

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 16 • SEPTIEMBRE DE 2004

DOCTRINA

- La igualdad y el futuro de Europa: Reflexiones en torno al proceso de constitucionalización.

LEGISLACIÓN

- Comentario al Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo.
- Ley de Cantabria, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

JURISPRUDENCIA

- La discriminación indirecta y la igualdad salarial.
- Trabajadoras empleadas a tiempo parcial y discriminación indirecta.
- El principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres y la clasificación profesional como instrumento de discriminación.
- Derecho de una trabajadora a cobrar la baja por maternidad incluso cuando está en periodo de excedencia por cuidado de hijos.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

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:

PRESENTACIÓN

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

La igualdad y el futuro de Europa: Reflexiones en torno
al proceso de constitucionalización.

Teresa Freixes Sanjuán. Catedrática de Derecho Constitucional 4

LEGISLACIÓN

• Comentario al Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de
Protección Integral contra la violencia de género. M.^a Luisa
Balaguer Callejón. Catedrática de Derecho Constitucional. 22

• Reglamento (CE) n.º 806/2004 del Parlamento Europeo y del
Consejo de 21 de abril de 2004 relativo al fomento de la igual-
dad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo. 24

• Ley 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria, Integral
para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres
y la Protección a sus Víctimas. 30

JURISPRUDENCIA TJUE

• Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de Junio
de 2004. Principio de igualdad de retribución entre
trabajadores masculinos y femeninos. 38

• Sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera), de 27 de mayo
de 2004. Discriminación indirecta de las trabajadoras emplea-
das a tiempo parcial. 47

JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004, sobre
discriminación salarial a 7 mujeres que realizaban las mismas
funciones que otros compañeros pero cobraban menos. 50

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003, que
reconoce el derecho de una trabajadora a cobrar la baja por
maternidad incluso cuando está en periodo de excedencia por
cuidado de hijos. 54

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 58

NOTICIAS 59

PRESENTACIÓN

La violencia de género es por sus dimensiones y por el grave impacto que supone en la vida de las mujeres un problema de Estado que exige de la voluntad y el consenso de las personas con representación política, institucional y social, así como de la implicación de toda la sociedad para erradicarla. Sin embargo, aunque constituye un problema que muy pocos se atreven a negar, el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en estos momentos se está debatiendo, para hacer frente a la terrible realidad que viven muchas mujeres, está produciendo una abundante argumentación teórica - doctrinal que, en algunos casos, manifiesta un profundo desencuentro con planteamientos que persiguen el desarrollo de una política de igualdad de derechos de mujeres y hombres, entre cuyos objetivos se encuentran el alcanzar un orden jurídico que la garantice.

Desde esta revista, hemos venido realizando un seguimiento de la normativa y jurisprudencia que protege el derecho a la igualdad de acuerdo con el artículo 14 de nuestra Constitución, así como de aquellas medidas de acción positiva, apoyadas en el artículo 9.2 de la Constitución Española, que suponen una activación legítima del proceso, para avanzar en la búsqueda de la igualdad de dos situaciones - las de mujeres y los hombres - que hoy todavía no son iguales y que han producido una abundante jurisprudencia al respecto. La expresión máxima de esta situación de desigualdad lo constituye la violencia contra las mujeres, que es un ataque a los derechos fundamentales de primer orden, y que es la propia Constitución la que insta a los poderes públicos para que utilicen las acciones positivas como mecanismo de eliminación y corrección de las discriminaciones y desigualdades.

En los últimos años, el desarrollo de Programas y Planes contra la violencia, se han traducido en importantes avances en la toma de conciencia sobre este grave problema social y en la atención a las víctimas, pero es indiscutible que hay que seguir avanzando ya que la violencia contra las mujeres no ha tocado su fin. Es necesario actuar en el desarrollo normativo - completo y explícito - para proteger plenamente a las mujeres de la violencia machista, contar con un instrumento legal que garantice los derechos de las mujeres a la vida, a la seguridad e integridad y a la salud, un marco jurídico con una perspectiva integral para erradicar y prevenir la violencia de género que proteja a las víctimas y sancione los comportamientos delictivos, en definitiva un texto legal que posibilite hacer efectivos los principios constitucionales, acorde con la tutela de los valores y principios básicos de la convivencia social, entre los que la violencia de género encuentre un total rechazo y condena.

En mis primeras líneas en la revista jurídica artículo 14, quiero transmitir a los operadores jurídicos, sus principales lectores y lectoras, la responsabilidad y el compromiso que tenemos todas y todos de buscar soluciones, para aprobar un instrumento jurídico, enriquecido con las aportaciones que se están realizando, pero a la vez firme en la decidida resolución de visualizar a las mujeres en el texto de la ley por ser ellas las principales víctimas de este horror, un soporte estratégico para garantizar la eficacia de las acciones públicas dirigidas a erradicar la violencia de género.

Soledad Ruiz Segúin
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

LA IGUALDAD Y EL FUTURO DE EUROPA: REFLEXIONES EN TORNO AL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

TERESA FREIXES SANJUÁN¹

En estos últimos años, en la Unión Europea, concretamente desde que en las Cumbres de Colonia y de Tampere se decidió elaborar una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se está experimentando un significativo retroceso en relación con la igualdad entre las mujeres y los hombres.

Este retroceso se concreta, desde la vertiente práctica, en la formación de sendas Convenciones en el seno de la Unión, formadas a partir de unos criterios establecidos por el Consejo Europeo en los que no se tiene en cuenta ninguno de los mandatos de la propia Unión Europea acerca de la representación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión. Desde la vertiente dogmática, también hay que constatar que el contenido de género de la Carta de los Derechos Fundamentales constituye un importante retroceso en relación con el estándar que ya tiene la igualdad en el Derecho comunitario vigente y que, además, puede que ello se consolide en el Tratado constitucional que la Convención para el futuro de Europa está preparando en estos momentos². Vamos a examinar estas cuestiones, aunque en forma sucinta, dado el alcance del presente trabajo.

1.- LA COMPOSICIÓN DE LA CONVENCIÓN Y LA IGUALDAD ENTRE LAS MUJERES Y LOS HOMBRES EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El Consejo Europeo de Colonia³, convocado tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y tras la renovación de la Comisión Europea, con una Presidencia de la Comisión aún sin ratificar por el Parlamento Europeo pero con su nuevo Presidente presente en la cumbre⁴, tomó dos acuerdos de singular importancia. En el apartado IV, correspondiente al “Desarrollo de la Unión Europea”, se acuerda la elaboración de una “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea” así como abrir una Conferencia Intergubernamental sobre cuestiones institucionales, dejando para los Consejos de Tampere y Helsinki la concreción de tales decisiones. El “calado” de ambas decisiones era hondo. Por una parte, regular los derechos, por otra, reformar las Instituciones. En esencia, tocar fondo en la misma naturaleza de la Unión Europea en cuanto organización política que ejerce las competencias establecidas en los Tratados teniendo en cuenta que finalmente, los destinatarios últimos de tales políticas, son los ciudadanos comunitarios y todas aquellas otras personas que, de una forma u otra, se encuentra en el territorio de los Estados de la Unión. La conexión entre ambas decisiones originó enseguida que se reavivara el debate acerca de la constitucionalización de los Tratados o, según quienes debatieran, de la elaboración de una Constitución para Europa cuyo primer pilar fuera la Carta de los Derechos Fundamentales⁵.

A.- La elaboración de la Carta de derechos fundamentales:

Siguiendo los mandatos de Colonia y Tampere, se formó una Convención, formada del siguiente modo:

¹ Teresa Freixes Sanjuán es Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo. Perteneció al “Réseau UE d’experts indépendants en matière des droits fondamentaux” de la Unión Europea.

² Para una visión general ver FREIXES, T. y REMOTTI, J.C. *El futuro de Europa: Constitución y derechos fundamentales*. Ed. conjunta de la Universidad de Santiago de Compostela, UNED, Instituto Europeo de Derecho y Universidad de Valencia. MINIM, Ed. Valencia, 2002.

³ Ver *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Colonia*. 3 y 4 de junio de 1999. <http://ue.eu.int/Newsroom/LoadDoc.cfm?MAX=1&doc=!!!&bid=76&did=65/06/99GRP=>.

⁴ Los problemas derivados de la dimisión de la Comisión Europea, a partir de la presión del Parlamento Europeo con motivo de las repercusiones que tuvo el Informe del Tribunal de Cuentas en el que se advertía de prácticas inadecuadas en la ejecución del Presupuesto comunitario, acompañados por la renovación del propio Parlamento Europeo, han originado un gran retraso en la aplicación del Tratado de Amsterdam. Tan grande que, cuando han comenzado a verse sus efectos, ya ha entrado en vigor el Tratado de Niza incluyendo reformas en las Instituciones y en los procesos de decisión de cara a la ampliación de la Unión a los Estados de Europa Central y Oriental.

⁵ Rápidamente, el Parlamento Europeo, que como hemos visto ha sido la Institución comunitaria que más ha defendido la elaboración de una Constitución para la Unión Europea, elaboró un Informe sobre la preparación de la reforma de los Tratados y la próxima Conferencia Intergubernamental (Comisión de Asuntos Constitucionales, A5-0058/1999 FINAL), con fecha 10 de noviembre de 1999, en el que vinculaba la elaboración de la Carta al proceso de constitucionalización de la Unión. Así, tras felicitar a la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales, considera que la elaboración de esta Carta forma parte de ese proceso constitucional. El Parlamento propone, a nivel jurídico, que se unifiquen los actuales Tratados en un texto único en el que se distingan dos partes, una constitucional (comprendiendo los objetivos, los derechos fundamentales, las instituciones y los procedimientos de toma de decisiones) y otra en la que se definirían las políticas de la Unión. En cuanto a las Instituciones, el Parlamento Europeo afirmaba que éstas debían reformarse en el sentido de mejorar la calidad democrática de la Unión.

DOCTRINA

El Parlamento Europeo designó 16 europarlamentarios teniendo en cuenta la composición política de la cámara. Los parlamentos de los Estados miembros de la Unión a dos parlamentarios cada uno de ellos (en la lógica de primera o segunda cámara o, en las asambleas unicamerales, representación de la mayoría y de la oposición) siendo en total 30 representantes.

Los gobiernos nombraron un representante cada uno, formando un total de 15 delegados gubernamentales. Otros miembros nombrados por las otras Instituciones de la Unión: 2 representantes de la Comisión Europea, 2 del Tribunal de Justicia, 4 del Comité Económico y Social, 3 del Comité de las Regiones y el Defensor del Pueblo Europeo.

El Consejo de Europa envió dos representantes.

Se nombraron también suplentes, se consultó a organizaciones, asociaciones y grupos que quisieron comunicar a la Convención sus posiciones en las denominadas audiencias, y se abrió una página web para que la ciudadanía pudiera conocer lo que se estaba haciendo y exponer su parecer al respecto.

Hay que llamar la atención en el hecho de que la Convención se formara obviando uno de los principios más significativos del derecho comunitario, que se ha ido consolidando a lo largo de estas últimas décadas, y que se plasmó en toda su extensión y transversalidad en el Tratado de Amsterdam: nos referimos al principio de la participación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión⁶. En efecto, al repasar la lista de los componentes de la Convención, nos encontramos con que las mujeres, entre miembros titulares y suplentes, no han significado ni el 20 % de este órgano. Únicamente en el marco de la representación del Parlamento Europeo, todo hay que decirlo, ha habido una cierta aproximación a los mandatos comunitarios en torno a la representación equilibrada en la toma de decisión. Así, entre los 119 miembros (entre titulares y suplentes) sólo podemos contabilizar 24 mujeres. De entre ellas sólo 10 eran titulares (5 por el Parlamento Europeo y otras 4 por los parlamentos finlandés, luxemburgués, danés y portugués y una por el Comité de las Regiones). Las 14 mujeres suplentes se repartían entre las 6 del Parlamento Europeo, las 3 del Parlamento francés y las representantes de los parlamentos de Finlandia, el Reino Unido, Dinamarca, Italia e Irlanda⁷. Nos encontramos, pues, ante la gran paradoja de intentar configurar una Convención plural y representativa, desde los territorios, desde las instituciones, desde las opciones políticas, desde casi todos los puntos de vista... menos desde la perspectiva de género.

B.- La igualdad en la Carta de derechos fundamentales

Vista la composición de la Convención, no es de extrañar que el tratamiento que la igualdad entre las mujeres y los hombres ha recibido en la Carta, no siguiera la línea que en los últimos años había emprendido al respecto la Unión Europea.

En efecto, como si los Tratados comunitarios no tuvieran contenido alguno en materia de igualdad de género, como si en ellos no se hubiera introducido el "mainstreaming", como si en el Derecho derivado no se hubiera consolidado un importante acervo sobre la igualdad que los mismos Tratados obligan a respetar y mantener, la igualdad entre las mujeres y los hombres se sitúa en un título de la Carta que tiene como denominación genérica "Los derechos de igualdad" e incluye: La igualdad ante la ley, una cláusula general de no-discriminación, el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre las mujeres y los hombres comprendiendo la posibilidad de acciones positivas, los derechos del menor, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas.

⁶ Hay que recordar las disposiciones de los Tratados que ya hemos comentado: la *Recomendación del Consejo sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión* (Nº 96/694, del 2 de diciembre de 1996), la *Resolución sobre la participación de las mujeres en la toma de decisión comunitaria* (A3-0035/94, de 11 de febrero de 1994) y lo acordado en la *Conferencia Europea de París* del 17 de abril de 1999, por la que los Ministros responsables de las políticas de igualdad en los Estados miembros, conjuntamente con las Instituciones europeas, se comprometían a poner en marcha los instrumentos necesarios para promover la participación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión política, social y económica.

El Consejo de Europa (hay que recordarlo aquí porque los Estados miembros de la Unión también pertenecen a esta otra organización europea) también se ha pronunciado al respecto mediante la *Recomendación de la Asamblea parlamentaria 1413* (1999) por la que aboga a favor de la representación paritaria de hombres y mujeres en la esfera política.

⁷ La representación española, por ejemplo, no contó con ninguna mujer. Tampoco Grecia, Bélgica, Alemania, los Países Bajos, Austria y Suecia tampoco contaron con representación femenina interna, como si en todos estos países no existieran mujeres expertas a nivel jurídico en los temas objeto de la Carta, ni en los parlamentos, ni nombradas por los gobiernos. Este hecho puede explicar en gran medida, como veremos posteriormente, los graves problemas que existieron en la Convención en relación con la inclusión de la igualdad entre mujeres y hombres en la Carta.

DOCTRINA

La igualdad entre las mujeres y los hombres no se plasmó en el texto de la Carta prácticamente hasta su redacción final⁸, pese a las numerosas llamadas de atención que se realizaron a la Convención para que ésta tuviera en cuenta, al menos, el alcance que ya igualdad ya tenía en los Tratados comunitarios. Y la regulación final que contiene la Carta se incluye en un Capítulo cuya estructura se acaba de reseñar y que entendemos que es desafortunada por incluir situaciones jurídicas muy diversas que poco tienen que ver con el rótulo “Derechos de igualdad” que la encabeza.

