

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 18 • MAYO DE 2005

DOCTRINA

- Transversalidad de Género y Estatuto de Autonomía

LEGISLACIÓN

- Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
- Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.
- Medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres: Administración General del Estado; Fuerzas Armadas; Personal de las Cortes Generales.
- Paridad en el Consejo Audiovisual de Andalucía y Consejo Consultivo de Andalucía .
- Ley Electoral de Andalucía para incluir la representación paritaria.
- Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía.

JURISPRUDENCIA

- Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Requisitos de acceso al empleo público. Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras. Duración de la jornada y distribución del tiempo de trabajo.
- Inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Concepto de pareja estable para la integración del tipo de violencia domestica.

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

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:

DOCTRINA

Transversalidad y Estatuto de Autonomía. M.^a Luisa Balaguer Callejón. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. 4

LEGISLACIÓN

Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato al acceso a bienes, servicios y suministro. 14

Decisión del Comité Mixto del EEE nº 112/2004 de 9 de julio de 2004. Salud y seguridad en el trabajo, Derecho laboral e igualdad de trato. 20

Acuerdo de 19 de enero de 2005 Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar. 20

Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas 21

Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer. 22

Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres. 25

Orden APU/526/2005, de 7 de marzo, Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado. 29

Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía. 33

Ley 1/2004, de 17 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía. Aplica la paridad en la composición y la no discriminación entre sus fines y objetivos. 34

Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía. 34

Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía. 34

JURISPRUDENCIA JCE

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de septiembre de 2004. Serge Briheche contra Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice. Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Paris - Francia. - Artículo 141 CE, apartado 4 - Directiva 76/207/CEE - Requisitos de acceso al empleo público - Normas que reservan a las viudas que no se hayan vuelto a casar la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público. 35

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de octubre de 2004. Nicole Wippel contra Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG. Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof - Austria. Directiva 97/81/CE - Directiva 76/207/CEE - Política social - Igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo - Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras - Duración de la jornada y distribución del tiempo de trabajo. 38

JURISPRUDENCIA TC

Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre. Declara la inconstitucional del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores. 47

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de Junio de 2004. Concepto de pareja estable para la integración del tipo de violencia domestica. 62

PRESENTACIÓN

En Andalucía existe una apuesta decidida por la democracia paritaria. La aprobación de la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley Electoral, en el sentido de incluir a mujeres y hombres en igualdad en las candidaturas que se presenten para las elecciones al Parlamento Autonómico - expresándose en cuanto al orden de colocación, que los de un sexo ocuparán los puestos impares y los del otro los pares - es una medida que viene a asegurar una representación equilibrada de género en nuestra asamblea legislativa regional. Además fortalece el marco de reconocimiento a los principios democráticos y de ejercicio pleno de ciudadanía de las mujeres.

Esta Ley da coherencia a los principios establecidos en el Estatuto de Autonomía, concretamente, en el artículo 12.2 al establecer que "La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política", así como, a un hecho que se viene produciendo en las últimas legislaturas, como es el aumento de la participación de las mujeres en la vida pública.

Estamos ante una medida que completa una lista de importantes logros a favor de la igualdad de género y del reparto de responsabilidades públicas. En nuestra Comunidad Autónoma contamos con el único gobierno paritario a nivel del Estado Español. También se ha aprobado por ley, el asegurar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en la composición de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía.

No obstante, aunque en los últimos años se ha avanzado considerablemente en la promoción de la igualdad de género y la potenciación de la mujer, existen todavía espacios, vinculados mayoritariamente al poder, al dinero y al acceso a los recursos, de los que siguen estando excluidas o infrarrepresentadas, lo que nos obliga a seguir teniendo presentes las Declaraciones y Conferencias Internacionales en las que se ha tratado sobre estas cuestiones.

Entre ellas, cabe destacar la Declaración de Atenas de 1992, en la que se afirmaba la idea de que la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de responsabilidad política constituye un déficit democrático y una pérdida para el conjunto de la sociedad y apuntaba la necesidad de desarrollar medidas destinadas a realizar modificaciones en las estructuras de los procesos de decisión, con el fin de asegurar una efectiva igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de adopción de decisiones. Posteriormente, la IV Conferencia Mundial de las Mujeres celebrada en Beijing en 1995 y la Conferencia Europea "las mujeres y los hombres al poder" celebrada en París en 1999, subrayan las mismas estrategias para el empoderamiento de las mujeres.

Estamos en un momento importante en cuanto a la presencia de mujeres en la vida pública que, sin lugar a dudas, debe producir cambios en las relaciones entre mujeres y hombres en la vida en general, para compartir tiempos, espacios y responsabilidades; así mismo, debe movilizar a todos los agentes en el ámbito económico y social, para que ese reparto igualitario de responsabilidades públicas y privadas sea un hecho real.

Ana Soledad Ruiz Seguí
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

DOCTRINA

LA TRANSVERSALIDAD Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN.

CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.

INTRODUCCIÓN

1. *El mainstreaming o la exigencia de transversalidad en las medidas de acción positiva.*

1.1 *Evolución del concepto de transversalidad.*

1.2 *La constitucionalidad de las medidas de transversalidad de género.*

2. *Los derechos fundamentales de las mujeres. El derecho a la integridad física y moral.*

3. *La regulación de la violencia de género. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

INTRODUCCIÓN

El feminismo atraviesa actualmente una etapa de juridificación de todas aquellas reivindicaciones que se han venido articulando por las asociaciones de mujeres y por grupos o sectores más o menos articulados dentro de los partidos políticos. Estos grupos han ejercido una importante presión en sus órganos de dirección logrando introducir en algunos de sus Estatutos la paridad de género. A partir de ese reconocimiento interno, los programas electorales han recogido medidas de fomento de la igualdad de género. A este proceso han coadyuvado diferentes circunstancias y actitudes, no siendo la menos importante de ellas el electoralismo ínsito en medidas de este tipo, y la necesidad de los partidos políticos de asumir nuevas reivindicaciones con las que renovar sus ropajes decimonónicos. En este sentido, el feminismo es hoy un elemento esencial de modernidad, en la medida en que incorpora elementos progresistas y sostiene postulados ideológicos asumibles en buena medida por partidos políticos de amplio espectro ideológico.

Ese proceso de juridificación ha traído consigo importantes modificaciones en la legislación positiva de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, sobre todo en los aspectos relacionados con el mundo laboral y las medidas de asistencia social a las mujeres como colectivos económicamente marginados. Estas regulaciones legislativas sin embargo, no han incorporado novedades importantes desde la perspectiva de género, a excepción de la ley más importante que se ha producido en este ámbito, y que se refiere a la violencia de género.

1. *El mainstreaming o la exigencia de transversalidad en las medidas de acción positiva.*

1.1. *Evolución del concepto de transversalidad.*

El término transversalidad es una traducción dudosamente afortunada de la palabra anglosajona “mainstreaming”, y viene a significar “atravesar”, introducir o más específicamente implementar la política de género en todas aquellas decisiones de carácter universal, pero que puedan afectar a las mujeres.

Desde la Cumbre de Pekín, en la que se establecen medidas de todo tipo que pretenden acortar la distancia en la desigualdad de género, se habla en 1995, de la necesidad de que con independencia de la igualdad, todas las acciones de los poderes públicos intenten reflejar una política tendente a la igualdad real de género. Sería una especie de control automático de género, con la finalidad de que cada actuación pública, por decirlo de algún modo, implique de suyo un test de actuación en cuanto a no seguir profundizando en la desigualdad, sino todo lo contrario, en avanzar en la igualdad.

El <<mainstreaming>> como técnica de articulación de las políticas de igualdad, puede erradicar la desigualdad de género si definitivamente se lleva a término de forma sistemática y coordinada. Pero precisamente por su trascendencia, es, junto con las medidas de cuota electoral, (en realidad las cuotas electorales pueden ser un tipo de

DOCTRINA

mainstreaming), la medida más polémica de igualación que se conoce en relación con la igualdad de género. El apoyo de esta medida en el ámbito internacional y europeo, no implica que sea considerado de forma pacífica como el instrumento idóneo de igualdad. Sobre todo porque como veremos, se trata de una igualación que puede recortar de forma importante derechos del otro género. Ciertamente los que defienden su aplicación han encontrado las posibilidades constitucionales en la materialización de ese principio de la desigualdad compensatoria que nuestro ordenamiento sustenta en el art. 9.2 de la CE.¹ Pero el grado de igualación que se pretende con la transversalidad no parece que estuviera en el ánimo de los constituyentes en el momento de aprobar esa norma. Por otra parte, hay que decir con toda claridad que la transversalidad abre en la Administración una importante vía de igualdad de consecuencias imprevisibles, puesto que proclamada esa transversalidad, no es posible la vuelta atrás, y va a ser inevitable que determinadas decisiones políticas, hayan de mantenerse a pesar de sus consecuencias.

Efectivamente, la transversalidad no es una medida de acción positiva más, sino la medida definitiva para la erradicación de la desigualdad de género, en cuanto que de su aplicación no se espera que la desigualdad disminuya, sino que definitivamente se erradique. En un plazo determinado de tiempo, las medidas de igualación necesariamente han de tener unos efectos de igualdad, y transcurrido un determinado plazo, esa igualación se ha debido haber producido.

1.2. La constitucionalidad de las medidas de transversalidad de género.

El posicionamiento dialéctico en torno a la transversalidad, conecta con el de las medidas electorales de igualdad, y con todas aquellas medidas que se consideran injustificadas en torno a la igualdad. Para ello algunos autores han intentado efectuar distinciones teóricas respecto de varios tipos de medidas que favorecen la igualdad, en relación a su grado de importancia.

Se empieza por una medida que no es más que la lectura del artículo 14 entendida desde un punto de vista formal. Vale igual esta concepción de la igualdad para el género que para cualquier interdicción de la discriminación en función de la raza, religión o condición social. La interpretación del art. 14 en este sentido no dista nada de cualquier otro tipo de igualdad, y en la medida en que se haya producido alguna discriminación por el mero hecho de ser mujer, opera <<ope constitutione>> el art. 14.

A partir de aquí se podría decir que la lectura de las posibilidades constitucionales de la igualdad deja de ser pacífica para adentrarse en un campo indeterminado de valores que condicionan ese criterio de igualdad, en función de requerimientos previos respecto de cual sea el estado de la cuestión para cada grupo o posición, hasta llegar a posiciones ideológicas claras de reivindicación política de la igualdad que desde el feminismo militante luchan por una igualdad material total, auspiciada y fomentada por los poderes públicos.

Estas medidas de igualdad se considerarán como suficientes o excesivas, en función de un <<prejuicio>> de valor en torno a lo que se considere como suficiente por parte de los poderes públicos para llegar a esa igualdad real.

Un paso más hacia la igualdad lo constituye el concepto de igualdad como interdicción de la discriminación, la igualdad desde un punto de vista teleológico o finalista, que es el de la igualdad en cuanto a las posibilidades de conseguir no ser discriminado en función del género. De esta diferente forma de entender la igualdad da cuenta la tantas veces estudiada sentencia del TC 103/83, en su fallo y en el voto particular de F. Rubio Llorente, cuyo criterio consigue imponerse como mayoritario en la STC 128/87.² En este voto particular se contempla ya la posibilidad de otro concepto de igualdad ligado a la desigualdad compensatoria.

La admisión de la desigualdad para llegar a la igualdad, tiene como consecuencia obligada la aceptación de una premisa: la de que no puede seguirse la pauta de la igualdad para llegar a la desigualdad, sino la de la desigualdad para llegar a la igualdad. Esto es exactamente el concepto de desigualdad compensatoria.

¹ Las posibilidades de ordenar una acción positiva sistemática para las mujeres, se encuentran en el art. 9.2 de nuestro texto constitucional y en ello hay una práctica unanimidad doctrinal. No la hay en cambio en las posibilidades que permite esa norma en relación con según que tipo de medidas de acción positiva. El margen de esta norma es muy amplio y permite diferentes posibilidades en función de una lectura sistemática en relación con los propios valores constitucionales. Un estudio de estas posibilidades de la igualdad en el art. 9.2 en J.A. Montilla Marcos, "El mandato constitucional de la promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad." En "Estudios de Derecho Público. Homenaje a J.J. Ruiz Rico". Editorial Tecnos. MADRID. 1997.

² Un estudio de la evolución de estos conceptos en las dos sentencias, en F. Rey Martínez, "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo". Ed. Mc Graw Hill. MADRID. 1995. Pg. 18 y ss.

DOCTRINA

Ahora bien, a partir de aquí, ¿Puede decirse que cualquier medida de desigualdad compensatoria es constitucionalmente admisible, o por el contrario la desigualdad compensatoria tienen unos límites constitucionales?. Y en este caso, ¿Cuales serían los límites constitucionales de la desigualdad compensatoria?.

En el siguiente grado de la protección constitucional estarían a juicio de algunos autores, las acciones positivas efectuadas por los poderes públicos, y tendentes a conseguir la igualdad. Son acciones que se caracterizarían por favorecer a las mujeres mediante actuaciones indirectas que permitieran su acceso a aquellos aspectos de su realidad que históricamente le han sido vetados, fundamentalmente relacionados con su acceso al mercado de trabajo.

Si los poderes públicos adoptan determinadas medidas de protección y de fomento de empleo, se puede facilitar el acceso al mercado de trabajo de esos grupos que tienen mas dificultad. Y entre estos colectivos, parados de larga duración, colectivos con dificultades como minusválidos, mayores de 45 años, jóvenes de primer empleo, la mujer comparte la misma situación, en cuanto que la población activa femenina es notoriamente inferior a la masculina.

La tolerancia constitucional de esta medida no plantea prácticamente ningún problema porque comparte su razonamiento de igualdad con los demás colectivos implicados. En un Estado Social y Democrático de Derecho, la protección de los colectivos marginados contribuye a la realización de sus exigencias de justicia y de igualdad.³

Finalmente, el grado mas alto en las posibilidades de la desigualdad compensatoria, lo constituyen aquellas medidas que ya no comprenden una acción unilateral de los poderes públicos para favorecer a las personas que se acogan a esas ayudas, sino que constituyen auténticas medidas de reequilibrio de género en el sistema político y social. No se trata de potenciar el acceso al trabajo, sino de plantear el equilibrio de género en el mercado de trabajo.

En el primer caso los poderes públicos favorecen determinadas posibilidades, en el segundo imponen restricciones a un género a favor de otro.⁴

Este segundo tipo de medidas se materializa sobre todo en un sistema de cuotas. Cuotas que pueden ir desde la regulación profesional hasta la representación política. Y precisamente en función de su propia naturaleza como medidas de cuotas, son consideradas discutibles desde el punto de vista de su adecuación constitucional. Aún así, no todas las cuotas tienen tampoco a juicio de la doctrina el mismo grado de consideración constitucional, sino que dentro del sistema de cuotas, es el de la representación política el que encontraría mas dificultades de validación constitucional, por implicar la restricción de otros derechos fundamentales en su aplicación.⁵

Para construir desde la Constitución española la transversalidad, es necesario interpretar la igualdad, no como situación de identidad, sino como diferencia. Solamente si comprendemos que la diferencia puede formar parte del derecho de igualdad, estaremos en condiciones de afirmar que hay que adoptar medidas de compensación.

La construcción de un derecho a la diferencia, aunque forme parte del derecho de igualdad implica una relectura constitucional del derecho de igualdad, por el que de pasar a ser las mujeres iguales que los hombres, se pasa a considerar que las mujeres han de reafirmar su propia identidad. Esto es así porque el sistema social no es neutral, y bajo la apariencia del universalismo, la sociedad se ha creado bajo el dominio masculino. Si la mujer se inserta en un mundo creado desde el hombre, su inserción pese a que podrá introducir con ciertas posibilidades de competitividad un mundo particular de la mujer, no dejará de insertarse en los valores dominantes masculinos. La verdadera igualdad ha de tener en cuenta las posibilidades de construcción de ese universo de forma efectivamente universal, y no sobre universales masculinos.

Ahora bien, tal afirmación implica dar respuesta positiva a la pregunta de si existen valores específicamente femeninos que aportar a la sociedad y cuya dominación haya sido obstaculizada por el hombre. No parece fácil afirmar que la distribución de valores por la naturaleza haya otorgando tan diferentes concepciones de la vida a hombres y mujeres, y por el contrario se podría formar con mas facilidad que el comportamiento humano puede

³ Una delimitación de la naturaleza de las acciones positivas en D. Giménez Gluck, "Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y moderadas y medidas de discriminación positiva". Tirant Lo Blanch. VALENCIA. 1999. Pg. 68 y ss.

⁴ En contra de estas clasificaciones que considera artificiales, M.A. Barrère Unzueta, "Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres". Civitas. MADRID. 1997. Pg. 60 y ss.

⁵ Como se sabe, el único pronunciamiento hasta ahora del Tribunal Constitucional en relación con las cuotas lo constituye la Sentencia 269/94, de 3 de octubre en relación con una reserva de plazas a trabajadores minusválidos. El Tribunal validó constitucionalmente la compensación mediante las cuotas, de una desventaja en el punto de partida.

DOCTRINA

reaccionar de forma parecida en hombres y mujeres a igualdad de estímulos. Esto daría la razón a los que piensan que basta crear unas ciertas condiciones de igualdad para que esa igualdad pueda ser efectiva en un plazo razonable de tiempo.

La transversalidad consiste fundamentalmente en el entendimiento de que la situación de inferioridad de la mujer no se sitúa en un sector concreto de la actividad política, sino que la erradicación de la desigualdad de género exige que la política adopte soluciones de igualdad en todas y cada una de sus decisiones y normas.

Para llegar a la igualdad real entre hombres y mujeres es necesario que la mujer se integre en todos y cada uno de los sectores de la vida pública y privada.⁶

A diferencia de las medidas de impacto, no estamos ante una evaluación de la ley, o en general ante la producción legislativa sobre el género, sino ante la valoración de todo tipo de medidas por parte de los poderes públicos, respecto de la posibilidad de que esa medida contribuya o no a favorecer la igualdad.

Sin embargo, se habla de la transversalidad de género sin demasiada actitud crítica respecto de la trascendencia de estas medidas en el conjunto de la sociedad. Seguramente porque la transversalidad ha venido en cierto modo impuesta por las declaraciones internacionales y Europeas. Efectivamente, la Conferencia de Pekín aconseja dos medidas fundamentales para acabar con la desigualdad de la mujer, la del incremento del poder político de las mujeres y la de la transversalidad. A partir de aquí, la Estrategia Marco Comunitaria de igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (2001-2005), para la igualdad, se hará eco de esta situación y recomendará las acciones positivas y el <<mainstreaming>> de género. Esta acción comunitaria facilitará a su vez el desarrollo estatal de la transversalidad de género.

2. Los derechos fundamentales de las mujeres. El derecho a la integridad física y moral.

La necesidad de acometer desde el Derecho Constitucional el análisis de la perspectiva de género en el derecho, deriva de la propia supremacía constitucional, que tiene como consecuencia la necesidad de la adecuación de todas las normas del ordenamiento jurídico a la normatividad constitucional. Es desde el Derecho Constitucional desde donde tiene que reafirmarse la perspectiva de género, y desde ahí, irradiar al ordenamiento jurídico ese efecto por el que las normas deben intentar su contribución a la eliminación de los elementos patriarcales de la sociedad.

Aunque es cierto que es precisamente desde la política y desde el derecho desde donde se ha reivindicado con más intensidad la igualdad de la mujer, todavía no se ha acometido de forma sistemática y profunda la erradicación de la desigualdad desde todos y cada uno de los sectores del ordenamiento. Se ha afirmado desde cada específica rama del derecho, cuál es la posición patriarcal en la que se funda ese sector y se ha intentado desde el feminismo crear un nuevo sentido integrador en algunos de ellos, pero no hay un tratamiento de los fundamentos del derecho en relación con el género, de la misma forma que pudieron haberlo tratado otras teorías científicas anteriores.⁷

Desde el derecho laboral se ha afirmado que el derecho laboral responde a exigencias exclusivamente masculinas, y que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo exige cambios profundos en la concepción misma de este derecho. La situación hasta ahora ha sido calificada de estrábica.⁸

En otras áreas jurídicas se han mantenido posiciones similares con diferentes soluciones de futuro, como la dificultad de aplicar las categorías del derecho penal a situaciones específicas de violencia doméstica, o la necesidad de contemplar atenuantes específicas de género.⁹

Igual podríamos ver en otros diferentes órdenes jurisdiccionales, pero en definitiva se echa en falta una contestación del derecho en su conjunto desde el análisis de género. Y se echa en falta una reflexión, a la luz de estos preceptos constitucionales, de la situación de la mujer, desde un punto de vista interdisciplinar, en el que se con-

⁶ Una aproximación a la definición de transversalidad sería la de considerar que toda medida política ha de analizarse para comprobar que no afecta negativamente a la igualdad de las mujeres, y en el caso de que lo hiciera, eliminar esa medida o neutralizar esa negatividad con medidas de acción positiva.

⁷ Si el marxismo produce una negación del derecho por razones ideológicas de la superestructura, y basa la negación del derecho por ser un producto de represión en la lucha de clases, el feminismo como teoría científica de explicación de la realidad, no ha pasado de la afirmación de que el derecho discrimina, pero sin solicitar más cambio en el sistema jurídico que la equiparación.

⁸ Teresa Pérez del Río ha tratado todos los aspectos relacionados con la igualdad de la mujer en el trabajo en "El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo", IELSS. MADRID. 1984.

DOCTRINA

temple la totalidad de los sectores del ordenamiento, vista en congruencia con lo establecido en la Constitución. Naturalmente el interés de este “barrido jurídico” en todos y cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico, tiene como finalidad la de denunciar otra de las infinitas trampas en las que se encuentra la política de géneros.

La transversalidad es el instrumento jurídico y político que mayor grado de eficacia muestra para la consecución de la igualdad, sobre todo porque efectúa una igualación en el resultado. Frente a aquellas medidas de discriminación positiva que intentan igualar a través de la igualdad de oportunidades, la transversalidad acorta esa distancia otorgando un resultado igual a situaciones en origen desiguales.

Es precisamente por esta razón por lo que la transversalidad encuentra dificultades para su validación constitucional, al menos cuando se pretende llevar a sus últimas consecuencias. Pensemos en la importancia de la noción de mérito, que hasta ahora ha constituido el presupuesto fundamental para el acceso al mercado de trabajo, y que la Constitución consagra en el art. 103 como condición para el acceso a la función pública. Si en un tribunal se altera este principio para elegir conforme al criterio de género, las posibilidades de que ese acto sea declarado inconstitucional sin duda van a ser muchas. Por lo tanto va a ser necesario que se produzca una valoración muy casuística de todos y cada uno de los elementos que componen esa decisión, para poder justificar que se opta por una mujer en defecto de un hombre para la ocupación de una plaza pública.

Diferentes posibilidades constitucionales ofrece la opción de una mujer para la ocupación de un cargo público, ya sea por elección o por designación. En este caso, el compromiso previo de las fuerzas políticas pasaría por una toma de decisión respecto de la necesidad de incorporar mujeres a la vida pública. En la medida en que la elección política se basa en un sistema de cooptación y no en la exigencia del mérito, no son necesarios los presupuestos valorativos de la situación funcional.

Sin embargo, es precisamente en este campo de la actividad política en el que no se han llevado a cabo iniciativas que hagan pensar en un compromiso público real, por encima de las declaraciones coyunturales de captación de voto. Solamente en lo que se refiere a los procesos electorales y desde algunas fuerzas políticas, se presentan iniciativas legislativas de cuotas electorales, hasta ahora como se sabe, limitadas a dos Comunidades Autónomas, Castilla-La Mancha y Baleares. Pero la transversalidad en la acción política exige mucha más adecuación de género. Ha de referirse a la composición de todos y cada uno de los puestos de responsabilidad política en su distribución de género. De este modo, cuando se forma un Consejo de Gobierno, se debe de cumplir la paridad, e igualmente en todos y cada uno de los nombramientos de los Altos Cargos del Estado que no están sometidos a la función administrativa. Pero a nadie se le oculta la dificultad de una medida de este tipo, en la que los partidos políticos en el Gobierno, han de ponderar en la designación de sus cargos las capacidades propias de la acción de gobierno, la necesidad de mantener el equilibrio de las familias políticas, ideológicas, territoriales y de adherencia al propio liderazgo del que forma el Gobierno. En todas estas circunstancias es difícil atender al equilibrio de género, por lo que es muy común que después de la soflama declamatoria en defensa del género, sobre todo durante la campaña electoral, no se vuelva a mencionar el asunto hasta la siguiente campaña.

Las posibilidades de una igualación de resultados y no de oportunidades, son desde el punto de vista de la realidad actual, y con independencia de la defensa formal considerada políticamente correcta, muy remotas y en todo caso muy a largo plazo. La solución exigiría no solamente medidas legales, sino un seguimiento estadístico y sistematizado por sectores productivos, del nivel de representación de la mujer en ellos, para delimitar lo que son exactamente los colectivos subrepresentados, y el establecimiento de una relación causa-efecto que justificara de algún modo la idoneidad de esa medida en relación con la consecución de la igualdad de género. Solo así estaría justificado el sacrificio social de un valor por otro más alto.

Aunque ciertamente no parece que la transversalidad vaya a ser una realidad inmediata ni desde el derecho ni desde la política, sin embargo la difusión y la creación de estados de opinión respecto de las posibilidades de seguir avanzando en la igualdad, tendrá importantes efectos en todas aquellas situaciones límite en las que hay que optar por una solución que favorezca o dificulte esa igualdad de género. Si esto es así, de alguna forma se consi-

⁹ En el derecho penal, algunas autoras se preguntan si ciertamente la violencia de género que arrastra el contexto social actual, se deriva directamente de unas condiciones sociológicas precisas, o no estaremos en presencia de un cuadro jurídico-penal, que adolece de las condiciones de aplicación de la norma en condiciones de igualdad entre el hombre y la mujer. A modo de ejemplo, las circunstancias agravantes y atenuantes del Código Penal que tienen como objeto la graduación de las penas, ¿No estarán pensados en función de condiciones antropológicas masculinas, y funcionan en este sentido perjudicando a la mujer?. Si tenemos en cuenta que figuras como la premeditación o el arrepentimiento espontáneo, no operan psicológicamente del mismo modo en el hombre que en la mujer, la regulación de estas figuras ha de someterse a revisión, si queremos tender a la igualdad. Así lo ha considerado en E. Larrauri, (comp.) “Mujeres, derecho penal y criminología”, Siglo XXI, MADRID. 1994.

DOCTRINA

guen importantes consecuencias en la igualdad, lo que de alguna forma permite dar efectividad a la transversalidad aunque no sea con todos los efectos deseados.

La distancia entre el derecho y el género es especialmente visible en algunos sectores del ordenamiento, y por lo que ahora interesa en relación con la violencia de género, en el derecho penal. Y en donde adquiere mayor importancia la distancia entre el derecho penal y el género es en todos aquellos delitos que derivan de la integridad física y moral. Ciertamente el derecho penal no surge con el afán de proteger la integridad física y moral de la mujer, ni en general de las personas. El derecho penal surge por el contrario para garantizar al hombre el derecho de propiedad, y desde este punto de vista la mujer es una prolongación de sus propiedades materiales. De ahí derivan importantes consecuencias sobre la regulación de los tipos penales, como la exigencia de fidelidad de la mujer frente a la omnímoda libertad del hombre en sus conductas sexuales, o la desconsideración social de ciertas actitudes deshonestas de su mujer, que se tipifican penalmente como delitos, en tanto esas mismas conductas en el hombre, no solamente no están sancionadas por el derecho penal, sino que en él se consideran valores y atributos.¹⁰

Otras veces, es la propia neutralidad de las normas la que perjudica a la mujer. En la medida en que la neutralidad no es tal, sino que esa neutralidad coincide con el universal o el general masculino, y la objetividad resulta ser sin embargo, la subjetividad masculina, la mujer que realiza una conducta punitiva desde la óptica de esa igualdad, obtiene un resultado punitivo más grave que el hombre. Esto es fácil de comprobar en la práctica mediante la apreciación de atenuantes y agravantes que tienen en cuenta por lo general, las circunstancias en las que se produce el delito.¹¹

Para empezar, el grado de eficacia de las normas es muy bajo en lo que se refiere a la represión de las conductas tipificadas como lesiones a las mujeres. Gozan de una amplia tolerancia social, y aunque ciertamente tienen la consideración de delitos desde el punto de vista del derecho, la sociedad no las reprueba, de tal modo que se encuentran toleradas de una u otra forma, y esta falta de reproche, en relación con otros delitos, tiene consecuencias importantes en el grado de exigencia de su cumplimiento o en la penalización de su infracción.

En algunos casos, la perversión es todavía mayor porque ha venido ocurriendo que las consecuencias de la penalización del delito las sufre nuevamente la víctima cuando se trata, como es el caso del antiguo arresto domiciliario, de tener que soportar la víctima al agresor en su casa, reprochándole que sufre esa pena por su denuncia, o en el caso de multas con cargo a los bienes gananciales, cuyo coste repercute asimismo en la familia.

