible es que partiendo de la necesidad de constatar la presencia de un elemento subjetivo –insisto– coherente con el fundamento de la circunstancia mixta del art. 23 CP, una línea jurisprudencial haya desvirtuado injustificadamente la agravante de parentesco desestimando su aplicación con efectos agravatorios por considerar que, en el ámbito de vínculos conyugales y análogos, sólo puede ser apreciada si subsiste entre ofensor y agraviado la *affectio maritalis* entendida como amor o cariño. Como puso de manifiesto PRATS CANUT⁵⁶, no se puede llegar a convertir en regla esa excepción reconocida por el Acuerdo del TS de 1994 antes aludido. Semejante interpretación, ajena al fundamento de la circunstancia mixta de parentesco, conduce inexorablemente a indebidas pretericiones de la agravante⁵⁷. Ya QUINTANO señaló acertadamente que “los delitos de agresión personal apenas si se conciben entre parientes cariñosos”⁵⁸, de modo que no debe hacerse depender la exigencia de mayor responsabilidad de la existencia de afecto entre víctima y victimario. Desoyendo esta observación, sin embargo, el TS en Sentencias de 21 de mayo de 1999, 19 de octubre de 2000, 29 de septiembre de 1999 y 18 de fe-

brero de 2000, entre otras, dice que podrá no apreciarse esta agravante ante una convivencia bajo el mismo techo pero calificable de mera coexistencia, derivada de los conflictos que la separación supondría (para terceras personas, hijos, económicos), por lo que pese a la no separación física se trate de una situación totalmente opuesta a la de una convivencia o coexistencia pacífica.

A este respecto conviene dejar claro que, como señala la doctrina penal, el elemento subjetivo de la circunstancia mixta de parentesco ni debe ni tiene por qué identificarse con el cariño entre agraviado y ofensor⁵⁹. Así, por ejemplo, para BAJO FERNÁNDEZ esa exigencia subjetiva de la que debe hacerse depender su apreciación, y que se deduce incluso de la referencia a los “motivos” del autor que contiene la redacción del CP⁶⁰, es “un sentimiento de vinculación afectiva derivado de la conciencia de pertenecer a un grupo de comunes intereses”, que no debe identificarse con el cariño, sino que ha de entenderse como “sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina”⁶¹. Para DÍEZ RIPOLLÉS⁶² el comportamiento supone una infracción de un deber jurídico o de una obligación social, cual es el respeto mutuo ligado a las relaciones de parentesco. Y en opinión de MIR PUIG son las expectativas sociales derivadas del parentesco las que pueden atribuir al hecho delictivo una mayor o menor gravedad al hecho⁶³.

Desde mi punto de vista, en la rechazable exégesis jurisprudencial a la que antes he hecho referencia subyace la idea de que, dado que el parentesco entre cónyuges y personas vinculadas de manera estable por análoga relación de afectividad surge por el afecto y no por la sangre, debe estimarse extinto en el momento en el que falta ese afecto, aun persistiendo la convivencia, y aun cuando el delito se cometa, precisamente, debido a que el agresor no está dispuesto a tolerar que la víctima rompa el vínculo parental, lo cual no es correcto ni, probablemente, equiparable al proceder que se sigue en otras relaciones parentales. Así, por ejemplo, en el

⁵³ Así CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito, sexta edición, Tecnos, Madrid, pág. 403; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Esquemas de Derecho penal. Parte General, Tirant lo Blanch (en prensa); MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, 7ª ed., edit. Reppertor, Barcelona, 2004, págs. 628 y 629.

⁵⁴ Así BAJO FERNÁNDEZ, M.: El parentesco en el Derecho Penal, op. cit., págs. 38 y ss.

⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M.: El parentesco en el Derecho Penal, op. cit., págs. 55 y 56

⁵⁶ PRATS CANUT, J. M.: Comentario al art. 23 del Código Penal, op. cit., pág. 283.

⁵⁷ La Asociación de mujeres juristas Themis en sus “consideraciones a las reformas recientes y en proyecto”, de marzo de 2003, (<http://www.mujeresjuristas-themis.org/documentos/penal/index.htm>) decía a este respecto lo siguiente: “la inclusión en el ámbito de esta circunstancia agravante a los ex cónyuges y ex compañeros, es una reivindicación de esta Asociación desde el año 1999, porque la razón de las agresiones entre personas que han estado unidas por un vínculo conyugal o análogo es precisamente la existencia de tal vínculo, aunque no esté vigente en el momento de la agresión. Con ello, se evitarán además interpretaciones jurisprudenciales desviadas del fin de la norma y del sentir mayoritario de la ciudadanía, que excluían la aplicación de esta agravante cuando existían desavenencias en la pareja, o alguno de sus miembros había planteado su ruptura”.

⁵⁸ QUINTANO, A.: Comentarios al Código Penal, Madrid, 1966, pág. 252

⁵⁹ Además de los autores citados en el texto, critican la exigencia de cariño o afecto entre víctima y autor, entre otros, CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, op. cit., pág. 403 nota 35, SAAVEDRA RUIZ, J.: Apuntes sobre la relación de parentesco en el Código Penal, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (coordinadores): Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo I, Marcial Pons, 2004 págs. 808 y 809.

⁶⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M.: El parentesco en el Derecho penal, op. cit., págs. 57 y 58

⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: ibidem, pág. 55

⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Esquemas de Derecho Penal. Parte General, op. cit.

⁶³ MIR PUIG, S.: Derecho Penal, op. cit., pág. 629.

JURISPRUDENCIA • TS •

Fundamento Jurídico 2º de la STS 503 de 2006, de 4 de mayo [RJ 2006\4062] considera el ponente que hay algunas relaciones “cuya permanencia o valoración a los efectos de la mayor o menor culpabilidad del agente están estrechamente vinculadas a la persistencia de una relación afectiva, pero hay otras, como las que se derivan de vínculos socialmente reconocidos, valorados e incluso exigibles que sitúan a determinadas personas en una relación que no se rompe por la falta de afectividad e incluso por el odio directo. En los casos de ascendientes y descendientes existen otras raíces de fondo calado social y antropológico que exigen mantener una consideración de las mismas por encima de los afectos, por lo que la situación de confrontación no elimina la valoración negativa de los actos de la naturaleza que estamos examinando”.