Concretamente, a igualdad entre las mujeres y los hombres proclamada en el artículo 23, tiene la redacción siguiente: “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.- El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

En esta parca regulación se incluye todo lo referente a la igualdad entre las mujeres y los hombres que, tal como ha sido puesto de manifiesto reiteradamente en los Informes de la propia Comisión Europea, constituye un eje esencial de toda la actividad de la Comunidad Europea. Así, en los arts. 2 y 3 del Tratado CE la igualdad entre las mujeres y los hombres constituye, como hemos señalado anteriormente, a la vez una misión y un objetivo y un medio de actuación que ha de desplegar sus efectos en todas las políticas comunitarias (desde la política económica y monetaria y el reparto de los fondos estructurales, hasta la política social y la cooperación al desarrollo, pasando por el resto de finalidades de la CE). Se trata de la igualdad que ha obtenido un desarrollo muy extenso en el derecho comunitario derivado, donde un elevado número de directivas han contribuido a lograr avances extraordinarios, y de la igualdad que ha venido garantizando, aunque a veces con sobresaltos como en el asunto *Kalanke*, el Tribunal de Justicia a lo largo de una copiosa jurisprudencia.

Si hemos de tener en cuenta lo que afirma la Convención a lo largo de sus trabajos, los ejes centrales o las fuentes de inspiración que han presidido la elaboración de la Carta han sido, el propio derecho comunitario, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros y otros instrumentos o tratados internacionales suscritos por la Unión o los estados que la integran. Pues bien, el standard o nivel que la igualdad obtiene en la Carta es considerablemente menor que el que tenía ya consolidado en el derecho comunitario (y no digamos con relación a la Plataforma de Pekín, que también fue suscrita por la propia Unión Europea). ¿Significa ello que, a partir de las disposiciones de la Carta, el nivel de protección y desarrollo de la igualdad va a disminuir?

La respuesta es no, y ello es así como consecuencia de esas disposiciones generales que, tal como he manifestado, creemos que “salvan” jurídicamente el standard de los derechos de la Carta. ¿Por qué? Pues porque en el art. 53 consta lo que sigue: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”⁹.

Ello significa, y de ahí el gran valor de esta cláusula transversal a todos los derechos reconocidos por la Carta, que comparando el nivel de protección y garantía que cada uno de ellos tiene en el derecho comunitario (todo el derecho comunitario, el de los Tratados, el derecho derivado y la jurisprudencia), los tratados internacionales sus-

⁸ Diversos miembros de la Convención (Catherine Lalumière, Gui Braibant, François Loncle acudieron a la convocatoria de l’“Association des Femmes de l’Europe Méridionale” que tuvo lugar en París los días 21 al 23 de setiembre de 2000, precisamente cuando se estaba cerrando definitivamente el texto de la Carta. En esta reunión, representantes de más de 200 asociaciones de mujeres solicitaron la inclusión de la igualdad substancial entre hombres y mujeres en todos los ámbitos el día 21, así como el reconocimiento de las acciones positivas como instrumento para su promoción. En esta misma sesión T. Freixes (en la que participó como Experta de la Comisión Europa) reafirmó la importancia que tenía el respeto al acervo comunitario para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en forma convincente, ya que desde el Tratado de Amsterdam se había dado un gran salto hacia delante, como ya ha sido expuesto anteriormente; ello originó el apoyo de M. Braibant (miembro de la Convención) para reforzar las denominadas “cláusulas transversales” que finalmente se incluyeron en el texto de la Carta. El día 22, en plena sesión, se comunicó que la Convención (realmente el Presidium o Comité de redacción), había decidido incluir la referencia a la igualdad en la Carta, de acuerdo con las propuestas que se habían hecho en la sesión del día anterior. Se pueden ver estos debates en las Actas, ya publicadas, de la Conferencia de AFEM. *L’égalité entre les femmes et les hommes: un droit fondamental. Actes de la conférence organisée les 21, 22 et 23 septembre 2000 au Palais du Luxembourg, à Paris.* AFEM-Commission Européenne - Gouvernement Français, Paris 2000.

⁹ Otras cláusulas transversales se refieren a la vinculación de las Instituciones comunitarias a los derechos de la Carta, así como de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión (art. 51). También a la posibilidad de establecimiento de límites cuando así se disponga en la ley y respetando el contenido esencial de los derechos así como el principio de proporcionalidad (art. 52). Asimismo se establece una prohibición de abuso de derecho, en el sentido de prohibir la utilización de las disposiciones de la Carta para destruir los derechos o someterlos a limitaciones más amplias que las previstas en ella (art. 54). Acerca de la necesidad de introducir una cláusula para garantizar el mejor de nivel de protección véase *Quo vadis Europa?*. Contribución. Teresa Freixes. 23 de junio de 2000, <http://europarl.es/dcs/cont2306a.pdf>.

DOCTRINA

critos por la Unión o la Comunidad o los Estados miembros, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución del estado de que se trate, se tendrá que aplicar siempre el nivel de protección y garantía mayor, es decir, el standard más alto.

Hay que decir que esto no es nuevo, puesto que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ya había aplicado reiteradamente el criterio del standard más alto cuando, a partir de la técnica de los principios generales del derecho comunitario, tenía que establecer el nivel de protección a partir del propio derecho comunitario, el Convenio Europeo y la Constitución del estado concernido por el caso, o los mandatos derivados de la adopción de los acuerdos internacionales suscritos por la propia Unión.

El único inconveniente que plantean este tipo de cláusulas es que, si bien para el jurista experto la única dificultad de aplicación consiste simplemente en determinar el standard más alto, en muchas ocasiones quienes tengan que aplicar la Carta no van a tener la cualificación, o quizás ni tan siquiera los instrumentos necesarios, para conocer la misma existencia del art. 53 y mucho menos un acceso fácil a todos los instrumentos jurídicos a los que este artículo reenvía. De este modo, aquello que en sentido jurídico estricto constituye la garantía de no disminución del nivel de protección de los derechos fundamentales, se puede convertir en una mera disposición formal que, por desconocida, no cumpla con las expectativas generadas.

2.- LA CONVENCION PARA EL FUTURO DE EUROPA: AUSENCIA DE LEGITIMIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO¹⁰

La formación de la Convención para el futuro de Europa ha supuesto otra vez un paso atrás en la legitimidad de la toma de decisión en Europa. Ya en la Convención de la Carta de los Derechos Fundamentales se incumplieron los mandatos comunitarios acerca de la representación equilibrada entre hombres y mujeres en la toma de decisión, originándose al mismo tiempo una difícil introducción de la perspectiva de género en el contenido de la Carta, tal como ha sido constatado en este trabajo.

A.- Los mandatos de la cumbre de Laeken sobre la organización y funcionamiento de la Convención para el futuro de Europa y el incumplimiento del acervo comunitario sobre la igualdad de oportunidades

Pese a las numerosas llamadas de atención que se realizaron desde distintos ámbitos para que una tal situación no volviera a repetirse con la Convención para el futuro de Europa, el Consejo de Laeken, al decidir la composición y establecer el procedimiento de trabajo de la nueva Convención, no tuvo en cuenta los mandatos de los arts. 2 y 3 del Tratado de la Comunidad Europea (en el texto de la reforma de Amsterdam) por los que todas las políticas comunitarias han de tener como misión y objetivo y como medio e instrumento la igualdad entre las mujeres y los hombres, al mismo tiempo que la promoción de su consecución.

El Consejo europeo, en Laeken, se limitó a reproducir los criterios contenidos en el precedente de la Convención de la Carta, con las únicas diferencias de nombrar directamente al Presidente y los dos Vicepresidentes de la Convención y de incorporar, con voz pero sin voto, a la representación de los estados candidatos a la ampliación.

De este modo, en Laeken, no se tuvieron en cuenta las medidas que el propio Consejo había promovido con anterioridad, tanto a nivel de las resoluciones y recomendaciones acerca de la representación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión, como las acordadas en la Conferencia de París de 1999, cuando el Consejo se comprometió a realizar acciones para impulsar el equilibrio en la representación, tanto en el seno de la Unión como en los estados miembros.

El Consejo, a este respecto, hay que decirlo claramente, ha incumplido en forma patente y notoria sus obligaciones con relación al respeto, promoción y desarrollo del acervo comunitario consolidado en materia de igualdad de oportunidades que, como todo otro contenido de ese acervo, los propios Tratados comunitarios obligan a adoptar.

¹⁰ Adopto este título tomándolo del comunicado que firmé, conjuntamente con P. Saavedra, dirigido a las Instituciones europeas, con el objeto de llamar la atención acerca de este "singular" modo de proceder actual en la Unión Europea.

DOCTRINA

Y si ello resulta grave desde el punto de vista de los principios, mucho más lo ha sido en la práctica cuando, al aplicar los criterios de reparto institucional y territorial establecidos en la cumbre de Laeken, los órganos e instituciones que han nombrado a los componentes de la Convención para el futuro de Europa, salvo escasas excepciones, han disminuido todavía más la representación de las mujeres en un órgano comunitario tan importante como el que tiene que preparar y dirigir el proceso de constitucionalización. Se podría argumentar que todos ellos conocen los mandatos comunitarios de equilibrio de género y que, por lo tanto, son ellos los responsables de este incumplimiento. Sin embargo, constatado como lo ha sido, el problema ya con la Convención de la Carta de los Derechos Fundamentales, el Consejo, que ha recibido numerosas llamadas de atención al respecto¹¹, hubiera tenido que “recordar” a quienes han tenido la responsabilidad de elegir sus representantes en la Convención para el futuro de Europa, que la igualdad transversal de los Tratados comunitarios debía también ser incorporada a la Convención, no sólo en su composición, sino también como elemento integrante de los contenidos del proceso de constitucionalización.

B.- La composición de la Convención para el futuro de Europa¹²

La Declaración de Laeken prevé que la Convención se formará a partir de una presidencia designada por el mismo Consejo de Laeken y los representantes de los estados miembros (en el ámbito gubernamental y parlamentario) y de las Instituciones europeas, a los que se añadirían, con voz pero sin voto, representantes de los países candidatos a la ampliación y diversos observadores. Al mismo tiempo, también se prevé la formación de un Presidium como órgano de dirección de los trabajos de la Convención.

A.- La Presidencia.

De este modo, ya en Laeken se decidió nombrar Presidente de la Convención a Valéry Giscard d'Estaing (ex Presidente de Francia) y como Vicepresidentes a Giuliano Amato (ex Jefe del Gobierno de Italia) y a Jean-Luc Dehaene (ex Primer Ministro de Bélgica). La composición por género es 100% masculina. La desviación sobre el equilibrio de género (equilibrio que comportaría una representación de entre 40 y 60% para ambos sexos) es también del 100%. En este caso el equilibrio de género es nulo.

B.- El Presidium

Como componentes del Presidium, la Declaración de Laeken prevé que se le incorpore la Presidencia y vicepresidencias nombradas por el Consejo, 3 representantes de los Gobiernos que van a ejercer la Presidencia del Consejo durante la Convención (España, Dinamarca y Grecia), 2 representantes de los Parlamentos nacionales, 2 representantes del Parlamento Europeo, 2 representantes de la Comisión Europea y un invitado especial por parlamentos de los estados candidatos. Sólo España y el Reino Unido han nombrado mujeres como representantes en el Presidium, España a nivel gubernamental¹³ y el Reino Unido a nivel parlamentario. De este modo, con 2 mujeres sobre 13 miembros, tenemos una composición por género del 15,38% representantes femeninas, y ni tan siquiera nos acercamos a la masa crítica del 30% que el Consejo de Europa estima necesario para poder percibir influencia de género en la composición de cualquier órgano. La representación masculina es del 84,62%. La desviación sobre el equilibrio de género (equilibrio que se hubiera conseguido nombrando entre 5 y 7 mujeres) es del 69,24% como media.

¹¹ En la página web de la Unión Europea “Futurum” y en el “Foro” abierto para publicitar las aportaciones los trabajos de la Convención para el futuro de Europa y recibir las contribuciones de la sociedad civil, numerosos documentos incorporan tanto una llamada de atención al respecto como la necesidad de introducir una adecuada perspectiva de género en la constitucionalización de Europa. Señalaremos que hasta la fecha de cierre de este trabajo tienen en cuenta estos postulados:

Contribución de la Red Ciudadanas de Europa “El futuro de Europa y la democracia paritaria”. Madrid, noviembre 2001.

Contribución del Instituto Europeo de Derecho, Teresa Freixes y José Carlos Remotti “El futuro de Europa: Constitución y derechos fundamentales”. Barcelona, noviembre 2001.

Carta del Lobby Europeo de Mujeres a los responsables políticos sobre la composición paritaria de la Convención sobre el futuro de Europa. Bruselas, 18/12/2001.

Primera posición de la Asociación de Mujeres de Europa Meridional (AFEM) presentada a la Convención europea: “No hay futuro para Europa sin la garantía efectiva de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales para las mujeres y los hombres”. 14 de febrero de 2002.

Comunicado de Prensa del Lobby Europeo de Mujeres: “Convención para el futuro de Europa: ¿dónde están las mujeres?”. Bruselas, 2/02/2002.

Comunicado de la Red Ciudadanas de Europa: “Convención para el futuro de Europa: ausencia de legitimidad desde la perspectiva de género”. Madrid, febrero 2002.

Primera contribución del Lobby Europeo de Mujeres: “Igualdad entre las mujeres y los hombres”. 21 de marzo de 2002.

Plataforma Europea de las ONG's del Sector Social: “Contribución a la Convención sobre el futuro de Europa”. 15 de abril de 2002.

Asociación Internacional para la promoción de las mujeres de Europa (AIPFE): “Aspiraciones de las mujeres para el futuro de Europa”. (Sin fecha)

Primera contribución de la Red Ciudadanas de Europa: “El futuro de Europa: Calidad de género”. Madrid, abril 2002.

¹² Los cuadros sobre la composición de la Convención han sido tomados de la página web de la Unión Europea dedicada a explicar los trabajos de la Convención para el futuro de Europa.

¹³ Representación femenina que se redujo a Gisele Stuart, tras ser sustituida Ana Palacio al ser nombrada Ministra de Asuntos Exteriores.

DOCTRINA

C.- Los representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno

Entre los representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los estados miembros encontramos a 3 mujeres titulares y 2 mujeres suplentes, en total 5 sobre 30, es decir, un 16,77% de representación femenina (tampoco nos acercamos a la masa crítica) y un 83,23% de representación masculina. Las titulares fueron nombradas por España¹⁴, Finlandia y Suecia. Las suplentes por Suecia y el Reino Unido. La desviación sobre el equilibrio de género, que se hubiera conseguido nombrando entre 12 y 18 mujeres, es del 66,67% como media.

D.- Los representantes de los Parlamentos nacionales

Como representantes de los Parlamentos nacionales encontramos a 3 mujeres titulares y 5 suplentes, es decir, 8 mujeres en total sobre 60 componentes de esta representación, lo que se corresponde con un 13,33% de representación femenina y un 86,67% de representación masculina. Las titulares fueron nombradas por Grecia, Portugal y el Reino Unido y las suplentes por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Austria y Finlandia. Nótese que no hay ninguna española entre ellas. La desviación sobre el equilibrio de género, que se hubiera conseguido nombrando entre 24 y 36 mujeres, es del 70 % como media.