Por esta razón el problema de los malos tratos y la violencia de género, exige cambios profundos en la concepción misma del derecho penal. La sola idea de violencia sexual a lo que hasta relativamente poco eran derechos incuestionables de los hombres, implica el cambio en la concepción de las relaciones entre las mujeres y los hombres, que hasta ahora eran de poder y que se pretenden que sean libremente consentidas.

Implica el cambio del derecho penal que surge como instrumento de defensa del status de los poderosos, a la urgencia de la liberación de un colectivo, el de la mujer, que precisa del derecho penal para la defensa de su integridad física y moral. Pero si el derecho penal en su concepción dogmática está construido para defender, no puede fácilmente ser un instrumento de liberación.

Por otra parte, criminalizar un problema, aislarlo, conceptualizarlo como delito, implica un fuerte reduccionismo social que sitúa el problema en un espacio, el jurídico, que es notoriamente insuficiente en este caso, por las implicaciones que el problema tiene en sí mismo.

Hasta hace muy poco, en nuestro ordenamiento jurídico aparece vinculada esa idea de moralidad y delito, con la rúbrica de “delitos contra la honestidad”.

No será hasta la LO 3/1989, cuándo se cambie esa rúbrica de los delitos contra la honestidad por delitos contra la libertad sexual. El hecho de que no se aplicara el art. 153 del Código Penal que penalizaba los malos tratos, porque se creía que era un “non bis in ídem” respecto del delito de lesiones, expresa la consideración que se tenía del

¹⁰ Acerca de la diferente regulación de la sexualidad en función del sexo, E. Larrauri, “Una crítica feminista al derecho penal”, cit. Pg. 152 y ss.

¹¹ Estas normas en su generación llevan insita la discriminación, que se pone de manifiesto en la fase de la aplicación del derecho. E. Larrauri lo ha puesto de manifiesto con algunos ejemplos. Así, la existencia de un arma, que en la mujer resulta casi imprescindible frente a un hombre, cualifica un delito que el hombre comete con su sola fuerza. Ib. Pg. 158.

DOCTRINA

bien jurídico protegido en ese artículo, que no eran naturalmente las lesiones, sino la integridad física y moral de las mujeres y su libertad sexual.

De ahí que el análisis de las normas jurídicas que contiene el derecho penal, ponga de manifiesto la proyección del patriarcado en el derecho punitivo. Y antes que las normas positivas vigentes, los principios generales del derecho penal, se han construido desde la concepción sexista de distribución de las conductas sociales, ignorantes de que podrían ser aplicadas a las mujeres.

En general el derecho penal se manifiesta como el derecho del control social. Desde esta situación, la mujer tiene una mayor facilidad de control que viene ocasionada por la posición social que ocupa. Su desenvolvimiento en el ámbito privado elimina sus posibilidades de delinquir en la medida en que se sujeta al cuidado y la procura existencial.¹²

En cuanto a la mujer como objeto de protección penal, la desventaja se produce por la propia concepción del derecho penal. La evolución de las normas de derecho penal en los delitos contra las mujeres pone de manifiesto la escasa consideración de sus derechos en relación con los mismos bienes jurídicos protegidos a los hombres.¹³

De ahí que desde la propia tipificación de los delitos, se pueda hablar de sesgos importantes de género en la construcción del derecho penal.¹⁴ Cuando se define desde el derecho penal la lesión de los bienes jurídicos y su consiguiente protección, la consideración social que merecen determinadas conductas es determinante para su tipificación. No de otra manera se puede entender la ausencia de tipificación en nuestro ordenamiento hasta fechas muy recientes, de figuras como el acoso sexual. Y aún así, la relación entre el reconocimiento de estos delitos y las penas asociadas a ellos, o las escasas resoluciones judiciales que producen, tienen mucho que ver con la consideración social que merecen. El mero hecho de su privacidad y la posibilidad de perdón de la ofendida, impiden la persecución de muchos de estos delitos.¹⁵

Hay situaciones en las que el derecho penal se muestra particularmente inoperante, como es en la penalización de impago de las pensiones compensatorias derivadas de las situaciones de separación o divorcio.¹⁶ Carece de toda lógica imaginar un sistema judicial que no mantenga un nivel aceptable de eficacia en el cobro coactivo de la morosidad en el ámbito mercantil, en la ejecución hipotecaria, o en la tramitación de los procesos monitorios. Sin embargo a nadie parece extrañar que las pensiones alimenticias fijadas en sentencia y directamente ejecutables, con tipos penales específicos, no surtan un mínimo efecto.¹⁷

Por otra parte, es importante considerar la contradicción en que muchas veces se encuentra la teoría del feminismo respecto a la propia consideración del derecho. El feminismo es progresista, y en este sentido coincide con una concepción del derecho penal como la "ultima ratio", y en una minimización del derecho punitivo. Sin embargo, cae en la contradicción de pedir la tipificación de más delitos.¹⁸ Por otra parte, la inaplicación en la práctica de una buena parte de conductas delictivas, hace perder la confianza en el derecho penal en la regulación de esos delitos.

Esa escasa efectividad está relacionada una vez mas con la propia dogmática del derecho penal, que mediante el juego de atenuantes, eximentes, dificultades de prueba y de acceso a la propia jurisdicción de ese grupo "débil", que carece de recursos económicos y se ve generalmente obligado a las actuaciones de oficio, crea una situación de cierta impermeabilidad del derecho.¹⁹

El art. 15 de la Constitución garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y moral. La protección de estos bienes jurídicos se realiza mediante la tipificación penal de las conductas que atentan contra esa integridad física y mo-

¹² E. Larrauri, "Mujeres, derecho penal y criminología". Cit. Pg. 2.

¹³ La situación más llamativa, el homicidio de la mujer adúltera, castigado hasta la reforma de 1963, solamente con la pena de destierro.

¹⁴ E. Larrauri ha resumido las críticas a la deficiente regulación de los delitos que se cometen contra las mujeres. La deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima, la insuficiencia de los tipos penales que protejan a la mujer, y la irregular aplicación, o la inaplicación de determinados delitos contra las mujeres por parte de los tribunales. "Mujeres, derecho penal y criminología". Cit. Pg. 93.

¹⁵ Una visión muy matizada de esto en Larrauri, Ib. Pg. 94 que considera que si bien la posibilidad de perdón por parte de la mujer conlleva presiones y en la práctica puede dejar impunes muchos delitos contra las mujeres, la solución podría estar en penalizar esas presiones. Pero la sustitución por parte del Estado de la voluntad de la mujer para continuar con una denuncia, implica que el Estado es capaz de garantizar a la mujer sus derechos por encima de ella misma, lo que no comparte la autora. Sin embargo, y con independencia de estos matices, la última reforma ha considerado que sigan adelante las denuncias de las mujeres, y ello para garantizar la restauración del orden jurídico.

¹⁶ B. Sillero Crovetto y P. Laurenzo Copello han puesto de manifiesto esta realidad. "El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial". IAM. Sevilla. 1996. las autoras llegan a la conclusión de que pese a la regulación legal, el derecho penal parece permanecer completamente ajeno al problema social del impago de pensiones. Pg. 107.

¹⁷ El art. 227.1 del Código Penal castiga con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana al que "dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor del cónyuge o sus hijos/as, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos/as".

DOCTRINA

ral en el art. 173 del Código Penal. Por un lado la integridad física se protege mediante el tipo de lesiones, y por otro lado la integridad moral se protege expresamente por el nuevo Código Penal en el título 7 del libro II por primera vez en nuestro ordenamiento castigando con la pena de prisión de 6 meses a dos años a los que infligieren a otro persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral. Lo que obliga a diferenciar como bienes jurídicamente protegidos, la vida, la integridad corporal, la salud física y mental, y la integridad moral. De tal modo que en principio una conducta que produce un resultado lesivo puede encajar en cualquiera de los tipos que protegen estos bienes, labor de subsunción el tipo penal que efectúa el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia.

La integridad moral no se define por el Código Penal que se limita a castigar el trato degradante, pero en la tipificación de las torturas en el art. 174, donde se protege también la integridad moral si se definen las conductas que lo integran y son por ejemplo someter a una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. De tal modo que un trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral, se identifica con los sufrimientos, que limiten la capacidad de entendimiento, que no es necesariamente un daño mental, sino que puede ser cualquier daño psíquico.

3. La regulación de la violencia de género. La LO 2/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Conscientes los poderes públicos de la dificultad de la inserción de las categorías jurídico-dogmáticas del derecho penal en la realidad social del género, los últimos años se intenta una legislación que conecte ese derecho con la realidad social. A este intento obedece el proyecto de crear una ley integral, de contenido más preventivo que penal, de cambio de mentalidad en el orden educativo y de la comunicación.

Esta ley reconoce seguramente por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, lo que se podría llamar un hecho diferencial de género. La situación propia de las mujeres, como género, en una sociedad cuya creación les es ajena, y cuyas posibilidades de apropiación social son por lo tanto muy difíciles, al no haber sido autoras de él. Ese mundo creado por el otro, les exige la adecuación a categorías, conceptos, valores, que tampoco les son propios. Lo que la ley pretende, aunque no se haya sido consciente de ello, es ahondar en el feminismo de la diferencia para integrar valores que a ser posible surjan ya compartidos por los dos géneros que componen la humanidad. De ahí el acento en la educación, en la sensibilización acerca de la igualdad, y el intento de erradicación de utilización de la imagen de la mujer en la publicidad.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, por la que se regula las medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, es esperada desde hace años por los movimientos asociativos de mujeres, que demandaban una regulación que excediera de las específicas medidas judiciales para adentrarse en todos aquellos aspectos generadores de la violencia que exigen un marco legal de prevención.

Es muy importante para los constitucionalistas el estudio de la Exposición de Motivos de la ley, en la medida en que el punto de arranque constitucional de la ley lo constituye el artículo 15 de la Constitución. Pero no solamente en lo que se refiere a la tutela de la vida de las mujeres, sino en un aspecto poco estudiado por la doctrina, el que considera la integridad física y moral. Es un derecho, el de la integridad física y moral, que en sí mismo no ha generado otra consecuencia que la de la interdicción de las torturas, y desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son abundantes las resoluciones que se dictan en el amparo de actuaciones de vigilancia penitenciaria.

De modo que es en la Exposición de Motivos de la Ley donde se aprecia la importancia que el legislador atribuye a la dignidad de la persona y a su integridad física y moral. Desde el punto de vista del art. 10 de la CE el legislador ha considerado que la dignidad junto con el respeto a los derechos fundamentales, a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social.

El derecho a la integridad física y moral, que junto con el derecho a la vida conforman el contenido de los derechos recogidos en el art. 15, es el fundamento de esta ley que intenta la protección integral de estos derechos.

¹⁸ Larrauri, "Mujeres, derecho penal y criminología", cit. pg. 98.

¹⁹ Ib. Pg. 101.

DOCTRINA

El desarrollo de este objetivo se encuentra en el art. 17 que inicia el capítulo I de los derechos de la mujer a la información, a la asistencia jurídica y a la asistencia social. En este artículo se considera que los derechos sociales y jurídicos de la mujer “contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad, y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo”.

Entre los objetivos básicos de la Ley se encuentran, junto con la prevención en general de la violencia, y la protección de las víctimas, el fomento “del principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de la violencia de género”. Art. 2, k).

Aquí el legislador habla de la transversalidad como un principio, se supone que un principio general de derecho que operaría a la manera de otros principios jurídicos, y en virtud del cual, el propio contenido de la ley debería hacerse transversal. Y ese principio se materializa en algunos preceptos como el art. 4. 7²⁰ en el que se contienen mandatos concretos del legislador para la implementación de ciertos contenidos.

Ahora bien, lo que caracteriza desde el punto de vista de la transversalidad, no son las referencias que contiene a la necesidad de implementación de las medidas de género, sino que en sí misma, como ley integral, es una ley transversal. Está estructurada en base a un contenido amplio, que hace referencia a todos aquellos aspectos que se relacionan directa o indirectamente a la violencia. Y para ello señala 4 áreas distintas de regulación: educativa, socio-laboral, asistencial y propiamente judicial.

En lo que se refiere a los contenidos educativos, regula diferentes medidas preventivas de erradicación de la violencia: contenidos curriculares, participación en los Consejos Escolares, y responsabilidades del centro en orden a la detección precoz de un posible clima de violencia familiar.

En el orden socio-laboral, se crean derechos importantes para las mujeres en lo que se refiere a la movilidad geográfica, turnos y condiciones de trabajo que vengán exigidas por su situación de víctima de la violencia de género.

En lo que se refiere a los derechos sociales, hay un importante capítulo de asistencia, desde las prestaciones económicas de urgencia a partir de la orden de protección, hasta la posibilidad de adquirir prioritariamente una vivienda. Estas ayudas se entienden desde la distribución competencial por razón de la materia, entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Las modificaciones más importantes se refieren al ámbito judicial, donde se crean por primera vez, tipos penales específicamente condicionados por la pertenencia al género, y que sin duda han suscitado controversias doctrinales importantes para el Derecho Constitucional.

La redacción del art. 153 del Código Penal que discrimina en función del sujeto la tipificación del delito de violencia, ha sido considerada por algún sector de la doctrina como inconstitucional por contraria al artículo 14 de la Constitución que prohíbe la discriminación por razón del sexo.

La consideración de inconstitucionalidad de un delito por razón de sexo, parte de un concepto de igualdad que ha sido superado ya desde hace tiempo por la doctrina del Tribunal Constitucional. Es el concepto de igualdad formal que exige un tratamiento igual para la mujer y para el hombre, haciendo abstracción de la desigualdad realmente existente en la sociedad, y de ese desequilibrio de género, que exigen de los poderes públicos medidas correctoras de la desigualdad.

Finalmente, es especialmente importante la regulación en los arts. 29 y 30, de dos instituciones estatales de tutela, la de la Delegación del Gobierno contra la violencia sobre la mujer, y la del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. En ambos casos se trata de ejercer una vigilancia por parte del Estado sobre la situación en cada momento de la violencia de género en la sociedad. La primera institución es de coordinación, y la segunda es de evaluación.

²⁰ Las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación de forma transversal.

LEGISLACIÓN

DIRECTIVA DEL CONSEJO 2004/113/CE, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004 POR LA QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES AL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS Y SU SUMINISTRO²¹

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular el apartado 1 de su artículo 13,

Vista la propuesta de la Comisión,

Visto el dictamen del Parlamento Europeo,

Visto el dictamen del Comité de las Regiones,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo,

Considerando lo siguiente:

(1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la UE, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario.

(2) El derecho a la igualdad ante la ley y a que toda persona esté protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y los Pactos de las Naciones Unidas de derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, así como en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de los que son signatarios todos los Estados miembros.

(3) Al tiempo que se prohíbe la discriminación, es importante que se respeten otros derechos y libertades

fundamentales como la protección de la intimidad y la vida familiar así como las transacciones que se lleven a cabo en dicho contexto, y la libertad religiosa.

(4) La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea prohíbe, en sus artículos 21 y 23, cualquier discriminación por razones de sexo, y consagra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

(5) El artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea confiere a la promoción de este principio el rango de misión esencial de la Comunidad. Del mismo modo, el apartado 2 del artículo 3 del Tratado exige que la Comunidad se fije el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar activamente la igualdad entre hombres y mujeres en todas sus actividades.

(6) En su Comunicación «Agenda de política social», la Comisión anunció su intención de proponer una directiva sobre la discriminación sexual fuera del mercado laboral.

Esta propuesta está en consonancia con la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa sobre la estrategia marco comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)(4), que abarca todas las políticas comunitarias y que tiene por objeto promover la igualdad entre hombres y mujeres, mediante la adaptación de éstas y la aplicación de acciones concretas para mejorar la situación de los hombres y las mujeres en la sociedad.

(7) En su reunión de Niza de los días 7 y 9 de diciembre de 2000, el Consejo Europeo instó a la Comisión a reforzar los derechos en materia de igualdad mediante una propuesta de Directiva para promover la igualdad de género en ámbitos distintos de los del empleo y la vida profesional.

1) Dictamen emitido el 30 de marzo de 2004 (no publicado aún en el Diario Oficial).

(8) La Comunidad ha adoptado un abanico de instrumentos jurídicos para prevenir y combatir la discriminación sexual en el mercado laboral. Estos instrumen-

²¹ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L373, de 21 de diciembre de 2004.

LEGISLACIÓN

tos han demostrado que las medidas legislativas son útiles para luchar contra la discriminación.

(9) La discriminación sexual y el acoso, incluido el sexual, también se producen en ámbitos ajenos al mercado de trabajo. Tal discriminación puede ser igualmente dañina y constituir un obstáculo a la integración plena y con éxito de hombres y mujeres en la vida económica y social.

(10) Hay problemas especialmente evidentes en el sector del acceso a los bienes y servicios y su suministro. Por ello, procede prevenir y eliminar la discriminación sexual en este terreno. Como en el caso de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico (1), este objetivo puede alcanzarse mejor mediante legislación comunitaria.

(11) Esta legislación debe prohibir la discriminación sexual en el acceso a los bienes y servicios y su suministro. Deben considerarse bienes aquellos que se consideran como tales en las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la libre circulación de mercancías. Deben considerarse servicios aquellos que se consideran como tales en las disposiciones del artículo 50 del mencionado Tratado.

(12) Con objeto de impedir la discriminación por razón de sexo, la presente Directiva se aplica tanto a la discriminación directa como a la indirecta. Sólo existe discriminación directa cuando una persona recibe -por razón de sexo- un trato menos favorable que otra persona en una situación comparable. Así pues, por ejemplo, las diferencias entre hombres y mujeres en la prestación de cuidados sanitarios que se derivan de las diferencias físicas entre hombres y mujeres no corresponden a situaciones comparables, por lo que no constituyen discriminación.

(13) La prohibición de la discriminación deberá aplicarse a las personas que presten bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto. No se aplicará al contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad, ni a la enseñanza pública o privada.

(14) Todas las personas gozan de libertad para celebrar contratos, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante para efectuar una transacción determinada. Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a la otra parte contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante.

(15) Ya existe una serie de instrumentos jurídicos vigentes para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. Por ello, la presente Directiva no deberá aplicarse en este ámbito. El mismo razonamiento se aplica a las actividades por cuenta propia, en la medida en que estén cubiertas por instrumentos jurídicos vigentes. La Directiva se aplicará exclusivamente a los seguros y pensiones de carácter privado, voluntario e independiente de la relación laboral.

(16) Sólo podrán admitirse diferencias de trato cuando estén justificadas por un propósito legítimo. Pueden constituir propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo (en supuestos como la creación de refugios para personas de un solo sexo), las razones de intimidad y decencia (en supuestos como la oferta de alojamiento hecha por una persona en una parte de su vivienda), la promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres (por ejemplo, organizaciones de voluntarios del mismo sexo), la libertad de asociación (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo), la organización de actividades deportivas (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos). No obstante, toda limitación deberá ser adecuada y necesaria a tenor de los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(17) El principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios no exige que se ofrezcan en todos los casos prestaciones o instalaciones compartidas para hombres y mujeres, toda vez que no se ofrezcan de manera más favorable a uno de los sexos.

(18) El recurso a factores actuariales basados en el sexo está generalizado en el sector de los seguros y otros servicios financieros afines. A fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Para evitar un reajuste repentino del mercado, esta norma se aplicará únicamente a los nuevos contratos celebrados después de la fecha de incorporación de la presente Directiva.

(19) Algunas categorías de riesgos pueden presentar variaciones entre los sexos. En algunos casos, el sexo constituye uno de los factores determinantes para la evaluación de los riesgos asegurados, aunque no necesariamente el único. Para los contratos que aseguren riesgos de esta índole, los Estados miembros podrán optar por autorizar excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que estén en condiciones de garantizar que los datos

LEGISLACIÓN

actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Sólo se permitirán excepciones en los casos en que la legislación nacional no haya aplicado ya la norma de independencia del sexo. Cinco años después de la incorporación de la presente Directiva, los Estados miembros podrán revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes y a un informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de dicha incorporación.

(20) Un trato menos favorable a las mujeres por motivos de embarazo y maternidad deberá considerarse una forma de discriminación directa por razón de sexo y estará, por consiguiente, prohibido en el ámbito de los seguros y servicios financieros afines. Por lo tanto, no deberán atribuirse a sólo uno de los sexos los costes asociados a los riesgos de embarazo y maternidad.

(21) Las personas que hayan sido objeto de discriminación sexual deben disponer de medios de protección jurídica adecuados. A fin de asegurar un nivel de protección más efectivo, también se debe facultar a las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, con arreglo a lo que dispongan los Estados miembros, en nombre de cualquier víctima o en su apoyo, sin perjuicio de la normativa nacional de procedimiento en cuanto a la representación y defensa ante los tribunales.

(22) Las normas relativas a la carga de la prueba deberán adaptarse cuando haya un caso de presunta discriminación; con vistas a la aplicación eficaz del principio de igualdad de trato, cuando se aporten pruebas de tal discriminación la carga de la prueba recaerá nuevamente en la parte demandada.

(23) La aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exige una protección judicial adecuada contra las represalias.

(24) Para impulsar el principio de igualdad de trato, los Estados miembros fomentarán el diálogo con aquellas partes interesadas que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por razones de sexo en el ámbito del acceso a bienes y servicios y a su suministro.

(25) La protección contra la discriminación sexual se verá reforzada con la existencia de uno o más organismos independientes en cada Estado miembro, con competencias para analizar los problemas existentes, estudiar las soluciones posibles y proporcionar asistencia tangible a las víctimas. Estos organismos podrán ser los mismos que los que tienen una responsabilidad nacional en materia de defensa de los derechos humanos o de salvaguardia de los derechos in-

dividuales, o de la aplicación del principio de igualdad de trato.

(26) La presente Directiva establece requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de adoptar o mantener disposiciones más favorables. La aplicación de la presente Directiva no puede servir para justificar retroceso alguno con respecto a la situación ya existente en cada Estado miembro.

(27) Los Estados miembros deben prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Directiva.

(28) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, garantizar un nivel común de protección contra la discriminación lo suficientemente elevado en todos los Estados miembros, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a las dimensiones y efectos de la acción, a nivel comunitario, la Comunidad puede tomar medidas, de conformidad con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en ese artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos,

(29) De acuerdo con el punto 34 del Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor»(1), se alienta a los Estados miembros a establecer, en su propio interés y en el de la Comunidad, sus propios cuadros, que muestren, en la medida de lo posible, la concordancia entre las directivas y las medidas de transposición, y a hacerlos públicos.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:**CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES***Artículo 1***Objeto**

La presente Directiva tiene por objeto crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

*Artículo 2***Definiciones**

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) «discriminación directa»: la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo;
- b) «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventa-

LEGISLACIÓN

ja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;

c) «acoso»: 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 la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo;

d) «acoso sexual»: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Artículo 3

Ámbito de aplicación

1. Dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto.

2. La presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante.

3. La presente Directiva no se aplicará al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad, ni a la educación.

4. La presente Directiva no se aplicará a asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. No se aplicará a asuntos relacionados con el trabajo por cuenta propia, en la medida en que dichos asuntos estén cubiertos por otros actos legislativos comunitarios.

Artículo 4

Principio de igualdad de trato

1. A efectos de la presente Directiva, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres significa que a) no habrá discriminación directa por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y maternidad;

b) no habrá discriminación indirecta por razones de sexo.

2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de disposiciones más favorables relativas a la protección de las mujeres con respecto al embarazo y la maternidad.

3. En el sentido de la presente Directiva, el acoso y el acoso sexual se consideran discriminación sexual, por

lo cual quedan prohibidos. El rechazo de tales comportamientos por una persona o su sumisión a ellos no se utilizará como base de una decisión que le afecte.

4. Toda orden de discriminar directa o indirectamente por razón de sexo se considerará discriminación en el sentido de la presente Directiva.

5. La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios.

Artículo 5

Factores actuariales

1. Los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007 autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después de 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.

3. En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

Los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de las medidas necesarias para cumplir el presente apartado hasta dos años después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar. En tal caso los Estados miembros de que se trate informarán inmediatamente a la Comisión.

Artículo 6

Acción positiva

Con objeto de garantizar la plena igualdad en la práctica entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros mantener

LEGISLACIÓN

o adoptar medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo.

Artículo 7

Requisitos mínimos

1. Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad entre hombres y mujeres que las previstas en la presente Directiva.
2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir, en los ámbitos que ésta trata, el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros.

CAPÍTULO II RECURSOS Y APLICACIÓN

Artículo 8

Defensa de derechos

1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante la presente Directiva, disponibles para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.
2. Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido. La fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización.
3. Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones o entidades jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para hacer cumplir las obligaciones que se derivan de la presente Directiva.
4. Los apartados 1 y 3 se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales en materia de plazos para incoar acciones judiciales en relación con el principio de igualdad de trato.

Artículo 9

Carga de la prueba

1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que, cuando una persona que se

considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros adoptar normas sobre admisibilidad de las pruebas que sean más favorables a la parte demandante.
3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales.
4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicará asimismo a todo procedimiento tramitado de conformidad con el apartado 3 del artículo 8.
5. Los Estados miembros no precisan aplicar el apartado 1 en las gestiones en que el tribunal u otra autoridad competente debe investigar los hechos del caso.

Artículo 10

Represalias

Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una denuncia o un procedimiento judicial destinado a hacer cumplir el principio de igualdad de trato.

Artículo 11

Diálogo con las partes interesadas

Con el fin de promover el principio de igualdad de trato, los Estados miembros fomentarán el diálogo con las partes interesadas pertinentes que tengan, con arreglo a su legislación y práctica nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación sexual en el ámbito del acceso a bienes y servicios y su suministro.

CAPÍTULO III ORGANISMOS DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO

Artículo 12

1. Los Estados miembros designarán uno o más organismos para que se encarguen de promover, analizar, controlar y apoyar la igualdad entre todas las personas sin discriminación por razones de sexo, y adoptarán las disposiciones necesarias a tal fin. Dichos organismos podrán formar parte de los órganos encargados a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos de las personas, o la aplicación del principio de igualdad de trato.
2. Los Estados miembros velarán por que los organismos mencionados en el apartado 1 tengan, entre otras, las siguientes competencias:

LEGISLACIÓN

- a) sin perjuicio del derecho de las víctimas y asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas consideradas en el apartado 3 del artículo 8, prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación al iniciar un procedimiento por discriminación;
- b) realizar estudios independientes sobre la discriminación;
- c) publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con esta discriminación.

CAPÍTULO IV DISPOSICIONES FINALES

Artículo 13

Cumplimiento

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se respete el principio de igualdad de trato en lo relativo al acceso a bienes y servicios y su suministro, dentro del ámbito de la presente Directiva y, en particular, para que:

- a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;
- b) se declaren o puedan declararse nulas, o se modifiquen, todas las disposiciones contractuales en los reglamentos internos de las empresas, así como en las normas que rijan las asociaciones con o sin ánimo de lucro, contrarias al principio de igualdad de trato.

Artículo 14

Sanciones

Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y tomarán cualquier medida necesaria para garantizar su aplicación. Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros comunicarán estas disposiciones a la Comisión, a más tardar el 21 de diciembre de 2007, y comunicarán inmediatamente cualquier modificación ulterior de las mismas.

Artículo 15

Divulgación de la información

Los Estados miembros velarán por que las disposiciones adoptadas en virtud de la presente Directiva, junto con otras disposiciones vigentes ya adoptadas en

este ámbito, sean puestas en conocimiento de las personas interesadas, por todos los medios adecuados y en el conjunto de su territorio.

Artículo 16

Informes

1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión toda la información disponible sobre la aplicación de la presente Directiva, a más tardar el 21 de diciembre de 2009, y, ulteriormente, cada cinco años.

La Comisión redactará un informe resumido, que incluirá un examen de las prácticas vigentes de los Estados miembros en relación con la disposición del artículo 5 sobre la utilización del sexo como factor para el cálculo de primas y beneficios. Presentará dicho informe al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 21 de diciembre de 2010. En caso necesario, la Comisión adjuntará a su informe propuestas de modificación de la Directiva.

2. El informe de la Comisión tendrá en cuenta los puntos de vista de las partes interesadas pertinentes.

Artículo 17

Incorporación a la legislación nacional

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Comunicarán de inmediato a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 18

Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Artículo 19

Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 13 de diciembre de 2004.

LEGISLACIÓN

DECISIÓN DEL COMITÉ MIXTO DEL EEE Nº 112/2004 DE 9 DE JULIO DE 2004 POR LA QUE SE MODIFICA EL ANEXO XVIII (SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO, DERECHO LABORAL E IGUALDAD DE TRATO PARA HOMBRES Y MUJERES) DEL ACUERDO EEE²².

EL COMITÉ MIXTO DEL EEE,
[...]
DECIDE:

Artículo 1

El anexo XVIII del Acuerdo se modificara como sigue:

1) En el punto 18 (Directiva 76/207/CEE del Consejo se añadirá el texto siguiente:

<<, modificada por:

- 32002 L 0073: Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269 de 5.10.2002, p. 15).>>.