Debe señalarse, no obstante, que esta línea jurisprudencial ha coexistido con otra de signo opuesto –de la que es exponente la STS de 4 de junio de 2001- que, siguiendo a la doctrina penal, ha estimado que el elemento subjetivo al que se viene haciendo referencia “no consiste precisamente en el cariño o el afecto, ordinariamente ausentes en quienes agraden físicamente a sus cónyuges, sino en la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina” y afirma: “la regla general, en consecuencia, es que en las agresiones físicas entre cónyuges debe aplicarse la agravante de parentesco cuando se mantenga la situación de convivencia y también en supuestos de separaciones recientes (S.407/1996, de 11-5-1996 y S. núm. 919/1998 de 3-7-1998), pues en estos casos concurre y subsiste el incremento del desvalor de la conducta derivado del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato a los familiares así como la mayor relevancia de los efectos psíquicos que la agresión determina sobre la víctima. Es por ello por lo que en la doctrina reciente de esta Sala se insiste en que no puede excluirse la aplicación de la agravante por el simple deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges (STS de 22-9-2000, núm. 1429/2000), o por la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho (STS de 10-2-2000, núm. 115/2000), o por encontrarse los cónyuges en una situación tensa a causa de sus desavenencias (STS de 3-7-1998, núm. 919/1998)”.

Sentado lo anterior, y retomando el análisis de la sentencia objeto de comentario, resulta evidente que, como se señala en los puntos 3 y 4 del F.J. 1º, uno de los efectos que deriva

de la modificación del art. 23 CP operada por la L.O. 11/2003 es el fin de la exigencia de *affectio maritalis* para la apreciación de la circunstancia de parentesco. Como se apuntó con anterioridad, la nueva interpretación jurisprudencial nacida como consecuencia de la mencionada reforma⁶⁴, estima que se ha suprimido el elemento subjetivo de la afectividad porque ya no hace falta para la aplicación de la circunstancia que persista siquiera el vínculo conyugal o la análoga relación estable. Brevemente expresado, el razonamiento en el que se apoya esta exégesis es el siguiente: si bajo la vigencia del texto anterior, a partir del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de 18 de febrero de 1994, tras comprobar la existencia formal del vínculo, había que constatar su persistencia material en términos de *affectio maritalis*, ahora, en caso de cónyuges o parejas de hecho ni siquiera hay que exigir la persistencia de ese requisito formal, por cuanto se da cabida en el precepto a los ex cónyuges y a los ex convivientes⁶⁵. Ahora bien, en línea con la exposición que he realizado con anterioridad, conviene precisar que ese –tantas veces aludido- Acuerdo del TS no estableció que hubiera que exigir necesariamente *affectio maritalis*, sino que dicha exigencia es fruto de una determinada exégesis –errónea- del mismo. Prueba de ello es que, como ya he señalado, existe una nutrida corriente jurisprudencial que rechaza esa interpretación.

En el punto 4º del F.J. 1º de la sentencia analizada en estas líneas se recogen varias afirmaciones que merecen particular atención. La primera de ellas, que aparece también en otras decisiones del TS que integran esta nueva línea jurisprudencial, es que la reforma legislativa ha traído consigo la objetivación de la circunstancia de parentesco. Conforme a la segunda, conectada con la anterior, la referida objetivación y la supresión de la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persista en el momento en el que se realiza el hecho, han sido llevadas a cabo por el legislador “por razones de política criminal”, debido a que “atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio”. En tercer lugar se establece que, los dos requisitos de los que depende la aplicación de la circunstancia son “a) el dato objetivo de la relación matrimonial o asimilada actual o pasada” y “b) que el delito cometido tenga relación directa o indirecta (o se perpetre) en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida a que se refiere la circunstancia anterior”. A mi juicio, no resultan asumibles

⁶⁴ La sentencia objeto del presente comentario no es la primera del TS en la que se refleja esta nueva doctrina. Ya las SSTS de 1 de junio de 2005 [RJ 2005\5892], 14 de octubre de 2005 [RJ 2005\7592], 23 de octubre de 2006 [RJ 2006\711] 10 de noviembre de 2006 [RJ 2007\226] y de 22 de noviembre de 2006 [RJ 2006\9182] (esta última recaída en un supuesto de agresión sexual) han puesto de relieve las consecuencias de la modificación operada en la redacción del art. 23 CP por la L.O. 11/2003.

⁶⁵ Así, también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2006 (Rec. 612/2006), en la que se condena a la acusada como autora de un delito de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 CP, se afirma, que si bien la doctrina jurisprudencial había venido declarando la inapreciabilidad de la agravante de parentesco en los casos de desaparición de las relaciones de afectividad entre los cónyuges o personas ligadas por un vínculo similar, la relevancia del factor subjetivo de la afectividad y el cariño ha desaparecido en la nueva redacción del art. 23 del Código operada por la Ley Orgánica 11/2003, dado que ahora se puede apreciar la agravante no sólo en el agresor que sea cónyuge o similar de la víctima, sino también en el que lo haya sido anteriormente a la acción típica, es decir en situaciones en las que el vínculo afectivo o amoroso ya no existe.

JURISPRUDENCIA · TS ·

estas aseveraciones por varias razones. Ante todo, en un Derecho penal respetuoso con las exigencias del principio de culpabilidad una circunstancia modificativa de la responsabilidad no debe operar de forma objetiva o automática, sino que su apreciación procede sólo en aquellos supuestos en los que se materialice su fundamento. Asimismo, como he señalado con anterioridad, el propio tenor literal del art. 23 CP se opone a una aplicación automática u objetiva de la circunstancia, que puede no tener efecto alguno sobre la responsabilidad penal, o atenuarla⁶⁶ o agravarla en atención a la naturaleza, los motivos y los efectos del hecho. Adviértase que ni siquiera el propio ponente lleva a cabo una aplicación objetiva de la circunstancia, pese a la inquietante toma de postura expresada en tal sentido, con arreglo a la cual basta que el delito tenga una *conexión indirecta* con el vínculo parental. Por el contrario, analiza el hecho enjuiciado –a mi parecer, con acierto– a la luz del fundamento de la agravante de parentesco, de la naturaleza del hecho, de los motivos y de los efectos, pues considera que “el sujeto activo del delito, abusando de la confianza y comunidad de sentimientos que genera la relación de pareja, con absoluto desprecio a la vida común pasada y a la hija de ambos fruto de esa unión, agredió sexualmente a su pareja, en términos tales que hacía aplicable el art. 179 C. Penal”.