E.- Los representantes del Parlamento Europeo

En la representación del Parlamento Europeo encontramos 5 mujeres titulares y 7 mujeres suplentes, es decir 12 mujeres de entre un total de 32 miembros, lo que se corresponde con un 37,5 de representación femenina y un 62,5 de representación masculina. Estas cifras, que superan el 30% correspondiente a la masa crítica, se acercan, aunque sin llegar a alcanzarlo, al equilibrio de género impulsado desde el Derecho comunitario. En este caso, la desviación sobre el equilibrio de género, que se hubiera conseguido nombrando entre 13 y 19 mujeres, es del 16% como media.

F.- Los representantes de la Comisión Europea

Los 4 representantes de la Comisión Europea, 2 titulares y 2 suplentes, son hombres. No hace falta en este caso hacer ninguna estadística para precisar que este 100% de representación masculina origina una desviación del 100% sobre el equilibrio de género, paradójicamente impulsado por la Comisión Europea a lo largo de numerosas iniciativas legislativas y programas de acción.

G.- Los representantes de los Gobiernos de los países candidatos

Entre los representantes de los Gobiernos de los países candidatos a la adhesión, encontramos a 2 mujeres como titulares y 1 como suplente, es decir 3 mujeres de entre un total de 26 componentes, lo que equivale a un 11,54 de representación femenina y un 88,46 de representación masculina. Las mujeres titulares fueron nombradas por los Gobiernos de Polonia y Bulgaria y la suplente también por el Gobierno de Bulgaria. La desviación sobre el equilibrio de género, que se hubiera conseguido nombrando entre 10 y 16 mujeres, es del 87 % como media.

H.- Los representantes de los Parlamentos nacionales de los países candidatos

En los representantes de los Parlamentos nacionales de los países candidatos a la adhesión, encontramos a 3 mujeres titulares y 6 suplentes, es decir 9 mujeres sobre un total de 56 representantes¹⁵, lo que equivale a un 16,07% de representación femenina (sin acercarse tampoco a la masa crítica) y un 83,93% de representación masculina. Las mujeres titulares fueron nombradas por los Parlamentos de Chipre, Eslovaquia y Turquía y las mujeres suplentes por los Parlamentos de Malta, Polonia (que nombró 2), Eslovaquia, Lituania y Eslovenia. La desviación sobre el equilibrio de género, que se hubiera conseguido nombrando entre 22 y 34 mujeres, es del 72 % como media.

¹⁴ En este caso se trata de la misma persona nombrada para el Presidium.

¹⁵ Realmente hubieran tenido que ser 58 pero el Parlamento de Estonia no nombró los 2 suplentes que correspondían.

DOCTRINA

I.- Los observadores

Entre los representantes del grupo de observadores, compuesto por 6 representantes del Comité de las Regiones, 3 del Comité Económico y Social, 3 de los Interlocutores sociales europeos y el Defensor del Pueblo Europeo, encontramos a 2 mujeres de entre un total de 13 miembros, lo que se corresponde con un 15,38% de representación femenina y un 84,62 % de representación masculina. Las mujeres fueron nombradas por el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social (una cada uno). Los “Interlocutores sociales europeos” parece que no comprendan mujeres. En el caso del Defensor del Pueblo, la representación masculina es obligada por ser hombre su titular, el Sr. Jacob Söderman. En este caso la desviación sobre el equilibrio de género, que se hubiera obtenido nombrando entre 5 y 8 mujeres, es del 93,5% como media.

Para resumir y contextualizar mejor la inmensa ausencia de equilibrio de género que se observa en la composición de la Convención podemos realizar una serie de consideraciones importantes:

La Convención para el futuro de Europa, que es un órgano comunitario que tiene como misión la dirección, impulso y preparación de los textos con valor constitucional de que se tiene que dotar la Europa del siglo XXI, se ha formado absolutamente al margen de los mandatos comunitarios sobre el equilibrio de género en la toma de decisión.

De entre las Instituciones comunitarias, sólo el Parlamento Europeo ha superado la masa crítica de representación femenina imprescindible para incorporar la perspectiva de género y, aunque no ha alcanzado el equilibrio necesario en sentido estricto por escaso margen (16% de desviación media) se sitúa en un margen muy superior al de las otras instituciones y órganos comunitarios (100% de desviación por parte de la Comisión y 69,24% de desviación media en el Presidium). Los datos de las Instituciones y órganos comunitarios son tremendamente explícitos en cuanto a la perspectiva de género, obteniéndose los siguientes porcentajes en cuanto a la participación de mujeres:

Presidencia	0,00%
Presidium	15,38%
Representantes del Parlamento Europeo	37,50%
Representantes de la Comisión Europea	0,00%
Observadores	15,38%

El hecho de que únicamente en los representantes del Parlamento Europeo haya existido una aproximación al mandato del equilibrio es altamente significativo. Pero lo insólito es que, desde Comisión no se haya instado al cumplimiento de este mandato y, aún más, que se haya incumplido totalmente, cuando este órgano es el que tiene que velar por el estricto cumplimiento de las normas y las políticas comunitarias. Parece, por consiguiente, que la ausencia de iniciativa y la desidia de la Comisión en relación con la igualdad de oportunidades, está abriendo una nueva etapa en la construcción europea en la que la igualdad de género puede ser un derecho constantemente violado por las propias Instituciones comunitarias. Quizás ello sea motivo para que el Defensor del Pueblo Europeo, presente en Convención como observador, se haga eco de tales incumplimientos e inste a las Instituciones al cumplimiento de las misiones, funciones y objetivos previstos en los Tratados.

Los estados miembros, salvo contadas excepciones, han incumplido los mandatos comunitarios de equilibrio de género en su abrumadora mayoría, pues la participación de mujeres obtiene los siguientes porcentajes:

Representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno ...	16,77%
Representantes de los Parlamentos nacionales	13,33%

Cada uno de los estados miembros podía nombrar 6 representantes, 2 por los Jefes de Estado y de Gobierno y 4 por los Parlamentos nacionales. Teniendo en cuenta este criterio y viendo la tabla que antes hemos descrito se puede constatar que la representación absoluta de los estados ha sido la siguiente:

DOCTRINA

Alemania:	0 mujeres sobre 6.
Austria:	1 mujer sobre 6 (1 mujer suplente parlamentaria).
Bélgica:	1 mujer sobre 6 (1 mujer suplente parlamentaria 6).
Dinamarca:	0 mujeres sobre 6.
España:	1 mujer sobre 6 (1 mujer en el Presidium y la misma como representante gubernamental).
Finlandia:	2 mujeres sobre 6 (1 mujer representante gubernamental y 1 suplente parlamentaria).
Francia:	1 mujer sobre 6 (1 mujer suplente parlamentaria).
Grecia:	1mujer sobre 6 (1 mujer titular parlamentaria).
Holanda:	0 mujeres sobre 6.
Irlanda:	0 mujeres sobre 6.
Italia:	0 mujeres sobre 6.
Luxemburgo:	1 mujer suplente parlamentaria (1 sobre 6.
Portugal:	1 mujer titular parlamentaria (1 sobre 6.
Reino Unido:	1 mujer en el Presidium, 1 como suplente gubernamental y 1 titular parlamentaria (3 sobre 6).

Ello equivale a señalar la siguiente clasificación por estados, teniendo en cuenta la mayor o menor representación femenina:

3 mujeres sobre 6:	Reino Unido.
2 mujeres sobre 6:	Finlandia y Suecia
1 mujer sobre 6:	Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Luxemburgo y Portugal.
Ninguna mujer:	Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda e Italia.

Nótese que únicamente el Reino Unido ha respetado el equilibrio de género en la representación. Finlandia y Suecia acercan al mismo. La mayor parte de los estados miembros, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Luxemburgo y Portugal, han nombrado sólo a una mujer y, por último, la representación femenina de Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda e Italia ha brillado por su ausencia.

En este punto, hay que constatar que se podría pensar en que, para evitar el incumplimiento de los mandatos comunitarios generales sobre la igualdad de oportunidades y el equilibrio de género por parte de los estados, quizás podría tomar como modelo lo que ya se dispone a partir del Reglamento de los fondos estructurales ya en vigor¹⁶, obligando a que el cumplimiento de las medidas encaminadas a conseguir la igualdad entre las mujeres y los hombres fuera incuestionable en la toma de decisión política. Resulta bastante contradictorio que, en cumplimiento del “mainstreaming” diseñado en los arts. 2 y 3 TCE, los fondos estructurales se vean sometidos a la perspectiva de género, mientras que la formación de la Convención para el futuro de Europa pueda obviar olímpicamente las disposiciones de los Tratados.

Los países candidatos a la ampliación tampoco han tenido en cuenta el equilibrio de género: En realidad, la representación femenina ha sido todavía menor en ellos que con relación a los estados miembros en cuanto a representantes gubernamentales, pero han nombrado un porcentaje mayor de mujeres como representantes de los Parlamentos.

Representantes mujeres de los Gobiernos de los países candidatos	11,54%
Representantes mujeres de los Parlamentos de los países candidatos	16.07%.

En relación con la representación de estos países, hay que destacar que cada país podía nombrar hasta 4 representantes (2 por los Gobiernos y 2 por los Parlamentos, en ambos casos titular y suplente) los nombramientos se han hecho de la siguiente manera:

¹⁶ El art. 41 del Reglamento n° 1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales, impone una perspectiva de género en el diseño y la evaluación de los fondos estructurales. Además, el Reglamento n° 1784/1999, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo, también incorpora medidas para una utilización del Fondo enmarcada en la igualdad entre las mujeres y los hombres.

DOCTRINA

Bulgaria:	2 mujeres sobre 4 (representantes gubernamentales).
Chequia:	0 mujeres sobre 4.
Chipre:	1 mujer sobre 4 (titular parlamentaria).
Eslovaquia:	2 mujeres sobre 4 (representantes parlamentarias).
Eslovenia:	1 mujer sobre 4 (suplente parlamentaria).
Estonia:	0 mujeres sobre 4.
Hungría:	0 mujeres sobre 4.
Lituania:	1 mujer sobre 4 (suplente parlamentaria).
Malta:	1 mujer sobre 4 (suplente parlamentaria).
Polonia:	3 mujeres sobre 4 (1 gubernamental y 2 parlamentarias).
Rumania:	0 mujeres sobre 4.
Turquía:	1 mujer sobre 4 (titular parlamentaria).

Lo cual equivale a la siguiente clasificación por países, teniendo en cuenta la mayor o menor participación femenina:

3 mujeres sobre 4:	Polonia.
2 mujeres sobre 4:	Bulgaria y Eslovaquia.
1 mujer sobre 4:	Chipre, Eslovenia, Lituania, Malta y Turquía.
Ninguna mujer:	Chequia, Estonia, Hungría y Rumania.

El hecho de que ninguno de estos países todavía sea miembro de la Unión Europea no le exime de responsabilidades por no haber incorporado una perspectiva de género en la designación de representantes. Hay que recordar que, para la firma de los "Acuerdos de asociación" que prácticamente todos ellos han firmado como paso previo a su futura incorporación a la Unión, uno de los requisitos que se les ha establecido es el del respeto a los mandatos generales de igualdad de oportunidades. También, pues, desde esta perspectiva, se les podría acusar de incumplimiento de tales Acuerdos y exigirles la subsiguiente asunción de responsabilidades.

3.- LA DIFÍCIL INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS TRABAJOS DE LA CONVENCIÓN PARA EL FUTURO DE EUROPA.

Por último, es necesario abordar el problema originado por la ausencia de perspectiva de género en los trabajos de la Convención para el futuro de Europa. Ciertamente, resulta paradójico que, contando como contamos, con un acervo importante en materia de igualdad entre las mujeres y los hombres, o con las disposiciones de los Tratados estableciendo la transversalidad de la igualdad para todas las políticas comunitarias, esté costando lo que cuesta que el proceso de constitucionalización de la Unión Europea sea un proceso en el que todos, hombres y mujeres, podamos ver reflejadas nuestras necesidades y cubiertos nuestros legítimos intereses.

Mi posición es, a este respecto, fuertemente crítica. Ya lo fue, y así consta fehacientemente, respecto de la falta de representación equilibrada que presentó la Convención de la Carta de los Derechos Fundamentales y de la inclusión de la igualdad entre las mujeres y los hombres en un título en que se regulaban derechos de muy distinta naturaleza, como los de los niños o de las personas discapacitadas, que evidentemente tenían también que estar en la Carta, pero en otro contexto. La igualdad entre las mujeres y los hombres constituye hoy día una exigencia de toda sociedad democrática, que incide directamente en el grado de legitimidad de todas sus instituciones y de todas sus políticas. De ahí que en el Tratado de Amsterdam, en cuyo Anteproyecto tuve el honor de trabajar¹⁷, se configurase la igualdad como elemento transversal, que permitiera incorporar la necesaria perspectiva de género en el conjunto de las políticas de la Unión.

¹⁷ Ver FREIXES, T. (con la colaboración de M.C. Romao, K. Kenny, V. Eker). "Projet de Réforme du Traité de l'Union Européenne en matière des droits fondamentaux, égalité entre les femmes et les hommes, citoyenneté et Droits économiques et sociaux". *Quaderns de Treball* n° 5, 1995.

DOCTRINA

Pues bien, este logro de Amsterdam, ese acervo comunitario importante, consolidado en ciertas políticas aunque de incipiente pero continua introducción en otras, corre el peligro de “evaporarse”, tal como expresa el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la integración del factor género en la cooperación al desarrollo*¹⁸. Y ello no sólo por la exigua participación de mujeres en la Convención.

A.- Las propuestas de la Convención en relación con la igualdad

En efecto, ante la escasez de mujeres en la Convención y la ausencia prácticamente total de la perspectiva de género en sus trabajos, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo organizó dos Conferencias, con la participación de miembros de la Convención y representantes de las organizaciones especializadas de mujeres, a fin de promover que las cuestiones relativas a la igualdad entre las mujeres y los hombres obtuvieran una regulación pertinente en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión¹⁹. La Presidenta de la Comisión, Sra. Karamanou, dirigió una carta al Presidente de la Convención, Sr. Giscard d'Estaing, en la que le solicitaba la creación de un grupo de trabajo de la Convención para asegurar la perspectiva de género en sus trabajos²⁰, solicitud que no ha sido atendida, limitándose el Presidium a autorizar la creación de un grupo de trabajo sobre la política social, tras numerosas presiones al respecto.