2) La adaptación del punto 18 (Directiva 76/207/CEE del Consejo) quedará modificada como sigue:

- a) la adaptación actual pasará a llevar la letra a);
- b) la siguiente adaptación se insertará después de la adaptación a):

<<b) Los términos “las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado” en el apartado 8 del artículo 2 se sustituirán por el texto siguiente:

“medidas con objeto de garantizar en la práctica la

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

Artículo 2

Los textos de la Directiva 2002/73/CE en lenguas islandesa y noruega, anejos a las respectivas versiones lingüísticas de la presente Decisión, son auténticos.

Artículo 3

La presente Decisión entrará en vigor el 10 de julio de 2004, siempre que se hayan transmitido al Comité Mixto del EEE todas las notificaciones previstas en el apartado 1 del artículo 103 del Acuerdo.

Artículo 4

La presente Decisión se publicará en la sección EEE y en el Suplemento EEE del *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Hecho en Bruselas, el 9 de julio de 2004.

ACUERDO DE 19 DE ENERO DE 2005, ADOPTADO POR LAS MESAS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO EN REUNIÓN CONJUNTA POR EL QUE SE MODIFICA EL ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS CORTES GENERALES²³.

DISPOSICIÓN FINAL.

La conciliación de la vida laboral y familiar, abordada en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, e incorporada en sus aspectos fundamentales al Estatuto del Personal de las Cortes Generales por acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado adoptado en reunión conjunta de 18 de diciembre de 2000, ha puesto de manifiesto la necesidad de ampliar el supuesto de reducción de jornada por guarda legal de

un menor, extendiéndolo a la guarda legal de menores en edad comprendida entre los seis y los doce años, si bien supeditando su concesión, en este caso, a las necesidades del servicio.

En virtud de cuanto antecede, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en su reunión conjunta de 19 de enero de 2005, oída la Mesa Negociadora de los funcionarios, han aprobado la siguiente modificación del Estatuto del Personal de las Cortes Generales:

²² Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 376, de 23 de diciembre de 2004.

²³ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* número 37, de 26 de enero de 2005.

LEGISLACIÓN

1. Se modifica el apartado 2 del artículo 37 que tendrá la siguiente redacción:

2. *Los funcionarios que, por razones de guarda legal, tengan a su cuidado directo a un menor de seis años, anciano que requiera especial dedicación o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrán derecho a la reducción de un tercio de la jornada de trabajo. Cuando dichos funcionarios ocupen una plaza de un puesto con complemento de destino y régimen de dedicación normal podrán solicitar la reducción de jornada por aquel motivo. En este caso, los Secretarios generales de cada Cámara decidirán sobre la solicitud atendiendo a las necesidades del servicio.*

Los funcionarios que, por razones de guarda legal, tengan a su cuidado directo un menor de entre seis y doce años, podrán solicitar la reducción de un tercio de su jornada, quedando supeditada su concesión a las necesidades del servicio.

DISPOSICIÓN FINAL.

La presente modificación del Estatuto del Personal de las Cortes Generales entrará en vigor al día siguiente al de la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*.

Palacio del Congreso de los Diputados, 19 de enero de 2005.

ORDEN DEF/524/2005, DE 7 DE MARZO, POR LA QUE SE DISPONE LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONSEJO DE MINISTROS DE 4 DE MARZO DE 2005, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS PARA FAVORECER LA INCORPORACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LA MUJER EN LAS FUERZAS ARMADAS²⁴.

El Consejo de Ministros, en su reunión de 4 de marzo de 2005, adoptó un Acuerdo por el que se aprueban medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas.

ACUERDO POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS PARA FAVORECER LA INCORPORACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LA MUJER EN LAS FUERZAS ARMADAS.

La incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas españolas ha sido un hito importante para la consecución de la igualdad laboral de los hombres y mujeres en nuestro país. Es en 1988, cuando mediante el Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, se regula, por primera vez, la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Este principio de igualdad se incorpora en la vigente Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, toda vez que es aplicado con todas sus consecuencias, de tal modo que la carrera profesional es exactamente igual para hombres y mujeres, no existiendo ningún destino en las Fuerzas Armadas que esté vetado a las mujeres, incluidos los de tipo táctico u operativo.

En la actualidad el número de mujeres militares es superior al 10,9 % sobre el total de efectivos de las Fuerzas Armadas, lo que revela que España es el país de la OTAN que, probablemente, haya adquirido este porcentaje en menos tiempo.

Esta nueva realidad social en la Administración militar requiere medidas normativas y sociales que la

atiendan. En este sentido, y con el propósito de favorecer y potenciar la igualdad de género en su seno, se abordan una serie de actuaciones en este acuerdo. En primer lugar, aquellas actuaciones enfocadas a la promoción y seguimiento del acceso, integración y permanencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas, con la creación de un Observatorio de la Mujer y de un Comité que coordine las medidas de puesta en práctica que favorezcan estos fines; en segundo lugar, actuaciones orientadas al incremento de la calidad de vida de la mujer, a través de la necesaria adecuación de las instalaciones; además, se adoptan medidas de carácter conciliador de la vida familiar y profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas, a través del establecimiento de un programa de creación de centros infantiles en establecimientos militares; se garantiza la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso; y por último, se promueve una adecuación del régimen disciplinario a la delimitación conceptual del acoso sexual que se está llevando a cabo en las decisiones comunitarias.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 4 de marzo de 2005 aprueba el siguiente Acuerdo:

Se aprueban las medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, que figuran como anexos de este acuerdo.

ANEXO I.

Medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas.

²⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 57, de 8 de marzo de 2005.

LEGISLACIÓN

1. Medidas para promover la incorporación, la integración y la permanencia de la mujer en las Fuerzas Armadas.

Se crea el Centro de estudio sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la Mujer en las FAS), dependiente de la Subsecretaría de Defensa, con la función de analizar los procesos de selección y las situaciones de integración y permanencia de la mujer en las Fuerzas Armadas.

Asimismo, el Centro se encargará de elaborar un estudio sobre el impacto de género en el ámbito laboral castrense y el análisis sobre el papel y la aportación de la mujer en las Fuerzas Armadas.

La creación del mencionado Centro no supone incremento del gasto público.

2. Programa para la creación de centros infantiles en establecimientos militares.

Se acuerda el establecimiento de un programa para la creación de centros infantiles, al objeto de facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas y del personal civil a su servicio, que figura como anexo II de este acuerdo.

Podrán ser propuestos nuevos centros por los Ejércitos y la Armada, de acuerdo con las necesidades de los diferentes establecimientos o unidades. Las correspondientes autorizaciones administrativas se procurarán

a través de convenios marco y convenios específicos con las respectivas comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía donde estos centros vayan a instalarse.

3. Medidas para la adecuación de los alojamientos a las condiciones de vida de la mujer en las Fuerzas Armadas.

Se desarrollarán proyectos para la adaptación de los alojamientos en las unidades de las Fuerzas Armadas, a fin de adecuarlos a las condiciones de calidad de vida de la mujer.

A estos efectos, la Secretaría de Estado de Defensa incorporará los correspondientes proyectos al Plan Director de Infraestructuras.

4. Composición de las Juntas de Evaluación.

Se garantizará la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso, selección de concurrentes a cursos de capacitación y asignación de destinos de especial responsabilidad o cualificación, siempre que existan mujeres con el empleo requerido para formar parte de los citados órganos.

5. Adecuación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en relación con el acoso sexual.

Se modificará la legislación aplicable a las Fuerzas Armadas incorporando los conceptos jurídicos que sobre acoso sexual se están implantando en el derecho comunitario.

REAL DECRETO 237/2005, DE 4 DE MARZO, POR EL QUE SE ESTABLECEN EL RANGO Y LAS FUNCIONES DE LA DELEGACIÓN ESPECIAL DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, PREVISTA EN LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO²⁵.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, establece medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar la violencia ejercida sobre las mujeres y prestar asistencia a las víctimas.

En el título III, concerniente a la tutela institucional, en el artículo 29, se procede a la creación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a la que corresponderá proponer la política del Gobierno en relación con la violencia de género y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en

dicha materia. El apartado 3 del citado artículo 29 dispone que reglamentariamente se determinará el rango y las funciones concretas de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Por su parte, la disposición final cuarta.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, habilita al Gobierno para que dicte, en el plazo de seis meses a partir de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, las disposiciones necesarias para su aplicación.

Por todo ello, procede la aprobación de un real decreto que establezca el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, de acuerdo con las previsiones del artículo

²⁵ Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 57, de 8 de marzo de 2005.

LEGISLACIÓN

10.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Finalmente, este Real Decreto añade a las funciones asignadas a la Dirección General de Integración de los Inmigrantes en el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la de promoción de políticas de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico, y adscribe a la citada Dirección General el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico.

En su virtud, a iniciativa del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de marzo de 2005, dispongo:

Artículo 1. Rango y objeto.

1. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer es un órgano con rango de dirección general, dependiente de la Secretaría General de Políticas de Igualdad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer tiene por objeto formular las políticas públicas en relación con la violencia de género que desarrolle el Gobierno y que, necesariamente, habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres víctimas de esta violencia, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y, a tal efecto, coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, trabajando en colaboración y coordinación con las demás Administraciones públicas con competencia en la materia.

3. La persona titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer estará legitimada ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en colaboración y coordinación con las Administraciones públicas con competencias en la materia, y, en concreto, para ejercitar la acción de cesación y rectificación de la publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria la imagen de las mujeres, en los términos previstos en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Artículo 2. Funciones.

Para el cumplimiento de los fines encomendados en la

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer desarrollará, en el ámbito de las competencias estatales en esta materia, las siguientes funciones:

a) El diseño, elaboración y seguimiento de los planes de acción contra las diversas formas de violencia de género que, desde la Administración General del Estado, se realicen con la finalidad de planificar de forma eficiente y eficaz cuantas medidas y actuaciones se pongan en marcha en este ámbito.

b) Impulsar y desarrollar las medidas de sensibilización ciudadana, a través de la elaboración y puesta en marcha de un plan nacional de sensibilización y prevención de la violencia de género, de conformidad con las prescripciones contenidas en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, además del impulso de campañas de información y sensibilización específicas para prevenir la violencia de género.

Estas campañas de información y sensibilización se realizarán de manera que se garantice el acceso a estas de todas aquellas personas con especiales dificultades de integración y, particularmente, de las personas con discapacidad.

c) Favorecer la aplicación del principio de transversalidad de las medidas destinadas a luchar contra las distintas formas de violencia y discriminación de género, de manera que, en su aplicación, se tenga en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de esta violencia.

d) Fomentar la formación y especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas para que adquieran las capacidades necesarias para la detección, asistencia y recuperación integral de las víctimas de la violencia de género.

e) Desarrollar las labores de asesoramiento, de coordinación y de colaboración institucional, en el seno de la Administración General del Estado, en materia de violencia de género.

f) Colaborar con las Administraciones públicas educativas en la implantación de los valores y objetivos que se contienen en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

g) Elaborar planes de colaboración y sus respectivos protocolos de actuación que garanticen la ordenación de las actuaciones y procedimientos de prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar especialmente a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios

LEGISLACIÓN

sociales y los organismos de igualdad, de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

h) Colaborar con las comunidades autónomas y con las entidades locales para elaborar un diagnóstico conjunto y real sobre el impacto de la violencia de género en las respectivas comunidades autónomas, así como una valoración de necesidades, recursos y servicios necesarios para desarrollar una asistencia social integral a las víctimas de la violencia de género.

i) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que, desde la sociedad civil, actúan contra la violencia de género a la hora de programar y poner en práctica mecanismos y actuaciones tendentes a erradicar este fenómeno.

j) Participar en actividades relacionadas con el ámbito internacional, tanto en grupos de trabajo como en la elaboración de los informes requeridos por las diversas organizaciones internacionales, o los derivados de la pertenencia de España en estas, sin perjuicio de las competencias de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

k) Asegurar que el Instituto Nacional de Estadística y las entidades implicadas en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, produzcan y difundan estadísticas adecuadas para el conocimiento del fenómeno de la violencia de género, así como para el seguimiento de la evolución de las víctimas y de la aplicación de dicha Ley.

l) Ejercer las funciones que le pudieran corresponder en relación con la comisión de control a que se refiere el artículo 3.1, párrafo quinto, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

m) Realizar cuantas actividades, en materia de violencia de género, le sean encomendadas por la Secretaría General de Políticas de Igualdad.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Evaluación de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer elaborará, en colaboración con las comunidades autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, un informe, que se remitirá al Congreso de los Diputados, en el que se hará una evaluación de los efectos de la aplicación de esta Ley en la lucha contra la violencia de género.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Nominación de la persona titular de la Delegación Especial

del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

No será preciso que la persona titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer tenga la condición de funcionario, en atención a sus características específicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Gastos de funcionamiento.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales atenderá los gastos de funcionamiento personales y materiales de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, con cargo al presupuesto ordinario de la Secretaría General de Políticas de Igualdad.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Modificación del Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se añade un párrafo s al apartado 1 del artículo 6, con la siguiente redacción:

s. La coordinación, regulación, ordenación y canalización de las migraciones interiores, así como la ejecución y seguimiento del presupuesto que se destine, tanto a este colectivo como a alguno de los recogidos en los párrafos anteriores.

Dos. El párrafo b del apartado 2 del artículo 6 queda redactado de la siguiente forma:

b. La Subdirección General de Gestión y Coordinación de Flujos Migratorios, a la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos g, h, i, j, k, l, m, n, ñ y s del apartado anterior.

Tres. El párrafo g del apartado 1 del artículo 7 queda redactado de la siguiente forma:

g. El diseño, desarrollo y evaluación de acciones de formación externa y especializada.

Cuatro. Se añade un apartado l al apartado 1 del artículo 7, con la siguiente redacción:

l. La promoción de políticas de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico.

Cinco. El párrafo b del apartado 2 del artículo 7 queda redactado de la siguiente forma:

b. La Subdirección General de Relaciones Institucionales, a

LEGISLACIÓN

la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos g, h, i, j, k y l del apartado anterior.

Seis. El apartado 3 del artículo 7 queda redactado de la siguiente forma:

3. Quedan adscritos a la Dirección General el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, cuya secretaría será ejercida por la Dirección General.

Siete. Se añade un apartado 2 bis al artículo 19, con la siguiente redacción:

2 bis. De la Secretaría General de Políticas de Igualdad depende la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia

sobre la Mujer, con rango de dirección general, cuyo rango y funciones se establecen en el Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Facultades de desarrollo.

Se autoriza al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, previo el cumplimiento de los trámites legales oportunos, para que adopte las medidas que sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. Entrada en vigor. El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado..

ORDEN PRE/525/2005, DE 7 DE MARZO, POR LA QUE SE DA PUBLICIDAD AL ACUERDO DE CONSEJO DE MINISTROS POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS PARA FAVORECER LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES²⁶.

El Consejo de Ministros, en su reunión de 4 de marzo de 2005 y a propuesta de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Ministro de Justicia, del Ministro de Defensa, del Ministro de Interior, de la Ministra de Fomento, de la Ministra de Educación y Ciencia, del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, de la Ministra de Agricultura, Pesca y Alimentación, del Ministro de Administraciones Públicas, de la Ministra de Cultura, de la Ministra de Sanidad y Consumo, de la Ministra de Medio Ambiente y de la Ministra de Vivienda, ha aprobado el Acuerdo por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres.

ANEXO

Acuerdo por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres.

En los últimos 25 años, las mujeres españolas han protagonizado el mayor avance de toda su historia. Sin embargo, la realidad social y económica no refleja aún la igualdad plena y efectiva de derechos que reconoce la Constitución a la mujer como parte de su estatuto de ciudadanía.

El desempleo femenino es superior al masculino, a pesar de la intensa creación del empleo de las mujeres. Se

mantiene una diferencia salarial relevante por el mismo trabajo. Las responsabilidades familiares siguen siendo asumidas casi exclusivamente por las mujeres y persisten las dificultades para conciliar la vida familiar y profesional.

La violencia de género se cobra cada año un número insoportable de mujeres asesinadas por sus parejas.

En definitiva, la discriminación histórica de las mujeres aún no se ha erradicado en una sociedad que sigue sin ofrecer iguales oportunidades a todos sus ciudadanos y ciudadanas.

De todo ello ha sido y es muy consciente este Gobierno, que ha hecho de la igualdad y de la defensa de los derechos de la mujer, comenzando por su derecho a la vida y a la libertad, amenazadas por la plaga de la violencia de género, una de las banderas de su acción política.

La propia formación del primer Gobierno paritario de la historia de España constituye buena prueba de que su compromiso con esta lucha vendría avalado por la contundencia de los hechos.

Después, de manera inmediata, el Gobierno aprobó una serie de medidas urgentes para atajar la violencia y los asesinatos de mujeres, a las que se ha unido la que ha sido la primera ley de esta legislatura, la Ley contra la violencia de género, que todos hemos tenido la satisfacción de ver aprobada por unanimidad.

²⁶ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 57, de 8 de marzo de 2005.

LEGISLACIÓN

Se ha elaborado también el Libro Blanco de la Dependencia, instrumento valioso para comenzar a poner en manos de toda la sociedad el peso que ahora de manera tan injusta y discriminadora soportan casi exclusivamente las mujeres. Y se está preparando, además de este Plan de Dependencia, una Ley de Igualdad y otra para promover la conciliación de la vida familiar y laboral.

Además, el Consejo de Ministros ha ido adoptando en el transcurso de estos primeros meses decisiones todas ellas favorecedoras de la igualdad entre hombres y mujeres. Entre ellas destacan las relacionadas con el empleo público, la protección de la maternidad y la cooperación internacional.

Hoy, con motivo de la celebración el próximo 8 de marzo del Día Internacional de la Mujer y coincidiendo con la Conferencia Mundial sobre Igualdad de Género en las Naciones Unidas, el Consejo de Ministros quiere dar un nuevo e importante paso adelante en estas políticas.

Para ello, ha aprobado un acuerdo por el se adopta un conjunto importante de medidas para avanzar en las distintas líneas de actuación que contribuyen día a día a que disminuya la desigualdad en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

Todos y cada uno de los departamentos ministeriales se han esforzado y comprometido con esta acción de gobierno. Todos ellos han aportado medidas a este conjunto de iniciativas.

El Gobierno, a la vista de todo lo anterior, ha acordado las medidas a favor de la igualdad, que quedan recogidas en este acuerdo. Algunas de ellas se adoptan mediante acuerdos singulares que se aprueban en el día de hoy o en sucesivas e inmediatas sesiones del Consejo de Ministros.

En su virtud, a propuesta de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Ministro de Justicia, del Ministro de Defensa, del Ministro de Interior, de la Ministra de Fomento, de la Ministra de Educación y Ciencia, del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, de la Ministra de Agricultura, Pesca y Alimentación, del Ministro de Administraciones Públicas, de la Ministra de Cultura, de la Ministra de Sanidad y Consumo, de la Ministra de Medio Ambiente y de la Ministra de Vivienda, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 4 de marzo de 2005, aprueba el siguiente Acuerdo:

1. Empleo.

1.1 Se acuerda que el 60 % de las acciones del Plan nacional de acción para el empleo se dirija a mujeres, lo

que supondrá que, a lo largo de este año, 1.250.000 mujeres se verán beneficiadas con esta medida. Además, todos los programas públicos de fomento del empleo, tanto a efectos de subvenciones como de medida de mejora de la ocupabilidad, considerarán como objetivo prioritario las mujeres.

1.2 Se acuerda introducir en los pliegos de cláusulas de contratación con la Administración pública criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursen.

1.3 En la Administración General del Estado y en los organismos públicos y empresas que dependan de ella, los órganos de selección de personal tendrán composición paritaria.

1.4 Se acuerda establecer instrumentos para favorecer el acceso de la mujer a puestos de responsabilidad en la Administración General del Estado y en los organismos públicos y empresas que dependan de ella, hasta alcanzar la paridad.

1.5 Igualmente, se acuerda establecer un porcentaje de reserva de, al menos, un cinco por ciento para el acceso a aquellas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina. Esta medida, tras el acuerdo con los interlocutores sociales, se hará extensiva al sector privado.

1.6 Se establecerán medidas para fomentar la incorporación e integración de la mujer en las Fuerzas Armadas:

a) Se crea el Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas que tendrá la función de analizar los procesos de selección, la integración y permanencia de la mujer en las FAS, así como la realización de un estudio sobre impacto de género.

b) Se acuerda adecuar los acuartelamientos para mejorar la calidad de vida de las mujeres de las FAS.

c) Se garantiza la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para la selección, ascenso y asignación de destinos.

1.7 Se acuerda firmar un convenio con la Asociación de Mariscadoras de Galicia (AGAMAR), con el objetivo de encontrar fórmulas alternativas de empleo en el sector de la pesca y de la acuicultura.

1.8 Se acuerda suscribir un convenio con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para promover la igualdad de oportunidades en el sector pesquero y de la acuicultura, mediante la formación y la asistencia técnica.

2. Empresa.

2.1 Se acuerda establecer un programa de actuaciones e incentivos, negociados con las organizaciones empresariales, que promuevan la incorporación de mujeres a los órganos de dirección de las empresas y a sus consejos de administración.

LEGISLACIÓN

2.2 Se acuerda dar continuidad al convenio suscrito entre el Instituto de la Mujer, la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa y La Caixa para facilitar la concesión de microcréditos a mujeres emprendedoras y empresarias. Además, se acuerda ampliar estos convenios con otras entidades financieras.

2.3 Se acuerda firmar un convenio entre el Instituto de la Mujer y la Escuela de Organización Industrial para realizar cursos sobre creación o consolidación de empresas.

2.4 Se acuerda que en la convocatoria de los premios *Príncipe Excelencia Empresarial* se incluya como elemento de valoración el esfuerzo realizado a favor de la paridad en el empleo y la conciliación de la vida laboral y familiar.

3. Conciliación de la vida laboral y familiar.

3.1 Se aprueba, en el ámbito de las Administraciones públicas, previa negociación con las centrales sindicales, el establecimiento de una modalidad específica de jornada a tiempo parcial, con la correspondiente disminución retributiva, a la que podrán acogerse quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad.

3.2 Se habilita, previa negociación con las organizaciones sindicales, a las autoridades competentes para que autoricen con carácter personal y temporal la modificación del horario fijo de los empleados y empleadas públicos, con mantenimiento íntegro y flexible de la jornada laboral que les corresponda.

3.3 Se aprueba un programa de creación de 25 escuelas infantiles en establecimientos militares de Madrid, Galicia, Extremadura, Andalucía, Aragón, Murcia, Canarias y Castilla-La Mancha. De ser preciso, esta medida se ampliará a otros establecimientos militares.

3.4 Igualmente, en la Administración General del Estado se adoptarán medidas de esta naturaleza.

3.5 Se acuerda ampliar, el tiempo de reserva del destino de los militares profesionales en situación de excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, de modo que se equipare al del personal de la Administración civil.

4. Investigación.

4.1 Se acuerda crear una unidad específica de *Mujer y Ciencia* para abordar la situación de las mujeres en las instituciones investigadoras y mejorar su presencia en ellas.

4.2 Se acuerda incluir, como criterio adicional de valoración en la concesión de ayudas a proyectos de investigación, la participación de mujeres en los equipos de trabajo.

4.3 Se acuerda la elaboración de un informe anual sobre salud y género que se presentará ante el Parlamen-

to. Así mismo, se acuerda elaborar un informe sobre la salud sexual y reproductiva, lema del Día Mundial de la Salud del año 2005.

4.4 Se acuerda promover la coedición de un libro entre el Ministerio de la Presidencia y las Cortes Generales para dar a conocer la actividad parlamentaria de las mujeres que fueron diputadas en la I Legislatura de la Democracia.

4.5 Se acuerda promover la creación de un premio anual, en colaboración con las Cortes Generales, para distinguir las obras o estudios que aporten conocimiento o subrayen el significado de la participación de las mujeres en la vida política, y especialmente parlamentaria.

5. Solidaridad.

5.1 Los programas apoyados por la Agencia Española de Cooperación Internacional tendrán entre sus prioridades la lucha contra la discriminación que sufren las mujeres.

5.2 Se acuerda autorizar al Gobierno a suscribir el Acuerdo Marco entre el Reino de España y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), organismo que vela por las necesidades y propuestas de los movimientos de mujeres de todo el mundo.

6. Deporte.

6.1 Se acuerda crear, dentro del Consejo Superior de Deportes, una unidad con carácter permanente para desarrollar el programa *Mujer y Deporte*.

6.2 Igualmente, a través del Consejo Superior de Deportes se subvencionará a la Comisión Mujer y Deporte del Comité Olímpico Español.

6.3 Se acuerda la firma de un convenio entre el Consejo Superior de Deportes y el Instituto de la Mujer para promover el deporte femenino.

6.4 Se encomienda al Consejo Superior de Deportes que en todas las campañas o exposiciones para el fomento del deporte se aplique el principio de paridad.

6.5 Se acuerda que el Consejo Superior de Deportes promueva estudios de investigación, análisis y estadísticas dirigidos a fomentar la igualdad de género en el deporte.

7. Otras medidas para la igualdad.

Se aprueban, dentro del Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado, las siguientes medidas:

7.1 Medidas de promoción de la igualdad de género en el acceso al empleo público: todas las convocatorias de los procesos selectivos para el acceso al empleo público incluirán, en su caso, la mención a la infrarrepresentación de personas de alguno de los dos sexos.

7.2 Medidas de promoción profesional de las empleadas públicas:

LEGISLACIÓN

a) El Observatorio del Empleo Público incluirá una sección con la misión de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de género, canalizará las quejas que se le planteen en relación con su vulneración y formulará recomendaciones y sugerencias para su desarrollo.

b) Se reservará al menos un 40 % de las plazas en los cursos de formación del personal directivo adscrito a la Administración General del Estado para adjudicarlas a las mujeres que reúnan los requisitos exigidos en las convocatorias.

c) Previo acuerdo con las organizaciones sindicales, todos los departamentos ministeriales establecerán dentro de sus planes de formación actividades encaminadas a la promoción interna de sus empleadas.

d) En la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación, se procurará guardar la proporcionalidad con la representación que cada género tenga en el grupo de titulación correspondiente.

e) Se procurará obtener la paridad entre hombres y mujeres en la composición de los órganos colegiados de la Administración General del Estado y en los comités de expertos.

7.3 Medidas para promover el valor de la igualdad de género en la Administración:

a) Se realizarán cursos y seminarios destinados a la formación de los empleados públicos en el valor de la igualdad de género.

b) Todos los temarios aprobados para la celebración de pruebas selectivas para el acceso al empleo público incluirán temas relativos a la normativa vigente en materia de igualdad de género.

7.4 Medidas relacionadas con la lucha contra la violencia de género en la Administración:

a) Se modificará el Reglamento de Situaciones Administrativas para introducir una modalidad de excedencia con reserva de plaza por violencia de género.

b) Se tipificará en el Reglamento de Régimen Disciplinario el acoso sexual en las relaciones profesionales de los funcionarios públicos.

c) Se adoptarán las medidas correspondientes para hacer efectivo el derecho preferente en la provisión de puestos de trabajo de las empleadas públicas que hayan sido víctimas de violencia de género.

7.5 Se acuerda implantar en las webs de todos los ministerios y organismos públicos secciones específicamente dedicadas a facilitar información orientada a la promoción de la igualdad.

7.6 Se acuerda que las estadísticas públicas contengan datos desagregados por sexo que faciliten información sobre la situación social de las mujeres en los diferentes ámbitos objeto de estudio y aplicar, en su caso, políticas públicas de igualdad.

7.7 Se acuerda suscribir un acuerdo entre el Ministerio

de Trabajo y Asuntos Sociales y la Federación Española de Municipios y Provincias para promover planes de igualdad.

7.8 Se encomienda al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que, en la elaboración de la Ley de orientación del desarrollo rural y la agricultura, se promueva la participación plena de la mujer en la economía y sociedad rurales.

7.9 Se acuerda que los jurados que conceden los premios nacionales de las distintas disciplinas científicas y artísticas tengan una composición paritaria.

7.10 Se acuerda establecer un premio institucional al tratamiento de la mujer en la publicidad que, con carácter anual, premiará el anuncio o campaña publicitaria comercial que más valore y dignifique el papel de la mujer, desde un punto de vista cívico y social, y promueva la igualdad de derechos y oportunidades entre sexos.

8. Lucha contra la violencia de género.

8.1 Se dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer.

8.2 Se crea la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y se regula su rango y funciones.

8.3 Se aprueba la puesta en marcha de un plan específico para la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género, previa concertación con las comunidades autónomas.

8.4 Se acuerda suscribir convenios de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española para la implantación efectiva del servicio de teleasistencia.

8.5 Se acuerda la organización de cursos de formación dirigidos a profesionales sanitarios para mejorar sus recursos profesionales en las consultas de atención primaria.

8.6 Se acuerda que el Plan de Vivienda, que se aprobará próximamente, incluya criterios de adjudicación que prevean la atribución de viviendas protegidas a mujeres que hayan sufrido violencia de género, así como a las familias monoparentales.