En definitiva, creo que es posible afirmar que la “ultra-actividad” de la relación conyugal o análoga tras su extinción a efectos de la posible apreciación del parentesco con efectos agravatorios o atenuantes, introducida por la LO 11/2003, permite aplicar la circunstancia en casos en los que antes ello no resultaba posible porque faltaba el requisito objetivo (ex parejas), permite también –en palabras del ponente– “arreglar” la *affectio maritalis*, pero no constituye una “autorización” para prescindir de la exigencia de un elemento subjetivo cuando opera como agravante, porque ello supondría prescindir de su fundamento. Este reside, a mi entender, en que el hecho típico realizado implica un

quebrantamiento de un deber socialmente reconocido de mayor respeto en relación con determinados bienes jurídicos del ofendido⁶⁷. En cualquier caso, tanto si se vincula la circunstancia a lo injusto, como si se estima que el parentesco como agravante está ligado a una mayor perversidad del autor, debe excluirse su aplicación en aquellos supuestos excepcionales en los que víctima y agresor se conduzcan como auténticos extraños, lo que no sucederá, desde luego, si conviven pese a estar incluso en trámites de separación, o se han separado recientemente. Cuando dos personas que son o han sido pareja conviven (como ocurre en el caso del que conoce la sentencia comentada) o se han separado recientemente, en la sociedad sigue estando vigente esa expectativa de mayor respeto a la que acabo de aludir (o, si se prefiere, es más reprochable que una atente contra la otra), de ahí que el parentesco actual o pasado deba agravar la pena en estos casos. En cambio, no perdura esa expectativa –y, por ende, no debe aplicarse el art. 23 CP– en relación con los miembros de una pareja divorciada hace muchos años, que no han mantenido contacto directo alguno desde entonces, por más que siempre pudiera hallarse una remota “conexión indirecta” entre el hecho y la relación que existió entre ellos. Es, por lo tanto, la presencia de una vulneración de esos deberes ético-sociales en un caso concreto la que legitima la agravación de la pena, y no la búsqueda de un mayor efecto disuasorio. Las necesidades de prevención, por sí solas, sin presencia de un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, no pueden ofrecer una base legítima a la apreciación de la agravante de parentesco, sino sólo convertirla en algo que creo que no sería descabellado considerar como manifestación de un –inaceptable– Derecho penal de autor, en la medida en que se estaría castigando con mayor rigor no por la mayor gravedad del hecho realizado, sino por ser o haber sido pareja de la víctima quien lo ejecuta, y en atención a eventuales futuros delitos. (Dra. Ana María Prieto del Pino. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Málaga).

⁶⁶ Como ha señalado ASÚA BATARRITA, A.: Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en Cuadernos penales José María Lidón núm. 1, Bilbao, 2004, pág. 209, un efecto quizá no tomado en consideración por el legislador que trae consigo la inclusión de las ex parejas en el ámbito del art. 23 CP es la posibilidad de que éstas vean atenuada sus penas en supuestos de delitos patrimoniales, en los que el TS suele otorgar efectos atenuantes al parentesco.

⁶⁷ El parentesco agrava, por lo tanto, en mi opinión, lo injusto, pues supone una vulneración del deber de respeto que la sociedad considera inherente a las relaciones parentales actuales o pasadas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA, SALA DE LO SOCIAL, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2006. ACOSO LABORAL A MUJER TRABAJADORA COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

En Santander a veintitrés de noviembre de dos mil seis. En el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº cuatro de Santander, ha sido Ponente ..., quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Que según consta en autos se presentó demanda por Dª ..., sobre Seguridad Social, siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 17 de abril de 2006, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.-Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.-La demandante ..., está afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001, de profesión

2º.-El 16-2-2005 se inició expediente en solicitud de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, emitiéndose dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 15-3-2005, donde se determina el siguiente cuadro clínico residual: "Trastorno de stres postraumático por acoso laboral. Trastorno mixto (ansiosodepresivo) de intensidad grave secundario."

Por resolución de fecha 14-4-2005, la Entidad Gestora deniega la prestación solicitada por las siguientes causas: "Por no alcanzar, las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de una incapacidad permanente, según lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29/06/94), en relación con el artículo 136.1 de la misma disposición en la redacción dada por la ley 42/1994, de 30 de diciembre (BOE31/12/94)." Contra la citada resolución se interpuso reclamación previa el día 6-5-2005 siendo desestimada por resolución de 30-5-2005.

3º.-La actora estuvo en Incapacidad Temporal desde el 22-8-2003 hasta el 21-2-2005. (Agotamiento plazo).

4º.-La demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual: "AFECCIONES PSÍQUICAS:

Exploración actual: está angustiada, dice que no la apetece ni salir a la calle, que se le encuentra y va hacia ella, la última vez porque estaba con su hermana. Colaboradora, consciente, manipulada psicológicamente en la actualidad por los recuerdos. Sin ganas de luchar porque recuerda como la tenía agarrada por las muñecas y la tocaba...

Informe de USM: paciente en tratamiento en la unidad por un trastorno por stres postraumático derivado de acoso laboral y cuadro mixto ansioso-depresivo de intensidad sintomatológica grave desde 24-9-03. Diversos abordajes terapéuticos sin clara mejoría. También recibe atención psicológica en cavas, pero es pesimista respecto a una posible recuperación no estando capacitada para una ocupación laboral (parece que no puede salir de casa si no va acompañada). CONCLUSIONES. DEFICIENCIAS MAS SIGNIFICATIVAS: Trastorno de stres postraumático por acoso laboral. Trastorno mixto (ansioso-depresivo) de intensidad grave secundario.

TRATAMIENTO EFECTUADO, CEN. y SERV. DONDE HA RECIBIDO ASIS. EL ENFERMO: Médico. Control 1 vez al mes; psicólogo todas las semanas (23-2-05).

EVOLUCION: Hacia la cronicidad.

POSIBILIDADES TERAPEUTICAS y REHABILITADORAS: Según evolución. LIMITACIONES ORGANICAS y FUNCIONALES: Derivadas de la clínica y diagnóstico reseñado."

5º.-Las tareas que realiza la demandante como... son las propias de su profesión.

6º.-La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 474'54 euros mensuales para la Incapacidad Permanente Absoluta derivada de enfermedad común y a 517,63 euros mensuales para accidente de trabajo.