El Presidente de la Convención, Valéry Giscard d'Estaing presentó un “Anteproyecto de Tratado Constitucional” que no contempla la igualdad entre las mujeres y los hombres en ninguna de sus partes²¹, con lo que, de incorporarse la Carta de Derechos Fundamentales al texto del Tratado, la igualdad del art. 23 de la Carta constituiría la única referencia a la igualdad que se contendría en el texto constitucional europeo si ese Anteproyecto prospera con su contenido actual. Es más preocupante el hecho de que, en este anteproyecto, la igualdad no aparece ni entre los valores de la Unión (art. 2), ni entre los objetivos de la Unión (art. 3). Teniendo en cuenta que la adopción del Tratado constitucional obliga a la reordenación de los Tratados comunitarios, lo que a su vez comportará que las regulaciones de éstos que pasen al Tratado constitucional lógicamente desaparecerán de los Tratados refundidos, podemos llegar a la destrucción del acervo consolidado a partir del Tratado de Amsterdam si la igualdad entre las mujeres y los hombres, que se había introducido en los arts. 2 y 3 TCE como misión de la Comunidad que ha de estar presente en todos sus objetivos, se “evapora” (en el lenguaje del Parlamento) de los textos jurídicos básicos de la Unión Europea. El Grupo de trabajo sobre la política social, ha decidido recientemente proponer la incorporación de la igualdad entre las mujeres y los hombres al artículo 3, situándola entre los objetivos de la Unión, pero sería también deseable que, en una situación como la actual, se reconociera que la Unión Europea se impregna del valor de la igualdad, como signo de identidad y reconocimiento de una tradición constitucional y comunitaria.

B.- La igualdad en el Proyecto “Penélope” de la Presidencia de la Comisión

También podemos destacar el Estudio preparado por encargo del Presidente de la Comisión Europea, Romano Prodi, de acuerdo con los comisarios Barnier y Vitorino²², mucho más preciso que el anteproyecto de Giscard. En él, la igualdad no mejora el estándar jurídico vigente, puesto que básicamente mantiene el que actualmente consta en los Tratados. El Estudio no incorpora ninguna de las peticiones que, desde la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo, ni desde el Plenario del Foro de la Sociedad Civil, que se reunió en Bruselas el 24 y 25 de junio de 2002, ni desde la Conferencia de Copenhague de las comisiones parlamentarias nacionales y el Parlamento europeo encargadas de la igualdad, ni de las propuestas que, desde otros órganos europeos o internacionales, como por ejemplo la Asamblea de las Regiones de Europa²³, se realizaron para impulsar una mejor regulación de la igualdad en el futuro texto constitucional europeo.

¹⁸ *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el Programa de acción para la integración del factor género en la cooperación de la Comunidad al desarrollo* (COM (2001) 295 - C5-0464/2001 2001/2193(COS)). Acta del 25 de abril de 2002. A5-0066/2002.

¹⁹ La primera Conferencia, sobre “Las mujeres, la Convención europea y el futuro de Europa” tuvo lugar el 22 de mayo de 2002. En ella se constató una profunda decepción en relación con la composición de la Convención y se solicitó que la igualdad, además de incluirse entre los principios estructurales de la UE, se regulara en un título específico conteniendo sus distintas manifestaciones e incorporara la democracia paritaria o representación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión. La segunda Conferencia, sobre “La construcción de la democracia en Europa: La Convención de las mujeres”, se realizó el 2 de octubre de 2002.

²⁰ Carta de Anna Karamanou, del 3 de junio de 2002, publicada en *Le fil d'Ariane. Lettre d'information sur l'égalité des genres*. Parlement Européen, Commission des droits des femmes et de l'égalité des chances. 2002.

²¹ *Convención Europea. Anteproyecto de Tratado Constitucional*. Bruselas, 28 de octubre de 2002.

²² *Commission Européenne. Etude de faisabilité. Contribution à un avant-projet de Constitution de l'Union Européenne. Document de travail*. A la demande du Président Prodi et en accord avec MM. Barnier et Vitorino. 4/12/2002.

²³ La “Declaración de Catalunya” de la Asamblea anual del ARE puede ser consultada en Internet: http://www.are-regions-europe.org/PDF/Equality_group/E-Manifiesto-def-10-02.pdf

DOCTRINA

C.- Las propuestas del Parlamento Europeo

Efectivamente, el Parlamento Europeo manifestó su posición a favor de que entre los objetivos de la Unión, en el art. 3 del Anteproyecto de Tratado Constitucional presentado por V. Giscard d'Estaing, se incluyera la igualdad entre las mujeres y los hombres²⁴. Además, el Parlamento creó un Grupo Informal de Trabajo destinado a formalizar una propuesta a la Convención en el sentido aprobado por la Comisión de derechos de la mujer e igualdad de oportunidades, que fue presentada a finales de año, propuesta en la que se solicita la inclusión de la igualdad en el art. 2 (valores) y el art. 3 (objetivos), la incorporación del acervo de género en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 6), la representación equilibrada entre las mujeres y los hombres en el principio de democracia participativa (art. 34) y en las elecciones al Parlamento europeo (art. 35), la introducción del "mainstreaming" en todas las políticas (Segunda Parte), la prevención y represión de la violencia de género y el tráfico (Segunda Parte, A 4) y, como comentarios generales, la previsión de un lenguaje de género apropiado, la perspectiva de género en los trabajos de la Convención. Así también se solicitaba la designación de un miembro del Presidium como persona de contacto con el Grupo Informal²⁵.

Diversas organizaciones no gubernamentales también formalizaron sus propuestas, tanto ante la Comisión de derechos de la Mujer como ante la propia Convención, a través de las reuniones del Plenario de ésta con el Foro de la Sociedad Civil. Así, EWLA, AFEM, el Lobby Europeo de Mujeres o la Red Ciudadanas de Europa se hicieron eco de la necesaria perspectiva de género que debe estar presente en los trabajos de la Convención, para que la futura Constitución europea represente a la totalidad de los ciudadanos y ciudadanas de Europa²⁶. Pero lo único que se consiguió es la propuesta que ha realizado el Grupo de trabajo de la Convención sobre la política social, dirigida a incorporar la igualdad entre las mujeres y los hombres en el art. 3 del Tratado constitucional, como objetivo de la Unión.

Ante estos problemas, a iniciativa de la Comisaria de Educación y Cultura Vivianne Reding, en el marco de la Acción Jean Monnet, tuvo lugar la Conferencia "Gender equality and Europe's future", en Bruselas, el 4 de marzo de 2003. En ella se solicitó que la igualdad entre las mujeres y los hombres se contemplara como un valor de la Unión en el art. 2, que se mantuviera el acervo comunitario acerca de la igualdad, la no discriminación y las acciones positivas y que se incluyeran en la futura Constitución las regulaciones específicas necesarias para que las políticas de género obtuvieran los efectos pertinentes y sirvieran de base jurídica para el posterior desarrollo en el marco del Derecho comunitario derivado²⁷.

4.- LA IGUALDAD ENTRE LAS MUJERES Y LOS HOMBRES EN EL PROYECTO DE TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Ha sido, pues, con grandes dificultades, como la igualdad entre las mujeres y los hombres se ha ido abriendo camino en la Convención para el futuro de Europa. El Proyecto de Constitución europea, finalmente, la está incorporando con ciertas garantías, pero no sin problemas de fondo que podrían suponer una importante quiebra del importante acervo comunitario que se ha venido consolidando durante décadas.

Efectivamente, a pesar de que en el Proyecto se mantienen las regulaciones de los tratados de Maastrich y de Ámsterdam acerca del valor vinculante de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los derivados de las tradiciones constitucionales de los estados miembros (la igualdad entre ellos) y, también se conserva la transversalidad de la igualdad o "mainstreaming" de género como obligatoria en todas las políticas comunitarias, las nuevas cláusulas horizontales que la Convención para el futuro de Europa ha introducido a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea con motivo de su integración en la futura Constitución, podrían derivar en la pérdida del status jurídico de la igualdad como derecho para otorgarle la categoría jurídica de principio. De consolidarse esta configuración en la aprobación definitiva de la Constitución europea, rom-

²⁴ Ver el documento *Positions du Parlement européen au regard de l'Avant-projet de Traité Constitutionnel*. PE 314.676. También la posición de los eurodiputados Einem y Berger en la *Synthèse des contributions individuelles des membres de la Convention*. Version 18.10.2002.

²⁵ Véase la *Contribution by the Committee FEMM Informal Working Group on the Convention*, del 4 de diciembre de 2002.

²⁶ Ver estas contribuciones en la página web de la Unión Europea dedicadas al debate sobre el futuro de Europa. www.europa.eu.int/futurum.

²⁷ Véase el contenido de esta Conferencia en la siguiente dirección web: http://europa.eu.int/comm/education/programmes/ajm/equality/index_en.html

DOCTRINA

piendo con ello toda la tradición jurídica de la igualdad como derecho subjetivo consagrada en el acervo comunitario establecido por el Tribunal de Justicia, nos hallaríamos ante el más flagrante fraude jurídico de toda la historia de la Unión. Y el problema no afecta sólo a la igualdad sino a muchos de los derechos reconocidos en la Carta de los derechos fundamentales. Voy a detallar esta cuestión, porque nos enfrenta a uno de los retos más importantes del momento actual, no sólo para las mujeres sino para la sociedad en su conjunto.

La técnica legislativa que ha empleado la Convención para el futuro de Europa en relación con los derechos fundamentales ha consistido, como ya he adelantado, en la reproducción de las cláusulas de derechos fundamentales que ya existían en los Tratados comunitarios desde Maastrich a Amsterdam, con el complemento de la inclusión íntegra de los derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales en el proyecto constitucional pero con la reforma de las cláusulas de interpretación que ya contenía la Carta y la adición de nuevos criterios interpretativos.

De este modo, tal y como se regula en los Tratados vigentes, se mantiene el reenvío al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, con la recomendación de que la Unión se adhiera al mencionado Convenio (art. 7 PTCE) y se conserva el procedimiento de sanción por infracción de derechos fundamentales al ser éstos considerados como valores de la Unión que los Estados tienen que respetar y promover (arts. 2 y 57 PTCE). No hace falta decir que, tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14 y Protocolo 12) como en las tradiciones constitucionales de los Estados, la igualdad entre las mujeres y los hombres se considera como un derecho fundamental a todos los efectos. Además, se mantienen la regulación de la igualdad en la Carta de Derechos Fundamentales, como reconocida “en todos los ámbitos”, comprendiendo las acciones positivas (art. II-23 PTCE) y la mención específica de la conciliación entre la vida privada y profesional (art. II-33 PTCE), lo cual permitiría, en principio, augurar un nivel elevado en cuanto al desarrollo de la Constitución europea desde la perspectiva de género.

Por otra parte, en la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en Niza, se contenían diversas cláusulas hermenéuticas mediante las cuales se salvaban los problemas de interpretación que se originaban por el hecho de que el nivel de protección de cada uno de los derechos en ella contenidos (comprendiendo la igualdad entre las mujeres y los hombres) podía ser distinto del que se le otorgaba en el acervo comunitario, en otros tratados internacionales ratificados por la Unión o los estados miembros (el Convenio Europeo de Derechos Humanos entre ellos) o las constituciones de los estados. Para dar una respuesta correcta a esta situación jurídica, el art. 53 de la Carta prescribía la aplicación del standard o nivel de protección más elevado. En relación con la igualdad, esta cláusula permitía que, en cada supuesto concreto, se pudiera aplicar el nivel de protección más alto y reforzaba su carácter de derecho subjetivo. Su mantenimiento en la Constitución europea también puede ser interpretado en forma positiva, al consolidar la garantía del nivel de protección más elevado.

Sin embargo, en el Proyecto de Constitución, la Convención para el futuro de Europa, ha introducido otras cláusulas que no sólo van a impedir la consolidación de esta interpretación sino que van a originar una considerable pérdida de status jurídico en la igualdad. Diversas remisiones normativas engarzadas en una muy dudosa técnica legislativa, remitiendo a las “explicaciones” que, en su ámbito respectivo acordaron, en sendos documentos sin forma jurídica normativa, la Convención de la Carta y la Convención para el futuro de Europa, podrían tener como resultado la destrucción del acervo comunitario en materia de igualdad. De esta manera, en las “Disposiciones generales aplicables a la interpretación y aplicación de la Carta” que se contienen en el Proyecto de Constitución, se incluyen unas cláusulas de interpretación que son manifiestamente contrarias a la del standard más elevado que inicialmente contenía la Carta. Concretamente:

Aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones” (Artículo II-52.4). Esta cláusula tiene como consecuencia la ruptura de la aplicación del standard más elevado, puesto que si hay que interpretar “en armonía con” las tradiciones constitucionales y éstas contienen un nivel de protección menor que la Carta, será imposible aplicar el standard mejor ofrecido por el Derecho comunitario o por los Tratados internacionales. Imaginemos lo que esto significa en relación con la configuración que hemos constatado para la igualdad entre hombres y mujeres.

DOCTRINA

“Las disposiciones de la presente carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos” (Artículo II-52.5). Ello significa la pérdida de la estructura de derecho subjetivo en relación con los derechos de la Carta que se consideren como principios, puesto que no podrán alegarse directamente ante los jueces y sólo tendrán valor de orientación para el legislador y el ejecutivo. Lo único que los jueces podrán controlar es si la actuación de los poderes públicos respeta o no la legislación de desarrollo de estos derechos de la Carta, pero no podrán ser exigidos directamente ante el poder judicial como derechos fundamentales propiamente dichos. En este punto hay que señalar que la inserción de esta cláusula en el proyecto de Constitución constituye una clara violación del acervo comunitario, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la cual los principios generales del derecho comunitario han sido verdaderos derechos fundamentales alegables como derechos subjetivos ante los órganos judiciales.

Lo que queda por determinar es si esta cláusula de interpretación es o no aplicable a la igualdad entre las mujeres y los hombres, puesto que en ella se introduce la división entre derechos y principios, pero sin determinar cuáles son los unos y cuáles son los otros y, ante tal omisión, cabría la posibilidad de que ello no afectara a la igualdad y que este derecho mantuviera su carácter de subjetivo y fundamental. Ante ello hay que manifestar que, de no modificarse el Proyecto constitucional cabría realizar esta interpretación y mantener el standard actual de la igualdad, con todas sus bondades e imperfecciones. Sin embargo, en la Conferencia Intergubernamental, donde se plantearon diversas opciones al respecto, se introdujeron nuevas cláusulas de interpretación.

Por una parte, el Presidium de la Convención para el futuro de Europa aprobó unas “Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta de los derechos fundamentales” (CONV 828/03, de 9 de julio de 2003) que, entre otras consideraciones, determinan cuales de las regulaciones de la Carta tienen que ser consideradas como derechos y cuáles tendrían que interpretarse como principios. Sin entrar en el hecho de que mal pueden unas “explicaciones” introducir novedades legislativas como lo que pretenden hacer éstas, hay que señalar que en ellas se dispone que, entre otros, el art. 23 (regulador de la igualdad) y el art. 33 (sobre la conciliación entre la vida profesional y familiar) incluyen elementos de un derecho y de un principio (sic.). Y ello, además, sin especificar cuáles son unos y cuáles son los otros, pero afirmando que “los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse”. El acervo comunitario sobre la igualdad, pues, sencillamente, desaparece.