9. Seguimiento.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría General de Políticas de Igualdad, efectuará un seguimiento sobre el cumplimiento de las medidas recogidas en este acuerdo. La Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia presentará al Consejo de Ministros un informe sobre su grado de cumplimiento durante el primer trimestre de 2006.

LEGISLACIÓN

ORDEN APU/526/2005, DE 7 DE MARZO, POR LA QUE SE DISPONE LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONSEJO DE MINISTROS DE 4 DE MARZO DE 2005, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO²⁷.

El Consejo de Ministros en su reunión de 4 de marzo de 2005, adoptó un Acuerdo por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado. Considerando necesario el conocimiento general del mencionado Acuerdo, que se inserta a continuación, dispongo su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO

Acuerdo por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado
El reconocimiento por el artículo 14 de la Constitución Española del derecho a la igualdad de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, y la concreción de este derecho en el acceso a los cargos y a la función pública, establecido en sus artículos 23 y 103, respectivamente, supuso un cambio radical de la situación de la mujer en las Administración pública respecto a la derivada de la legislación preconstitucional.

Así, el principio general de no discriminación por razón de sexo establecido en el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, se encontraba limitado en su aplicación por otras normas. La Ley 56/1961, de 22 de julio, justificaba la discriminación basada en «hechos o circunstancias naturales de tan fácil y obvia comprensión que resulta redundante o inútil su justificación en detalle», mientras que la legislación vigente establecía respecto a la mujer casada otra patente discriminación en sus oportunidades de ingreso en la función pública fundamentada en lo que se consideraba «la potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido».

El desarrollo del derecho constitucional a la igualdad y de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública supuso un paso necesario para superar la situación de desigualdad jurídica entre ambos sexos, anteriormente existente, en el desempeño del servicio público. La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, su posterior desarrollo reglamentario por los Reales Decretos 364/1995, de 10 de marzo, y 365/1995, de 10 de marzo, y, más recientemente, la Ley 39/1999,

de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por las que se transpusieron al ordenamiento jurídico español las Directivas 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, y 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, contribuyeron, asimismo, positivamente al desarrollo en nuestras Administraciones públicas del principio de igualdad de género.

Eliminados los obstáculos jurídicos que impedían a las mujeres desempeñar un empleo público en condiciones de igualdad, todavía perviven, sin embargo, dificultades para erradicar por completo la discriminación de las mujeres en las Administraciones públicas, sobre todo, en lo que se refiere a su promoción profesional a puestos de decisión.

Por otra parte, la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo no se ha visto acompañada suficientemente de medidas que favorezcan la consolidación de una nueva forma de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres y que permitan un reparto equilibrado de responsabilidades entre ambos sexos en la vida profesional y privada.

Por todo ello, resulta prioritario establecer un modelo que prevea, además de las garantías jurídicas del derecho a la igualdad, las nuevas relaciones sociales surgidas de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y promuevan la consolidación de una cultura profesional plenamente comprometida con la igualdad real de oportunidades de ambos sexos en el acceso al empleo público y en la promoción profesional de quienes trabajan en la Administración al servicio de la ciudadanía.

Con esta finalidad, el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, que se aprueba en este acuerdo, establece un conjunto de medidas para eliminar los obstáculos que todavía se constatan para garantizar en la práctica la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso y desempeño del servicio público. Entre estas medidas, se incluyen actuaciones positivas para favorecer la promoción de las mujeres a puestos de mayor categoría, asegurar la conciliación de sus responsabilidades profesionales con su vida personal y familiar y

²⁷ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 57, de 8 de marzo de 2005.

LEGISLACIÓN

promover la cultura de corresponsabilidad entre ambos sexos.

El plan se estructura en los siguientes grupos de medidas y actuaciones.

- a) Medidas para promover la igualdad de género en el acceso al empleo público.
- b) Medidas para favorecer la promoción profesional de las empleadas públicas.
- c) Medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que trabajen en la Administración General del Estado.
- d) Medidas contra la violencia de género en la Administración General del Estado.
- e) Iniciativas para promover el valor de la igualdad de género en la Administración General del Estado.
- f) Medidas de estudio y evaluación de la trayectoria profesional por sexo de los empleados públicos y desarrollo del principio de igualdad de género.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 4 de marzo de 2005, aprueba el siguiente acuerdo:

Se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, que figura como anexo de este acuerdo

ANEXO

Plan por la igualdad de género en la Administración General del Estado*1. Medidas para promover la igualdad de género en el acceso al empleo público*

Con el objetivo de promover el acceso de las mujeres al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, especialmente en los cuerpos o categorías en los que estas se encuentran infrarrepresentadas, se adoptan las siguientes medidas:

1.1 En el Centro de Información Administrativa del Ministerio de Administraciones Públicas se dispondrá de una unidad de información, asesoramiento y asistencia a través de la cual se facilitará a quienes estén interesadas en acceder a un empleo público información acerca de los requisitos exigidos en las correspondientes convocatorias, formación o ayudas y becas disponibles para facilitar el acceso de las mujeres al empleo público.

1.2 Todas las convocatorias de procesos selectivos que realice la Administración General del Estado para el acceso al empleo público, tanto en cuerpos generales como especiales, incluirán un párrafo que señale si existe en el correspondiente cuerpo infrarrepresentación de personas de alguno de los dos sexos. Asimismo, las respectivas bases recogerán una referencia al deber de los tribunales o comisiones de selección de velar, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución

Española, por el estricto cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre ambos sexos.

1.3 La composición de los tribunales y de las comisiones permanentes de selección para el acceso de las personas al empleo público se ajustarán al criterio de paridad entre ambos sexos. Para el presente año, dicha previsión se encuentra en el artículo 4.f) del Real Decreto 121/2005, de 4 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2005.

2. Medidas para favorecer la promoción profesional de las empleadas públicas

Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a los puestos predirectivos y directivos de la Administración General del Estado, en los que las mujeres se encuentran infrarrepresentadas, se establecen las siguientes medidas y actuaciones:

2.1 La Dirección General de la Función Pública actualizará la base de datos de personas pertenecientes a cuerpos superiores en la que se recogerán sus datos curriculares, formación y perfil profesional. Cuando los titulares de órganos directivos soliciten a dicha Dirección General candidatos a puestos de trabajo directivos o predirectivos para su provisión mediante el sistema de libre designación, las propuestas de la citada Dirección General incluirán cuatro posibles aspirantes de los cuales, al menos dos, deberán ser mujeres.

2.2 El Observatorio de Empleo Público al que se refiere el Acuerdo de 21 de septiembre de 2004, adoptado en la Mesa del Diálogo Social, incluirá una sección cuya misión será velar por el estricto cumplimiento del principio de igualdad de género, resolviendo la quejas que en relación con su vulneración pudieran plantearse por el personal al servicio de la Administración General del Estado y formulando recomendaciones y sugerencias para su desarrollo.

2.3 En las convocatorias de cursos de formación de directivos impartidos en el Instituto Nacional de la Administración Pública u otros centros de formación del personal al servicio de la Administración General del Estado, se reservará al menos un 40 por ciento de las plazas para su adjudicación a aquellas empleadas públicas que reúnan los requisitos establecidos en dichas convocatorias, salvo que no existan en el cuerpo correspondiente suficientes mujeres para cubrir dicho porcentaje o que el número de solicitudes de mujeres se a insuficiente para cubrirlo.

2.4 Los departamentos ministeriales, previo acuerdo con las organizaciones sindicales, establecerán dentro de su plan anual de formación actividades formativas orientadas a la promoción interna de sus empleados y empleadas, especialmente, desde los grupos C y D a los grupos superiores. Estos cursos deberán impartirse

LEGISLACIÓN

dentro de la jornada ordinaria de trabajo para asegurar la conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados y las empleadas que los realicen en orden a su promoción profesional.

2.5 En la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación, los titulares de los órganos directivos procurarán que su cobertura guarde proporcionalidad con la representación que en cada departamento u organismo tenga cada género en el grupo de titulación exigido en la correspondiente convocatoria.

2.6 La Administración General del Estado procurará la paridad entre hombres y mujeres en la composición de sus órganos colegiados y comités de expertos.

3. Medidas para la conciliación de la vida, personal, familiar y laboral de las personas que trabajan en la Administración General del Estado Con la finalidad de promover en el ámbito de la Administración General del Estado la conciliación de la vida familiar con el desempeño del servicio público, se establecen las siguientes medidas y actuaciones:

3.1 La Secretaría General para la Administración Pública, previa negociación con las organizaciones sindicales, establecerá una modalidad específica de jornada a tiempo parcial, con la correspondiente disminución retributiva, para la conciliación de la vida familiar y laboral a la que podrán acogerse quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad.

3.2 Mediante resolución de la Secretaría General para la Administración Pública, previa negociación con las organizaciones sindicales, se habilitará a las autoridades competentes para que autoricen, con carácter personal y temporal, la modificación del horario fijo de los empleados y empleadas públicos, cualquiera que sea la modalidad de jornada a que vengan obligados a prestar servicio en la Administración General del Estado, con mantenimiento íntegro y flexible de la jornada laboral que les corresponda.

3.3 En las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se tendrá en cuenta, a los efectos de valoración de los correspondientes méritos, las razones de guarda legal de menores o atención a personas mayores.

4. Medidas contra la violencia de género en la Administración General del Estado

En desarrollo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se adoptan las siguientes decisiones:

4.1 El Gobierno adoptará las medidas oportunas para modificar el Reglamento de Situaciones Administrati-

vas, aprobado por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, con el fin de hacer efectiva la excedencia con reserva de plaza por violencia de género.

4.2 El Gobierno adoptará las medidas formativas necesarias para tipificar el acoso sexual como falta muy grave en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

4.3 Mediante real decreto, el Gobierno adoptará las medidas oportunas para hacer efectivo el derecho preferente de quienes hayan sido víctimas de la violencia de género a la provisión de puestos de trabajo.

5. Iniciativas para promover el valor de la igualdad de género en la Administración General del Estado

5.1 El Ministerio de Administraciones Públicas creará un premio a las mejores prácticas que realicen las unidades y organismos de la Administración General del Estado con la finalidad de promover en su organización y funcionamiento la igualdad de género.

5.2 El Instituto Nacional de Administración Pública y otros centros de formación de los empleados públicos incluirán en sus respectivos planes y programas de formación seminarios y cursos para sensibilizar y formar al personal de la Administración General del Estado, en el objetivo de promover la igualdad de género. Así mismo, la Dirección General de la Función Pública promocionará este tipo de seminarios en los planes de formación continua sometidos a su aprobación.

5.3 Todos los temarios aprobados para la celebración de pruebas selectivas para el acceso al empleo público incluirán uno o varios temas relativos a la formativa vigente en materia de igualdad de género.

6. Medidas de estudio y evaluación de la trayectoria profesional por sexo de los empleados públicos y desarrollo del principio de igualdad de género

6.1 El Ministerio de Administraciones Públicas, a través de la Secretaría General para la Administración Pública, establecerá un sistema de indicadores homogéneo que permita evaluar en todos los departamentos ministeriales y organismos públicos la calidad de las políticas que se desarrollen en la Administración General del Estado para promover la igualdad de género.

6.2 La Dirección General de la Función Pública realizará un estudio para reducir la temporalidad y precariedad en el empleo público, con especial consideración a las causas y medidas que se deban adoptar para eliminar su mayor impacto en el colectivo de mujeres.

6.3 El Ministerio de Administraciones Públicas realizará un estudio sobre la trayectoria profesional y niveles retributivos de las empleadas públicas, con el fin de adoptar medidas efectivas para asegurar su equiparación al de los empleados públicos.

LEGISLACIÓN

6.4 El Ministerio de Administraciones Públicas realizará un estudio sobre los permisos concedidos relacionados con la conciliación de la vida laboral y personal.

7. Medidas dirigidas al sistema estadístico y de información relacionado con políticas de género

7.1 El perfeccionamiento del sistema estadístico y de información relacionado con políticas de género a fin de favorecer la toma de decisiones en el ámbito de la política fiscal y presupuestaria:

- a) Inclusión de nuevos indicadores de programas presupuestarios desagregados por sexo cuando ello aporte valor a la toma de decisiones.
- b) Revisión y aplicación en los modelos normalizados de autoliquidación de tributos y tasas y precios públicos del componente desagregado de sexo cuando ello aporte valor a la toma de decisiones, especialmente para conocer la incidencia por género de determinados beneficios fiscales.
- c) Revisión de estadísticas para analizar los indicadores que deben ser desagregados por sexo.

COMENTARIO A LAS MEDIDAS PUBLICADAS EN EL BOE DE 8 DE MARZO DE 2005

El Consejo de Ministros del día 4 de marzo de 2005, ha aprobado una batería de medidas que se han publicado en el BOE de 8 de marzo, buscando la feliz coincidencia del Día Internacional de la Mujer, acerca del fomento de la igualdad real y efectiva de las mujeres.

Estas medidas son de muy variado orden y consideración, por lo que, atendiendo a un criterio de clasificación que responda a la materia, podemos convencionalmente dividir las en:

- medidas atinentes a las condiciones de trabajo de las mujeres en las Fuerzas Armadas.
- materias de empleo.
- medidas sociales de facilitación de la igualdad social de las mujeres.

Por lo que se refiere al primer aspecto, las condiciones de trabajo de la mujer en las Fuerzas Armadas, se publica una Orden del Ministerio de defensa que contiene la creación de un Observatorio de la Mujer y un Comité de Coordinación para la puesta en práctica de medidas orientadas a aumentar la calidad de vida de las mujeres. Algunas que se enumeran a modo de ejemplo serían: la adecuación de las instalaciones militares, de conciliación de la vida personal y familiar, la creación de centros infantiles militares, la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso. Y una medida que puede tener una fuerte importancia en la medida en que es la primera vez que nuestro ordena-

miento tiene en cuenta el acoso sexual en el trabajo. Se trata de la adecuación del régimen disciplinario militar a la realidad del acoso que las mujeres militares sufren en su trabajo.

Por lo que se refiere al Observatorio, nada se dice acerca de la composición concreta de sus miembros, pero sí se dice que depende de la Subsecretaría de Defensa, y que su función será la de analizar las condiciones de acceso de la mujer al ejército, y de su integración y permanencia. También se prevé la realización de un estudio de impacto de género y del "papel y la aportación de la mujer a las Fuerzas Armadas".

El segundo bloque de medidas se contiene en la orden de Presidencia de Gobierno por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres.

En la introducción se ponen de manifiesto aquellos aspectos más relevantes acerca de la igualdad de derechos de las mujeres en los últimos 25 años, y la valoración que el propio Gobierno hace acerca de la igualdad de género: gobierno paritario, creación de un Libro Blanco de la Igualdad, anuncio de una Ley de Igualdad y Ley de promoción de la vida familiar y laboral.

Y en cuanto al contenido de las medidas, en materia de empleo destacan:

- Introducción de cláusulas en los pliegos de contratación pública de criterios que favorezcan la contratación a mujeres.
- La composición paritaria de los órganos de selección de personal.
- La reserva de un cinco por ciento de los puestos en la Administración donde sea patente la subrepresentación de las mujeres.
- Incentivos, créditos premios anuales y otras medidas para introducir en las empresas a las mujeres.

Respecto de las condiciones de trabajo:

Negociación con las centrales sindicales sobre los horarios de trabajo para permitir una movilidad en la Administración que permita a hombres y mujeres compatibilizar empleo y familia.

En materia de investigación se fomenta el papel de las mujeres en la ciencia a través de la valoración en los proyectos de la permanencia de las mujeres, y de una unidad de investigación llamada "Mujer y Ciencia".

LEGISLACIÓN

Finalmente es de destacar el impulso que intenta darse a la lucha contra la violencia de género. Excedencias especiales, acuerdos, páginas webs de información, estadísticas, y medidas en el plano judicial, que desarrollen aspectos importantes que ya venían reconocidos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de erradicación de la violencia de género.

En conjunto, estamos ante un bloque importante de medidas, algunas de ellas con una gran virtualidad de transformación de la realidad social, como son las referentes a estadísticas y ciencia, que en un futuro próxi-

mo nos pueden dar indicadores importantes de una realidad social en un cierto modo desconocida en cifras, aunque se sepa que los porcentajes referentes a las mujeres son siempre bajos en indicadores de empleo y renta. Otras probablemente tarden algún tiempo en desarrollarse, pero de alguna manera aparecen los cimientos de lo que puede ser el principio del entendimiento de un problema, el de la desigualdad intolerable en este siglo XXI. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga)

LEY 1/2004, DE 17 DE DICIEMBRE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, DE CREACIÓN DEL CONSEJO AUDIOVISUAL DE ANDALUCÍA. APLICA LA PARIDAD EN LA COMPOSICIÓN Y LA NO DISCRIMINACIÓN ENTRE SUS FINES Y OBJETIVOS²⁸.

[...]

Artículo 3. Principios de actuación.

1. La actuación del Consejo Audiovisual de Andalucía y la de cada uno de sus miembros deberá inspirarse en el respeto a los principios de libertad de expresión, derecho al honor e intimidad, información veraz, difusión y comunicación, de igualdad y no discriminación, y en la compatibilidad de dichos principios con los de pluralismo, objetividad, y libre concurrencia en el sector audiovisual.
2. En el ejercicio de sus funciones, impulsará los valores de tolerancia, igualdad, solidaridad y respeto a la dignidad humana, velando por que la actividad de los operadores del sector contribuya a reforzar la identidad del pueblo andaluz, su diversidad cultural y su cohesión social, económica y territorial.

Artículo 4. Funciones del Consejo Audiovisual de Andalucía.

Son funciones del Consejo Audiovisual de Andalucía: [...]

7. Promover la igualdad de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de la promoción de actividades, modelos sociales y comportamientos no sexistas en el conjunto de las programaciones que se ofrecen en Andalucía, así como en la publicidad que se emita.

[...]

Artículo 5. Composición.

1. El Consejo Audiovisual de Andalucía estará integrado por once miembros, elegidos por el Parlamento de Andalucía por mayoría de tres quintos de sus miembros, y nombrados por el Consejo de Gobierno.
2. El Presidente será propuesto por el Consejo Audiovisual de Andalucía, de entre los miembros del mismo, y nombrado por el Consejo de Gobierno.
3. Los miembros del Consejo Audiovisual de Andalucía serán elegidos entre personas de reconocido prestigio profesional en el ámbito de la comunicación audiovisual, científico, educativo, cultural o social.
4. El Consejo Audiovisual de Andalucía estará asistido por un Secretario General, que actuará con voz y sin voto.

El Secretario General será propuesto por el Presidente del Consejo Audiovisual de Andalucía y su nombramiento se realizará por el Consejo de Gobierno.

5. La composición del Consejo Audiovisual de Andalucía respetará el principio de paridad de género, pudiendo ser sólo seis de sus miembros personas del mismo sexo. Asimismo, dicho principio de composición paritaria deberá ser siempre observado en todos los supuestos de nombramiento de miembros del Consejo Audiovisual de Andalucía.

[...]

²⁸ Publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 254, de 30 de diciembre de 2004.

LEGISLACIÓN

LEY 4/2005, DE 8 DE ABRIL, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA²⁹.

[...]

TITULO II

COMPOSICION

Artículo 5. El Consejo Consultivo está constituido por el Presidente, los Consejeros permanentes, los Consejeros electivos y los Consejeros natos. Estará asistido por el Secretario General, que actuará con voz y sin voto. Su composición y posterior renovación responde-

rán a criterios de participación paritaria de hombres y mujeres. A tal efecto, ambos sexos deberán estar representados en, al menos, un cuarenta por cien de los miembros en cada caso designados. De esta regla se excluirán aquellos que fueren designados en función del cargo específico que desempeñen o hubieren desempeñado.

[...]

LEY 5/2005, DE 8 DE ABRIL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 1/1986, DE 2 DE ENERO, ELECTORAL DE ANDALUCÍA³⁰.

[...]

Artículo segundo. Modificación del artículo 23 de la Ley Electoral de Andalucía.

El apartado 1 del artículo 23 de la Ley Electoral de Andalucía queda redactado del siguiente modo:

“1. La presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la con-

vocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares.”

[...]

LEY 6/2005, DE 8 DE ABRIL, REGULADORA DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA³¹.

[...]

Artículo 4. Principios.

1. La actividad publicitaria deberá desarrollarse con respeto a los principios de igualdad, objetividad, veracidad e imparcialidad; defensa de la dignidad de la

persona, con especial atención a su desarrollo cultural y social, a la protección de la infancia y de la juventud, a la imagen de la mujer y de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o religión.

[...]

²⁹ Publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 74, de 18 de abril de 2005.

³⁰ Publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 74, de 18 de abril de 2005.

³¹ Publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 74, de 18 de abril de 2005.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEGUNDA) DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004³². SERGE BRIHECHE CONTRA MINISTRE DE L'INTÉRIEUR, MINISTRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE Y MINISTRE DE LA JUSTICE. PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL: TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS - FRANCIA. POLÍTICA SOCIAL - IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES - ARTÍCULO 141 CE, APARTADO 4 - DIRECTIVA 76/207/CEE - REQUISITOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO - NORMAS QUE RESERVAN A LAS VIUDAS QUE NO SE HAYAN VUELTO A CASAR LA EXENCIÓN DEL LÍMITE DE EDAD PARA INGRESAR EN EL EMPLEO PÚBLICO. ASUNTO C-319/03.

En el asunto C-319/03, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal administratif de Paris (Francia), mediante resolución de 3 de julio de 2003, recibida el 24 de julio de 2003, en el procedimiento entre Serge Briheche y Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda), integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. C. Gulmann y R. Schintgen y las Sras. F. Macken (Ponente) y N. Colneric, Jueces; Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro; Secretario: Sr. R. Grass; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas- por el Sr. Briheche, en su propio nombre; - en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. C. Bergeot-Nunes, en calidad de agentes; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por las Sras. M.-J. Jonczy y N. Yerrell, en calidad de agentes; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de junio de 2004; dicta la siguiente Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, «Directiva»).

2. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Briheche y el Ministro del Interior, el Ministro de Educación Nacional y el Ministro de Justicia, relativo a la desestimación por estos últimos de la candidatura del Sr. Briheche a varias oposiciones convocadas para la selección de auxiliares o de secretarios administrativos, por el motivo de que superaba la edad máxima establecida por la normativa francesa para participar en dichas oposiciones.

Marco jurídico Normativa comunitaria

3. El artículo 141 CE, apartado 4, establece: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus

carreras profesionales.»

4. A tenor del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva:

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

[...]

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

5. A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva: «La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.»

Normativa nacional

6. Según el artículo 5, párrafo primero, del Decreto n° 90713, de 1 de agosto de 1990, que establece disposiciones comunes aplicables a los cuerpos de auxiliares administrativos de las Administraciones del Estado (JORF de 11 de agosto de 1990, p. 9795), el límite de edad aplicable en la selección mediante oposición externa de los funcionarios pertenecientes a dichos cuerpos será de 45 años.

7. El artículo 1 del Decreto n° 75765, de 14 de agosto de 1975, relativo a los límites de edad aplicables en la selección mediante oposición de los funcionarios clasificados en las categorías B, C y D (JORF de 19 de agosto de 1975, p. 8444), prevé asimismo que la edad límite para ser admitido a la oposición será de 45 años, salvo que se establezca otra mayor mediante normas específicas.

8. A tenor del artículo 8, párrafo primero, de la Ley n° 753, de 3 de enero de 1975, de simplificación y mejora del régimen de pensiones o asignaciones de los cónyuges supervivientes, de las madres de familia y de las personas de edad avanzada (JORF de 4 de enero de 1975, p. 198), «el límite de edad para el acceso al empleo en el sector público no será aplicable a las mujeres que se vean en la necesidad de trabajar tras la muerte de su marido».

9. Dicha excepción fue modificada por la Ley n° 79569, de 7 de julio de

³² Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C284, de 20 de noviembre de 2004. Se publica parcialmente.

1979, por la que se suprimen los límites de edad para el acceso al empleo en el sector público para determinados grupos de mujeres (JORF de 8 de julio de 1979), según la cual el límite de edad no será aplicable a las madres de tres o más hijos, a las viudas y a las divorciadas que no se hayan vuelto a casar, a las separadas legalmente ni a las solteras con al menos un hijo a cargo, que se vean en la necesidad de trabajar.

10. El artículo 34 de la Ley n.º 2001397, de 9 de mayo de 2001, relativa a la igualdad profesional entre mujeres y hombres (JORF de 10 de mayo de 2001, p. 7320), añade al listado citado en el apartado anterior a los hombres solteros con al menos un hijo a cargo que se vean en la necesidad de trabajar. El litigio principal y la cuestión prejudicial

11. El Sr. Briheche, de 48 años de edad, es viudo, no se ha vuelto a casar y tiene un hijo a cargo; presentó su candidatura a varias oposiciones convocadas por la Administración Pública francesa y, entre otras, a una oposición convocada en 2002 por el Ministerio del Interior para la selección de auxiliares administrativos de la Administración central.

12. Su candidatura a esta oposición fue desestimada mediante decisión de 28 de enero de 2002, por el motivo de que superaba la edad máxima establecida en el artículo 5, párrafo primero, del Decreto n.º 90713 para participar en la misma.

13. Presentó un recurso de reposición contra la decisión desestimatoria de su candidatura, alegando que, tras la entrada en vigor de la Ley n.º 2001397, ya no cabía aplicarle el límite de edad de 45 años.

14. Dicho recurso fue desestimado mediante resolución del Ministro del Interior de 8 de marzo de 2002, en la cual éste, por un lado, reiteró el tenor de su decisión de 28 de enero de 2002 y, por otro, precisó que, aparte de determinados grupos de mujeres, sólo los hombres solteros con al menos un hijo a cargo que se vean en la necesidad de trabajar pueden beneficiarse de la supresión del límite de edad para ingresar en el empleo público.

15. El Sr. Briheche interpuso el 28 de marzo de 2002 un recurso ante el tribunal administrativo de París, mediante el cual solicitó, en particular, la anulación de las resoluciones de 28 de enero y de 8 de marzo de 2002 por las que se desestimaba su candidatura a la referida oposición. Alegó que el artículo 8, párrafo primero, de la Ley n.º 753, modificado por la Ley n.º 2001397, en la medida en que reserva a las «viudas que no se hayan vuelto a casar» la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, no se aviene con los objetivos de la Directiva. Ésta, en efecto, si bien no se opone a las medidas que corrigen las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres de obtener un empleo, impone a los Estados miembros la obligación de revisar las disposiciones cuando el objetivo de protección que las inspiró originariamente no tenga ya razón de ser.

16. Ante esta situación, el tribunal administrativo de París decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, a que Francia mantenga en vigor las disposiciones del artículo 8 de la Ley n.º 75-3, de 3 de enero de 1975, modificadas por la Ley n.º 79-569, de 7 de julio de 1979, y posteriormente por la Ley n.º 2001-397, de 9 de mayo de 2001, relativas a las viudas que no han contraído un nuevo matrimonio?»

Sobre la cuestión prejudicial

17. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, básicamente, si los artículos 3, apartado 1, y 2, apartado 4, de la Directiva han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

18. Conforme a reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva tiene alcance general y ésta se aplica a las relaciones de empleo del sector público (véanse, en particular, las sentencias de 11 de enero de 2000, Kreil, C285/98, Rec. p. I69, apartado 18, y de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, Rec. p. I2891, apartado 25).

19. Dicho principio supone, a tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional».

20. Una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé, en materia de admisión a oposiciones externas convocadas para la selección de funcionarios, la exención del límite de edad para las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, entraña una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva, en perjuicio de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

21. En estas circunstancias, procede analizar si cabe, no obstante, admitir tal normativa con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, a tenor del cual ésta «no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

22. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, dicha disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (sentencia de 11 de noviembre de 1997, Marschall, C-409/95, Rec. p. I6363, apartado 26).

23. Una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de marzo 2000, Badeck y otros, C-158/97, Rec. p. I1875, apartado 23).

24. Estos requisitos se basan en el hecho de que, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que

exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo (sentencia Lommers, antes citada, apartado 39).

25. El artículo 2, apartado 4, de la Directiva autoriza, por tanto, medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. El objetivo de dicha disposición es lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 141 CE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C450/93, Rec. p. I3051, apartado 19, y de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson, C407/98, Rec. p. I5539, apartado 48).

26. En sus observaciones, el Gobierno francés sostiene que la normativa nacional controvertida en el litigio principal fue adoptada con el fin de limitar las desigualdades de hecho existentes entre hombres y mujeres, especialmente debido a que las mujeres asumen la parte sustancial de las labores domésticas, en particular, en las familias con hijos, así como con el fin de facilitar la inserción laboral de las mujeres.

27. Dicha normativa reconoce, como ha señalado acertadamente la Comisión, una prioridad absoluta e incondicional a las candidaturas de determinados grupos de mujeres, entre las que figuran las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, reservándoles la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

28. De ello se deduce que dicha normativa, en virtud de la cual el límite de edad para ingresar en el empleo público no se aplica a determinados grupos de mujeres, mientras que sí es aplicable a los hombres que se encuentren en la misma situación, no resulta admisible con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

29. En estas circunstancias, es necesario determinar si una normativa como la controvertida en el litigio principal resulta admisible con arreglo al artículo 141 CE, apartado 4.