7º.-Con fecha 16-9-2005 fue dictada sentencia por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander, en autos 927/2004, cuyo fallo dice: "Que estimando las demandas acumuladas interpuestas por doña ... contra el INSS, TGSS, MUTUA ... Y (empresario), declaro que la contingencia del periodo de incapacidad temporal en que la demandante permaneció del 22-8-03 al 14-4-05 responde a accidente de trabajo.

A su vez, se condena de manera directa al empresario demandado a pagar en favor de la demandante la prestación de S. Social derivada de la situación de incapacidad temporal anteriormente reseñada, a razón de una base reguladora diaria de 18,79 euros. Se condena también con carácter subsidiario a las entidades gestoras demandadas previa declaración de insolvencia del empresario.

Todo ello, sin perjuicio del anticipo de la mutua demandada."

8º.-Contra la citada sentencia fue interpuesto recurso de suplicación, dictándose sentencia por la Sala el 25-1-2006, cuyo fallo dice: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por Don ..., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Tres de Santander (Autos

927/2004) de fecha 16 de septiembre de 2005 en actuaciones iniciadas por Doña ... contra el recurrente, la Muta también recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad y la Tesorería General de la Seguridad Social, que revocamos en el sentido de declarar que del pago del subsidio de incapacidad temporal reconocido a la trabajadora Doña ... debe responder la Mutua ... absolviendo de dicho pago al empresario Don ..., y manteniendo el resto de sus pronunciamientos. Desestimamos íntegramente el recurso de la Mutua" Dicha sentencia es firme.

9º.-El cuadro clínico de la incapacidad temporal es: trastorno depresivo, trastorno por estrés postraumático y crisis de angustia.

10º. -Con fecha 22-12-2005 fue dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander, cuyo fallo dice: "Que debo absolver y absuelvo al/los acusado/s del/los delito/s por el que viene/n inculpa-do/s, con declaración de las costas de oficio."

Contra la citada sentencia se ha interpuesto por la actora recurso de apelación.

TERCERO.-Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-En la demanda origen del pleito, la demandante, de profesión ..., pretendía la declaración de estar afectada de incapacidad permanente absoluta para toda profesión y oficio derivada de contingencias profesionales.

Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declara que las secuelas que afectan a la demandante la constituyen en situación de incapacidad permanente absoluta, reconociéndole el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 100 % de su base reguladora, se alzan en suplicación tanto la representación Letrada de la Entidad Gestora como la de la Entidad colaboradora, la Mutua En el caso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, desde la perspectiva que autoriza el Art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 abril, a fin de que se mantenga la declaración de no invalidez, hecha en la resolución administrativa o, de forma subsidiaria, se declare que la patología que sufre la actora es tributaria de una incapacidad permanente total. En idéntico sentido y con el mismo amparo procesal la dirección Letrada de la Mutua codemandada solicita la integra desestimación de la demanda y la confirmación de la resolución recaída en la vía administrativa previa.

Segundo.-Denuncia la Entidad recurrente, en el motivo único del recurso, la infracción, por aplicación indebida, del artículo 137 núm. 5 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por considerar que la trascendencia funcional del cuadro clínico objetivado en la sentencia de instancia no hace acreedora a la demandante de una declara-

ción de Incapacidad Permanente Absoluta, argumentado que tanto el origen como las características del estrés postraumático padecido por la trabajadora demuestran que la única incompatibilidad generada por aquella patología lo es de manera exclusiva para el concreto puesto en el que la actora sufrió el acoso sexual y, por tanto, cualquier otro trabajo en el que no concurren aquellas circunstancias de presión psicológica y que se halle exento de los elementos que provocaron la dolencia resultaría factible para la trabajadora. En consecuencia, sigue razonando la recurrente, nos encontramos ante una patología cuya incompatibilidad se ciñe a un puesto de trabajo, lo que determina que sea ajena al círculo de protección dispensado por el sistema de la Seguridad Social, cuya tutela se extiende a una determinada categoría jurídica: "la profesión habitual", pero no contempla una defensa análoga cuando de un específico puesto de trabajo se trata.

No se cuestiona en esta instancia el nexo causal existente entre la patología que sufre la trabajadora y su etiología laboral, y tampoco cuestiona la recurrente la falta de aptitud de la trabajadora para reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo en atención a las particulares circunstancias organizativas y relacionales que se dan en el mismo; la Entidad Gestora, por el contrario, centra el debate sobre el alcance invalidez de las secuelas generadas por los actos de hostigamiento y acoso de que ha sido víctima aquella y defiende la capacidad de la misma para reincorporarse a cualquier otro puesto de trabajo, ya sea de su misma profesión, ya lo sea en otra diferente para la que se encuentre preparada, en el que no concurren las concretas circunstancias que determinaron su baja laboral.

Como pone de relieve la doctrina científica, a efectos clínicos, es posible distinguir distintas fases por las que sucesivamente atraviesan las personas sometidas al acoso; así tras un tiempo relativamente breve de acoso, los síntomas son muy cercanos al estrés y los sujetos pasivos del mismo presentan síntomas de cansancio, nerviosismo, problemas de sueño, trastornos digestivos..., en estos casos un periodo de baja laboral suele ser suficiente para reparar el daño recibido. Sin embargo, si el hostigamiento se prolonga en el tiempo, sigue afirmando esta doctrina, los síntomas descritos terminan por cronificarse, llegándose a situaciones de estrés postraumático y a estados depresivos severos; la evolución descrita culmina con la exclusión de víctima traumatizada del mercado de trabajo, apoderándose de la misma, al evocar las escenas de violencia y humillación vividas, las conductas de miedo y evitación.

En el supuesto debatido en autos, la situación patológica que se declara probada en la resolución de Instancia, que en este punto acoge el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de 15 de marzo de 2005, se concreta en: Trastorno de estrés postraumático por acoso laboral. Trastorno mixto ansioso-depresivo de intensidad sintomatológica grave desde el 24 de septiembre de 2003.