Por otra parte, a petición del gobierno de Suecia, se ha querido introducir la igualdad entre las mujeres y los hombres en el art. 2 del proyecto de Constitución, que contiene los valores de la Unión cuyo incumplimiento puede dar origen a los procedimientos de sanción contemplados en el art. 58. Tal inclusión había sido constantemente solicitada desde diversos ámbitos a la Convención para el futuro de Europa, pero su Presidium se había negado explícitamente a ello, por considerar que no se trataba de una materia adecuada para ser incluida entre los valores de la Unión europea, ya que no tenía suficiente “entidad” para poder ser incluida entre los valores cuyo incumplimiento podía dar origen al procedimiento de sanción. En este contexto, la inclusión de la igualdad entre los valores, hubiera significado un refuerzo de la posición jurídica que este derecho puede tener en el sistema jurídico europeo y así, efectivamente, sería si la propuesta de Suecia hubiera originado la mención de la igualdad entre las mujeres y los hombres entre los valores del art. 2. Sin embargo, el texto que aparece en los documentos de la Presidencia italiana, lo que se incluye en el art. 2 es el “principio de igualdad entre las mujeres y los hombres”, teniendo, pues, en cuenta, las “explicaciones” sobre la Carta realizadas por el Presidium de la Convención que acabamos de mencionar.

Que en el Siglo XXI estemos todavía luchando para que la igualdad mantenga su configuración como derecho subjetivo, para que no se la considere como un “principio” que no hace falta respetar sino tan sólo “observar”, resulta terriblemente inquietante. Que Europa se dote de una Constitución en la que la igualdad entre las mujeres y los hombres, que ha constituido uno de los signos de identidad en todo el proceso de integración europea, no sea un derecho subjetivo, justiciable y efectivamente transversal a todas las políticas de la Unión constituye, sencillamente, un agravio para el inmenso trabajo de gran número de mujeres que, conjuntamente con los hombres, han trabajado desde hace décadas para conseguir una Europa cuyos pilares se asienten en la democracia, el Estado de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales.

DOCTRINA

A MODO DE COLOFÓN

Una vez redactado este trabajo se ha hecho público el Texto consolidado del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. En el mismo se aprecian algunas variaciones en materia de regulación jurídica de la igualdad entre las mujeres y los hombres que, lamentablemente, han consolidado las peores expectativas.

Sucintamente, para no extenderme excesivamente, destacaré lo que sigue:

Primero.- Se han mantenido las regulaciones de los Tratados acerca de la igualdad transversal (art. III-2), la no discriminación por razón de sexo o por razón de orientación sexual (art. III.3 y 8), las regulaciones acerca de la igualdad en el terreno del trabajo (art. III-104) y el empleo (entre ellas la igualdad de remuneraciones y las acciones positivas en el marco profesional, art. III-108).

Segundo.- Han aparecido nuevas regulaciones, como es la consideración de que la sociedad europea se caracteriza, entre otras cosas, por la igualdad entre mujeres y hombres (art. I-2), que la Unión fomentará la igualdad entre mujeres y hombres (art. I-3), que se luchará contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (art. III-168) y que se considera delictiva la explotación sexual de mujeres y niños (art. III-172). Nótese, al respecto, que en el art. 2 la igualdad no aparece como valor de la Unión, vinculante para la entrada y permanencia en la Unión cuya infracción puede dar lugar al procedimiento de sanción, sino como un elemento que “caracteriza” a la Unión Europea.

Tercero.- Se han mantenido las regulaciones específicas que contiene la Carta de los Derechos Fundamentales en materia de no discriminación por razón de sexo u orientación sexual (art. II-21), sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres en todos los ámbitos e incluyendo las acciones positivas (art. II-23) y las medidas de conciliación entre la vida familiar y profesional (art. II-33)

Cuarto.- Las disposiciones generales, que constituyen el marco interpretativo para la Carta de los Derechos Fundamentales, han sido adicionadas con regulaciones que impiden, tal como se ha expresado con anterioridad, proporcionar el nivel de protección que hasta el presente ha tenido la igualdad entre las mujeres y los hombres. Ello por varias razones:

- a.- Se ha consolidado la distinción entre derechos y principios, sin clarificar cómo debe aplicarse esta diferenciación en el contexto jurídico de la igualdad entre las mujeres y los hombres (art. II-52.5). En este contexto, además, las disposiciones que se considere que contengan principios sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional, estatal o de la Unión, en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos (art. II-52.5).
- b.- Se han consolidado las remisiones interpretativas a otras partes de la Constitución europea (art. II-52.2) para definir el ámbito de ejercicio y de límites de los derechos de la Carta, la igualdad entre ellos.
- c.- Se ha consolidado la subordinación del nivel de protección otorgado por la Carta, al que se obtenga de la tradición constitucional común en materia de igualdad (art. II-52.4) subordinando el estándar de la Constitución europea al derivado de las tradiciones constitucionales comunes.
- d.- Se han “constitucionalizado” las “Explicaciones” elaboradas por el Presidium de la Convención de la Carta de los Derechos Fundamentales, disponiéndose que deberán ser debidamente tenidas en cuenta por los Tribunales de la Unión y de los Estados miembros (art. II-52.7).

En consecuencia, a pesar de haberse mantenido las otras cláusulas de interpretación preexistentes en la Carta de los Derechos Fundamentales, las innovaciones de que he dado cuenta pueden convertir en totalmente inoperantes las cláusulas de mejor protección (art. II-53) que hasta el presente están proporcionando los elementos de corrección necesarios en los casos en los que los niveles de protección aplicables a las distintas manifestaciones de la igualdad son diferentes en el Derecho de la Unión, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros tratados internacionales o las Constituciones de los Estados miembros.

La igualdad entre las mujeres y los hombres, en definitiva, se está “evaporando” en su configuración como derecho subjetivo, como derecho fundamental justiciable ante todos los órdenes jurisdiccionales de la Unión o de los

DOCTRINA

Estados miembros, para pasar a operar desde contornos “principales” de ámbito todavía impreciso y desconocido, rompiéndose con ello el acervo comunitario en materia de igualdad y, subsiguientemente, el nivel de protección y garantía presentes en estos momentos, cuando la Constitución europea todavía no ha entrado en vigor. Pese al gran avance jurídico que este proceso constitucional significa para la Unión, no puedo menos que expresar la decepción que, para las personas que venimos luchando en pos de la igualdad real, han supuesto las regulaciones que se contienen el Tratado constitucional. Lejos de consolidar un mejor ámbito de protección, como aparentemente se nos puede intentar hacer creer, estamos retrocediendo hasta límites insospechados, mucho más de lo que en este trabajo se evidencia, pues está circunscrito a las regulaciones específicas en materia de igualdad. Sólo diré al respecto, que al consolidarse la división entre derechos y principios, la práctica totalidad de los considerados “derechos sociales” caen dentro del ámbito de los principios, que no deben ser “respetados” sino “observados”. Teniendo, desde este orden consideraciones en cuenta que los derechos sociales constituyen el substrato mediante el cual se crean verdaderas garantías de ejercicio del resto de derechos, de confirmarse este valor meramente orientador de los mismos, hasta los derechos clásicos de libertad van a perder parte de su significado. Y no digamos cómo lo va a hacer la igualdad entre las mujeres y los hombres que tan trabajosamente se ha ido abriendo camino en los ordenamientos jurídicos europeos, los de los Estados y el propiamente comunitario.

Todo ello puede ser comprobado en el texto del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, cuyos artículos relacionados con la igualdad entre las mujeres y los hombres y con las cláusulas de interpretación que la Constitución europea prevé al respecto, incorporo como Anexo al presente trabajo.

ANEXO

TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA REGULACIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

Artículo I-2: Valores de la Unión

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo I-3: Objetivos de la Unión

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.
2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada.
3. La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.
La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.
La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.
La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.
4. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el

ANEXO

comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, la estricta observancia y el desarrollo del Derecho internacional, y en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

5. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, con arreglo a las competencias que se le atribuyen en la Constitución.

Artículo II-21: No discriminación (antiguo artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales)

1. Se prohíbe toda discriminación, en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
2. Se prohíbe toda discriminación ejercida por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.

Artículo II-23: Igualdad entre hombres y mujeres (antiguo artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales)

La igualdad entre hombres y mujeres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impedirá el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas para el sexo menos representado.

Artículo II-33: Vida familiar y vida profesional (antiguo artículo 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales)

1. Se garantizará la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Artículo III-2 (antiguo apartado 2 del artículo 3 TCE)

En todas las acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tratará de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y de promover su igualdad.

Artículo III-3 (nuevo)

Al definir y ejecutar las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Artículo III-8 (antiguo artículo 13 TCE)

1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de la Constitución y dentro de los límites de las competencias que ésta atribuye a la Unión, podrán establecerse mediante ley o ley marco europea del Consejo medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

Artículo III-104 (antiguo artículo 137 TCE)

1. Para la consecución de los objetivos del artículo III-103, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

...

i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo;

Artículo III-108 (antiguo artículo 141 TCE)

1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor.
2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

ANEXO

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
 - b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.
3. Se establecerán mediante ley o ley marco europea las medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Dicha ley o ley marco se adoptará previa consulta al Comité Económico y Social.
4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Artículo III-168 (puntos 3) y 4) del primer párrafo del antiguo artículo 63 TCE)

1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los Estados miembros, así como la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.
2. Con este fin, se establecerán mediante ley o ley marco europea las medidas en los ámbitos siguientes:
 - ...
 - d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

Artículo III-172 (nuevo)

1. Podrán establecerse mediante ley marco europea normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave y con una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.
- Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Cláusulas interpretativas sobre los derechos de la carta de derechos fundamentales (aplicables a las regulaciones de la Carta en materia de igualdad de género)

Artículo II-51: Ámbito de aplicación (antiguo artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales)

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, conforme al principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se confieren a la Unión en las demás Partes de la Constitución.
2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nueva para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución.

Artículo II-52: Alcance e interpretación de los derechos y principios (artículo 52 de la Carta de los Derechos fundamentales reformado)

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Conforme al principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de

ANEXO

los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por éstas.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio.

Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas como medio de dar orientación en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los tribunales de la Unión y de los Estados miembros.

Artículo II-53: Nivel de protección (antiguo artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales)

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Artículo II-54: Prohibición del abuso de derecho (antiguo artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales)

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto cuya finalidad sea destruir los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o limitarlos en mayor medida que la prevista en la presente Carta.

LEGISLACIÓN

COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO.

El 13 de diciembre de 2001, tenían entrada en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica Integral contra la violencia de Género, firmada por el Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista y la Diputada Micaela Navarro.

Esa Proposición de Ley se había venido elaborando desde el año 1999, por un importante número de personas que habían realizado sus aportaciones a la iniciativa legislativa. Entre ellas, numerosas asociaciones de mujeres, catedráticas/os de Universidad de las especialidades que la ley trata, políticas/os, y profesionales comprometidas/os en la lucha por la erradicación de la violencia de género y por la igualdad.

Esa proposición fue votada en contra por el Partido Popular, que entonces gobernaba el Estado, y no pudo ser aprobada. De haberlo sido, llevaría probablemente dos años en vigor y sus efectos podrían estarse viendo ahora.

Por el contrario, el Gobierno extrajo de aquel estudio algunas medidas parciales, que intentó aisladamente implantar como solución a un problema que ya la ley y Micaela Navarro en su defensa, dijeron que necesariamente tenía que ser "integral".

Ahora, el Partido Socialista intenta cumplir su promesa electoral de que la primera ley que lleve al Parlamento sea la de la erradicación de la violencia de género, por considerarlo en la actual coyuntura social, la mayor lacra que sufre la sociedad española. Pero aunque de la oposición política se pase al gobierno, de la oposición institucional y social no se pasa necesariamente a la aceptación. Y desde los sectores más reaccionarios de la sociedad, se pretende descalificar desde el nombre hasta el contenido.

Respecto del nombre, el término "género", se ha considerado impropio para definir a la mujer, que, se dice, es un sexo, y no un género, ignorando que el término "género" es acuñado en la década de los 70-80, para designar precisamente la construcción social, no biológica, de la mujer en relación con el dominio patriarcal del hombre. Aceptado desde la lingüística, la sociología, la antropología, la psicología, y hasta la estadística, es ignorado por eminentes juristas y la RAE que no consideran necesario estudiar el feminismo pa-

ra hablar de él, como si los psicólogos, sociólogos, antropólogos, no tuvieran que estudiar el Código de Circulación para conducir y cuestionaran e incumplieran el término "stop" porque no pone "pararse".

En lo que se refiere al contenido de la ley, la importancia es lógicamente mayor, porque se pretende descalificar una ley porque se ha negociado con los sectores sociales implicados, lo que permite rápidamente acusar al Gobierno de ceder a las presiones feministas. Nunca hubiéramos las feministas agradecido tanto la inexistente importancia política que se nos atribuye, si no se viera de forma tan burda la utilización para descalificar la ley desde el punto de vista técnico.

Lo que ponen de manifiesto los informes sobre este Proyecto es el desconocimiento de los problemas que afectan a la mujer, y que, estudiados desde hace más de 25 años de forma recurrente por las asociaciones de mujeres, no han conseguido entrar en los circuitos de opinión dominantes, y permanecen intrafeminismo, por más que parecía que desde el punto de vista social habían sido ya clarificados. Es el caso de la publicidad y la mujer, sobre la que se ha considerado desde el feminismo, uno de los principales obstáculos de desarrollo de la igualdad. La publicidad es regresiva para el avance de la igualdad, pero a veces además, es agresiva y contribuye a crear un ambiente de violencia de género porque construye un discurso en el que todavía la mujer es solamente un objeto de uso para el hombre, que va expresado como valor asociado al producto. En esas condiciones extraña que los respectivos informes de los Consejos del Poder Judicial y Estado, no hayan sido conscientes de que la publicidad debe regularse en esa ley, porque es muy importante la erradicación de ese tipo de publicidad sexista.

Con todo, las diferencias que revisten mayor importancia desde el punto de vista de la sensibilidad feminista, o no, de los órganos informantes, han sido las referentes a la concepción de la desigualdad compensatoria o acciones positivas, y a su justificación desde el punto de vista constitucional.

Y en este sentido, el informe del CGPJ contiene afirmaciones que se tienen, desde una invocada dogmática jurídica tradicional por indiscutibles, pero no lo son en absoluto, desde la doctrina del Tribunal Cons-

LEGISLACIÓN

titucional. En la pg. 17 del informe se dice que “la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuánto al sexo del sujeto dominante”. Esta afirmación, hecha desde un principio general de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, es hoy, en un Estado Social y Democrático de Derecho, un criterio totalmente insuficiente para el cumplimiento de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. La libertad no se consigue desde la igualdad formal, ni la justicia material, ni la propia igualdad, ni lógicamente el pluralismo político. Ante los valores superiores del ordenamiento, la ley en un Estado Social, matiza muy considerablemente las premisas de generalidad para atender a las necesidades de los colectivos sociales, que exigen medidas de los poderes públicos, favorecedoras justamente de la igualdad real. Esa exigencia de generalidad contenida en las leyes, que era un presupuesto del Estado liberal, decae en los Estados Sociales como consecuencia de la necesidad de atender a los desfavorecidos, y así lo viene entendiendo la doctrina constitucionalista desde su inicio en los años ochenta.²⁸

Los criterios de la igualdad ante la ley que vinculan al legislador, no se construyen hoy desde la generalidad de los destinatarios de esa norma, sino con la racionalidad de la diferenciación, y la justificación de la pertinencia de un tratamiento distinto cuándo estamos ante situaciones que exigen medidas legislativas diferentes.²⁹

Y una línea básica de diferenciación es la de la proporcionalidad medios-fin. El problema de la violencia de género es cualitativamente distinto, (ya no digamos cuantitativamente) en las mujeres, porque las causas que lo producen se alejan de los parámetros estandarizados de violencia social, y contienen elementos diferenciadores relacionados con la posición histórica de la mujer en la sociedad y el dominio a que han estado y siguen sometidas. Y esta diferencia justifica, y exige, un tratamiento también diferenciado por el legislador, obligado en un Estado Social, al cumplimiento de los valores constitucionales, utilizando medidas que eliminan los obstáculos a la igualdad y a la libertad de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres. Si la ley fuera igual, al no serlo las condiciones mate-

riales de las mujeres, no se estaría persiguiendo la igualdad, sino consagrando la desigualdad.

Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en su doctrina.³⁰

Pero el CGPJ considera que las medidas de acción positiva no son aplicables al ámbito penal ni al orgánico judicial. Sin embargo, no se explicitan las razones por las que la acción positiva no puede regir ni para el derecho penal ni para el proceso. ¿No hay en ciertos procesos un plus de tutela (el Ministerio Fiscal), que compensa a veces las deficiencias de alguna de las partes (minoría de edad) y que constituyen acciones positivas de compensación?

Quizás esa sea una consecuencia de cómo el Consejo ha interpretado el concepto de acciones positivas como acciones escasas, muy elaborado en la doctrina americana para colectivos marginados, y que se ha intentado importar aquí por alguna doctrina española, acriticamente y sin tener en cuenta que la mujer es un género y no un colectivo, y que nuestro sistema de jurisdicción concentrada no tiene mucho que ver con el derecho americano, ni nuestra dogmática jurídica con los precedentes. Pero el problema de la violencia de género, no tiene nada que ver con las plazas de escuela para los chicanos en los EE.UU., sino con la esencia misma de la construcción social de un género, subordinado históricamente, cuya vida el Estado tiene obligación de proteger, y ante cuya gravedad e intensidad, tienen que ceder algunos otros derechos de los hombres, de menor importancia que la vida.

Si los informantes hubieran tomado como línea de razonamiento la que ha llevado al Gobierno a la presentación de este Proyecto, seguramente el alejamiento habría sido menor. Si se hubiese pensado que el elemento central que diferencia la violencia de género de todas las demás formas de violencia, es el sentimiento de dominio que todavía algunos hombres consideran tener como derecho sobre las mujeres, y ese dato se hubiese conectado a toda la legislación, ahora sobre todo e incluida la de los tipos penales hasta hace muy pocos años discriminatoria para la mujer, y que precisamente ha tenido como consecuencia el arraigo de una cultura jurídica de dominio, no solo físico sino jurídico del hombre sobre la mujer,

²⁸ J. Jiménez Campo ha señalado como la igualdad en tanto que límite al legislador gira hoy mas en torno al concepto de racionalidad que al de generalidad. “Igualdad como límite al legislador.” RDEC. N. 9. 1983. Pg. 73.

²⁹ Ib. Pgs. 92-4.

³⁰ Las SSTC dictadas en este sentido son además muy tempranas, y además han evolucionado en el mismo sentido a lo largo de todos estos años. (STC 114/83, STC 98/85). Ya en la STC 19/88 el Tribunal considera en su FJ n. 10 la posibilidad de un cierto apoyo del art. 9.2 para llegar a conseguir la igualdad material. Y desde la STC 216/91 en su Fj 5 deja claro que “no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, antes al contrario, la acción de favorecimiento siquiera temporal, que aquellos poderes, (públicos), emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial mas favorable, vean suavizado o compensada su situación de desigualdad sustancial”. Igual la STC 28/92.

LEGISLACIÓN

si todo eso se hubiera pensado, probablemente, ese razonamiento hubiera llevado a la necesidad de entender que ahora hay que sobredimensionar esta situación para llegar al equilibrio. Porque ahora, la ausencia de perspectiva de género produce desequilibrios en el derecho. La neutralidad produce desequilibrios también en el derecho penal. En la medida en que nuestro Código Penal establece como agravante la utilización de armas, y la mujer ya parte de una inferioridad física generalizada, un mismo delito tiene ahora mismo diferente resultado según el género que favorece al hombre.

Es verdad que está pendiente la construcción del derecho desde la perspectiva de género. Y se ha visto aquí con total claridad la ausencia de una mínima perspectiva de género en algunos de los informes que acompañan a esta ley.

Ahora bien, con independencia de todo esto, sería muy conveniente y desde luego muy deseable, que todo este debate pudiera ser aprovechado para avanzar en la igualdad de la mujer y no contribuir a su retroceso. (M^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

LEGISLACIÓN

REGLAMENTO (CE) N^o 806/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE ABRIL DE 2004 RELATIVO AL FOMENTO DE LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER EN LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO.

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular su artículo 179,

Vista la propuesta de la Comisión,

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado³¹,

Considerando lo siguiente:

- (1) En los Objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas para el milenio se contemplan la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer y se establecen metas claras en el ámbito de la enseñanza, que han de lograrse antes de 2015.
- (2) Dos tercios de la población infantil no escolarizada son niñas, sus tasas de escolarización siguen siendo inferiores a las de los niños y sus tasas de abandono escolar son superiores.
- (3) El apartado 2 del artículo 3 del Tratado dispone que en todas las actividades contempladas en dicho artículo, entre las que figura la política de cooperación al desarrollo, la Comunidad debe fijarse el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.
- (4) Dado que una mayoría desproporcionada de los pobres del mundo son mujeres, el fomento de la

igualdad entre el hombre y la mujer es importante para alcanzar el objetivo global de reducir la pobreza de aquí a 2015.

- (5) Está reconocido que la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los grupos de edad es un factor importante para luchar de forma efectiva y eficaz contra la pobreza. Para lograrla mediante la estrategia de integración de la perspectiva de género, es preciso acompañar dicha integración de medidas específicas en favor de las mujeres de todas las edades.
- (6) La contribución de las mujeres al desarrollo se enfrenta a numerosos obstáculos, lo cual limita los resultados de su trabajo y reduce los beneficios para ellas mismas y para la sociedad en su conjunto. La importancia que reviste el papel económico, social y medioambiental de las mujeres a todo lo largo de la vida en los países en desarrollo ha hecho que la comunidad internacional sea cada vez más consciente de que su plena participación, sin discriminación alguna, es indispensable para el desarrollo real y sostenible.
- (7) La Comunidad y sus Estados miembros firmaron la Declaración y la Plataforma de Acción aprobadas en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer,

³¹ Dictamen del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2003, (no publicado aún en el Diario Oficial), Posición Común del Consejo, de 19 de febrero de 2004, (no publicada aún en el Diario Oficial) y Posición del Parlamento Europeo, de 30 de marzo de 2004, (no publicada aún en el Diario Oficial).

LEGISLACIÓN

celebrada en Pekín en 1995, que subrayaban la necesidad de hacer frente a los obstáculos a la igualdad entre el hombre y la mujer en el mundo y hacían de la integración de la perspectiva de género una estrategia para fomentar dicha igualdad.

- (8) La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer considera que este tipo de discriminación obstaculiza el desarrollo y las Partes en la Convención acordaron eliminarla haciendo uso de todos los medios adecuados.
- (9) El Reglamento (CE) n° 2836/98 del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, sobre la integración de las cuestiones de género en la cooperación para el desarrollo³² tiene por objeto apoyar la integración horizontal del análisis de las cuestiones de género en todos los aspectos la cooperación para el desarrollo y respaldar y facilitar las actuaciones relativas a las principales desigualdades entre el hombre y la mujer. Asimismo, vela por el fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en los planes nacionales destinados a poner en práctica los elementos principales de la Plataforma de Acción de la Conferencia de Pekín. Dicho Reglamento expiró el 31 de diciembre de 2003.
- (10) La Declaración del Consejo y de la Comisión relativa a la política de desarrollo de la Comunidad Europea, aprobada el 10 de noviembre de 2000, considera la igualdad entre el hombre y la mujer un aspecto transversal.
- (11) La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2001, sobre el programa de acción para la integración del factor género en la cooperación de la Comunidad al desarrollo establece el marco de aplicación para dicha integración. El Consejo refrendó este programa de acción en sus conclusiones de 8 de noviembre de 2001.
- (12) En su Resolución de 25 de abril de 2002³³ (1) relativa a dicho programa de acción, el Parlamento Europeo aprobó el enfoque consistente en integrar la perspectiva de género para alcanzar el objetivo igualdad entre el hombre y la mujer y mejorar la posición de la mujer en los países en desarrollo.
- (13) El presente Reglamento establece, para toda la duración del programa, una dotación financiera que, con arreglo al punto 33 del Acuerdo interinstitucional, de 6 de mayo de 1999, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento pre-

supuestario³⁴, constituye la referencia privilegiada para la autoridad presupuestaria en el marco del procedimiento presupuestario anual. En general, la financiación comunitaria destinada al desarrollo debe contribuir asimismo a la igualdad entre el hombre y la mujer como aspecto transversal.

- (14) Las medidas necesarias para la ejecución del presente Reglamento deben aprobarse con arreglo a la Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión³⁵.
- (15) Dado que el objetivo de la acción propuesta, a saber, el fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y los efectos de la acción propuesta, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1. El presente Reglamento tiene por objeto la aplicación de medidas con vistas a fomentar la igualdad entre el hombre y la mujer en las políticas, estrategias e intervenciones comunitarias de cooperación al desarrollo. A tal efecto, la Comunidad proporcionará ayuda financiera y experiencia técnica adecuada para fomentar dicha igualdad en todas sus políticas e intervenciones de cooperación en los países en desarrollo.

2. La ayuda comunitaria tendrá por objeto complementar y consolidar las políticas y las capacidades de los países en desarrollo, así como el apoyo brindado a través de otros instrumentos de cooperación al desarrollo.

Artículo 2

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: «integración de la perspectiva de género»: la planificación, (re)organización, mejora y evaluación de los pro-

³² DO L 354 de 30.12.1998, p. 5. Reglamento modificado por el Reglamento (CE) n°1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 284 de 31.10.2003, p. 1).

³³ DO C 131 E de 5.6.2003, p. 153.

³⁴ DO C 172 de 18.6.1999, p. 1; Acuerdo modificado por la Decisión 2003/429/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 147 de 14.6.2003, p. 25).

³⁵ DO L 184 de 17.7.1999, p. 23.

LEGISLACIÓN

cesos relacionados con las políticas, de manera que las partes que normalmente intervengan en ellos integren la perspectiva de la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las políticas, estrategias e intervenciones en materia de desarrollo, a todos los niveles y en todas las fases; «medidas específicas»: las medidas para evitar o compensar las desigualdades entre el hombre y la mujer, que puedan proseguirse o adoptarse con el fin de garantizar en la práctica la igualdad entre el hombre y la mujer; dichas medidas deben, ante todo, velar por mejorar la situación de las mujeres en el ámbito contemplado por el presente Reglamento.

Artículo 3

De conformidad con el objetivo de promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer, especificados en los Objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas para el milenio, la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, y el documento final de la sesión extraordinaria de la Asamblea General «Las mujeres en el año 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI», el presente Reglamento tiene por objeto lo siguiente: favorecer la integración de la perspectiva de género en todos los ámbitos de la cooperación al desarrollo, asociando medidas destinadas específicamente a las mujeres de todas las edades, con el fin de fomentar la igualdad entre el hombre y la mujer, y contribuir así de forma considerable a reducir la pobreza; respaldar las capacidades internas públicas y privadas de los países en desarrollo que puedan asumir la responsabilidad y la iniciativa de fomentar la igualdad entre el hombre y la mujer.

Artículo 4

1. Podrán financiarse actividades de fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer que, en particular, favorezcan:

las medidas específicas relacionadas con el acceso a los recursos y servicios destinados a las mujeres y el control de los mismos, especialmente en el ámbito de la enseñanza y de la formación, de la salud, de las actividades económicas y sociales, del empleo y de las infraestructuras, y con la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones en el ámbito político; la recogida, la difusión, el análisis y mejora de estadísticas desagregadas por sexo y edad, así como el desarrollo y difusión de metodologías, directrices, evaluaciones de impacto ex ante y a posteriori sobre la igualdad entre el hombre y la mujer, estudios temáticos, indicadores cualitativos y cuantitativos y otros instrumentos operativos;

las campañas de sensibilización y la labor de defensa, así como el establecimiento de redes de personas involucradas en el ámbito de la igualdad entre el hombre y la mujer;

las actividades destinadas a incrementar la capacidad institucional y operativa de las principales personas de los países asociados involucradas en el proceso de desarrollo, como el envío de especialistas en cuestiones de género, la formación y la asistencia técnica.

2. En el marco de las actividades mencionadas en el apartado 1, podrán financiarse los instrumentos siguientes:

estudios metodológicos y organizativos sobre la integración de la perspectiva de género relativos a todos los grupos de edad;

asistencia técnica, incluida la evaluación del impacto sobre la igualdad entre el hombre y la mujer, la educación, la formación, la sociedad de la información u otros servicios;

suministros, auditorías y misiones de evaluación y control.

3. La financiación comunitaria podrá destinarse a: proyectos de inversión, con exclusión de la compra de bienes inmuebles;

gastos de funcionamiento de las entidades beneficiarias, incluidos los gastos recurrentes administrativos y de mantenimiento, que no deberían sobrepasar los costes previstos para gastos de funcionamiento. Las subvenciones para gastos de funcionamiento tendrán carácter decreciente.

Artículo 5

En la selección y realización de las actividades a que se refiere el apartado 1 del artículo 4, se prestará especial atención a lo siguiente:

potenciar el efecto catalizador y multiplicador de las intervenciones y programas con el fin de apoyar la estrategia de integración de la perspectiva de género a gran escala en las actuaciones de la Comunidad;

reforzar las asociaciones estratégicas y establecer cooperaciones transnacionales que intensifiquen, en particular, la cooperación regional en el ámbito de la igualdad entre el hombre y la mujer;

programar y planificar las intervenciones para obtener una buena relación coste-eficacia y unas repercusiones sostenibles;

definir claramente y supervisar los objetivos y los indicadores;

fomentar la sinergia con las políticas y programas relativos a la salud reproductiva y sexual y los derechos conexos, las enfermedades relacionadas con la pobreza, en particular los programas VIH/sida, las medidas para luchar contra la violencia, la situación de las niñas, la educación y formación de las mujeres de todas las eda-

LEGISLACIÓN

des, las personas mayores, el medio ambiente, los derechos humanos, la prevención de conflictos, la democratización y la participación de las mujeres en el proceso de toma de decisiones políticas, económicas y sociales; integrar la perspectiva de género en los seis ámbitos prioritarios de la política de desarrollo comunitaria; resaltar la importancia de prestar especial atención a la educación de las niñas y hacer hincapié en que la falta de igualdad de oportunidades para éstas podría empezar a corregirse formando y empleando maestras locales.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DE LA AYUDA

Artículo 6

1. La financiación contemplada en el presente Reglamento consistirá en subvenciones o contratos.
2. Las subvenciones podrán financiar el coste total de un proyecto únicamente si se demuestra que ello es fundamental para su realización, salvo que se trate de intervenciones derivadas de la aplicación de acuerdos de financiación celebrados con terceros países o de proyectos gestionados por organizaciones internacionales. En los demás casos, se solicitará una contribución económica a los beneficiarios contemplados en el artículo 7. Al especificar la cantidad de la contribución solicitada, se tendrá en cuenta la capacidad de los socios en cuestión y el tipo de la operación considerada.
3. Los contratos con beneficiarios podrán cubrir la financiación de sus gastos operativos, de acuerdo con la letra b) del apartado 3 del artículo 4.
4. La prestación de ayuda financiera en virtud del presente Reglamento puede implicar la cofinanciación con otros donantes, en especial con los Estados miembros, las Naciones Unidas y bancos de desarrollo internacionales o regionales o instituciones financieras.