30. Esta última disposición autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas, en particular, a evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.

31. Al margen de la cuestión de si es posible admitir con arreglo al artículo 141 CE, apartado 4, acciones positivas que no resultan admisibles con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, basta con hacer constar que el artículo 141 CE, apartado 4, no permite a los Estados miembros adoptar condiciones de acceso al empleo público como las controvertidas en el litigio principal, que resultan, en todo caso, desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido (véase, en este sentido, la sentencia Abrahamsson y Anderson, antes citada, apartado 55).

32. De todo lo anterior se desprende que procede responder a la cuestión planteada que los artículos 3, apartado 1, y 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

Costas

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

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

Los artículos 3, apartado 1 y 2, apartado 4 de la Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004.

La cuestión prejudicial objeto de esta resolución del Tribunal de Justicia (en adelante, TJCE) surgió a raíz de un proceso judicial entablado en Francia entre un particular y el Gobierno francés. Concretamente los Ministros del Interior, de Educación Nacional y de Justicia desestimaron la candidatura de un viudo en la oposición para la selección de auxiliares administrativos de la Administración central, alegando que superaba la edad máxima para participar en ella. En el punto de partida de esa resolución se encontraba la normativa francesa, de acuerdo con la que no pueden acceder a un empleo del sector público las personas mayores de 45 años, excepto si se trata de determinados grupos de mujeres (entre ellas y a los efectos que nos interesan, las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar) y los hombres solteros con, al menos, un hijo a cargo que se vean en necesidad de trabajar. Precisamente, en el actor no concurrían esas condiciones, ya que se trataba de un viudo de 48 años, que tiene un hijo a su cargo y no se ha vuelto a casar.

Tras recurrir, se reenvía el asunto al TJCE, preguntando si las disposiciones relativas a que sólo las viudas gocen de la exención de límite de edad se oponen a la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hom-

bres 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 (en adelante, Directiva).

La respuesta del TJCE se basa en dos preceptos de la citada Directiva, el artículo 2, apartado 4, y el artículo 3, apartado 1. Partiendo de este último precepto y teniendo en cuenta que la norma comunitaria pretende la igualdad de trato en el sector público, se llega a la conclusión de que la normativa francesa, por la que la exención del límite de edad sólo rige para las viudas y no para los viudos, supone una discriminación por razón de sexo.

Sobre la otra regla comunitaria, el Tribunal entiende que su objetivo es lograr la igualdad sustancial y no sólo la formal, sobre todo la igualdad de las mujeres con los hombres en el acceso al empleo, evitando y compensando las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas (art. 141.4 TCE). De acuerdo con esa posición, con esta Directiva se hacen posible acciones positivas para que las mujeres mejoren su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollen una profesión en igualdad con los hombres: no se trataría, en todo caso, de dar preferencia automática e incondicional a las candi-

datas, sino adoptar medidas proporcionadas y que reduzcan las desigualdades de hecho que surjan en el mundo laboral. Con esta base argumental, el análisis de la normativa francesa que hace el TJCE conduce a apreciar que el hecho de no afectar a las viudas el límite de edad para acceder al empleo público y sí a los viudos, encontrándose éstos en la misma situación que aquéllas (es decir, que no se hayan casado y tengan necesidad de trabajar), es una medida desproporcionada, que no sirve para alcanzar el objetivo recogido en el artículo 2 de la Directiva, esto es, la igualdad sustancial y no formal. Para la sentencia, el varón viudo mayor de 45 años y que necesita el trabajo es discriminado a la hora de acceder a un empleo del sector público.

Los dos argumentos llevan al TJCE a considerar la oposición de la normativa francesa a la comunitaria. En definitiva, se reafirma que las medidas de acción positiva han de respetar el criterio de proporcionalidad, especialmente en la ponderación de las circunstancias de necesidad que habilitan la aplicación de criterios correctores de las situaciones de hecho. (CRISTINA CÓRDOBA GUERRERO. Becaria de investigación del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 12 DE OCTUBRE DE 2004³³.

NICOLE WIPPEL CONTRA PEEK & CLOPPENBURG GMBH & Co. KG. PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL: OBERSTER GERICHTSHOF - AUSTRIA. DIRECTIVA 97/81/CE - DIRECTIVA 76/207/CEE - POLÍTICA SOCIAL - IGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y TRABAJADORES A TIEMPO COMPLETO - IGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS - DURACIÓN DE LA JORNADA Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. ASUNTO C-313/02

En el asunto C-313/02, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 8 de agosto de 2002, registrada en el Tribunal de Justicia el 5 de septiembre de 2002, en el procedimiento entre: Nicole Wippel y Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans y A. Rosas, la Sra. R. Silva de Lapuerta y el Sr. K. Lenaerts, Presidentes de Sala, y los Sres. J.-P. Puissochet y R. Schintgen, la Sra. F. Macken (Ponente) y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues y K. Schiemann, Jueces; Abogado General: Sra. J. Kokott; Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora principal; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 23 de marzo de 2004; consideradas las observaciones presentadas: - en nombre de la Sra. Wippel, por el Sr. A. Obereder, Rechtsanwalt; - en nombre de Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG, por el Sr. T. Zottl, Rechtsanwalt, y por el Sr. T. Eilmansberger, Wissenschaftlicher Berater; - en nombre del Gobierno austriaco, por los Sres. E. Riedl y G.

Hesse, en calidad de agentes; - en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. J. Collins, en calidad de agente, asistido por la Sra K. Smith, Barrister; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por las Sras. N. Yerell y S. Fries, y por el Sr. F. Hoffmeister, en calidad de agentes; oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de mayo de 2004; dicta la siguiente Sentencia:

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 141 CE, del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52), del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40;

³³ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C300, de 4 de diciembre de 2004.

EE 05/02, p. 70), y de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9).

2. Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Wippel, trabajadora a tiempo parcial con un contrato marco de trabajo en función de las necesidades, y su empresario, Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG (en lo sucesivo, «P & C»), relativo a la falta de determinación en su contrato de trabajo de la duración de la jornada y de la distribución del tiempo de trabajo.

Marco jurídico

Normativa comunitaria Directiva 76/207

3. Del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 76/207 se desprende que ésta tiene por objeto la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo, a la seguridad social.

4. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207:

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

5. El artículo 5 de la misma Directiva dispone:

«1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

- a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;
- b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;
- c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; que, para las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las revisiones que sean convenientes.»

Directiva 93/104

6. Conforme a su artículo 1, la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p.18), establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo y se aplica a todos los sectores de actividad, privados o públicos, con exclusión del transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, de la navegación interior, de la pesca marítima, de otras actividades marítimas y de las actividades de los médicos en período de formación.

7. La sección II de la misma Directiva señala las medidas que los

Estados miembros están obligados a adoptar para que todos los trabajadores disfruten, entre otras cosas, de un período mínimo de descanso diario, así como de descanso semanal y regula igualmente la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

8. A tenor del artículo 3 de dicha Directiva, que lleva por rúbrica «Descanso diario»:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas.»

9. Por lo que respecta a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, el artículo 6 de la misma Directiva dispone:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección, de seguridad y de la salud de los trabajadores:

[...]

2) la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.»

Directiva 97/81

10. A tenor del artículo 1 de la Directiva 97/81, ésta tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), tal y como figura en su anexo.

11. La cláusula 2 de dicho Acuerdo marco estipula:

«1. El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales, podrán, por razones objetivas, excluir total o parcialmente de las disposiciones del presente Acuerdo a los trabajadores a tiempo parcial que trabajen de manera ocasional. Deberían reexaminarse periódicamente estas exclusiones a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan.»

12. La cláusula 3 del mismo Acuerdo marco, que lleva por rúbrica «Definiciones», dispone:

«1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por trabajador a tiempo parcial a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias.

En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la

JURISPRUDENCIA • TJUE •

legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.»

13. Según la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco:

«Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

Normativa nacional

14. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Gleichbehandlungsgesetz (Ley sobre la igualdad de trato; en lo sucesivo, «GIBG»), nadie puede ser discriminado directa o indirectamente por razón de sexo, en particular, en relación con la celebración del contrato de trabajo (número 1 de este apartado), con la fijación de la retribución (número 2) y con las demás condiciones laborales (número 6). De producirse una discriminación respecto a la fijación de la retribución, el trabajador tiene derecho a exigir al empresario el pago de la diferencia, como resulta del artículo 2a, apartado 2, de la GIBG.

15. Por lo que respecta a la duración de la jornada y a la distribución del tiempo de trabajo, el artículo 3 de la Arbeitszeitgesetz (Ley relativa al tiempo de trabajo; en lo sucesivo, «AZG») establece la jornada normal, en principio, en cuarenta horas semanales y ocho horas diarias.

16. En lo que se refiere a los trabajadores a tiempo completo, en particular, el artículo 19c de la AZG dispone lo siguiente:

«1) Las partes pactarán la distribución de la jornada normal de trabajo y su modificación, siempre que no haya sido fijada mediante negociación colectiva.

2) Como excepción al apartado 1, el empresario podrá alterar la distribución de la jornada normal de trabajo ordinaria:

1. cuando esté justificado de modo objetivo por motivos inherentes a la naturaleza de la prestación laboral,
2. cuando se comunique al trabajador al menos con dos semanas de antelación, la distribución de la jornada normal de trabajo para la semana respectiva,
3. cuando el trabajador no tenga un interés digno de consideración contrario a dicha distribución, y
4. cuando no exista ningún pacto en contra.

3) El apartado 2, número 2, podrá dejarse de aplicar en los supuestos imprevisibles en que sea absolutamente necesario evitar un perjuicio económico desproporcionado y no puedan aplicarse otras medidas de modo razonable. Mediante negociación colectiva se podrán establecer normas que no se ajusten al apartado 2, número 2, por exigencias específicas de la actividad.»

17. En cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, el artículo 19d de la AZG establece que:

«1) Se entenderá que existe trabajo a tiempo parcial cuando el número pactado de horas de trabajo semanal sea en promedio inferior al normal legalmente establecido o a uno más reducido determinado mediante normas resultantes de la negociación colectiva.

2) La cantidad y distribución del tiempo de trabajo y su modificación serán pactados, siempre que no hayan sido determinados mediante normas resultantes de la negociación colectiva. Se aplicarán los apartados 2 y 3 del artículo 19c.

3) Los trabajadores a tiempo parcial sólo estarán obligados a la pres-

tación laboral más allá de la duración del trabajo acordada (aumento de la jornada de trabajo) cuando:

1. así lo establezcan las disposiciones legales, las normas resultantes de la negociación colectiva o el contrato laboral,
2. exista una carga mayor de trabajo o el aumento de la jornada de trabajo sea necesario para la realización de trabajos preparatorios o finales (artículo 8), y
3. no haya intereses merecedores de consideración del trabajador que se opongan al aumento de la jornada de trabajo.

[...]
6) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán recibir por ello un trato menos favorable que los trabajadores a tiempo completo, a menos que existan razones objetivas que justifiquen una diferencia de trato. [...] En caso de litigio, el empresario deberá probar que no existe una discriminación por razón del trabajo a tiempo parcial [...].

18. De la resolución de remisión se desprende que el convenio colectivo de los empleados de comercio a tiempo completo en Austria fija la jornada normal de trabajo en 38,5 horas semanales.

Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

19. El 28 de septiembre de 1998 la Sra. Wippel y P & C suscribieron un contrato de trabajo, en forma de «contrato marco en función de las necesidades», que establecía que la duración de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo se determinarían en cada caso de común acuerdo entre los interesados. P & C tenía que pedir la incorporación laboral de la Sra. Wippel en función de la carga de trabajo y ésta podía aceptar o rechazar cada oferta de incorporación sin necesidad de justificarse. El anexo al contrato de trabajo estipulaba que no se garantizaba a la Sra. Wippel unos ingresos fijos, dado que ambas partes renunciaban expresamente a determinar una cantidad de trabajo concreta. De los autos se desprende que, en este contexto, P & C dejó entrever a la Sra. Wippel la posibilidad de trabajar unos tres días a la semana, así como dos sábados al mes. Su retribución ascendía a 6,54 EUR por hora, más las eventuales comisiones sobre ventas.

20. Según la resolución de remisión, durante los meses en que la Sra. Wippel estuvo empleada, esto es, entre octubre de 1998 y junio de 2000, el tiempo de trabajo fue irregular y, en consecuencia, también lo fue su retribución. Durante este período, el mayor número de horas trabajadas durante un mes lo alcanzó en el mes de octubre de 1999, en el que trabajó 123,32 horas. De los autos se desprende que la demandante indicó repetidas veces que no podía o no quería trabajar en determinados días.

21. En junio de 2000, la Sra. Wippel demandó a P & C ante el Arbeits und Sozialgericht Wien (Tribunal de trabajo y seguridad social de Viena) (Austria), por un importe de 11.929,23 EUR más gastos y otras cantidades accesorias. Alegó que P & C tenía que abonarle la diferencia entre el importe correspondiente al máximo volumen de trabajo que se le hubiese podido exigir y el resultante del número mensual de horas de trabajo efectivo que cumplió. Afirmó que su mayor número posible de horas de trabajo al mes tenía que haber sido la base de su retribución en cada uno de los meses en que trabajó para P & C.

22. La demandante argumentó que no podía hablarse de la existencia de consentimiento por parte del trabajador, dado que éste se limitaba a aceptar o rechazar una propuesta concreta de incorporación al trabajo, y que el contrato de trabajo suscrito con P & C era contrario a las

buenas costumbres. Además, si una persona contratada bajo este régimen no es convocada a incorporarse al trabajo durante un determinado período de tiempo, el empresario, P & C, no tendrá que pagar prácticamente nada en concepto de vacaciones pagadas, ni en el caso de enfermedad o despido. La Sra. Wippel también añadió que el hecho de que su contrato no fijase la duración de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo constituía una discriminación por razón de sexo.

23. El *Arbeits und Sozialgericht Wien* desestimó la demanda basándose en el artículo 19d, apartado 2, de la AZG, con arreglo al cual, en un contrato a tiempo parcial, la cantidad y distribución del tiempo de trabajo y su modificación deben ser pactados entre el empresario y el trabajador, y por estimar, en cualquier caso, que en el presente asunto las partes litigantes habían determinado de común acuerdo cada una de las incorporaciones al trabajo.

24. El *Oberlandesgericht Wien* (Tribunal de apelación de Viena) (Austria) anuló la resolución de primera instancia, devolvió el asunto al órgano jurisdiccional de primera instancia para que examinase la evolución real de la relación laboral en cuestión y abrió la vía de casación ante el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo), que, a continuación, pasó a conocer del procedimiento principal.

25. El órgano jurisdiccional remitente estima, por una parte, que, con arreglo al Derecho austriaco, una estipulación como la del asunto principal, de la que resulta que el trabajador a tiempo parcial renuncia, en su relación laboral con el empresario, al derecho que le reconoce el artículo 19d, apartado 2, de la AZG a que se determine contractualmente la cantidad de horas y días de trabajo, es ineficaz y debe por tanto declararse nula.

26. Por otra parte, dicho órgano jurisdiccional considera que, en relación con los trabajadores a tiempo completo, la AZG no sólo prevé, en su artículo 19c, que el horario de realización de la jornada laboral normal debe ser pactado entre el empresario y el trabajador, siempre que no haya sido fijado mediante normas resultantes de la negociación colectiva, sino que también establece, en su artículo 3, que la jornada normal de trabajo será, en principio, de cuarenta horas semanales y ocho horas diarias. Por el contrario, en cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, aunque la AZG, en su artículo 19d, apartado 2, también dispone que la cantidad y distribución del tiempo de trabajo serán pactados, siempre que no hayan sido determinados mediante normas resultantes de la negociación colectiva, no contiene ninguna norma que establezca la duración de la jornada y la distribución del trabajo a tiempo parcial. Adicionalmente, el órgano jurisdiccional remitente señala que, con arreglo a los datos estadísticos disponibles, más de un 90 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

27. A este respecto, al apreciar que en el procedimiento principal se plantea una cuestión de discriminación indirecta, consistente en que la falta de determinación de la duración de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo en los contratos de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades perjudica a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres, el órgano jurisdiccional remitente estima que necesita respuesta a determinadas preguntas para interpretar con arreglo al Derecho comunitario la cláusula del contrato de trabajo en cuestión, así como para establecer la indemnización que pueda corresponder a la Sra. Wippel.

28. En tales circunstancias, el *Oberster Gerichtshof* decidió suspender

el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) El artículo 141 CE, el artículo 1 de la Directiva 75/117 [...], la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES [...] y el punto 9 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, ¿deben interpretarse (concepto de trabajador) en el sentido de que también gozan de una protección permanente aquellas personas, como en el presente caso la demandante, que, en un contrato marco de trabajo detallado, celebran estipulaciones sobre la retribución, las condiciones de despido, etc., pero que también establecen que el número de horas y días de trabajo y su distribución se determinan en función de la carga de trabajo y deben fijarse en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes?

b) ¿Está comprendida dentro del concepto de trabajador, en el sentido de la letra a) de la primera cuestión, una persona a la que se le ofrece sin carácter vinculante la perspectiva de un empleo que se desarrollará durante aproximadamente tres días a la semana y dos sábados al mes?

c) ¿Está comprendida dentro del concepto de trabajador, en el sentido de la letra a), de la primera cuestión una persona que efectivamente desempeña un empleo durante aproximadamente tres días a la semana y dos sábados al mes?

d) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, [...] ¿tiene carácter jurídicamente vinculante al menos en la medida en que deba utilizarse para la interpretación de otras normas comunitarias?

2) El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como el artículo 5 de la Directiva 76/207 [...] y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, ¿deben interpretarse en el sentido de que constituye una diferencia de trato sin justificación objetiva que para los trabajadores a tiempo completo (aproximadamente un 60 % de hombres y un 40 % de mujeres) existan normas determinadas por ley o por convenios colectivos relativas no sólo a la duración de la jornada de trabajo, sino en parte también a su distribución, cuyo cumplimiento es un derecho de los trabajadores a tiempo completo aun cuando no exista una estipulación contractual específica al efecto, mientras que, para los trabajadores a tiempo parcial, que en su inmensa mayoría son mujeres (aproximadamente un 90 % de mujeres y un 10 % de hombres), dichas normas no existen ni siquiera en el caso de que las partes contratantes no establezcan ninguna estipulación contractual -legalmente exigida- a ese respecto?

3) El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como el artículo 5 de la Directiva 76/207 y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, ¿deben interpretarse en el sentido de que constituye una diferencia de trato sin justificación objetiva que un empresario excluya expresamente, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, respecto a los cuales cabe suponer que se trata predominantemente de mujeres (aproximadamente un 90 % de mujeres y un 10 % de hombres), una estipulación sobre la distribución de la jornada de trabajo y su duración, mientras que, en el caso de los trabajadores a tiempo completo, respecto a los cuales cabe suponer que las mujeres no predominan en la misma proporción, tanto la duración como, en parte, también la ordenación de la jornada de trabajo vienen

ya determinadas por Ley o por convenio colectivo?

4) El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como el artículo 5 de la Directiva 76/207 y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, pero también su cláusula 1, letra b) (facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial), ¿deben interpretarse en el sentido de que, en este caso, para compensar una diferencia de trato sin justificación objetiva, es necesario y lícito:

a) tomar como referencia, por lo que respecta a la duración del trabajo, una determinada duración y, en caso afirmativo,

- la jornada normal de trabajo, o

- la mayor jornada semanal de trabajo efectivo, siempre que el empresario no demuestre que se debió a la existencia de una necesidad de trabajo especialmente intensa en aquel momento, o

- la necesidad de que se determine en el momento de la celebración del contrato laboral, o

- la jornada de trabajo semanal media, así como

b) reconocer al trabajador, por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, como compensación por la carga adicional que esa flexibilidad supone para el trabajador y la ventaja que obtiene el empresario,

- un complemento adecuado del salario por hora determinado en cada caso concreto, o

- un complemento mínimo, como el que corresponde a los trabajadores a tiempo completo que trabajen un mayor número de horas que las correspondientes a la jornada laboral normal (ocho horas diarias o cuarenta horas semanales), o

- con independencia del número de horas de trabajo efectivo, una compensación por el tiempo no retribuido como tiempo de trabajo durante el cual, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, sería posible una reserva de tiempo de trabajo (tiempo de trabajo potencial), en los casos en que el período de preaviso sea

- de catorce días, o

- inferior a un plazo razonable?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

29. Al objeto de dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente, es preciso comprobar con carácter previo si un contrato de trabajo, como el del asunto principal, en el que se estipula que la duración de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo se determinan en función de la carga de trabajo y deben fijarse en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes, está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere, en particular, a las condiciones de trabajo, o si, en cambio, le resultan aplicables el artículo 141 CE y la Directiva 75/117, relativos al principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

30. Un contrato de trabajo como el del asunto principal no establece la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo, que se determinan en función de la carga de trabajo y se fijan en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes. De esta forma, el citado contrato afecta al ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores acogidos al mismo redistribuyendo su jornada según la carga de trabajo.

31. Por consiguiente, debe considerarse que dicho contrato establece

normas relativas a las condiciones de trabajo, en el sentido, en especial, del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

32. Además, tales normas relativas a las condiciones de trabajo están también comprendidas en el ámbito de aplicación del concepto de condiciones de empleo, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81.

33. El hecho de que este tipo de contrato tenga consecuencias pecuniarias para el trabajador afectado no puede llevar a incluir de forma automática tal contrato en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE o de la Directiva 75/117, puesto que dichas disposiciones se basan en la estrecha relación existente entre la naturaleza de la prestación laboral y la cuantía de la retribución del trabajador (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2003, Steinicke, C77/02, Rec. p. I9027, apartado 51).

34. De las consideraciones anteriores se desprende que, a efectos del procedimiento principal, no es necesario interpretar ni el artículo 141 CE ni la Directiva 75/117.

Sobre la primera cuestión

35. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si un trabajador cuyo contrato de trabajo estipule que la duración de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo se determinan en función de la carga de trabajo y deben fijarse en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes, como el del asunto principal, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, así como en el del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81.

36. Por lo que respecta a la Directiva 76/207, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia en el apartado 31 de la presente sentencia, dicho contrato de trabajo está incluido en su ámbito de aplicación. Por consiguiente, dicha Directiva también resulta de aplicación a un trabajador con este contrato.

37. Con arreglo a la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, éste se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. Según la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, se entenderá por trabajador a tiempo parcial a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

38. A tenor de la cláusula 2, apartado 2, del mismo Acuerdo marco, «los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales, podrán, por razones objetivas, excluir total o parcialmente de las disposiciones del presente Acuerdo a los trabajadores a tiempo parcial que trabajan de manera ocasional».

39. Como ha señalado acertadamente el Gobierno del Reino Unido, incumbe al órgano jurisdiccional remitente realizar las comprobaciones necesarias para apreciar si es éste el caso en el asunto del que conoce.

40. Teniendo en cuenta lo antedicho, procede responder a la primera

JURISPRUDENCIA • TJUE •

cuestión que un trabajador cuyo contrato de trabajo estipule que la duración y la distribución de la jornada laboral se determinan en función de la carga de trabajo y deben fijarse en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes, como el del asunto principal, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

Dicho trabajador estará también comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 siempre que:

- tenga un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en el Estado miembro;
- sea un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, de dicho Acuerdo marco, y,
- si se trata de un trabajador a tiempo parcial que trabaja de manera ocasional, el Estado miembro no haya excluido total o parcialmente a tales trabajadores de las disposiciones del citado Acuerdo marco, de conformidad con su cláusula 2, apartado 2.

Sobre la segunda cuestión

41. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si, en el supuesto de que las normas nacionales no establezcan por sí mismas, para los trabajadores a tiempo parcial, ni la duración de la jornada ni la distribución del tiempo de trabajo, la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 y los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de otra disposición, como el artículo 3 de la AZG, que fija la duración de la jornada normal, en principio, en cuarenta horas semanales y ocho horas diarias.

42. En primer lugar, en cuanto a la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, este precepto prevé que, por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparable por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

43. En segundo lugar, en cuanto a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, es jurisprudencia reiterada que una normativa nacional discrimina indirectamente a los trabajadores femeninos cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo (véanse, en particular, las sentencias de 6 de abril de 2000, Jørgensen, C226/98, Rec. p. I2447, apartado 29; de 26 de septiembre de 2000, Kachelmann, C322/98, Rec. p. I7505, apartado 23, y de 9 de septiembre de 2003, Rinke, C25/02, Rec. p. I8349, apartado 33).

44. Por tanto, para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente, es necesario examinar si la aplicación del artículo 3 de la AZG conduce, por una parte, a que los trabajadores a tiempo parcial sean tratados de una manera menos favorable que los trabajadores a tiempo completo comparables, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, y, por otra, a una diferen-

cia de trato entre estas dos categorías de trabajadores, en el sentido de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

45. A este respecto, la AZG, que adapta el Derecho interno a las disposiciones de la Directiva 93/104, establece en su artículo 3 que la duración normal, es decir, máxima, de la jornada es, en principio, de cuarenta horas semanales y ocho horas diarias. Por otra parte, el artículo 19d de la AZG define el trabajo a tiempo parcial como la situación en la que la jornada de trabajo semanal pactada es inferior a dicha jornada de trabajo máxima.

46. Procede señalar en primer término que tanto del artículo 118 A del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido reemplazados por los artículos 136 CE a 143 CE), que constituye la base jurídica de la Directiva 93/104, como de los considerandos primero, cuarto, séptimo y octavo de ésta, así como del propio tenor literal de su artículo 1, apartado 1, se desprende que la Directiva tiene por objeto establecer las disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las disposiciones nacionales relativas, en particular, a la duración del tiempo de trabajo (véanse las sentencias de 26 de junio de 2001, BECTU, C173/99, Rec. p. I4881, apartado 37, y de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C151/02, Rec. p. I8389, apartado 45).

47. Además, con arreglo a las mismas disposiciones, dicha armonización a nivel comunitario en materia de ordenación del tiempo de trabajo tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciendo que éstos disfruten de períodos mínimos de descanso -diario y semanal-, así como de períodos de pausa adecuados y estableciendo un límite máximo para la duración de la semana de trabajo (véanse las sentencias de 3 de octubre de 2000, Simap, C303/98, Rec. p. I7963, apartado 49; BECTU, antes citada, apartado 38, y Jaeger, antes citada, apartado 46). Esta protección constituye un derecho social otorgado a cada trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y su salud (véase, en este sentido, la sentencia BECTU, antes citada, apartado 47).

48. Por último, es posible que, en ocasiones, la duración máxima de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo coincidan con las horas semanales efectivamente trabajadas por un trabajador a tiempo completo y con la distribución de su tiempo de trabajo, respectivamente. No obstante, la Directiva 93/104 se aplica sin distinción a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial y, de esta forma, establece, en particular, la duración máxima de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo para ambas categorías de trabajadores.

49. De ello resulta que, como ha señalado acertadamente el Gobierno austriaco, dado que el artículo 3 de la AZG impone una distribución del tiempo de trabajo y una duración máxima de la jornada que es, por definición, superior a la de un trabajador a tiempo parcial, también establece la duración máxima de la jornada y la distribución del tiempo de trabajo tanto para los trabajadores a tiempo completo como para los que trabajan a tiempo parcial.

50. En consecuencia, el artículo 3 de la AZG no conduce a que los trabajadores a tiempo parcial sean tratados de una manera menos favorable que los trabajadores a tiempo completo comparables, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, ni a una diferencia de trato entre estas dos categorías de trabajadores, en

el sentido de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

51. Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, procede responder a la segunda cuestión que la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 y los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la existencia de una norma, como el artículo 3 de la AZG, que fija la jornada máxima, en principio, en cuarenta horas semanales y ocho horas diarias y, de esta forma, también establece la jornada máxima y la distribución del tiempo de trabajo tanto para los trabajadores a tiempo completo como para los que trabajan a tiempo parcial. Sobre la tercera cuestión

52. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, por una parte, y los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, por otra, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, como el del asunto principal, en el que la duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo no están establecidas, sino que dependen de la carga de trabajo y deben determinarse caso por caso, y en el que los trabajadores sujetos al mismo son libres de aceptar o rechazar cada trabajo que se les proponga.

53. Es preciso recordar las circunstancias del asunto principal en el que se plantea esta cuestión, con arreglo a las cuales, según se desprende de los autos, el contrato de trabajo de la Sra. Wippel debía contener, según ella, una cláusula que estipulase una jornada semanal fija con un salario establecido, trabajase o no la persona afectada durante la totalidad de esta jornada.

54. En este sentido, por una parte, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia en el apartado 42 de la presente sentencia, la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, por lo que respecta a las condiciones de empleo, se opone a que los trabajadores a tiempo parcial sean tratados de una manera menos favorable que los trabajadores a tiempo completo comparable por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

55. Por otra parte, según la jurisprudencia reiterada que se cita en el apartado 43 de la presente sentencia relativa a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, una normativa nacional discrimina indirectamente a los trabajadores femeninos cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo. Esto mismo es aplicable a un contrato de trabajo como el del procedimiento principal.