JURISPRUDENCIA • TSJ •

Partiendo del estado residual actual de la trabajadora, hay que concluir que este cuadro clínico posee entidad suficiente y hace acreedor a quien lo padece de una incapacidad permanente, en el grado de absoluta. Mantiene la jurisprudencia que el grado absoluto de invalidez permanente requiere que las dolencias concurrentes inhabiliten a quien las padezca, de manera plena, para el ejercicio de toda profesión u oficio, de tal manera que no sea capaz de realizar una actividad con un mínimo de profesionalidad, rendimiento o eficacia en la prestación del trabajo (SSTS de 18 de enero de 1.988, 12 de abril de 1.988, 20 de junio de 1.988, 10 de febrero de 1.989 y 9 de marzo de 1989, entre otras). Es cierto que la situación de invalidez permanente absoluta y el derecho al percibo de la prestación correspondiente puede ser compatible con la idoneidad del afectado para la realización de las actividades que menciona el Art. 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social, pero no lo es menos que dichas actividades y la aptitud para su desarrollo no debe comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos incluye tal grado de invalidez. Hay que recordar que, de antiguo (SSTSJ Cantabria 20.4.94, rec. 223/94; 27 de noviembre de 1.995, rec. 674/95, y 26 de junio de 1.996, rec. 1.296 /95, entre otras muchas), es doctrina consolidada de esta Sala la que establece que, en materia de afecciones psíquicas y en relación a la “depresión”, para el reconocimiento del grado de incapacidad permanente absoluta se precisa un trastorno “mayor” o asociado a trastornos de la personalidad o con síntomas psicóticos, con la entidad que los aquí descritos, son los que justifican la incapacidad permanente absoluta. Nos encontramos en presencia de una depresión crónica y severa, motivada por la situación de acoso sexual a la que se halló sometida por su empresario, motivo por el cual causo baja laboral para el trabajo el día 22 de agosto de 2003, siendo despedida de la ... en la que prestaba sus servicios el 4 de marzo siguiente. Tres años después, el dictamen médico del E.V.I. precisa que a lo largo de este tiempo la Unidad de Salud Mental adscrita al Hospital “Marqués de Valdecilla” ha ensayado diversos abordajes terapéuticos y psicológicos sin que se hayan podido apreciar claros síntomas de mejoría y considera que su estado de salud actual le impide desempeñar una ocupación laboral. Coincide de esta manera el diagnóstico de los servicios médicos del INSS con el pronóstico emitido en su día por el médico forense adscrito a los Juzgado de Instrucción de Santander cuando señalaba que “precisará tratamiento durante un largo periodo de tiempo, hasta su total recuperación” (folio 108).

A la vista de estos datos habrá que concluir que aquellas dolencias tienen la virtualidad suficiente para imposibilitar la realización no solo de las tareas fundamentales de su profesión habitual de ... sino de cualquier otra actividad diferente, puesto que impresiona de una sicopatología importante, hasta el punto que la Unidad Salud Mental no duda en señalar que precisa la ayuda y tutela de otras personas en as-

pectos básicos de su vida cotidiana, incluso, lo advierte el dictamen del E.V.I. cuando indica que la actora no puede salir de casa si no va acompañada de otra persona debido al intenso miedo que soporta. Con tales condicionantes es impensable que la trabajadora pueda desempeñar con normalidad algún tipo de trabajo, siendo evidente que un cuadro clínico como el de referencia, produce en quien lo padece una radical imposibilidad de dedicación a cualquier tipo de actividad laboral, pues cualquiera que ésta sea requiere que venga acompañada de una elemental relación interpersonal y, como ya se ha dicho, que la misma se lleve a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, que, obviamente, no pueden ser prestadas por una persona que se halle en las condiciones psíquicas que actualmente presenta la recurrente, y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, el motivo y el recurso deben ser desestimados. Tercero.-La Mutua ... denuncia la infracción, por aplicación indebida del Art. 137.5º de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio; si bien, con carácter previo al análisis del alcance invalidante que pueden tener las dolencias que aquejan a la trabajadora, realiza una amplia cita, con la trascripción literal de tres folios de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander de 22 de diciembre de 2005 que absolvió al empresario de un delito de abuso sexual y de un delito continuado de acoso sexual de los que venía siendo imputado con la finalidad, se afirma, de poner de relieve el hecho de “que para el Juzgador en aquel procedimiento concurren dudas más que razonables que puedan permitir tener por acreditados los hechos enjuiciados y que de los mismos se derive el estado residual de la trabajadora”.

Con el mismo carácter incidental con el que plantea la cuestión el recurrente, no se puede obviar la circunstancia de que la Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión que de nuevo trae a colación la recurrente, precisando en su sentencia de 25 de enero de 2006, rec. 1233/2005, que “... el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, sienta el principio de no incidencia en el proceso laboral de las cuestiones prejudiciales del orden penal, de manera que el seguimiento de causa criminal sobre los hechos debatidos no suspendería la tramitación del juicio, salvo cuando se tratase de falsedad de un documento de decisiva influencia en el pleito, situación que no es el caso. La no suspensión del proceso laboral por la apertura de causa criminal sobre los hechos debatidos ha sido justificada por las Sentencias del Tribunal Supremo, entre muchas, de 20 de junio de 1994, 10 de junio 1992 (no existencia de litispendencia), 13 de febrero de 1998, 14 de octubre de 1987, 15 junio 1992 (distinta valoración de los mismos hechos por los órdenes social y penal) y más recientemente en la de 17 de mayo de 2004 relativa a un recargo por falta de medidas de seguridad, así como por el Tribunal Constitucional en Sentencias

24/1984 de 23 febrero, 62/1984 de 21 mayo y 36/1985 de 8 marzo, dejando clara la independencia de uno y otro orden jurisdiccional y la no vinculación entre sí de las resoluciones que cada uno dicte, dado que operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta. Es más, en la sentencia del TS de 5 de junio de 2005 (Rec. 1838/04), en relación con una demanda de acoso sexual, se afirma la posibilidad de instar el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales ante el orden social, con independencia de la acción penal entablada, por lo que con más motivo se podrá entablar una acción de seguridad social”.

Por tanto, el proceso laboral, a la inversa del proceso civil, continúa y se decide aunque los hechos que se enjuician sean constitutivos de delito que, en todo caso, deberá denunciarse ante el órgano encargado de la instrucción de la causa conforme preceptúa el Art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Esta situación de independencia del juicio laboral respecto del penal deriva de la específica naturaleza del conflicto que se ventila en este proceso, cuyo objeto no es otro que verificar la ilicitud o juridicidad de la conducta seguida por el empresario en el campo laboral, abstracción hecha de si la misma es o no constitutiva de un ilícito penal.