Artículo 7

1. Entre los socios que pueden optar a la ayuda financiera conforme al presente Reglamento figuran: las entidades administrativas y los organismos gubernativos nacionales, regionales o locales; las comunidades locales, ONG, especialmente las ONG activas en el ámbito de la igualdad de género, asociaciones de mujeres, organizaciones de base comunitaria, sindicatos y otras personas físicas y jurídicas sin fines lucrativos; el sector privado local; las organizaciones regionales; las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y sus organismos, fondos y programas, bancos de desarrollo, instituciones financieras, iniciativas globales y asociaciones pú-

blicas/privadas internacionales; institutos y universidades que realicen estudios e investigación en el ámbito del desarrollo.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra e) del apartado 1, se concederá financiación comunitaria en forma de subvenciones a los socios cuya sede central esté situada en un Estado miembro o en un tercer país que sea beneficiario o beneficiario potencial de la ayuda comunitaria conforme al presente Reglamento, a condición de que dicha sede sea el verdadero centro de gestión de las operaciones. Sólo en casos excepcionales, esta sede podrá estar situada en otro tercer país. Se dará prioridad a las estructuras endógenas que puedan contribuir a desarrollar las capacidades locales en relación con las cuestiones de género.

Artículo 8

1. Cuando las intervenciones sean objeto de acuerdos de financiación entre la Comunidad y el país beneficiario, se establecerá en ellos que la Comunidad no financiará el pago de impuestos, derechos ni ningún otro tipo de gravámenes.
2. Los acuerdos de financiación o de subvención y los contratos celebrados con arreglo al presente Reglamento estipularán que la Comisión y el Tribunal de Cuentas efectuarán controles in situ de conformidad con los procedimientos normales fijados por la Comisión en el marco de las disposiciones vigentes, en particular las del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas³⁶.
3. Se tomarán las medidas necesarias para subrayar el carácter comunitario de la ayuda prestada en virtud del presente Reglamento.

Artículo 9

1. La participación en licitaciones y la adjudicación de contratos públicos estarán abiertas en igualdad de condiciones a todas las personas físicas y jurídicas de los Estados miembros, los países asimilados y todos los países en desarrollo. Estarán asimismo abiertas a otros terceros países en condiciones de reciprocidad. En casos excepcionales y debidamente justificados, podrán abrirse a otros terceros países.
2. Los suministros procederán de los Estados miembros, del país beneficiario o de otros países en desarrollo. En los casos a que se refiere el apartado 1, los suministros podrán proceder de otros terceros países.

Artículo 10

1. Con objeto de lograr los objetivos de coherencia y complementariedad recogidos en el Tratado y de garantizar la eficacia máxima del conjunto de las inter-

³⁶ Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002 del Consejo (DO L 248 de 16.9.2002, p. 1).

LEGISLACIÓN

venciones, la Comisión podrá tomar todas las medidas de coordinación necesarias, en particular:

la creación de un sistema de intercambio y análisis sistemático de información sobre las actividades financiadas o cuya financiación esté prevista por la Comunidad o los Estados miembros; la coordinación in situ de la realización de actividades mediante reuniones periódicas e intercambios de información entre los representantes de la Comisión y de los Estados miembros en el país beneficiario, las autoridades locales y otros órganos descentralizados.

2.La Comisión debería plantear la cuestión del género como un punto permanente en el orden del día de las reuniones de representantes de la Comisión, de los Estados miembros y de los países asociados para aumentar la sensibilidad a las cuestiones de género en los nuevos ámbitos de la cooperación al desarrollo.

3.La Comisión deberá tener en cuenta las experiencias de los Estados miembros, otros donantes y países socios en el ámbito de la integración de la perspectiva de género y de la autonomía de la mujer.

4.La Comisión, junto con los Estados miembros, podrá tomar las iniciativas necesarias para garantizar la coordinación con los otros donantes interesados, en especial los que forman parte del sistema de las Naciones Unidas.

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES FINANCIERAS Y PROCEDIMIENTOS DECISORIOS PERTINENTES

Artículo 11

1.El marco financiero para la aplicación del presente Reglamento durante el período comprendido entre 2004 y 2006 queda establecido en 9 millones de euros.

2.La autoridad presupuestaria autorizará los créditos anuales ajustándose a las perspectivas financieras.

Artículo 12

1.La Comisión se encargará de la elaboración de directrices para la programación estratégica, que definan la cooperación de la Comunidad en términos de objetivos mensurables, prioridades, plazos para áreas concretas de intervención, hipótesis y resultados previstos. La programación será plurianual y orientativa.

2.Se celebrará un debate anual, basado en la presentación por el representante de la Comisión de las orientaciones generales para las acciones que vayan a llevarse a cabo, en el marco de una reunión conjunta de los Comités a que se refiere el apartado 1 del artículo 14.

Artículo 13

1.La Comisión se encargará de la evaluación previa, la

selección y la gestión de las acciones contempladas en el presente Reglamento según los procedimientos presupuestarios y de otro tipo vigentes, en particular los estipulados en el Reglamento financiero.

2.El programa de trabajo se adoptará de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 14.

Artículo 14

1.La Comisión estará asistida por el Comité geográficamente competente en materia de desarrollo.

2.En los casos que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los artículos 4 y 7 de la Decisión 1999/468/CE, observando lo dispuesto en su artículo 8. El plazo contemplado en el apartado 3 del artículo 4 de la Decisión 1999/468/CE queda fijado en 45 días.

3.El Comité aprobará su Reglamento interno.

CAPÍTULO IV

INFORMES

Artículo 15

1.Después de cada ejercicio presupuestario, la Comisión, en su informe anual sobre la política comunitaria de desarrollo dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo, facilitará información sobre las acciones financiadas en el curso de dicho ejercicio y las conclusiones de la Comisión sobre la aplicación del presente Reglamento en el anterior ejercicio presupuestario.

En el resumen se informará, en particular, sobre los aspectos positivos y negativos de las acciones y sus resultados, las personas y organismos con quien se hayan celebrado contratos y los resultados de las evaluaciones independientes de acciones determinadas.

2.un año antes del vencimiento del presente reglamento, la comisión presentará un informe de evaluación independiente sobre su aplicación al parlamento europeo y al consejo con objeto de establecer si se han logrado los objetivos fijados y proporcionar orientaciones para incrementar la eficacia de las acciones futuras. Sobre la base de dicho informe de evaluación, la comisión podrá hacer propuestas relativas al futuro del presente reglamento y, si procede, a su modificación.

Artículo 16

El presente reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el diario oficial de la unión europea.

El presente reglamento será aplicable hasta el 31 de diciembre de 2006.

Hecho en Estrasburgo, el 21 de abril de 2004.

LEGISLACIÓN

**COMENTARIO AL REGLAMENTO (CE)
Nº 806/2004 DEL PARLAMENTO
EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE
ABRIL DE 2004 RELATIVO AL
FOMENTO DE LA IGUALDAD ENTRE
EL HOMBRE Y LA MUJER EN LA
COOPERACIÓN AL DESARROLLO.**

El Reglamento (CE) n. 806/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Abril, relativo al fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo, se justifica por la necesidad de corregir las desigualdades entre mujeres y hombres en el mundo, que tiene como horizonte el año 2015.

Este Reglamento sustituye al Reglamento (CE) n. 2836/98, del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, sobre la integración de las cuestiones de género en la cooperación al desarrollo que tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003.

Merece la pena destacar, como tanto el primero de los Reglamentos como el que ahora analizamos, alude sin paliativos en su texto al término “género”, como la expresión indiscutida de referencia para la construcción social del sexo, y lo utiliza de forma indiscriminada respecto del de “mujer”, sin necesidad de clarificar a que se hace referencia cuando se habla de género en relación con la igualdad entre los hombres y las mujeres. Esa normalidad en el derecho europeo, contrasta con las tendencias de algunas instituciones públicas, jurídicas y lingüísticas, que han considerado poco correcta la denominación de género para una ley que afecta a la vida de las mujeres, por entender que ese término no es adecuado ni correcto desde el punto de vista jurídico. A veces sería conveniente para algunos juristas, entender que el derecho ha superado ya las vías de expresión lingüística del siglo XIX, y que es precisamente el mismo espíritu de Savigny el que nos permite a los pueblos denominar las instituciones en conexión con el derecho vivo.

Pero con todo, lo importante del Reglamento no es lógicamente el *nomen iuris*, sino su contenido dirigido a facilitar la transversalidad y el enfoque de género.

Se trata por una parte de la integración de la perspectiva de género en todas las políticas de desarrollo tendentes a la eliminación de la pobreza, objetivo el 2015, y de la creación de medidas específicas que tienen como objeto la compensación de desigualdades entre mujeres y hombres.

Y para ello, el Reglamento prevé la cantidad de nueve millones de euros, que subvencionarán todas aquellas actividades definidas en los arts. 6 al 10 y que de una forma bastante amplia permiten la realización de actividades tendentes a estos dos objetivos señalados como básicos.

Pueden solicitar las ayudas tanto instituciones públicas como privadas, y tanto en forma de subvenciones como de contratos.

Lo importante además de estas ayudas es que van a estar abiertas a países muy necesitados de desarrollo, con lo que se va a permitir un importante avance en materia de género, para muchas culturas en las que todavía se está en un momento muy indiciario respecto de la igualdad.

Pero sin duda el Reglamento tiene también algunas objeciones en cuanto a los fines que puede conseguir. Todo lo que se refiere a la transversalidad está por hacer desde el punto de vista teórico y dogmático, de tal modo que conseguir poner en marcha un mecanismo como el de la igualdad por la vía del mainstreaming cuándo ni siquiera la propia terminología es conocida por la ciudadanía, tiene el inconveniente de todas las actividades de comienzo: la falta de previsibilidad de los efectos, la dudosa implantación en medios hostiles, y finalmente, la acogida que por parte de los poderes públicos pueda darse a estas iniciativas. Naturalmente todas estas objeciones no lo son al Reglamento, que está precisamente para superarlas. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

LEGISLACIÓN

LEY 1/2004, DE 1 DE ABRIL, DE CANTABRIA, INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA PROTECCIÓN A SUS VÍCTIMAS³⁷.

PREÁMBULO

I

En el marco de la Unión Europea, la igualdad entre hombres y mujeres viene contemplada en el artículo 2 del Tratado constitutivo que, de forma concreta, insta a los Estados miembros al desarrollo de políticas específicas de prevención y represión de la violencia contra las mujeres.

En el ámbito internacional, la Conferencia Mundial de la ONU de 1993 sobre Derechos Humanos definió la violencia de género como la violencia que pone en peligro los derechos fundamentales, la libertad individual y la integridad física de la mujer, reconociéndose en 1995, en la Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Beijing (China), que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para la igualdad, el desarrollo y la paz de los pueblos, impidiendo que las mujeres disfruten de los derechos humanos y libertades fundamentales.

La nueva definición que entonces se dio permitió ver la violencia hacia las mujeres como una violencia que se produce por razón del género y que no necesariamente tiene que estar vinculada a las relaciones familiares, conyugales o de pareja. Indudablemente, esta nueva forma de entender la violencia de género como un delito contra la integridad y libertad de las mujeres, y no como asuntos privados, abrió las puertas a un distinto planteamiento ideológico fundado en la equivalencia entre ambos sexos, que dio paso a intervenir a la sociedad y a todos los poderes públicos.

II

Estamos de acuerdo en que la erradicación de la violencia de género es una dura labor en la que, además de conseguir la sensibilización de la sociedad, es necesaria la intervención multidisciplinar de distintos operadores sociales, tales como sanitarios, policiales y judiciales; y, en este momento, la prioridad de todos ellos ha de ser terminar con el ciclo de violencia y dotar a las víctimas de garantías legales y sociales para hacer efectiva su voluntad de cambiar la situación, de forma tal que se acaben los actos de violencia ejercidos contra las mujeres.

Pero la persistencia de actitudes socio-culturales no condenatorias de ciertas manifestaciones de violencia

de género nos obliga a diseñar programas integrales que tengan en cuenta de forma transversal las distintas dimensiones a considerar.

III

La Constitución Española establece la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, deviniendo incompatibles con los principios que proclama cualesquiera situaciones de discriminación en cualesquiera de los órdenes de la vida.

IV

Por otro lado, el Estatuto de Autonomía para Cantabria, en el apartado 22 de su artículo 24, reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cantabria en las materias de «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario, incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer», entre las que se incluye indudablemente a la mujer víctima de violencia de género.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 25 y el artículo 28 del mismo texto legal recogen las competencias en cuanto a desarrollo legislativo y ejecución en materia sanitaria y educativa, restringiendo a una función ejecutiva las competencias en materia laboral (apartado 11 del artículo 26).

V

En desarrollo de estas competencias, se promulga esta Ley que pretende contemplar el problema en su especificidad y en su integridad. Es decir, al mismo tiempo que se ha querido dar a la violencia de género un tratamiento específico respecto de otras conductas violentas por tener su origen en la concepción de una superioridad del sexo masculino sobre el femenino, al tratarse de un fenómeno que atañe a toda la sociedad, se ha pretendido además que, sin dilación, sea sacado del espacio privado en el que todavía se mantiene. No es posible continuar abordándolo parcialmente desde esa lógica privada porque afecta a derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la dignidad, igualdad, libertad, seguridad, salud y tutela judicial efectiva, entre otros.

Se trata de aportar a nuestra sociedad, y principalmente a las víctimas, una necesaria regulación jurídica es-

³⁷ Publicada en el BOE núm. 101, de 26 de abril de 2004.

LEGISLACIÓN

pecífica en los términos que exige nuestra Constitución. En un Estado de Derecho, la ley es un instrumento privilegiado y el único válido para dar cobertura y garantía a los cambios sociales. Por la pedagogía política que toda ley encierra, servirá de motor de cambio y punto de partida para la efectividad del derecho a vivir sin violencia, del que se derivan deberes para todos los poderes públicos respecto a la garantía del efectivo ejercicio del mismo.