56. La prohibición de discriminación formulada en los preceptos antes citados constituye una expresión específica del principio general de igualdad -uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario- que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado (véanse las sentencias de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C381/99, Rec. p. I4961, apartado 28, y de 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros,

C320/00, Rec. p. I7325, apartado 12). Este principio sólo puede aplicarse a las personas que se encuentran en situaciones comparables (sentencia de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo, asuntos acumulados C122/99 P y C125/99 P, Rec. p. I4319, apartado 48).

57. Procede por tanto analizar en primer término si un contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades, como el del asunto principal, conduce a que una trabajadora como la Sra. Wippel sea tratada de manera menos favorable que los trabajadores a tiempo completo que se encuentran en una situación comparable a la suya, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81.

58. A este respecto, la cláusula 3 de dicho Acuerdo marco establece los criterios definitorios de un «trabajador a tiempo completo comparable». Éste se define como «un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias». Con arreglo a la misma cláusula, en caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

59. Por una parte, un trabajador a tiempo parcial en función de las necesidades, como la Sra. Wippel, trabaja conforme a un contrato en el que no se establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo, pero que le permite aceptar o rechazar cada trabajo que le proponga P & C. La retribución se calcula por horas y se paga únicamente por las horas efectivamente trabajadas.

60. Por otra, un trabajador a tiempo completo trabaja conforme a un contrato que establece una jornada semanal de 38,5 horas, la distribución del tiempo de trabajo, así como el salario y que le obliga a trabajar para P & C durante toda la jornada contractualmente establecida sin poder rechazarlo, aunque no pueda o no quiera hacerlo.

61. En estas circunstancias, el objeto y la causa de la relación laboral descrita en el apartado anterior de la presente sentencia son distintos de los de la relación laboral que mantiene una trabajadora como la Sra. Wippel. En consecuencia, ningún trabajador a tiempo completo en el mismo establecimiento tiene el mismo tipo de contrato ni la misma relación laboral que la Sra. Wippel. De los autos se desprende que esto también es aplicable, en el contexto del asunto principal, a todos los trabajadores a tiempo completo cuyo convenio colectivo establece una jornada semanal en 38,5 horas.

62. Por consiguiente, en la situación a la que se refiere el asunto principal no existe ningún trabajador a tiempo completo comparable a la Sra. Wippel en el sentido del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81. De lo que se deduce que un contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades que no establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo, no constituye un trato menos favorable en el sentido de la cláusula 4 del mismo Acuerdo marco.

63. En segundo lugar, en cuanto a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, de los autos se desprende que, según la Sra. Wippel, las situaciones de los trabajadores que han de ser compa-

rados son, por una parte, la de los trabajadores a tiempo parcial en función de las necesidades de P & C cuyos contratos no establecen ni una jornada de trabajo semanal ni la distribución del tiempo de trabajo y, por otra, la del resto de trabajadores de P & C, bien sea a tiempo completo o a tiempo parcial, cuyos contratos fijan esa jornada y su distribución.

64. Dado que esta última categoría de trabajadores se caracteriza por estar obligados a trabajar para P & C durante una jornada semanal fija sin poder rechazar este trabajo en el caso de que no puedan o no quieran trabajar, basta con señalar que, por los motivos expuestos en los apartados 59 a 61 de la presente sentencia, la situación en la que se encuentran estos trabajadores no es similar a la de los trabajadores a tiempo parcial en función de las necesidades.

65. De lo anterior se desprende que, en una situación como la del asunto principal en la que las dos categorías de trabajadores no son comparables, un contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades que no establezca ni una jornada de trabajo semanal ni la distribución del tiempo de trabajo no constituye una discriminación indirecta en el sentido de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

66. Teniendo en cuenta todo lo antedicho, procede responder a la tercera cuestión que la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 y los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que, aun en el supuesto de que todos los contratos de trabajo del resto de los trabajadores de una empresa determinen previamente la duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo, no se oponen a la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial para ciertos trabajadores de la misma empresa, como el del asunto principal, en el que la duración de la jornada semanal y su distribución no están establecidas, sino que dependen de la carga de trabajo y deben determinarse caso por caso, y en el que dichos trabajadores son libres de aceptar o rechazar cada trabajo que se les proponga.

67. Habida cuenta de las respuestas a las cuestiones segunda y tercera, no procede responder a la cuarta cuestión.

Costas

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

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

1) Un trabajador cuyo contrato de trabajo estipule que la duración y distribución de la jornada laboral se determinan en función de la carga de trabajo y deben fijarse en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes, como el del asunto principal, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Dicho trabajador estará también comprendido en el ámbito de aplica-

ción del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, siempre que:

- tenga un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en el Estado miembro;

- sea un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, de dicho Acuerdo marco, y,

- si se trata de un trabajador a tiempo parcial que trabaja de manera ocasional, el Estado miembro no haya excluido total o parcialmente a tales trabajadores de las disposiciones del citado Acuerdo marco, de conformidad con su cláusula 2, apartado 2.

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 y los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de:

- que no se oponen a la existencia de una norma, como el artículo 3 de la *Arbeitszeitgesetz* (Ley relativa al tiempo de trabajo), que fija la jornada máxima, en principio, en cuarenta horas semanales y ocho horas diarias y, de esta forma, también establece la jornada máxima y la distribución del tiempo de trabajo tanto para los trabajadores a tiempo completo como para los que trabajan a tiempo parcial;

- que, aun en el supuesto de que todos los contratos de trabajo del resto de los trabajadores de una empresa determinen previamente la duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo, no se oponen a la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial para ciertos trabajadores de la misma empresa, como el del asunto principal, en el que la duración de la jornada semanal y su distribución no están establecidas, sino que dependen de la carga de trabajo y deben determinarse caso por caso, y en el que dichos trabajadores son libres de aceptar o rechazar cada trabajo que se les proponga.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA), DE 12 DE OCTUBRE DE 2004.

Si nos remontamos a los hechos la Sra. Nicole Wippel y la empresa Peek & Cloppenburg GMBH & Co. KG. (en adelante P & C) firmaron un “contrato marco en función de las necesidades”, que contemplaba que la extensión de la jornada laboral y el reparto del tiempo de trabajo se acordaría en cada supuesto por ambas partes. Cuando el volumen de trabajo así lo requiriera la empresa debía pedir a su empleada que se incorporase al trabajo y ésta podía negarse a trabajar sin ofrecer ninguna explicación. Las dos partes contratantes acordaron no fijar un número concreto de horas de trabajo, por lo que tampoco estaba determinada la remuneración fija que percibiría cada mes. Se pactó, eso sí, el precio de cada hora de trabajo realizada a lo que se añadirían las posibles comisiones sobre ventas realizadas. Pero la empresa insinuó a la Sra. Wippel que seguramente trabajaría tres días cada semana y dos sábados cada mes. A lo largo de los casi dos años que duró su relación laboral el tiempo de trabajo y la remuneración

JURISPRUDENCIA • TJUE •

mensual fue variable, llegando incluso a manifestar la empleada, en repetidas ocasiones, a su empleador que “no podía o no quería trabajar” en ciertos días.

En junio de 2000 la Sra. Wippel presentó una demanda ante el Tribunal de trabajo y seguridad social de Viena contra P&C, por una suma total de casi 12.000 euros (gastos y otras cantidades accesorias excluidos), argumentando que la empresa tenía que pagarle “la diferencia entre el importe correspondiente al máximo volumen de trabajo que se le hubiese podido exigir y el resultante del número mensual de horas de trabajo efectivo” que prestó. Puesto que según la demandante, “su mayor número posible de horas de trabajo” mensual debería haber sido “la base” de su salario durante todos los meses que mantuvo su relación laboral con la empresa demandada. La trabajadora también alegó que puesto que ella sólo podía aceptar o rechazar una propuesta concreta de incorporación al trabajo no se podía decir que prestase su consentimiento. Además manifestó que si la empresa no le llamaba a trabajar durante un concreto período de tiempo ésta “no tendrá que pagar prácticamente nada en concepto de vacaciones pagadas, ni en el caso de enfermedad o despido.” En este contexto, la demandante esgrimió que existía una discriminación sexual debido a que su relación laboral no se determinase la jornada diaria y el reparto del tiempo de trabajo.

La primera instancia judicial a la que acudió la demandante, el Tribunal de trabajo y seguridad social de Viena, desestimó la demanda basándose en que el artículo 19d, apartado 2, de la Ley relativa al tiempo de trabajo (Arbeitszeitgesetz, en adelante AZG) establece que en un contrato de trabajo a tiempo parcial el número de horas, el reparto del tiempo de trabajo y su variación deberán acordarse entre ambas partes. La segunda instancia judicial, el Tribunal de apelación de Viena, remitió el asunto al citado Tribunal de trabajo y abrió la vía de casación ante el Tribunal Supremo, órgano judicial que acabó conociendo del procedimiento principal.

El Tribunal Supremo argumentó que, de conformidad con el Derecho austriaco, una cláusula contractual donde la trabajadora a tiempo parcial en su contrato de trabajo con la empresa rechaza el derecho contemplado en el artículo 19d, apartado 2, de la AZG a que se fije en el contrato el número de horas y días que se trabajarán, resulta “ineficaz” debiendo ser declarada “nula”. Por ello suspendió el procedimiento y presentó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) varias cuestiones prejudiciales, que han dado lugar a la Sentencia que comentamos.

Se plantea una primera cuestión prejudicial respecto a si un contrato de trabajo a tiempo parcial, como el que analizamos, entraría en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 y en el del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81. El Tribunal de Justicia comunitario concluye que cualquier empleado sujeto a un contrato laboral, que establezca la duración y el reparto de la jornada de trabajo dependiendo de las necesidades laborales, y donde ambos aspectos se acuerden caso a caso por ambas partes, entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Asimismo, a este tipo de trabajador

también se le aplicaría el Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81, si concurren básicamente estas circunstancias: a) tiene una relación laboral establecida legalmente, en los convenios colectivos o en las prácticas en vigor en el Estado integrante de la Unión Europea; b) se trate de un trabajador asalariado con una jornada laboral habitual de menor intensidad a la de un trabajador a jornada completa con quien se pueda comparar.

En este contexto, la segunda cuestión prejudicial propone si existe “una diferencia de trato sin justificación objetiva”, pues para los trabajadores con un contrato a tiempo completo (en torno a un sesenta por ciento de hombres y un cuarenta por ciento de mujeres) hay prescripciones fijadas legalmente o por convenio colectivo referentes tanto al tiempo de trabajo como a su reparto, de obligado cumplimiento y que constituye un derecho para estos trabajadores. Por el contrario, para los trabajadores con un contrato a tiempo parcial (mayoritariamente del género femenino) existe un vacío jurídico, lo que impide que se pueda aplicar una ley o un convenio colectivo aún cuando ambas partes no acuerden nada al respecto en su contrato laboral. El TJUE afirma que la normativa comunitaria que es aplicable en este supuesto debe ser interpretada de forma que no se oponga a la aplicación de la Ley austriaca relativa al tiempo de trabajo (AZG), cuyo artículo 3 determina el número máximo de horas de trabajo permitido al día (ocho horas) y a la semana (cuarenta horas) en el caso de los empleados a tiempo completo, siendo también este el máximo permitido en el caso de los empleados a tiempo parcial.

Llegados a este punto, se suscita una tercera cuestión para examinar si un contrato laboral a tiempo parcial dependiendo de las necesidades, como es el caso del procedimiento principal, comporta que la trabajadora reciba un trato “menos favorable” que los trabajadores con contrato a tiempo completo que se hallen en un estado que se pueda comparar al suyo, tal y como marca la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81. Basándose en la cláusula 3 del citado Acuerdo marco, el Tribunal concluye que “el objeto y la causa” del contrato de trabajo a tiempo completo son diferentes de los del contrato de trabajo que tiene la Sra. Wippel. Por lo que, no hay ningún empleado a jornada completa en la misma empresa que posea idéntico tipo de contrato ni idéntica relación de trabajo que la demandante. Lo mismo ocurre con los empleados a tiempo completo cuyo convenio colectivo marca como límite 38,5 horas de trabajo a la semana. En resumidas cuentas, dado que ambas situaciones no son comparables, una relación laboral “a tiempo parcial en función de las necesidades” que no determine el tiempo de trabajo semanal ni el reparto de ese tiempo laboral no supone una “discriminación indirecta” como la prevista en el art. 2 de la Directiva 76/207.

Finalmente, se plantea en una cuarta cuestión prejudicial si la normativa comunitaria aplicable ha de interpretarse de forma que para equilibrar “una diferencia de trato sin justificación objetiva”, se hace indispensable y legítimo adoptar una serie de criterios compensatorios. En el reparto del tiempo de trabajo destaca, por ejemplo, “una compensación por el tiempo no retribuido como tiempo de trabajo” durante el cual, de conformidad con lo acordado contractualmente, sería factible

“una reserva de tiempo de trabajo”. Pero, dado el sentido que le otorga el TJUE a la segunda y tercera cuestión prejudicial planteadas, éste no llega a pronunciarse sobre la cuarta cuestión.

A mi juicio, la normativa comunitaria establece la jornada y la distribución del trabajo en un contrato a tiempo parcial con gran indeterminación, puesto que únicamente se establecen los máximos tiempos permitidos de trabajo a tiempo completo y, se dice, que estos representan también el techo máximo de un contrato a tiempo parcial. Pero se deberían de fijar unos máximos específicos propios del contrato a tiempo parcial muy por debajo de las 8 horas diarias y las 40 horas semanales permitidas. A modo de ejemplo, la duración de los tiempos máximos del contrato parcial se podrían fijar en una tercera o en una cuarta parte de la duración máxima permitida para el contrato a tiempo completo. Tal y como se interpreta la normativa comunitaria el trabajador a tiempo parcial está sufriendo una gran indefensión, pues existe un gran desequilibrio entre el número total de horas que trabaja cada mes. Al respecto, la Sra. Wippel llegó a trabajar en un mes 123,32 horas, mientras que en otros meses trabajó mucho menos. Esta flexibilidad hace que el trabajador no pueda organizar ni su vida privada y familiar ni su tiempo libre, pendiente de que el volumen de trabajo exija su incorporación laboral. De alguna forma se le debería de compensar este tiempo que la trabajadora reserva para estar disponible siempre que se le necesite. Por todo ello, opino que el Tribunal de

Justicia Europeo debió de haber acogido la pretensión de la trabajadora de que se le abonase “la diferencia entre el importe correspondiente al máximo volumen de trabajo que se le hubiese podido exigir y el resultante del número mensual de horas de trabajo efectivo” que prestó.

Sobre la discriminación indirecta considero que sí concurre en este caso, puesto que no reciben el mismo trato los trabajadores a tiempo completo que los trabajadores a tiempo parcial, teniendo en cuenta que las mujeres al final suelen ser, en un gran porcentaje, las casi seguras destinatarias de este último tipo de contrato precario. Esta diferencia de trato no tiene ninguna justificación objetiva, ya que todos los trabajadores, independientemente de que trabajen a tiempo completo o a tiempo parcial, deberían de ser objeto de idéntica protección por parte de la normativa comunitaria. En muchas ocasiones, las mujeres no pueden elegir y se ven abocadas al contrato a tiempo parcial porque necesitan compatibilizar trabajo y vida familiar, debido al rol desigual que la sociedad le ha impuesto. Permitiendo que, cuando se trate de un contrato a tiempo parcial “en función de las necesidades”, sean las leyes del mercado las que imperen se estará haciendo un flaco favor al cumplimiento efectivo de una Unión Europea más garantizadora de los derechos sociales de las trabajadoras a tiempo parcial. (M^a DOLORES MARTÍNEZ CUEVAS. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 253/2004, DE 22 DE DICIEMBRE. DECLARA LA INCONSTITUCIONAL DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 12.4 DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado **EN NOMBRE DEL REY** la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2045/98, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la versión del texto refundido de 24 de marzo de 1995. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, en la representación que ostenta por ministerio de la Ley. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 8 de mayo de 1998 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Social núm. 1, de los de Pontevedra, al que se acompaña, junto a testimonio de los autos que tramita bajo el núm. 809/97, el Auto del citado Juzgado de 27 de abril de 1998, en el que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (en adelante, LET), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, denunciando su posible contradicción con el mandato de igualdad y prohibición de discriminación indirecta por sexo que se contiene en el art. 14 CE.

2. La cuestión surge en los autos de la demanda formulada por doña Rosalía Falcón Roma contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad permanente total, por padecer dolencias que la incapacitan para su actividad de limpiadora. La solicitud de la actora había sido denegada por Resolución de la Dirección Provincial de Pontevedra del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 8 de septiembre de 1997, confirmada por Resolución del siguiente 6 de octubre que desestima

JURISPRUDENCIA • TC •

la reclamación previa, por no reunir el periodo mínimo de cotización exigible a la fecha del hecho causante de conformidad con el art. 138.2 b) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), pues necesitaba 4.045 días de cotización para causar derecho a la prestación y acreditaba en total 4.024 días.

Concluido el procedimiento judicial, el Juzgado de lo Social, mediante providencia de 7 de abril de 1998, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal (ex artículo 35.2 LOTC) sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET por su posible contradicción con el art. 14 CE. El precepto que cuestiona resulta de aplicación al caso (ya que la actora tiene periodos de trabajo y cotización a tiempo parcial), los trabajadores a tiempo parcial son un colectivo predominantemente femenino (según se deduce de la información facilitada por el Instituto de la Mujer a requerimiento del propio Juzgado como diligencia para mejor proveer) y la norma legal, en cuanto establece un trato diferente entre los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo a efectos del cómputo de las carencias para las prestaciones sociales que la exijan, puede resultar contraria al principio de igualdad de trato y suponer además una discriminación indirecta por razón de sexo, recogidos tal principio y tal prohibición de discriminación en el artículo 14 de la Constitución.

La representación procesal de la actora en el proceso evacuó el trámite de alegaciones conferido, considerando pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Ni el Ministerio Fiscal ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social formularon alegaciones.

3. El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en las consideraciones siguientes:

a) La prestación de invalidez permanente le fue denegada a doña Rosalía Falcón Roma por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por la única razón de no acreditar el periodo mínimo de cotización legalmente exigible a la fecha del hecho causante de la prestación solicitada, que resultaba ser de 4.045 días, cuando la actora sólo acreditaba 4.024 días cotizados (incluyendo los correspondientes a pagas extraordinarias y al periodo de incapacidad temporal del que deriva la invalidez). Ello es así porque en los periodos en los que estuvo contratada a tiempo parcial (que el órgano judicial cifra, salvo error, en 2.346 días), el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoce a la actora sólo 1.447 días de cotización, en aplicación del párrafo segundo del art. 12.4 LET, ya que se trata de contratos a tiempo parcial. Precisa el Magistrado-Juez que los periodos en los que la demandante estuvo contratada a tiempo parcial fueron de 1 de abril de 1987 a 31 de marzo de 1989; de 14 de noviembre de 1990 a 31 de octubre de 1991; de 1 de noviembre de 1992 a 18 de octubre de 1994; y de 1 de septiembre de 1995 a 30 de mayo de 1997, en la empresa Carpintería Barbeito.

b) El cómputo de los periodos cotizados a tiempo parcial que realiza el Instituto Nacional de la Seguridad Social se ajusta a lo establecido en el párrafo segundo del art. 12.4 II LET. Este precepto dispone que “para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.” El Juzgado proponente de la cuestión de inconstitucionalidad afirma que aplicando esta norma al supuesto planteado en el proceso a quo, el cálculo efectuado por el INSS sería correcto, por lo que

la demanda —prosigue su razonamiento el órgano judicial— tendría que ser desestimada. Por el contrario, si se atendiera a los periodos de tiempo en los que el contrato de trabajo estuvo vigente, tal como se hace cuando se trata de trabajadores a tiempo completo, la demanda debería ser estimada. En consecuencia, concluye el órgano judicial proponente, de la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 12.4 LET depende el fallo.

c) Dos son los motivos por los que el órgano judicial duda acerca de la constitucionalidad del precepto legal citado. De un lado, porque rompe el principio de proporcionalidad y, de otro, por su efecto discriminatorio sexista, vulnerándose en ambos casos lo dispuesto en el art. 14 CE. En cuanto al principio de proporcionalidad, que “es uno de los aspectos de la igualdad” (STC 177/1993, de 31 de mayo), considera el Juzgado que este principio justifica que la menor jornada de los trabajadores a tiempo parcial repercuta no sólo en una menor retribución que la percibida por trabajadores a tiempo completo, sino asimismo en una menor base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social. Pero si influyese además en el cálculo del periodo de carencia, se produciría una “doble penalización” consistente en que un trabajador a tiempo parcial a media jornada, como es el caso de autos, necesitaría trabajar el doble de tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir el tiempo de carencia exigida y, en el supuesto de que lo cumpliera y llegase a él, su base reguladora sería la mitad que la del trabajador a tiempo completo, en la misma actividad y categoría profesional.

El párrafo segundo del art. 12.4 LET incurre, además, en discriminación indirecta por razón de sexo, según el Auto de planteamiento de la cuestión. En efecto, la evidencia estadística, acreditada en autos, de que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino permite afirmar la existencia de un impacto adverso que, al no aparecer justificado por circunstancias objetivas no relacionadas con el sexo, conduce a concluir que la norma legal incurre en discriminación indirecta por razón de sexo, noción definida por la STC 145/1991, de 1 de julio o la STC 22/1994, de 27 de enero. A ello hay que añadir, prosigue el Auto, que se ha admitido que las normas del Derecho comunitario sirven para integrar las normas constitucionales internas sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE), por lo que procede recordar la definición de discriminación indirecta por razón de sexo contenida en el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que se apoya en una consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También considera el Juzgado que procede traer a colación la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial que inspira la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, si bien es cierto que esta Directiva no contempla los aspectos de Seguridad Social.

A la postre la cuestión es dilucidar si la finalidad de exigir una carencia como medio de comprobar la vinculación del solicitante de prestaciones sociales al mercado de trabajo queda o no cumplida, para los trabajadores a tiempo parcial, exigiendo, como ocurre con los trabajadores a tiempo completo, el tiempo que se especifique para cada prestación —para la invalidez permanente el previsto en el art. 138.2 LGSS— o, por el contrario, el mayor que se derive del cómputo por horas, como se deduce el art. 12.4 II LET.

4. Mediante providencia de 14 de octubre de 1998, la Sección Tercera

de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra y dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con lo establecido por el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el plazo improrrogable de quince días, pudieran personarse en este proceso y formular las alegaciones que estimaren pertinentes. Finalmente resolvió publicar la incoación de la cuestión en el "Boletín Oficial del Estado".

5. En el "Boletín Oficial del Estado" núm. 254, de 23 de octubre de 1998, se hizo pública la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad número 2045/98. Por escrito registrado en este Tribunal el 29 de octubre de 1998, la Presidencia del Congreso de los Diputados comunicó que, aunque no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar. El siguiente 30 de octubre de 1998 tuvo entrada el acuerdo de la Presidencia del Senado de personación en este procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Por escrito registrado el 6 de noviembre de 1998, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, formula alegaciones y pide la desestimación de la cuestión planteada. Recuerda que la regla del párrafo segundo del artículo 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se contiene asimismo en la disposición adicional séptima de la Ley general de Seguridad Social (LGSS). Pone de manifiesto que no se cuestiona en el caso ni el régimen jurídico del contrato parcial ni el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, ni los requisitos para causar pensión por invalidez permanente exigidos por el art. 138.2 LGSS, sino única y exclusivamente la previsión legal de computar en los contratos a tiempo parcial —a diferencia del régimen del contrato a tiempo completo— sólo las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, en este caso la pensión por incapacidad permanente total.

Invoca el Abogado del Estado la libertad de configuración del legislador y su correlativa autonomía para definir las situaciones de necesidad y establecer las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, máxime en caso de prestaciones como la solicitada en el proceso a quo, que responden al principio contributivo, consecuencia de la forma de financiación del Sistema y preciso para garantizar su equilibrio económico, con cita de la STC 77/1995, de 22 de mayo. Sostiene que, por ello, sólo puede entenderse inconstitucional la actuación del legislador en el supuesto excepcional de que la diferencia de trato de situaciones comparables careciera absolutamente de razonabilidad y objetividad, como enseñan las SSTC 76/1990 y 177/1993. Esta vulneración constitucional no se produciría en el presente caso pues ni siquiera es válido el término de comparación utilizado por el Juez proponente de la cuestión, toda vez que son realidades diferentes la protección social del trabajador contratado a tiempo completo y la del contratado a tiempo parcial, con diferentes modelos a su vez de tiempo de prestación laboral. No resulta por ello en absoluto extraño que la retribución del trabajador guarde proporción al tiempo de presta-

ción y que de la misma manera su protección social (tanto para el cálculo de la base reguladora como de los períodos de carencia) esté en función de la contribución del trabajador según su remuneración y computando el tiempo en que efectivamente ha prestado sus servicios. Este sistema garantiza también la proporcionalidad entre cotización-prestación en el seno del régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial, que permite un amplio abanico de duración de la jornada laboral.

Por otra parte, continúa el Abogado del Estado, la repercusión de la duración de la jornada laboral en la determinación del período de carencia es una consecuencia que se deriva del carácter contributivo de las prestaciones no asistenciales de la Seguridad Social. Por lo que se refiere al régimen de protección social de este tipo de contratos, el propósito del legislador fue evitar el resultado desproporcionado al que conduciría el criterio de establecer un régimen igualitario para el cómputo de los períodos de cotización entre ambos tipos de prestación laboral: bastaría con una prestación de escasa duración en relación con la jornada completa para obtener una pensión, aunque fuese mínima, en demérito del mayor esfuerzo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo completo. En un sistema contributivo como el propio de la prestación de invalidez, lo razonable es discriminar la jornada completa de la parcial, atribuyendo diferentes efectos a cada una de ellas. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que debe ser un objetivo del legislador mejorar progresivamente la protección social del trabajador a tiempo parcial dentro de las posibilidades que ofrece el Sistema de Seguridad Social, como de hecho viene sucediendo en las sucesivas reformas legislativas introducidas en relación con la protección social de los contratos a tiempo parcial.

Subraya asimismo el Abogado del Estado que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha venido pronunciando sobre la norma cuestionada en numerosas ocasiones (por todas, Sentencia de 31 de marzo de 1998) y en ningún momento ha considerado que fuera inconstitucional por discriminatoria.

Sostiene, en conclusión, que no es adecuado el término de comparación propuesto en el Auto de planteamiento para cuestionar la constitucionalidad de la norma legal denunciada, en la medida en que no son iguales los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo. Por otro lado, el criterio para determinar los períodos de carencia de las prestaciones es razonable y suficiente objetivamente para dispensar un trato distinto a las personas que ante igual hecho causante han prestado sus servicios en régimen de jornada completa o a tiempo parcial.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la norma cuestionada por generar discriminación indirecta por razón de sexo, señala el Abogado del Estado que los supuestos analizados en las SSTC 145/1991 y 22/1994, en los que se utiliza el concepto de discriminación indirecta sexista, no guardan relación alguna con el presente, pues en aquellos casos se trataba de prestaciones laborales idénticas tratadas desigualmente por motivo de la condición masculina o femenina del trabajador, identidad que no concurre aquí. En todo caso, en modo alguno puede admitirse que la regla cuestionada provoque discriminación indirecta por razón de sexo, tal como este concepto aparece definido en el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo: "A efectos del principio de igualdad contemplado en el apartado 1, exis-

tirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo". Aceptando esta definición comunitaria a los efectos que aquí interesan, no puede considerarse que el párrafo 2 del artículo 12.4 LET sea contrario al art. 14 CE, pues éste prohíbe las diferenciaciones de trato que no estén objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma, pero el hecho de que ésta tenga repercusiones indirectas y no queridas no lo pone en cuestión. La norma cuestionada afecta por igual a los trabajadores contratados a tiempo parcial, sean hombres o mujeres, y no establece diferencia alguna por razón del sexo. En última instancia, si se aplicase este criterio a otras circunstancias enumeradas en el artículo 14 CE, se podría hablar de diferentes supuestos de inconstitucionalidad por el hecho estadístico de que estos contratos sean mayoritariamente celebrados con trabajadores más jóvenes o de mayor edad, o de un determinado sector social o profesional. No puede hablarse de que esta norma ni directa ni indirectamente discrimine a las trabajadoras en relación con los trabajadores. El criterio legal utilizado para determinar el período de carencia para obtener la invalidez permanente no tiene en consideración el sexo sino el tiempo trabajado y la correlativa contribución a la Seguridad Social, siendo un criterio razonable y no arbitrario.