La principal característica del acoso sexual en el trabajo es que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, de tal manera que, como señalaba el Código Práctico de Conducta, recogido en el anexo de la recomendación de 27 de noviembre de 1991 de la Comisión de la Comunidad Europea, “...corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo”, y, en todo caso, como acto de discriminación prohibida (Art. 4.2.c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), el ilícito laboral es imputable a la empresa incluso en el supuesto de que aquella no haya conocido la existencia, pues en tal caso responderá por la negligencia que implica desconocer la existencia de un ilícito que se esta cometiendo dentro de su ámbito de control, salvo que pueda demostrar que dicho desconocimiento no le es imputable. Por el contrario, para el ámbito de la responsabilidad penal se reservan aquellas agresiones más graves, siempre que dichas conductas cumplan con los requisitos establecidos en cada uno de los tipos regulados en el Código Penal y, por ello, lo que el proceso criminal persigue es establecer la culpabilidad del imputado a partir del principio de presunción de inocencia.

Partiendo de esta distinta perspectiva enjuiciadora mientras, en el primer caso, a la víctima le basta con aportar un principio de prueba que demuestre la existencia de un clima discriminatorio, de tal manera que una vez que se ha generado la sospecha, la apariencia o presunción del atentado, es la empresa quien asume la carga de aportar al proceso los datos que desnaturalicen aquella denuncia (Art. 96 de la L.P.L.); en cambio, en el ámbito penal, aún cuando es cierto que la declaración de la víctima, según una constante, reite-

rada y uniforme doctrina jurisprudencial, es suficiente para no solo destruir la presunción de inocencia que ampara al acusado, sino para conformar una sentencia condenatoria, especialmente en los delitos sexuales (SSTC núm. 201/1.989, 160/1.990, 229/1.991 y 64/1.994, entre otras), no es menos cierto que para ello es preciso que aquella declaración venga revestida de determinadas notas o requisitos cuales son: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso-sino una declaración de parte, y 3º) persistencia en la incriminación: que ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

En el presente caso no se le puede objetar a la actora que exista la menor carencia de elementos indiciarios pues, como ya relataba el Magistrado de instancia en la sentencia de 16 de septiembre de 2005, aparte del despido, acordado por la empresa a raíz de la reclamación judicial sobre determinación de contingencia de la baja laboral acaecida el 2 de agosto de 2003, y de la denuncia penal por los delitos continuados de abusos sexuales y acoso sexual, se halla la existencia misma de la enfermedad, causante de una minusvalía valorada en el 66 % por la Dirección General de Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria, respecto de la cual sucesivos y diversos informes periciales no dudan en atribuir su etiología al ambiente laboral hostil y degradante sufrido por la trabajadora. En este sentido resultan decisivos los informes de los diversos profesionales que han atendido a la trabajadora entre los que cabe citar, además de los dictámenes de la sanidad pública más arriba examinados, el extenso y detallado informe del Equipo Psico-social de los Juzgados de Santander de 26 de marzo de 2004, que concluye: “los cambios observados en su estado psíquico y estilo de vida impresionan de ser posteriores a los hechos denunciados y desencadenados por los mismos”; el informe emitido por el gabinete técnico de la Secretaría de Política Social de CC.OO. de 24 de febrero de 2004, que afirma: “... presenta una situación de acoso sexual y psicológico en su puesto de trabajo como”. De modo particular resulta relevante el informe emitido por el Centro de Asistencia a las Víctimas de las Agresiones Sexuales de 20 de enero de 2006, en el que puede leerse que la actora comenzó el tratamiento en dicho servicio el 19 de enero de 2004, vigente la relación laboral, y después de 78 sesiones con una secuencia semanal de una hora de duración, se constata que sufre un trastorno de estrés subsiguiente al acoso laboral, moral y sexual, padecido en su puesto de trabajo, y que dicha patología, de carácter grave y pronostico reservado, actualmente se ha cronificado.

Fueron todos estos elementos de juicio los que en su día motivaron que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander calificase como accidente laboral la patología que sufre la actora y que, como no podía ser de otra manera, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 que aquí se impugna tomo en cuenta para apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada material en base a lo dispuesto en el Art. 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en especial su apartado 4, que dispone “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.” Y una vez que las partes en el proceso de incapacidad permanente -INSS, TGSS, Mutua y empresa- fueron también parte en el anterior proceso laboral, siendo así que ambos litigios tienen por objeto establecer cual sea la contingencia (enfermedad común o accidente laboral) determinante de unas mismas lesiones que motivaron, inicialmente, la situación de incapacidad temporal y posteriormente la declaración de invalidez permanente no es posible llegar a otra solución que la acordada (STS de 14 de abril de 2005). Por todo lo cual y una vez sentando, en anterior fundamento, que el trastorno de estrés postraumático que padece la trabajadora y el cuadro ansioso-depresivo a él asociado le incapacitan para desarrollar las actividades normales de la vida cotidiana, careciendo de las facultades necesarias para poder ejecutar con eficacia las tareas que integran cualquiera de las variadas ocupaciones que se ofrecen en el ámbito laboral, hay que concluir que, no ha sido infringido sino correctamente aplicado en la sentencia recurrida, el precepto legal citado, lo que lleva a la desestimación del recurso. Cuarto.-Procede la imposición de las costas a cargo de la Mutua recurrente, de conformidad con lo previsto en el Art. 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte recurrida, impugnante del recurso, la cantidad de 600 euros. Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por la dirección Letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Mutua ... contra la sentencia de 17 de abril de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander en los autos núm. 454/05, seguidos a instancia de D^a

... contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua ... y el empresario Don. ... sobre Incapacidad Permanente, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos.

Todo ello con expresa condena en costas a la Mutua recurrente, que deberá abonar en concepto de honorarios de Letrado de la parte recurrida la cantidad de 600 euros.

COMENTARIO. ACOSO LABORAL A MUJER TRABAJADORA COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de noviembre de 2006⁶⁸)

Recientemente ha sido tratada en medios de comunicación general y, también, en específicos foros jurídicos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cantabria 1095/2006, de 23 de noviembre (en adelante, STSJ)⁶⁹. En ella se ha resuelto un recurso de suplicación interpuesto por las correspondientes entidades gestoras de la Seguridad Social y una entidad colaboradora de las mismas, contra la previa Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Santander, de 17 de abril de 2006. Esta última resolución traía causa de una demanda de seguridad social, presentada por una trabajadora de una empresa privada frente a la resolución administrativa firme que había resuelto, negativamente, el expediente de solicitud de declaración de incapacidad permanente, instada por la mencionada trabajadora a causa de la enfermedad que padecía. La relevancia del caso planteado y su interés desde una perspectiva de género radica en un triple motivo: la enfermedad se originó por una situación de acoso laboral, su víctima es una joven trabajadora y se trata de una sentencia firme⁷⁰. La caracterización patológica derivada de la situación de acoso conformó un cuadro clínico compuesto por trastorno depresivo, trastorno por estrés postraumático y crisis de ansiedad, como recogen varias de las sentencias recaídas como consecuencia de estos hechos.

Esta última apreciación es pertinente porque el *iter* cronológico y procesal, que permite obtener una visión de conjunto sobre el supuesto enjuiciado por el TSJ de Cantabria, requiere tener en cuenta que la trabajadora se encontraba de baja laboral provocada por la situación de acoso sufrido y que, además, dicha situación había sido calificada judicialmente como incapacidad temporal producida por accidente de trabajo, desde el momento en que comenzó la baja⁷¹. Junto a

⁶⁸ Se agradece aquí al Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria la remisión de la información pertinente para elaborar este comentario.

⁶⁹ Cfr. editorial en diario *Sur* de Málaga de 21.03.2007 (disponible en http://www.diariosur.es/prensa/20070321/editorial/acoso-reconocido_20070321.html); boletín *Noticias Jurídicas* de la editorial Bosch, de 19.03.2007 e información de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer (http://www.emakunde.es/actualidad/igualdad_UE/como.htm).

⁷⁰ Se ha dicho de esta sentencia que es “la primera de este tipo en España que reconoce la incapacidad absoluta por acoso laboral” (declaraciones de la Secretaria de Política Social y Mujer de Comisiones Obreras recogidas en COMFIA (Boletín de información) de 20.03.2007, disponibles en: <http://www.comfia.net/html/5836.html>).

⁷¹ Así lo determinó la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Santander, de 16 de septiembre de 2005, confirmada en cuanto al fondo del asunto –no en cuanto a la determinación de la responsabilidad directa del pago del subsidio de incapacidad temporal– por Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de 25 de enero de 2006.

ello, la trabajadora también había ejercido las acciones penales correspondientes por abuso y acoso sexual y el proceso derivado de estas se encontraba en fase de apelación cuando se dicta la sentencia objeto de este comentario, a finales del año 2006⁷².

El Juzgado de lo Social reconocía que la declaración de invalidez permanente absoluta, aún cuando debe hacerse restrictivamente, encajaba perfectamente con las lesiones padecidas por la trabajadora y probadas en sede judicial⁷³. También consideró que se sentía vinculado, para encuadrarla como contingencia derivada de accidente de trabajo, por la previa declaración judicial de incapacidad temporal por una serie de motivos que se encuentran consolidados en la jurisprudencia del orden social: era firme, se trataba de dos procesos consecutivos sobre los mismos hechos y lesiones, con un mismo objeto – establecer la contingencia determinante de las lesiones que habían motivado esos dos procesos- e identidad de partes⁷⁴. Por tanto, se fallaba a favor de la trabajadora como afectada de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, extendiendo los efectos indemnizatorios al momento del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades.

Antes de pasar a la STSJ, es útil remarcar la trascendencia socio-laboral de la consideración del acoso como productor de una contingencia enmarcada en los accidentes de trabajo. Sería así en orden a lo que podría entenderse como su denuncia “normalizada”, esto es, sin más perjuicios adicionales para las víctimas, si se puede utilizar esta expresión⁷⁵.

Esa decisión judicial de instancia fue impugnada tanto por la Administración de la Seguridad Social, como por la entidad colaboradora, que debía abonar la correspondiente pensión, y sus recursos son los que han dado lugar a la Sentencia aquí tratada.

Ha de indicarse, en primer lugar, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social entendía que procedía declarar la no invalidez o, subsidiariamente, la incapacidad permanente total y, por tanto, no absoluta. El núcleo del debate de este proceso sería, a su juicio, “el alcance invalidante de las secuelas generadas por los actos de hostigamiento y acoso de que ha sido víctima” la trabajadora. Antes de continuar, es

interesante retener que esta Entidad Gestora acepta la relevancia del acoso sexual para producir la enfermedad de la trabajadora, aunque considera que la patología producida como consecuencia sólo afectaba al concreto puesto de trabajo en que la trabajadora sufrió ese acoso y, así, se pone de manifiesto en la Sentencia⁷⁶. En respuesta a esta argumentación, la posición del Tribunal difiere de la mantenida por esta entidad porque, para el órgano judicial, este cuadro clínico –probado en la sentencia de instancia y no discutido por la entidad recurrente- comporta una incapacidad permanente en el grado de absoluta, pues “nos encontramos en presencia de una depresión crónica y severa, motivada por la situación de acoso sexual a la que se halló sometida por su empresario”⁷⁷. Además, así como su primera consecuencia fue ser causa de la baja laboral, los informes médicos elaborados tres años después confirmaban esa situación patológica sin mejoría, como se acreditaba en el expediente administrativo. Por todo ello, el Tribunal se pronuncia contundentemente a favor de la incardinación de la controversia en el cuadro de las incapacidades permanentes absolutas, como había considerado, acertadamente, el Juez de lo Social.

La entidad colaboradora también había recurrido la sentencia de este último y, además de discutir el alcance invalidante de las dolencias de la trabajadora, pretendía que se diera relieve, en este concreto proceso laboral, a la Sentencia del Juzgado de lo Penal, ya mencionada al principio de este comentario. Esta resolución absolvía al empresario de un delito de abuso sexual y de otro continuado de acoso sexual y, en opinión de la entidad recurrente, eso producía una desvirtuación de los hechos que habían dado origen a todos los procedimientos. Tampoco acoge el Tribunal este motivo de recurso pues, a su juicio, la no incidencia en el proceso laboral de las cuestiones prejudiciales penales, reconocida legalmente y admitida también jurisprudencialmente, no comporta sólo la posibilidad de tramitar los dos procedimientos, sino que también permitiría una solución diferente en los dos ámbitos⁷⁸. En efecto, se indica en la sentencia que “esta situación de independencia del juicio laboral respecto del penal deriva de la específica naturaleza del conflicto que se ventila en este proceso, cuyo objeto no es otro que verificar la ilicitud o juridicidad de la conducta seguida por el empresario en el campo laboral, abstracción hecha de si la misma es o no constitutiva de un ilícito penal”⁷⁹.