7. El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal el 13 de noviembre de 1998, en el que solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras exponer los antecedentes del caso y citar la doctrina de las SSTC 145/1991 en relación con la discriminación indirecta, y 253/1988 y 177/1993, entre otras, en relación con la libertad de configuración del legislador en materia de protección de Seguridad Social, efectúa el Fiscal un breve recorrido histórico sobre la evolución legislativa del contrato a tiempo parcial, señalando que la finalidad de esta figura contractual es la de fomentar el empleo. Razona el Fiscal que las situaciones de un trabajador a jornada completa y de un trabajador a tiempo parcial no son equiparables y que lo que hace la norma cuestionada es sencillamente establecer un sistema distinto de cómputo temporal a efectos de períodos de cotización, que no conlleva trato desigual. Analiza el Ministerio Fiscal si es distinta la afirmación del órgano judicial de que el sistema instaurado impone al trabajador a tiempo parcial la obligación de trabajar más tiempo, en el caso de autos el doble de tiempo, que un trabajador a tiempo completo para cubrir el periodo de carencia. Sostiene que la respuesta no es simple ya que, si por tiempo se entiende el período temporal —años en que se ha de estar trabajando— lleva razón el órgano proponente, pero si por tiempo se entiende el tiempo trabajado carece de consistencia el razonamiento. El Juzgador se refiere al caso de autos, trabajador a media jornada, y si, a modo de ejemplo, en un periodo de carencia de dos años el trabajador a jornada completa realizara, por ejemplo, mil horas anuales la carencia exigida sería de dos mil horas anuales de trabajo realizado, en cambio al trabajador a tiempo parcial que lógicamente realizaría quinientas horas anuales, si el criterio fuera la mera extensión temporal del contrato, su carencia serían sólo mil horas trabajadas, siguiendo este sistema de cómputo. Con todo ello un trabaja-

dor a tiempo completo podría sentirse discriminado al exigírsele el doble de horas trabajadas máxime al no prever el sistema un mecanismo que permitiera que si no alcanzara el periodo de carencia, se le transmutara el contrato en uno a tiempo parcial, y por las horas trabajadas completar la carencia, aunque con las pertinentes reducciones en la base reguladora. Concluye que a un trabajador a tiempo parcial no se le está exigiendo, en comparación con un trabajador a jornada completa, más tiempo real trabajado para cubrir la carencia. Simplemente se instaura en ambos tipos de contrato de trabajo un sistema distinto de cómputo temporal que no conlleva trato desigual y, además, aparece justificado en circunstancias objetivas, no relacionadas con el sexo, como son el carácter contributivo de las prestaciones de Seguridad Social, que persigue como finalidad el equilibrio financiero del Sistema. Si ello es así la mayor proporción de trabajadoras de sexo femenino en los contratos a tiempo parcial no implica discriminación indirecta por razón de sexo.

8. Por providencia de 21 de diciembre de 2004 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra cuestiona la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), en la redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la citada Ley, que reza:

"Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas".

El Auto de planteamiento sólo denuncia el primer inciso del párrafo transcrito, que contempla los períodos de cotización. Sostiene el órgano judicial a quo que la norma, al establecer un trato diferente a los trabajadores a tiempo parcial por comparación con los trabajadores a tiempo completo a efectos de período de cotización para causar derecho a las prestaciones contributivas de Seguridad Social (de invalidez permanente en el caso concreto), vendría a vulnerar el mandato de igualdad en la Ley que consagra el artículo 14 CE tanto por ruptura del principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos de la igualdad, como por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida en la Norma fundamental.

2. Antes de abordar las dudas de constitucionalidad planteadas, resulta ilustrativo examinar la evolución legislativa de la regulación del contrato a tiempo parcial desde la perspectiva de su incidencia en la protección social.

El art. 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores, estableció que la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial "se efectuará a razón de las horas o días realmente trabajados". La finalidad de esta norma era sin duda fomentar el empleo de dichos trabajadores mediante la reducción de los costes sociales. Nada establecía, sin embargo, sobre la incidencia que esta regla de cotización pudiera tener a efectos de período de carencia, ni tampoco autorizaba expresamente para que este extremo se determinara por vía reglamentaria. Esta previsión legal implicaba en forma tácita la derogación de lo establecido hasta entonces por la

Ley general de la Seguridad Social de 1974 en su art. 74.4, en virtud del cual la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento “cualquiera que fuera el número de horas que se trabajasen diariamente”.

El Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, primer desarrollo reglamentario del art. 12 LET de 1980, no contenía tampoco reglas específicas en materia de protección social, si bien autorizaba al entonces Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social “a efectuar las adaptaciones precisas, en las normas que configuran el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y de Desempleo, para su aplicación en los supuestos en que los presuntos beneficiarios de la acción protectora estén o hayan estado acogidos a contratos de trabajo a tiempo parcial”. En ejercicio de esta autorización, el Ministerio dictó la Orden de 20 de enero de 1982, regulando la cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial, con repercusión a efectos de bases reguladoras, pero sin contener disposición alguna que afectase a los períodos de cotización exigibles. Sin embargo, su disposición final segunda autorizó a su vez a los Subsecretarios de la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar las normas precisas para la aplicación de tal Orden.

A esta autorización se acogió la Secretaría General de la Seguridad Social para dictar su Resolución de 1 de febrero de 1982, sobre afiliación y prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial. En el aspecto que aquí interesa esta Resolución introdujo la regla de proporcionalidad estricta que más tarde pasaría a quedar recogida en la norma cuestionada y en la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social de 1994, esto es, que a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de la Seguridad Social correspondiente para causar derecho a la prestación de que se trate se computarán las horas o días efectivamente trabajados.

Hay que advertir, no obstante, que la regla anterior no era aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, dictado en desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, estableció para los contratos a tiempo parcial la regla según la cual cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada.

Este mismo criterio fue aplicado a efectos de la desaparecida prestación por incapacidad laboral transitoria por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993, dictada en unificación de doctrina, y fundada en la consideración de que la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 carecía de eficacia normativa para entender modificado para los contratos a tiempo parcial el régimen jurídico establecido en la Ley general de la Seguridad Social y normas de desarrollo en cuanto al cómputo del período de cotización exigible para causar derecho a la referida prestación, doctrina ésta que fue extendida por posteriores Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a otras prestaciones del sistema, como las de invalidez permanente.

Contra esta jurisprudencia reaccionó el Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional novena reprodujo la regla

señalada en cuanto al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial que establecía la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 (en función de las horas o días efectivamente trabajados), elevando así el rango de la regulación, con la pretensión de ponerla al abrigo de los reproches de su insuficiencia apreciados por el Tribunal Supremo, e introduciendo algunas actualizaciones que no es el caso detallar aquí.

La suficiencia de rango de esta nueva regulación reglamentaria fue aceptada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de febrero de 1997, seguida por otras muchas posteriores, con la única precisión de que la regla de proporcionalidad referida se aplicaba a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 2319/1993 (esto es, 1 de enero de 1994).

En todo caso, la cuestión relativa a la validez de la regulación reglamentaria carece hoy de relevancia práctica como consecuencia de la elevación de rango del principio de proporcionalidad en virtud de las Leyes 10/1994 y 42/1994. En efecto, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (que fue el resultado de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación) estableció en su art. 4.3 que “a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”. Esta misma regla se va a reproducir, en términos idénticos, en el apartado segundo de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

A su vez, el art. 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dio nueva redacción a este precepto, en el único aspecto de suprimir la referencia a los días trabajados (como ya hiciera el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre) de forma que el cómputo de los períodos de cotización se realizase siempre en función de las horas trabajadas, aunque se trate de contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero con menor número de días de la jornada semanal, eliminando así el trato diferente entre contratos parciales por horas y por días. Esta regulación es la que queda recogida en el art. 12.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que fue consecuencia de la autorización al Gobierno, contenida en la disposición final séptima de la propia Ley 42/1994, para elaborar ese texto refundido. De esta forma, el párrafo segundo del art. 12.4 LET que se cuestiona viene a establecer que “para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”.

3. Con posterioridad a esta regulación y antes de plantearse la pre-

sente cuestión de inconstitucionalidad, se publicó el Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, que desarrolla en materia de Seguridad Social la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida, en relación con los contratos de trabajo a tiempo parcial, modificando asimismo otros aspectos del régimen jurídico aplicable a los trabajadores a tiempo parcial.

El Real Decreto 489/1998 sólo se refiere a las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad de los trabajadores a tiempo parcial. No afecta, en consecuencia, a las pensiones de incapacidad permanente — que es la reclamada en el proceso a quo — ni de jubilación o muerte y supervivencia. En lo que aquí importa, el Real Decreto 489/1998 establece reglas sustancialmente similares a las ya previstas en el Real Decreto 2319/1993 y antes en la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982, si bien establece el cómputo en función de las horas trabajadas, conforme exige el art. 12.4 LET.

Ha sido el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, dictado en el marco del Acuerdo de 13 de noviembre de 1998, sobre trabajo parcial y fomento de su estabilidad, el que ha introducido importantes novedades en materia de protección social de los trabajadores a tiempo parcial, entre ellas la atenuación del principio de proporcionalidad en cuanto al cómputo del período de carencia. En efecto, el referido Acuerdo fijó (amén de otras previsiones que no vienen ahora al caso) tres objetivos generales para la acción normativa: facilitar el acceso efectivo a las prestaciones, mantener el principio de contributividad y adecuar el principio de proporcionalidad.

En cumplimiento de estas previsiones, el Real Decreto-ley 15/1998 (que fue desarrollado por el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero), viene a dar una nueva redacción al art. 12 LET, al que se priva de sus contenidos de Seguridad Social que, con mayor corrección sistemática, pasan a los artículos 1661.1 y a la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, que se reforman, convirtiendo a esta última en el núcleo normativo básico a efectos de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (en tanto que los aspectos laborales del contrato a tiempo parcial se mantienen, lógicamente, en la Ley del estatuto de los trabajadores).

Concretamente en el aspecto, que aquí interesa, del cómputo del tiempo trabajado a tiempo parcial a efectos de los períodos de cotización exigidos para causar derecho a prestaciones de Seguridad Social, esta nueva regulación mantiene el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante diversas reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial.

Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientas veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad,

se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto.

En segundo lugar, para causar derecho a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente se introduce una regla específica correctora, consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, calculados conforme a la regla precedente, los aumenta facilitando así el acceso a la protección, precisándose que en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación laboral a tiempo completo.

Por su parte, el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, añadió una regla especial sobre incremento proporcional de período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que se ha de reunir la cotización mínima para causar derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, para facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones derivan de contratos a tiempo parcial.

Finalmente, ha de traerse a colación la reforma introducida en el art. 12 LET en cuanto al régimen jurídico del contrato a tiempo parcial por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (cuya tramitación posterior como proyecto de Ley dio lugar a la Ley 12/2001, de 9 de julio). En este contexto, el citado Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, ha sido derogado y sustituido por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

4. Conviene advertir que las modificaciones sobrevenidas tras el planteamiento de la presente cuestión en las reglas legales sobre cómputo de período de cotización para causar derecho a las prestaciones de Seguridad en los contratos a tiempo parcial no determinan la pérdida sobrevenida de objeto de la misma. Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que, en los procesos que dimanen de cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no siempre priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esa derogación, modificación o sustitución resulte o no aplicable al proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 1, con cita de otras anteriores).

La modificación y posterior sustitución del precepto legal cuestionado no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada, pues el juicio de constitucionalidad que sobre aquél hemos de efectuar se conecta con su aplicación a un concreto proceso en materia de Seguridad Social en el que el órgano judicial proponente ha de resolver sobre la pretensión ejercita-

da a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso a quo. Conviene recordar que en materia de derecho a las prestaciones de la Seguridad Social ha de estarse a la normativa aplicable a la fecha del hecho causante, sin que los cambios normativos posteriores afecten (salvo supuestos excepcionales de eficacia retroactiva, que no resultan de aplicación al presente asunto), a la determinación de los requisitos para el acceso a una prestación cuyo hecho causante es anterior a esa modificación.

Sin perjuicio de lo anterior, la evolución normativa del régimen jurídico de protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, antes expuesta, en el aspecto cuestionado (cómputo de las cotizaciones efectuadas en cuanto a los períodos de carencia exigibles) es significativa para enjuiciar las dudas de constitucionalidad planteadas en el presente caso.

5. La primera duda de constitucionalidad que plantea el órgano judicial proponente respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET, en su redacción de 1995, se refiere como ha quedado expuesto a la posible vulneración del principio de igualdad en la Ley consagrada en el art. 14 CE, por entender que la regla que se contiene en dicho precepto en cuanto al cómputo de los períodos de cotización para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial quiebra el principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos del principio de igualdad, como se señala en la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 3.

Para enjuiciar la constitucionalidad del art. 12.4, párrafo segundo, LET, desde la perspectiva apuntada, es oportuno recordar el concreto alcance de la matizada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), cuyos rasgos esenciales resume nuestra STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a): “a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

En el mismo sentido la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10, tras recordar (con cita de la STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1) que el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en

la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”, señala que “para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, este Tribunal ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 150/1991, de 4 de julio y 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras muchas) y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más in extenso, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos”.

Ahora bien, continúa advirtiendo la citada STC 181/2000, “lo propio del juicio de igualdad es que ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador requiere —como presupuesto obligado— la previa comprobación de que, como consecuencia de la medida legislativa impugnada, se ha introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas. Sólo verificado este primer presupuesto se procederá a determinar la litud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Por idéntica razón, cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de la de otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad. La medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), mas nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad ex art. 14 CE”.

En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FFJJ 3 y 9; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

6. Pues bien, si se examina con atención la norma cuestionada resulta que en los términos estrictos en que la misma se establece, para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial. En efecto, no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de

JURISPRUDENCIA • TC •

cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

Ahora bien, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no solo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados, como sucede con la prestación de invalidez que se discute en el proceso de origen de la presente cuestión.

No en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada, párrafo 2 del art. 12.4 LET, al introducir, como ha quedado expuesto en el FJ 3 de esta Sentencia, una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social. 7. Las conclusiones que anteceden llevarían ya a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por lesión del principio de igualdad en la Ley (art. 14 CE), desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Se ven reforzadas, en forma decisiva al abordar la otra duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado proponente de la cuestión respecto del párrafo 2 del art. 12.4 LET, esto es, la vulneración del art. 14 CE desde la perspectiva de la posible discriminación indirecta por razón de sexo.

El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente 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 Bötél; 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 Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, “el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar”. Por “discriminación directa” se entiende “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo”, 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. 2.2). 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, que invocó el Abogado del Estado en sus ale-

gaciones, 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*).

Esta 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 y así, como se recuerda en la STC 22/1994, de 27 de enero (FJ 4), “una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que, se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos *Bilka Kaufhaus*, de 13 de mayo de 1986, o *Kowalska*, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del sólo tiempo de trabajo inferior”.

En el mismo sentido, 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)”. Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*).

Debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y 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.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que “cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso las mujeres—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permi-

te encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE" (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).

8. En las actuaciones que se acompañan al Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consta una publicación del Instituto de la Mujer, titulada "Las mujeres en cifras, 1997", en la cual figura una información estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), conforme a la cual del total de la población ocupada en España en el referido trimestre a jornada completa (11.580.200 personas), las mujeres representaban el 31,50 por 100; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100. Asimismo, consultada la publicación "Mujeres en cifras" del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004), resulta que, según la estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94 por 100.

Estos datos permiten concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina antes expuesta, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (disparate effect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio.

A tal efecto, tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado afirman en sus alegaciones que la regulación del contrato a tiempo parcial aparece justificada en circunstancias objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo, pues se trata de una medida de activación del empleo que ha de contemplarse, en cuanto a la protección social, desde la premisa del principio de contributividad que preside el sistema de Seguridad Social, lo que justifica, a fin de garantizar el equilibrio financiero del sistema, un tratamiento diferente en función del tiempo trabajado y por ende cotizado, de donde resulta la regla de proporcionalidad entre la cotización y las prestaciones que se cuestiona.

Esta objeción se responde, como ya ha quedado señalado, poniendo de manifiesto que el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece jus-

tificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

9. Todo lo expuesto conduce a la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establece que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes corresponde integrar, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del precepto cuestionado pudiera producir en orden al cómputo de los períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en caso de trabajadores a tiempo parcial.

FALLO

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

Ha decidido,

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, según la redacción del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establece que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 22 DE DICIEMBRE DE 2004, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 2045/98.

Con el respeto que siempre proclamo respecto de las Sentencias cuya fundamentación y fallo no comparto, así como a los criterios sostenidos por mis colegas, haciendo uso del derecho establecido en el art. 90.2 LOTC, formulo Voto particular, cuya fundamentación paso a exponer.

1. En primer lugar considero oportuno referirme a la problemática utilidad de la solución de la cuestión de inconstitucionalidad, y en relación con ella a la duda sobre la corrección de su planteamiento.

En la cuestión de inconstitucionalidad junto al carácter de enjuicia-

miento constitucional abstracto de la Ley cuestionada se destaca su significado de cuestión prejudicial para la solución concreta del proceso del que dimana. Su justificación tiene que ver con la obligación del Juez de la doble vinculación a la Ley y a la Constitución y la imposibilidad de resolver por sí mismo la eventual inconstitucionalidad de la Ley. Pero todo ello, como problema surgido respecto de la solución de un caso concreto, al que necesariamente debe dar solución (art. 1.7 CC).

En el caso actual, habida cuenta que la Ley cuestionada se duplica en su contenido normativo en la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 —LGSS, en adelante—, según la redacción vigente en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad), y que la cuestión de inconstitucionalidad sólo se ha planteado respecto del art. 12.4 LET (en la redacción vigente a la sazón), y no respecto del otro precepto que lo duplica, una eventual estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y consecuente declaración de nulidad del precepto cuestionado no satisfaría la finalidad prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el Juez de lo Social, al dictar la sentencia que proceda, no podrá prescindir de lo dispuesto en la disposición adicional séptima LGSS, puesto que esta norma legal mantiene su plena vigencia, y será ineludible su aplicación al caso. Ante esa realidad creo que debiera replantearse la corrección del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, habida cuenta de las circunstancias, no se cumplen en ella las exigencias propias de su carácter prejudicial, y la funcionalidad de la misma para la adecuada solución constitucional del proceso a quo.

2. Para afrontar la cuestión a examinar me parece conveniente partir de las siguientes observaciones de carácter general:

a) El sentido normativo de un determinado texto legal, que tiene la significación funcional de pieza de un sistema, no puede establecerse aislandolo del sistema en que se integra. Su justificación constitucional debe inquirirse así en tanto que pieza del sistema, en este caso el sistema normativo de la Seguridad Social.

Y es por tanto en él, en el que debe tratar de establecerse el sentido y función del “período de carencia” o “período de cotización”, en cuanto requisito para el devengo de las prestaciones.

Para ello es necesario definir las líneas estructurales del sistema de la Seguridad Social, del que las prestaciones forman parte, y en el que adquieren sentido, o no, los requisitos para su devengo.

b) Desde la óptica constitucional el sistema de la Seguridad Social responde a un mandato constitucional, recogido en el art. 41 CE, debiendo en todo caso atenerse las normas que lo rigen a otras múltiples exigencias constitucionales, muy especialmente, por su proyección sobre el caso actual, al imperativo de igualdad del art. 14 CE.

El nivel de la asistencia y la mayor o menor dureza de los requisitos para alcanzar las prestaciones dependerán de las posibilidades económicas de que disponga en cada momento el Estado.

Es lógico entender que todo un sistema de Seguridad Social descansa sobre muy delicadas ecuaciones financieras, que es inexcusable tener en cuenta, como dato de referencia, a la hora de valorar la justificación constitucional de los distintos mecanismos. Los requisitos para el acceso a las prestaciones del sistema indudablemente están pensados sobre la base de las posibilidades financieras de éste, de ahí que el jui-

cio sobre la constitucionalidad de un determinado requisito no pueda hacerse con abstracción de las bases financieras, de las que dicho requisito es función.

c) En una visión global del sistema de la Seguridad Social es realista entender que difícilmente puede dar satisfacción completa a las pretensiones de cobertura de los sujetos beneficiarios, y ello por la casi constitutiva limitación de recursos; por lo que es dato de partida que existirán múltiples posibilidades de insatisfacción, desde las que es humanamente comprensible el planteamiento de agravios comparativos. Pero en esa tesitura lo procedentes es atender a la racionalidad de la ordenación general, y no a las distintas situaciones de agravio comparativo, que inevitablemente pueden generarse a partir de las propias limitaciones de esa ordenación, y pese a su racionalidad intrínseca.

d) En un juicio de globalidad del sistema de la Seguridad Social es imprescindible atender a la evolución normativa del mismo, cuya examen es especialmente revelador en este caso, para situar el requisito en cuestión a la hora del juicio constitucional de igualdad.

En su inicio la Seguridad social se monta sobre un mecanismo de cotización establecido sobre bases estrictamente igualitarias (sistema de bases tarifadas, en el que la base mínima se fija por el salario mínimo interprofesional), según el cual, cada uno en su nivel cotiza lo mismo, sin que se tenga en consideración la duración de la jornada (vid. arts. 73 y 74 de la Ley de Seguridad Social de 1966). Al propio tiempo el módulo temporal para el cálculo de la cotización es el día.

En un sistema tal la exigencia de un determinado período de cotización, fijado en días, como requisito para el acceso a determinadas prestaciones, opera en términos de rigurosa igualdad, pues la carga contributiva al sistema es, en el mínimo, la misma en todo caso. A la vez en ese momento el período de cotización es siempre igual, y expresión de un número de días de cotización.

Llegados a este punto, es preciso aclarar que la idea de período de cotización no se concibe en su sentido inicial como tiempo de permanencia en el sistema; esto es, como tiempo sin más, sino como tiempo de cotización.

En un sistema contributivo el tiempo en sí mismo, (a no ser que así se diga expresamente) no cumple ninguna función. Expresa sin embargo una función de cómputo de la carga contributiva como tiempo cotizado, en donde el tiempo es índice del quantum de la cotización, valor, a su vez, indicativo de la contribución al sistema.

e) Un régimen tal de Seguridad Social tenía una consecuencia negativa en el paralelo ordenamiento de las relaciones laborales, en concreto en los contratos de jornada reducida (bien al día, semana o mes). La carga de la cotización al sistema de la Seguridad Social, al obligar a cotizar como si se trabajase una jornada completa, siendo así que la jornada era parcial, encarecía relativamente el coste de esos contratos, y entorpecía muy gravemente su utilidad como vehículos aptos de empleo, condenando prácticamente a este tipo de contratos a la marginalidad. En todo caso para los trabajadores con contratos de jornada reducida el período de cotización operaba en idénticos términos que en los contratos a jornada completa.

f) En un momento posterior en la evolución (el de la publicación en el año 1980 de la LET), cuando se advierte de la utilidad social del contrato con jornada reducida en cuanto vehículo de empleo, se les

JURISPRUDENCIA • TC •

descarga de su excesivo coste contributivo a la Seguridad Social, y se establece la cotización por horas o días efectivamente trabajados (art. 12 LET).

Ese módulo de cotización, cuando de cotización por horas se trata, nuevo en la Seguridad Social, y que no iba acompañado inicialmente de ninguna previsión respecto del período de cotización, provocaba, como efecto inmediato, una anomalía en el sistema, cuyas previsiones giran en torno al módulo de días de cotización. La aplicación de un período de cotización fijado en días, que se estableció sobre la base de cotización por días, suscitaba la dificultad inicial del acoplamiento en él de una previsión nueva, de cotización por horas. La ecuación inicial, subyacente a la idea del período de cotización, según la cual los días de cotización correspondían a una cotización por días, se alteraba por completo, si, manteniendo el mismo período de cotización, en cuanto referencia a días de cotización, los días de cotización ya no se correspondían a una cotización por días sino por horas. Con la nueva previsión el período de cotización, sin correctivos, pasaba de tener un contenido unívoco, a tener un contenido dual: el mismo período podía tener un contenido de cotización por días o de cotización por horas.

El período de cotización en su sentido inicial no era, ya se dijo, sino expresión de una carga contributiva mínima al sistema. La prestación solo se devengaba, cuando se había satisfecho el mínimo de contribución del que era función la exigencia del período de cotización.

Para encauzar en el sistema la nueva previsión de la cotización por horas, lo que se hizo (utilizando al respecto de modo inadecuado un sistema de delegación normativa, que va de la LET, art. 12, al Real Decreto 1362/1981, a la Orden Ministerial de 20 de enero de 1982 y a la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982), fue mantener el módulo inicial de días de cotización, mediante el expediente técnico de convertir, por adición, las horas de cotización en días de cotización, restableciendo así la exigencia de un mismo número de días de cotización, como requisito de acceso a las prestaciones.

En la medida en que el requisito no era sino exponente de una determinada carga contributiva, el cómputo del período condicionante se hacía en términos de que la carga contributiva fuera la misma en todo caso.

Desde la óptica constitucional del principio de igualdad el expediente técnico referido suponía igualar dos situaciones, que en principio eran distintas.

La alternativa desde esa óptica, si no operase ese expediente convencional, sería que a la prestación podría accederse a partir de cargas contributivas distintas.

Pero esta segunda alternativa partía de una base: que se daba otro contenido conceptual al requisito del período de cotización, desconectando en él sus dos elementos (período y cotización), de modo que el período se convertía exclusivamente en tiempo de permanencia en el sistema y la cotización en elemento prácticamente intranscendente para el requisito.

g) El expediente técnico referido, por la inconsistencia de su base normativa, se descalificó por la jurisprudencia, con la consecuencia de abrir el acceso a las prestaciones a múltiples situaciones, que en el Ordenamiento precedente no tenían acceso a ellas con el cambio cualitativo del sentido del requisito del período de cotización.

Mas como, según las bases financieras del sistema, éste no era capaz

de soportar la sobrecarga de las nuevas prestaciones, se produjo la reacción normativa de introducir ese mismo expediente técnico por medio de una norma de rango suficiente (así se consideró al menos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en este punto nos vincula —art. 123.1 CE—): el Real Decreto 2319/1993, Disposición adicional novena, desde el cual en sus rasgos esenciales (consistentes en convertir, por adición, las horas cotizadas en días cotizados), se mantuvo a través de las ulteriores normas, aunque elevando su rango: Ley 10/1994; Ley 42/1994; Real Decreto 489/1998; Real Decreto-ley. 15/1998 y Real Decreto 144/1999.

3. Entrando ya en el caso actual en los elementos de juicio de igualdad deben hacerse las siguientes consideraciones:

a) El requisito del período de cotización en cuanto exponente de una determinada carga contributiva mínima a un sistema de Seguridad Social de base contributiva, es un requisito, cuya racionalidad lógica y jurídica en el sistema parece irreprochable. Que para llenar el mismo período de cotización exigible, los tiempos de espera (computando estos tiempos de espera como tales, no como períodos de cotización) sean distintos, no es sino consecuencia de las distintas situaciones de partida. En definitiva, lo que hay es un tratamiento distinto de situaciones en sí diferentes. Pero ese tratamiento no me parece que suscite dificultades desde la óptica del principio constitucional de igualdad. Mas la igualdad de trato se mantiene, si en vez de atender a la idea de tiempo de espera, se atiende a la de “período de cotización”.

b) Todo juicio de igualdad respecto de distintas situaciones supone la referencia a un elemento normativo único. En el caso actual ese elemento normativo único, que ha de operar como parámetro del juicio de igualdad, es el requisito “período de cotización”. Y no hay diferencias en relación a él, si se parte del sentido atribuido por la Ley en todo caso al “período de cotización”, como carga contributiva calculada por días completos de cotización, que es como se concibió en el inicio del sistema de la Seguridad Social, y como, tras el paréntesis que va desde el año 1980 (art. 12 LET en su versión inicial) al Real Decreto 2319/1993, se ha vuelto a configurar a partir de este último Real Decreto.

La hipotética situación de desigualdad toma como parámetro de comparación no el “período de cotización”, sino el tiempo de espera a lo largo del cual se ha ido produciendo la cotización. Pero creo que ese parámetro supone una distorsión del sentido legal del requisito, que se toma como canon del juicio. En definitiva, sólo sobre la base de la desnaturalización del sentido legal del “período de cotización” puede llegarse a afirmar, primero, la existencia de una situación de igualdad: la que se da entre los que durante un determinado lapso temporal cotizan sólo por unas horas, y los que en ese mismo lapso temporal cotizan por días; y después, y como derivado de ella, que existe el trato desigual.

c) Como mi criterio es que el “período de cotización” no es, ni puede ser, período de permanencia en el sistema, sino “período de cotización”, calculado en días de cotización, creo que no hay tratamiento legal desigual, cuando se exige a todos el mismo “período de cotización”, fijado en días, aunque el acceso a ese idéntico requisito se produzca, según las distintas situaciones personales de partida, a lo largo de lapsos temporales distintos.