⁷² El Juzgado de lo Penal número 3 de Santander, en Sentencia de 22 de diciembre de 2005, había rechazado la inculpación por esos delitos de quien la trabajadora consideraba causante de los mismos, declarando la subsiguiente absolución.

⁷³ Cfr. Fundamentos de Derecho 2º y 3º.

⁷⁴ Cfr. Fundamento de Derecho 4º.

⁷⁵ Entiendo que esto quiere poner de relieve el editorial mencionado en nota precedente, aunque atribuya la caracterización al TSJ y no al Juez de lo Social, con estas palabras: “El veredicto abre así una vía para que las destructivas secuelas del acoso puedan recibir la misma consideración que las producidas por un accidente de trabajo, lo que contribuirá a despojar de la carga de anomalía y humillación que conlleva un trance personal tan doloroso. Un efecto benéfico dadas las dificultades que persisten para probar esta particular expresión del acorralamiento físico y moral”.

⁷⁶ Cfr. para la cita textual y esta posición, el Fundamento de Derecho Segundo.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Puede comprobarse que, en el Fundamento de Derecho Tercero, cita el Tribunal en apoyo de estas tesis, el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 62/1984 y 36/1985 y del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 y 5 de junio de 2005.

⁷⁹ Fundamento de Derecho Tercero de la STSJ.

Ciertamente esto exige determinar cuáles son las peculiares características del acoso sexual en el trabajo y la sentencia considera las siguientes, que se mueven respectivamente en unas ópticas subjetiva y objetiva: de un lado, que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo y, de otro, en cuanto acto de discriminación prohibida por el artículo 4.2. c) del *Estatuto de los Trabajadores*, el ilícito laboral se imputa a la empresa incluso cuando no conociera la situación de acoso⁸⁰. Frente a esta perspectiva del enjuiciamiento en sede laboral, la determinación del alcance penal de los hechos producidos, junto a su plus de gravedad, precisa el encaje en los tipos penales tipificados y también su suficiencia para destruir la presunción de inocencia⁸¹.

Antes de continuar, conviene indicar que la STSJ acude, para el primer rasgo de caracterización del acoso en el trabajo, a una de las previsiones contenidas en una norma comunitaria, a la que cita expresamente por el nombre no oficial con el que aparece en la recopilación normativa de la Unión Europea. Se trata del *Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual*, adjunto a la Recomendación 92/131/CEE, de la Comisión de la Comunidad Europea de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo⁸². Algunas muestras del interés comunitario en este tema radican en que el citado Código se elabora tras una específica Resolución del Consejo de Ministros; a su vez, es objeto de otra intervención de la misma institución comunitaria con forma de Decisión y, también, en que estaba proyectado para el sector público y privado, así como dirigido a trabajadores y agentes sociales porque se considera perjudicial a todos ellos.

Un elemento ulterior a tener en cuenta en este punto, aunque no aparezca en la sentencia quizás por tener origen en hechos ocurridos con anterioridad, proviene de la constatación de la existencia de una concreta ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria en la que se trata el acoso sexual. Se tra-

ta de la Ley 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas⁸³. En dicha norma se considera el acoso sexual como una forma de violencia de género⁸⁴.

Retomando el análisis de la sentencia, esa diferencia de perspectivas mencionada posibilita que la víctima de acoso en el ámbito laboral pueda aportar “un principio de prueba que demuestre la existencia de un clima discriminatorio, de tal manera que una vez que se ha creado la sospecha, la apariencia o presunción del atentado, es la empresa quien asume la carga de aportar al proceso los datos que desnaturalicen aquella denuncia (Art. 96 de la L.P.L.)”⁸⁵. Esto no sucede del mismo modo en el proceso penal, pues aunque la declaración de la víctima del acoso pueda servir, por sí sola, para destruir la presunción de inocencia e, incluso, fundamentar una sentencia condenatoria en delitos contra la libertad sexual, se requiere del cumplimiento de unos requisitos aquí latados jurisprudencialmente⁸⁶.

Para el TSJ, procediendo ya a la verificación de los elementos concretos concurrentes que han producido la situación de acoso que se juzga en este proceso laboral, existe suficiente fundamentación para otorgar la debida relevancia a la declaración de la víctima del acoso sexual. Se enumeran en el texto de la sentencia, el despido⁸⁷, la denuncia penal y la existencia de la enfermedad producida –según diferentes informes periciales– por el “ambiente laboral hostil y degradante sufrido por la trabajadora”, elementos todos ellos ya aceptados por el primer Juzgado de lo Social, que calificó la patología sufrida por la trabajadora como derivada de accidente laboral⁸⁸. Ese pronunciamiento había sido asumido por el juzgador de instancia en este proceso de suplicación, como manifestación del efecto positivo de la cosa juzgada material y, de modo consecuente, la STSJ considera correcto este modo de actuar. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

⁸⁰ Para el Tribunal, en ese caso, se habría producido una negligencia respecto del ámbito de control de la empresa, salvo que pudiera acreditar que ese desconocimiento no le es imputable (cfr. *ibidem*).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Dicha Recomendación fue publicada en Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 49, de 24.02.1992. Según ese Código, “la principal característica del acoso sexual es que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo” (Punto 2).

⁸³ Publicada en el Boletín Oficial de Cantabria Número 70, de 12.04.2004, pp. 3824-8 y en BOE núm. 101, de 26.04.2004, pp. 16548-16553.

⁸⁴ Según su artículo 3, “se consideran, a los efectos de esta Ley, formas de violencia de género en función del medio empleado y el resultado perseguido, y con independencia de que las mismas estén o no tipificadas como delito o falta penal o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento, las consistentes en las siguientes conductas: (...) f) Acoso sexual, que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaliéndose el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la víctima de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma. Se incluye el acoso ambiental que busque la misma finalidad o resultado”.

⁸⁵ Fundamento de Derecho Tercero.

⁸⁶ Cfr. *ibidem*.

⁸⁷ El despido se produjo a los seis meses de la baja laboral, cuando la víctima acudió por vez primera a la jurisdicción social para que se reconociera que el acoso determinaba el reconocimiento de la incapacidad temporal.

⁸⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero de la STSJ.

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