Y no me parece que los diferentes lapsos temporales precisos para cubrir un mismo “período de carencia”, calculado por días, según que

se haya cotizado por contratos a tiempo parcial, o por contratos a tiempo completo, incurran en una tacha constitucional desde el elemento proporcionalidad, pues también la proporcionalidad precisa un índice de cálculo, y nuevamente el índice de cálculo en un requisito que se establece sobre la idea de una carga de contribución, no puede ser el tiempo vacío de contenido, sino el tiempo cotizado.

d) La idea de relacionar conceptualmente dos elementos diferentes de la relación de Seguridad Social (“período de carencia” y “base reguladora de la prestación”), para enjuiciar desde el prisma constitucional de la igualdad uno de ellos, no me parece adecuada.

Esa combinación de los dos elementos distintos es la que se da en el planteamiento de la cuestión, cuando se dice que la cotización parcial justifica una base reguladora parcial; pero que la determinación del período de carencia, en el modo en que lo hace la Ley cuestionada, supone una “doble penalización”.

Cada elemento tiene su propio sentido en el sistema, y no cabe configurar un requisito (el del “período de cotización”) en función de otro, para elaborar un juicio de igualdad en la combinación de los dos, asentado en definitiva desde la idea de la “doble penalización”.

Ese modo de razonar, como mecanismo conceptual para responder a alegados agravios comparativos, acaba oponiendo a la lógica del sistema, a su coherencia interna, otra lógica distinta, que no es la elegida por el legislador para construirlo.

Y así, si se dice que es desproporcionado exigir a quien cotiza por media jornada un lapso de tiempo doble que el que cotiza a jornada completa, para cubrir un mismo “período de cotización”, convirtiendo en realidad en tal planteamiento el “período de cotización” en tiempo de permanencia en el sistema, por un mecanismo conceptual similar, de combinar elementos distintos del sistema en un orden distinto del que les corresponde en éste, puede decirse que es desproporcionado que quien ha soportado una carga contributiva mayor vea vedado su acceso a la prestación, por no haber cubierto el “período de cotización”, en el sentido de días de permanencia en el sistema; mientras que sí alcanza la prestación quien con menor carga contributiva ha permanecido más días en él. Tanto uno como otro juicio de proporcionalidad se salen de la lógica interna del sistema, y utilizan criterios de proporcionalidad ajenos al mismo.

Serían muchísimas las situaciones planteables de posibles agravios comparativos, utilizando un criterio como el que se propone en el proyecto, y extrapolándolo al juego de otros requisitos del sistema prestacional.

e) No puede perderse de vista que el sistema de la Seguridad Social se monta sobre una base contributiva, aunque no estrictamente sinalagmática, y sobre todo sobre unas bases explícitas de solidaridad. En ese marco general es fenómeno común que no toda cotización tiene una concreta utilidad para el que la soporta.

Todos los que, cotizando a jornada completa, no llegan, no obstante, a cubrir los períodos de carencia precisos para el devengo de determinadas prestaciones, “pierden” sus cotizaciones sin obtener contraprestación. Y ello, pese a que la suma de sus cotizaciones pueda ser mucho más elevada que la de quienes con las suyas sí llegan a cubrir dichos períodos, y a obtener prestaciones, que los primeros no alcanzan.

La lógica correctora de la sentencia podría proyectarse con argumentos no muy diferentes sobre cualquiera de los aparentes agravios

comparativos que pudieran resultar, al no obtener las prestaciones deseadas.

Esas aparentes “pérdidas” de cotizaciones, que serían inaceptables en un sistema de sinalagmaticidad pura, tienen su propia lógica y justificación en un sistema de solidaridad, en el que cada uno cotiza, no para el propio beneficio, sino para el beneficio colectivo; en el que las cotizaciones actuales de los unos son el soporte financiero de las prestaciones actuales de otros; y en el que la acción protectora del sistema se configura sobre la base de contingencias múltiples, para cada una de las cuales se establecen requisitos de mayor o menor rigor, que en relación con cada una de ellas se fijan en términos precisos e iguales. En un sistema tal cuestionar la constitucionalidad de un requisito de la prestación (el “período de carencia”), partiendo de la distinta onerosidad del mismo en relación con situaciones asimismo distintas, (pues es, a mi juicio, lo que se hace en el proyecto con un magistral discurso jurídico), me parece que es abrir una vía peligrosísima de desintegración del sistema.

4. La consecuencia directa de las precedentes argumentaciones a la hora de afrontar el enjuiciamiento de la imputada discriminación indirecta por razón de sexo, es, a mi juicio, la de que tampoco puede sostenerse ésta, pues, según toda la normativa y jurisprudencia citada en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia, si bien el punto de partida es la afectación mayoritaria a las mujeres, dato que no pongo en cuestión en este caso, no basta con ese solo dato para dar por sentada la discriminación, pues en toda esa normativa y jurisprudencia citada en la Sentencia, a la que desde aquí me remito, se incluye la salvedad de que la disposición, criterio o práctica cuestionadas pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Y es cabalmente esa justificación objetiva en razón de la finalidad de las disposiciones cuestionadas y la adecuación del medio utilizado, enjuiciado desde la lógica del sistema de contributividad, lo que, a mi juicio, se da en ese caso, siendo aplicable, en suma, la salvedad de la discriminación que las referidas normativa y jurisprudencia citadas en el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia establecen. Entiendo, así, que el juicio de proporcionalidad de la medida a que se refiere la primera parte del planteamiento de la cuestión, y la de la decisión de nuestra Sentencia, condiciona de modo inmediato la solución a dar al problema de la discriminación indirecta por razón del sexo, pues de que exista (como yo entiendo) o no (como entiende la Sentencia) esa proporcionalidad, depende de que pueda entrar en juego la salvedad a la discriminación (como yo sostengo) o no (según la tesis de la Sentencia).

5. Por todo lo expuesto, en mi criterio se debiera haber desestimado la cuestión de inconstitucionalidad, en tal sentido dejo formulado mi Voto.

Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 253/2004, DE 22 DE DICIEMBRE, SOBRE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

La Sentencia que analizamos resuelve una audaz cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de

Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la versión del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo de 1995, por el que se prueba el texto refundido de la citada Ley. El precepto cuestionado establecía que «Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas».

Desde un punto de vista procesal destacaremos que, siguiendo una doctrina consolidada en el ámbito de las cuestiones de inconstitucionalidad, la modificación legal posterior de la norma cuestionada no supone la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión, toda vez que dicha modificación no afecta a la norma aplicable en el proceso que se substanciaría ante el órgano de la jurisdicción ordinaria. En la medida en que en una cuestión de inconstitucionalidad se trata de resolver la posible inconstitucionalidad de una norma que debe ser aplicada en un proceso concreto, y de cuya validez depende el fallo, cuando su modificación no incide sobre ella la cuestión planteada sigue siendo relevante. Este es aquí el caso, en tanto que, como señala el TC, en materia de derecho a las prestaciones de la Seguridad Social ha de estarse a la normativa aplicable a la fecha del hecho causante.

La sospecha de inconstitucionalidad se basaba en el hecho de que de la norma cuestionada se derivaba un trato diferente a los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo, de cara al cálculo de los períodos de cotización para causar derecho a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Esa diferencia de trato supondría, a juicio del órgano judicial que eleva la cuestión, una vulneración del principio de igualdad ante la Ley, del art. 14 CE, basada en la quiebra del principio de proporcionalidad que en él se halla implícito, al tiempo que implicaría una discriminación por razón de sexo.

El primero de los motivos de inconstitucionalidad -la vulneración del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE)- es admitido por el TC. Para el Alto Tribunal, «si se examina con atención la norma cuestionada resulta que en los términos estrictos en que la misma establece, para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial».

El problema no es que el trabajador a tiempo parcial obtenga una pensión inferior a la que, en idénticas circunstancias, obtendría un trabajador a tiempo completo. Esto último, como señala el TC, resulta conforme a la Constitución porque el principio contributivo exige que la pensión sea proporcionada al esfuerzo contributivo realizado, que a su vez es menor en el trabajador a tiempo parcial por el inferior salario que éste percibe. Siendo el salario inferior, lo son también las cotizaciones efectuadas por el trabajador, y con ello la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social. La vulneración del principio de igualdad ante la Ley se basa en que la norma cuestionada exige, para

que los trabajadores a tiempo parcial puedan cumplir el período de carencia necesario, un período de actividad laboral mucho más amplio que el que deben satisfacer los trabajadores a tiempo completo.

Aunque la Sentencia del TC basa el juicio de inconstitucionalidad emitido sobre la norma enjuiciada en la falta de proporcionalidad de la medida, el argumento, a nuestro juicio, podría haber sido otro. El análisis de la igualdad ante la Ley debería ser -no es así, sin embargo, frecuentemente en la jurisprudencia del TC- un análisis por etapas. De este modo, al juicio de proporcionalidad sólo se ha de llegar después de estudiar si existe alguna diferencia relevante entre los supuestos de hecho comparados. Sólo existe contradicción con el art. 14 CE si la ley trata de manera desigual dos supuestos de hecho entre los que no se aprecia desigualdad constitucionalmente relevante. El factor de la relevancia es fundamental, toda vez que la comparación entre supuestos de hecho no se debe realizar en abstracto, sino teniendo en cuenta siempre los efectos que se pretenden deducir de una eventual diferencia. De este modo, podríamos decir que, a efectos del cálculo del período de cotización, no debe existir diferencia entre los trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo. El rasgo distintivo del tipo de jornada, que resulta decisivo para la determinación de la cuantía de la pensión, no debe ser relevante, sin embargo, a la hora de calcular el período de cotización. Observamos, por tanto, cómo una misma relación -la que compara los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo- puede ser considerada supuestos de hecho distintos a unos efectos (cuantía de la pensión) y supuestos de hecho iguales a otros (cálculo del período de cotización).

Si, como hace el TC, basamos sin embargo el juicio de inconstitucionalidad en el principio de proporcionalidad, podríamos llegar a la conclusión de que lo inconstitucional no es extraer consecuencias de la diferencia de jornada en el ámbito del cálculo de período de cotización, sino el alcance concreto que en la ley analizada se da a tal consecuencia. Dicho de otro modo, la ley podría ser constitucional si, aun manteniendo un distinto régimen entre ambos tipos de trabajadores, no resultara tan gravoso para el trabajador a tiempo parcial completar los períodos de cotización como lo es en la norma que en el caso concreto se enjuicia. Pero esto último no resulta de ningún modo de la sentencia. Al contrario. Para el TC lo decisivo es que se «dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia», y que «se dificulta el acceso mismo a la prestación al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso» (f.j. 6).

Más acertada, sin embargo, es la argumentación del TC en materia de discriminación por razón de sexo. El TC considera que, junto a una vulneración inespecífica del principio de igualdad ante la Ley, la norma analizada encierra al mismo tiempo una discriminación por razón de sexo; concretamente se trataría de una discriminación indirecta por razón de sexo.

El TC acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para definir el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo. Así, éste «se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perju-

dique 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» (f.j. 7, con cita de abundante jurisprudencia del TJCE). En el mismo sentido, el art. 2.2 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, la define como «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». Tal y como señala la Sentencia, la prohibición de discriminación por razón de sexo, sea directa o indirecta, tanto en el acceso al empleo como una vez empleados, se recoge actualmente de forma expresa en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El propio TC ha definido este tipo de discriminación indirecta como «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» (SSTC 240/1999, f.j. 6; 198/1996, f.j. 2; 145/1991, f.j. 2; en términos similares, STC 41/1991, f.j. 4).

Se trata, sin duda, de un instrumento tremendamente útil para combatir los supuestos reales de discriminación por razón de sexo, y para lograr por tanto la igualdad real de la mujer en todos los ámbitos de la realidad social, no sólo en el laboral. Para su uso, que aún podrá ser sin duda mayor, seguirá siendo de gran utilidad la jurisprudencia del TJCE -TJUE, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Constitución Europea-, toda vez que su valor interpretativo de las

normas de nuestro ordenamiento relativas a los derechos fundamentales ha sido expresamente invocado por la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre.

El empleo de este instrumento exige una determinada actitud de los órganos judiciales. Como señala la Sentencia, «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una discriminación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE» (f.j. 7; también en SSTC 240/1999, f.j. 6; 286/1994, f.j. 3; 145/1991, f.j. 2).

Como es obvio, en el desenmascaramiento de una discriminación indirecta por razón de sexo resulta de especial trascendencia para profundizar en el análisis de la realidad examinada el correcto uso de la estadística y del dato sociológico (STC 240/1999, f.j. 6). Dentro de esta vertiente, destacamos aquí la labor de denuncia que corresponde realizar a los institutos de la mujer, invocada en diversas ocasiones por el TC (así en el f.j. 8 de la Sentencia analizada o en la STC 240/1999, f.j. 7). En este sentido, los datos citados por el TC nos muestran, entre otras cosas, que en el primer trimestre del año 2004, del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial, las mujeres representaban el 81,94 por 100. Esto, sin duda, se vincula a la circunstancia de que es normalmente la mujer la que todavía renuncia a parte de su actividad laboral para intentar compatibilizarla con la vida familiar. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 10 DE JUNIO DE 2004. CONCEPTO DE PAREJA ESTABLE PARA LA INTEGRACIÓN DEL TIPO DE VIOLENCIA DOMESTICA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el día 2 de marzo de 2004, con el siguiente fallo: "Condeno al acusado Valentín, ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de violencia familiar, asimismo definido, a la pena de prisión de 7 meses y 15 días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximarse o comunicarse por cualquier medio con Alejandra por el tiempo de la condena y al pago de las costas. Debiendo indemnizar a Alejandra en 58 euros por las lesiones. Devengando dicha cantidad el interés legal prevenido en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

SEGUNDO.- Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación la representación procesal de D. Valentín que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo por diez días al Ministerio Fiscal que lo impugnó expresamente con el resultado que obra en las actuaciones, remitiéndose seguidamente los autos a esta Sala, sin que se haya propuesto prueba, ni interesado, o considerado necesaria la celebración de vista, designándose el día de la fecha para deliberación, votación y fallo.

Se dan por reproducidos los de la resolución recurrida, que se aceptan en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Invirtiendo el orden de los motivos de impugnación que se recogen en el recurso de apelación, procede entrar a examinar en primer lugar el segundo de ellos, en el que se invoca una indebida aplicación del art. 153.1.2 del Código Penal, porque la inclusión de la relación existente entre el acusado y la denunciante entre las enumeradas en el art. 173.2 del Código Penal, resulta inadecuada.

De las actuaciones se desprende que la denunciante y el denunciado eran novios, si bien no convivían juntos ya que aportaron lugares de residencia y domicilios distintos en sus respectivas declaraciones. El acusado ya desde su primera manifestación ante la policía reseñó que no convivían juntos, sino cada uno en su domicilio, y la propia perjudicada declaró que solía entrar a la casa del acusado, pero que no tenía su llave de esa casa, de donde ha de concluirse que existía entre ambos una relación sentimental de pareja pero sin convivencia conjunta.

El art. 153 en su redacción introducida por la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre se remite al art.173.2 a la hora de establecer a los sujetos pasivos de la infracción, precepto que alude a "quién sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o con-

viente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar".

Su redacción introduce una importante novedad respecto a la que tenía el antiguo artículo 153 del Código Penal introducido por la L.O. 14/99 de 9 de junio. Mientras que este artículo aludía solo a "quién sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad" y de "cónyuge o conviviente" o "pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan" el vigente art. 173.2 se refiere a la persona que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad a la del cónyuge "aun sin convivencia", ampliando el núcleo de los sujetos pasivos del delito a aquellos casos de parejas sentimentales estables en que, por la circunstancia que sea, no exista convivencia marital conjunta, y que antes no estaban incluidos dentro de los sujetos pasivos del delito.

En cambio la convivencia era y sigue siendo un requisito preciso y exigible en relación al resto de familiares, es decir a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, o a los menores, incapaces, o sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro integrante de la pareja, respecto a los que viene referidos términos y expresiones como "conviviente", "que con él convivan" o "núcleo de su convivencia familiar". El Legislador con esta nueva redefinición del tipo penal da respuesta a situaciones de noviazgo o de parejas sentimentales estables que no quieren o no pueden vivir juntas, en las que los incidentes de violencia física o síquica se desarrollan de forma similar a las de aquellas otras que sí cohabitaban de forma conjunta, y que hasta ahora no gozaban de la especial y específica protección que se otorgaba a aquellas otras. En estas circunstancias y teniendo en cuenta que el recurrente y la denunciada eran una pareja sentimental estable como lo demuestra el que el propio Valentín explicara que eran pareja y que llevaban un año y tres meses aunque cada uno en su casa, y que los problemas que se generaban entre ellos eran los propios de una relación semejante a la marital - el acusado habló de un supuesto aborto de su pareja, existiendo también un trasfondo económico por un dinero prestado -, solo cabe concluir que mantenían una relación de afectividad análoga a la marital aunque sin convivencia, por lo que la calificación de los hechos como constitutiva de un delito del vigente art. 153 del Código Penal es plenamente correcta y se ha de confirmar.

SEGUNDO.- El otro motivo del recurso viene referido a una errónea valoración de la prueba, porque ninguno de los testigos dijo haber Visto que el acusado amenazara a la denunciante con un cuchillo, solicitándose una reducción de la pena que no se debería imponer en su mitad superior al no mediar en el incidente violento el empleo de arma blanca. En relación a la valoración de la prueba de carácter personal ha de indicarse que la intermediación que ofrece el hecho de que la prueba se practique en el acto del juicio oral bajo los principios de contradicción y oralidad, permite al Juez "a quo" una apreciación de la misma bajo

JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

parámetros de objetividad que debe ser mantenida y no sustituida por la subjetiva de la parte apelante salvo que tal facultad hermenéutica y su conclusión o resultado se manifiesten arbitrarios, ilógicos o irracionales, lo que objetivamente no acontece en el presente caso, en el que Alejandra ha mantenido en todas sus declaraciones que su pareja, además de darle un tortazo - extremo no discutido -, la amenazó con un cuchillo que dejó en el coche donde estaba su hermana. Que esta última dijera no haber Visto el arma, en absoluto priva de fiabilidad al testimonio de la perjudicada vista la relación de parentesco que tiene con el acusado, como tampoco que no lo mencionara el testigo Iván Mariscal, que sí que oyó como la amenazaba con apuñalar a su padre y hermano, porque este testigo ya señaló ante la policía que la discusión ya había empezado cuando él la observó por lo que no vio todo el desarrollo de los hechos, sino su parte final.

TERCERO.- Pese a desestimarse el recurso, no se aprecia temeridad o mala fe en el apelante, por lo que las costas de esta segunda instancia se declaran de oficio.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Valentín contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alcalá de Henares con fecha de 2 de marzo de 2004 en el Procedimiento Abreviado 116/2004, confirmando íntegramente dicha resolución, con declaración de oficio de las costas derivadas de este recurso.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso y devuélvase las actuaciones, con certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Javier Vieira Morante.- Olatz Aizpurua Biurrarena.- Araceli Perdices López.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 10 DE JUNIO DE 2004: LA CORRECTA INCLUSIÓN DE LAS RELACIONES DE NOVIAZGO SIN CONVIVENCIA EN EL ÁMBITO TÍPICO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.

La inclusión de la relación estable de pareja sin convivencia en el ámbito típico del artículo 173.2 del Código Penal (CP) –y, por ende, en el art. 153 CP- como consecuencia de la reforma operada a través de la

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, constituye la premisa mayor de la sentencia objeto de estas líneas.

La Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre ha modificado sensiblemente la regulación de la violencia doméstica contenida en el Código Penal de 1995 no sólo en lo que respecta al incremento de las penas imponibles. Por una parte, ha trasladado el delito de malos tratos habituales -tipificado con anterioridad en el artículo 153 CP- al artículo 173.2, ubicado en el Título VII del Libro II del Código penal denominado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Por otra parte, la referida Ley ha dotado de un nuevo contenido al art. 153 CP, precepto en el que ha elevado a la categoría de delito una serie de conductas de violencia doméstica no habitual que el CP castigaba hasta entonces como falta. Como se indica en su exposición de motivos, “las conductas que son consideradas en el Código penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia o porte de armas”. Tras la reforma legislativa a la que se viene haciendo referencia, la regulación de los delitos de violencia doméstica queda, por lo tanto, escindida en dos preceptos con diferentes ubicaciones sistemáticas, en uno de los cuales se castiga la violencia habitual (art. 173.2) mientras que en el otro (art.153) se reprime la violencia no habitual³⁴. Ambos artículos, sin embargo, están conectados entre sí en lo tocante al círculo de sujetos pasivos, pues el artículo 153 remite a este respecto al art. 173.2³⁵. Pues bien, como se apuntaba ya en línea de principio, la referida Ley Orgánica 11/2003 ha ampliado además dicho círculo. Así, amén de haber dado cabida en él a “los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”, así como a los ascendientes que no conviven con el agresor y a todos los descendientes (no solamente a los hijos, como prevenía la redacción anterior), ha incluido también a las personas que estén o hayan estado ligadas a él por una relación de afectividad análoga a la marital aun sin convivencia³⁶.

El reconocimiento efectuado por el legislador³⁷ de que las relaciones de afectividad análogas a la marital aun sin convivencia (noviazgo sin convivencia) pueden ser caldo de cultivo de la violencia de género goza de un sólido fundamento, cual es el que brinda la propia realidad. Como con acierto se ha señalado³⁸, ésta “pone de manifiesto que las claves favorecedoras de la violencia en las relaciones afectivo-amorosas no dependen únicamente de la convivencia. Ni siquiera en primera línea. Lo verdaderamente decisivo y propio de estas relaciones

³⁴ Vid. en sentido fuertemente crítico respecto a esta dispersión de la regulación de los malos tratos en el Código Penal, LAURENZO COPELLO, P.: Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada, en Artículo 14 núm. 14 (diciembre de 2003), pág. 6.

³⁵ Así, tras la reforma operada por la L.O. 11/2003 el párrafo 1 del art. 153 CP castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años al que “por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2” Sobre la evolución legislativa de la violencia doméstica vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Valencia, 1999, págs. 33 y ss.; CERESO DOMÍNGUEZ A.I.: El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 522 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. El artículo 173.2 y 3 del Código Penal: Algunas cuestiones, en PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.): Serta in memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004, págs. 711 y ss.

³⁶ Asimismo el precepto abarca a otros sujetos especialmente vulnerables fuera del ámbito familiar. El vigente art. 173.2 castiga en su primer párrafo a quien “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

³⁷ Como explica MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: Comentario al art. 173 CP, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C.M. (Coordinadores): Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 104, en especial, nota 212, la inclusión del inciso subrayado en el texto es fruto de la aprobación por unanimidad de la enmienda número 143 del Grupo Parlamentario Catalán, que perseguía de forma expresa abarcar “aquellos delitos cometidos por personas que hubieran tenido relación de novios o novias aunque no hubiere mediado convivencia”.

JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

es el sentimiento de posesión y dominio que uno de los miembros de la pareja experimenta respecto del otro, una situación que se puede dar tanto en la fase de convivencia como en la etapa previa de noviazgo e incluso en otra clase de relaciones amorosas paralelas a las matrimoniales –vg. las relaciones estables con una segunda mujer fuera del matrimonio–“.

El riesgo que la inclusión de esta clase de relaciones pueda entrañar para la seguridad jurídica, puede conjurarse a través de “una adecuada interpretación teleológica que limite el alcance del tipo a las relaciones de noviazgo lo suficientemente estables y consistentes como para dar lugar al clima de dominio y subordinación característico de la violencia de género”³⁹. Dicha condición es cumplida por la exégesis que realiza la Sección Primera de la Audiencia provincial de Madrid en la sentencia analizada, pues en el Fundamento Jurídico Primero, tras subrayar que es la estabilidad el rasgo definitorio de las relaciones sin convivencia a las que la L.O. 11/2003 ha extendido el radio de acción del art. 173.2 CP y, por ende, del art. 153 CP, –precepto aplicado– basa su razonamiento y su confirmación de la calificación de los hechos realizada por el juez a quo en que la pareja formada por el recurrente y la víctima del delito tipificado en el art. 153 CP era “una pareja sentimental estable”, de manera que –se argumenta– “sólo cabe concluir que mantenían una relación de afectividad análoga a la marital aunque sin convivencia”. Este extremo lo estima acreditado el Tribunal –correctamente a mi entender– basándose en que “el propio Valentín explicara que eran pareja y que llevaban un año y tres meses aunque cada uno en su casa, y que los problemas que se generaban entre ellos eran los propios de una relación semejante a la marital –el acusado habló de un supuesto aborto de su pareja, existiendo también un trasfondo económico por un dinero prestado–“.

Con arreglo a lo expuesto, cabe afirmar que pese a que tras la reforma operada por la L. O. 11/2003 el CP ya no alude expresamente a la estabilidad a la hora de adjetivar la relación de análoga afectividad a la marital que ha de ligar a agresor y víctima en el ámbito de la violencia doméstica, aquélla debe seguir siendo considerada el rasgo esencial de dicha clase de relación. Partiendo de la aludida necesidad de una adecuada interpretación teleológica, la inclusión en el ámbito típico de las relaciones sentimentales en las que no se ha compartido techo obliga a abandonar la extendida interpretación doctrinal conforme a la cual la estabilidad debía entenderse referida a la convivencia de la pareja o incluso dependiente de ésta.⁴⁰

Sentado lo anterior, la observancia del principio de legalidad conduce a la aplicación del art. 153, de manera que la conducta desplegada por el recurrente, pese a que en atención a la entidad de la afección a la

salud que produce es constitutiva de falta –propina un tortazo a su novia–, debe castigarse como delito, dado que la víctima es uno de los sujetos comprendidos en el art. 173.2 CP⁴¹. Lo mismo resulta predicable de las amenazas proferidas esgrimiendo un cuchillo –extremo éste que pese a la pretensión contraria del recurrente el Tribunal estima probado (Fundamento Jurídico Segundo)–. Cabe reseñar que la elevación de faltas a delitos llevada a cabo por la L. O. 11/2003 y auspiciada por el Consejo General del Poder Judicial, es objeto de valoraciones de muy diverso signo por parte de la doctrina⁴². Con todo, del contenido de la sentencia comentada se infiere que el Tribunal no estima censurable la decisión adoptada por el Legislador.

Por lo demás, las penas aplicadas son consecuencia de la apreciación de la agravación prevista en el párrafo 2º del art. 153, en cuya virtud “se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”. Desde mi punto de vista, la aplicación de esta agravación podría implicar una infracción del principio *ne bis in idem* si el cuchillo no fue utilizado por el recurrente cuando produjo la lesión a la víctima –extremo éste que no se precisa en la sentencia, en la que sólo consta que el agresor “además de darle un tortazo (...) la amenazó con un cuchillo” –, pues la amenaza leve tipificada en el párrafo 1º del art. 153 CP implica ya la utilización de armas.

Especial mención merece la imposición de las penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (por dos años) y prohibición de aproximarse o comunicarse por cualquier medio con la víctima por el tiempo de la condena. El carácter obligatorio de la imposición de la primera de ellas (“en todo caso”), establecido en el art. 153 CP –y también en el art. 173.2–, es una ansiada novedad introducida por la L.O. 11/2003 que merece una valoración muy positiva⁴³. En lo tocante a la segunda de las penas mencionadas (pena accesoria prevista en el art. 57 CP) conviene subrayar que cuando se cometió el delito objeto de la sentencia comentada aún no había entrado en vigor la Ley Orgánica 15/2003⁴⁴, de manera que la imposición de la misma aún no era obligatoria en el ámbito de la violencia doméstica, ni regía la actual previsión de que en caso de que la pena principal sea de prisión, el juez habrá de acordar una duración de las penas de alejamiento necesariamente superior a aquélla. Bienvenidos sean avances como estos en la lucha contra la violencia doméstica. (ANA MARÍA PRIETO DEL PINO. Profa. Asociada a tiempo completo del área de Derecho penal de la UMA).

³⁹ Así LAURENZO COPELLO, P.: *ibidem*, pág. 7; de forma similar MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *ibidem*, pág. 104.

⁴⁰ LAURENZO COPELLO, P.: *ibidem*. Lo cual, como señala esta autora, resulta más fácil en el ámbito del art. 173.2 dada la exigencia de habitualidad.

⁴¹ Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, L.: Comentario al art. 153 CP, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. M. (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 432.

⁴² Con arreglo al art. 4.3 CP cuando un Juez o Tribunal “acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulta penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

⁴³ Vid. en sentido fuertemente crítico, señalando que se vulnera con ello el principio de culpabilidad y también la presunción de inocencia por cuanto se está presumiendo que el acto violento realizado no es un hecho único y aislado sino que constituye el primer eslabón de la cadena del maltrato, LAURENZO COPELLO, P.: *ibidem*, págs. 7-10. Considera justificable en cambio la transformación de las faltas en delito MORILLAS CUEVA: *Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica*. Propuestas de reforma, en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pág. 674.

⁴⁴ Como señala LAURENZO COPELLO, P.: *ibidem*, pág. 11, “se trata de una medida que venía demandándose de forma insistente desde los órganos encargados de la custodia y protección de las mujeres maltratadas a la vista de la incongruencia que suponía el castigo de un sujeto por su demostrada agresividad sin poner al mismo tiempo los medios adecuados para impedirle el contacto con las armas”.

⁴⁵ Lo hizo en octubre de 2004

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