VI

La presente Ley se organiza conforme a la siguiente estructura: en el Título I se recogen las disposiciones generales sobre el objeto y fines de la Ley, así como la descripción de las distintas formas de violencia de género, con un carácter exhaustivo para abarcar todas las manifestaciones de la misma, de conformidad con las resoluciones de los organismos internacionales. En el Título II se desarrollan las disposiciones relativas a la investigación y en el Título III las medidas de sensibilización en todos los ámbitos de la sociedad. El Título IV está referido a las actuaciones de carácter preventivo, completadas con las medidas de protección, atención y asistencia a las víctimas y sus hijos e hijas. En el Título V se reflejan las competencias en relación con la protección y asistencia a las víctimas, completándose con el Título VI relativo a las prestaciones económicas a favor de aquéllas, y la atención a los menores. En su Título VII se regula la intervención administrativa respecto de la víctima con menores a su cargo y finalmente en su Título VIII la necesidad de alcanzar acuerdos interinstitucionales y protocolos de actuación.

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.

Constituye el objeto de esta Ley la adopción de medidas integrales para la sensibilización, prevención y erradicación de la violencia de género, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas y a sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento.

Artículo 2. Concepto de violencia de género.

A los efectos de esta Ley, se entiende por violencia de género toda conducta activa u omisiva de violencia o agresión, basada en la pertenencia de la víctima al sexo femenino, así como la amenaza de tales actos, la coacción o privación ilegítima de libertad y la intimidación, que tenga como resultado posible o real un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto si ocurre en público como en la vida familiar o privada.

Artículo 3. Formas de violencia de género.

Se consideran, a los efectos de esta Ley, formas de vio-

lencia de género en función del medio empleado y el resultado perseguido, y con independencia de que las mismas estén o no tipificadas como delito o falta penal o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento, las consistentes en las siguientes conductas:

- a) Malos tratos físicos, que incluyen cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.
- b) Malos tratos psicológicos, que incluyen toda conducta que produce en la víctima desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento, culpabilización, limitaciones de su ámbito de libertad y cualesquiera otros efectos semejantes.
- c) Malos tratos económicos, que incluyen la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos para el bienestar físico o psicológico de la víctima y de sus hijos e hijas o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar, en la convivencia de pareja o en las relaciones posteriores a la ruptura de las mismas.
- d) Agresiones sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la víctima, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima.
- e) Abusos sexuales a niñas, que incluye las actitudes y comportamientos, incluida la exhibición ante ellas y la observación de las mismas realizada por un adulto para su propia satisfacción sexual o la de un tercero, bien empleando la manipulación emocional, el chantaje, las amenazas, el engaño o la violencia física.
- f) Acoso sexual, que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la víctima de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma. Se incluye el acoso ambiental que busque la misma finalidad o resultado.
- g) El tráfico o utilización de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual, cualquiera que fuere el tipo de relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado.
- h) Mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos o lesiones causadas a los órganos genitales feme-

LEGISLACIÓN

ninos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima.

i) Violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que comprende cualquier tipo de actuación que impida o restrinja el libre ejercicio por las mujeres de su derecho a la salud reproductiva y, por tanto, que afecte a su libertad para disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos para su salud, a su libertad para acceder o no a servicios de atención a la salud sexual y reproductiva, anticonceptivos, y para ejercer o no su derecho a la maternidad.

j) Cualesquiera otras actuaciones o conductas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad o integridad de la mujer.

Artículo 4. Ámbito de aplicación.

Las medidas contempladas en la presente Ley serán de aplicación a todas las mujeres víctimas de actos de violencia de género que tengan lugar en territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

TÍTULO II
Investigación

Artículo 5. Investigación.

1.La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria promoverá la investigación sobre las causas, características y consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para su prevención y erradicación.

2.Los resultados de la investigación y de las actuaciones del Gobierno de Cantabria en este tema se darán a conocer públicamente para fomentar el debate social y valorar las medidas destinadas a erradicar este tipo de violencia, y de manera especial a profesionales, organismos, instituciones y organizaciones expertas en esta materia en los ámbitos social, jurídico, educativo, sanitario, policial, judicial y laboral.

TÍTULO III
Medidas de sensibilización

Artículo 6. Información y sensibilización social.

1.La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria realizará campañas de sensibilización sobre la violencia de género y en favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito de nuestra Comunidad autónoma.

A este efecto, utilizará cuantos medios sean precisos para que el conjunto de la población y especialmente las mujeres dispongan de la información suficiente sobre los derechos que les asisten y los recursos existentes, prestando especial atención a mujeres pertenecien-

tes a colectivos o ámbitos donde el nivel de desprotección pueda ser mayor.

2.El Gobierno de Cantabria promoverá que los medios de comunicación públicos o subvencionados con recursos públicos no emitan en su programación imágenes o contenidos que resulten contrarios a la finalidad y espíritu de esta Ley.

3.El Gobierno de Cantabria garantizará que todos los materiales, realizados o emitidos por los medios de comunicación públicos, los subvencionados con recursos públicos, o los publicados o editados por la propia Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria respeten el principio de igualdad de oportunidades y no emitan o publiquen imágenes o textos de carácter vejatorio.

4.Con tal finalidad se promoverá la suscripción de un protocolo que aúne los esfuerzos de todos los medios de comunicación por respetar el principio de igualdad de oportunidades en todas sus manifestaciones.

5.La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria impulsará todo tipo de manifestaciones culturales y artísticas que caminen en la dirección y el objeto de esta Ley, en las que sus promotores propongan estrategias o espacios realmente eficaces para sensibilizar a la sociedad en la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

Artículo 7. Apoyo al movimiento asociativo.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria colaborará con aquellas organizaciones con experiencia y formación en esta materia que desarrollen actividades de sensibilización, prevención, protección, atención y erradicación de la violencia de género.

Artículo 8. Medidas en el ámbito educativo.

1.La Administración educativa impulsará la realización de actividades dirigidas a la comunidad escolar para la prevención de comportamientos y actitudes sexistas y de violencia de género, destinadas a profundizar en las estrategias para el análisis y resolución de los conflictos, así como en el aprendizaje de la convivencia basada en el respeto a todas las personas.

2.En el ámbito educativo, y al objeto de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, el Gobierno de Cantabria llevará a cabo la revisión y, en su caso, adaptación en todos los niveles educativos de los contenidos, procedimientos, actitudes y valores que conforman el currículo educativo desde una perspectiva de género.

3.En la revisión de los materiales educativos se velará especialmente por la exclusión de aquellos que vulneren el principio de igualdad, por recoger referencias o ideas que fomenten un desigual valor de mujeres y hombres.

LEGISLACIÓN

4. En los programas de formación permanente de profesionales de la educación se incluirá como materia específica la de la igualdad de género, fomentando la adquisición de conocimientos sobre violencia de género y sobre una educación sexual, sanitaria y afectiva que dignifique la relación de ambos sexos.

Artículo 9. Directrices en planes y proyectos educativos.

1. La Administración educativa llevará a cabo un asesoramiento específico en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y de educación en igualdad para prevenir la violencia de género, que sirva de soporte tanto a la labor orientadora de los centros educativos como a los centros de apoyo al profesorado.

2. Los planes de acción tutorial de todos los niveles educativos incluirán apartados específicos destinados a reflexionar sobre los modelos masculino y femenino, así como una orientación de estudios y profesiones basada en las aptitudes y capacidades de las personas y no en la pertenencia a uno u otro sexo.

3. Los modelos de proyectos educativos de centro que elabore la Administración educativa integrarán en sus determinaciones pautas de conducta que fomenten el desarrollo de actitudes de respeto al cuerpo de todas las personas, autoestima, seguridad personal y capacitación para la práctica de relaciones humanas basadas en el respeto y la no violencia.

4. La Administración educativa promoverá la elaboración y ejecución de proyectos específicos de educación en igualdad de género en todos los centros educativos, que garanticen y fomenten las actitudes, valores y capacidades que contribuyan a un auténtico desarrollo integral de las personas.

Artículo 10. Formación de profesionales.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria pondrá en marcha programas de formación para el propio funcionariado y para el personal de entidades públicas y privadas relacionadas con la prevención y erradicación de la violencia de género y con la protección, atención y asistencia a las víctimas de la misma, con el fin de garantizar a éstas una información y asistencia adecuada y rigurosa.

TÍTULO IV

Medidas de acción preventiva

Artículo 11. Detección de las situaciones de violencia o riesgo de la misma.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria desarrollará las actuaciones necesarias para la detección de situaciones de riesgo o existencia de violencia contra las mujeres a través de los servicios sociales dependientes de la misma.

Igualmente se fomentará la coordinación con los servicios sociales dependientes de las Administraciones locales en las actuaciones que cada una desarrolle dentro del ámbito de su competencia.

El personal de los centros y servicios sociales deberá comunicar a los órganos y servicios municipales y autonómicos competentes los hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de violencia o riesgo de la misma. Específicamente, están obligados a poner en conocimiento de la Administración pública autonómica los hechos y circunstancias que hagan presumir razonablemente la existencia de malos tratos, siempre y cuando no suponga un riesgo para la vida y la integridad física de la víctima y con el conocimiento de ésta. En los conciertos que se suscriban con entidades privadas para la prestación de servicios sociales deberán recogerse expresamente las obligaciones de comunicación contenidas en este artículo, así como consignar como causa de resolución de aquellos el incumplimiento de las mismas.

2. Los responsables de los centros escolares, los consejos escolares y el personal educativo están obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de situaciones acreditadas de violencia contra las alumnas, cualquiera que fuere su procedencia, siempre y cuando no suponga un riesgo para la vida y la integridad física de la víctima y con el conocimiento de ésta.

Artículo 12. Especialización de los Cuerpos de Policía y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El Gobierno de Cantabria, en colaboración con las entidades locales que cuenten con Cuerpos de Policía, promoverá su formación a fin de conseguir la máxima eficacia en la prevención y detección de la violencia de género y en el control y cumplimiento de las medidas judiciales que se hubiesen adoptado para la protección de las víctimas.

Asimismo, se promoverá el establecimiento de acuerdos para la formación y especialización de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ubicados en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Artículo 13. Atención e información permanentes.

El Gobierno de Cantabria, en colaboración con otras Administraciones, garantizará asesoramiento jurídico y atención integral y gratuita a las víctimas de violencia de género o personas que legalmente las representen y a sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento, a través de un centro de información y atención integral.

Artículo 14. Prevención en el ámbito laboral.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria colaborará con los agentes sociales, sindica-

LEGISLACIÓN

tos, organizaciones empresariales y organizaciones expertas en violencia de género en el diseño y aplicación de medidas de prevención de la misma en el ámbito laboral.

Artículo 15. Seguimiento e información sobre las actuaciones en materia de violencia contra las mujeres.

1.El Gobierno de Cantabria realizará un seguimiento de todas las actuaciones que desde el ámbito público o privado se realicen en materia de prevención de la violencia de género y la protección de sus víctimas, recabando información y garantizando su coordinación en aras de conseguir la mayor eficacia posible.

2.El Gobierno de Cantabria remitirá al Parlamento de Cantabria, con carácter anual, un informe en el que se contengan:

a) Los recursos humanos, asistenciales y económicos destinados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria a la prevención de la violencia de género.

b) Información sobre el número de denuncias y solicitudes de órdenes de protección presentadas por violencia de género.

c) Las actuaciones desarrolladas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria para dar asistencia a las víctimas y las llevadas a cabo en materia de prevención y sensibilización en materia de violencia de género.

d) Los procedimientos penales iniciados y las órdenes de protección instadas sobre violencia de género, con indicación de su número, la clase de procedimiento penal, el delito o falta imputado y, en su caso, la intervención de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria en dichos procedimientos.

e) La reproducción de las sentencias firmes condenatorias sobre la violencia de género, cuando se cuente con el consentimiento de la víctima o, en el caso de que ésta no pudiere prestarlo, con el consentimiento de las personas consideradas perjudicadas por los actos de violencia o sus consecuencias.

En todo caso se respetará la intimidad de la víctima, de su entorno familiar y fundamentalmente la intimidad de los y las menores afectados.

3.Los datos personales de todo tipo que figuren en el informe no podrán ser incluidos en fichero, ni ser tratados ni cedidos en los términos que para estos conceptos establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos deberán ser siempre respetados en aplicación de esta Ley.

Artículo 16. Servicios y centros que integran el sistema asistencial.

El Gobierno de Cantabria pondrá a disposición de las

víctimas de violencia de género, sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento, los servicios y centros que se enumeran a continuación:

a) Centros de información y atención integral. Recogidos y regulados en el artículo 13, prestarán asesoramiento jurídico y asistencia integral a las víctimas de violencia de género.

b) Casas de emergencia y acogida, centros de acogimiento al servicio de las víctimas en aquellas situaciones en que por su gravedad, urgencia o por carecer de recursos alternativos, así lo requieran.

c) Pisos tutelados.

TÍTULO V

Protección y asistencia a las víctimas

Artículo 17. Medidas de asistencia.

El Gobierno de Cantabria pondrá a disposición de las víctimas de violencia de género, sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento un centro de emergencia y acogida en aquellas situaciones en que por su gravedad, urgencia o por carecer de recursos alternativos así lo requieran.

Igualmente se realizarán todas las actuaciones precisas para una adecuada difusión de la existencia de los servicios que lo presten y de su contenido.

Artículo 18. Personación de la Comunidad Autónoma de Cantabria en juicio.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, a través de la Dirección General del Servicio Jurídico, previa evaluación de los hechos por parte de la Consejería competente en materia de la Mujer y a requerimiento expreso de ésta y, previo informe de viabilidad jurídica del Servicio Jurídico, ejercerá la acción popular en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal, en los procedimientos penales por violencia de género en toda su extensión, en que por las secuelas de la misma se produzca la muerte, lesiones graves o incapacitación definitiva de la víctima. La acción popular se ejercerá con el consentimiento de la familia y de la propia víctima.

Artículo 19. Medidas de urgencia.

El Gobierno de Cantabria prestará asistencia inmediata a las mujeres víctimas de malos tratos y menores a su cargo o personas bajo su tutela o acogimiento, telefónicamente, durante las veinticuatro horas del día cuando así lo soliciten, poniendo en marcha los recursos de atención, apoyo y acogida que se precisen según las circunstancias del caso concreto y facilitando de manera inmediata la tramitación de la solicitud de orden de protección a las víctimas.

LEGISLACIÓN

Artículo 20. Atención sanitaria.

1.La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria garantizará la existencia, permanente actualización y difusión de un protocolo que contemple pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, así como los procedimientos de coordinación con las distintas instancias que intervienen de manera específica en la atención a las víctimas de violencia de género.

2.El protocolo sanitario referido en el apartado anterior se utilizará en la totalidad de centros y servicios del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Cantabria, e incorporará de manera específica cuantos criterios técnico-sanitarios permitan al personal sanitario realizar las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerlo.

3.El protocolo incorporará un modelo de informe en el que se reflejarán las actuaciones seguidas en el ámbito sanitario y la derivación de la mujer a los servicios sociales o instancias judiciales que procedan.

4.En aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos, el informe será remitido de forma inmediata al Juzgado de Guardia y a la Fiscalía.

5.En los conciertos que se suscriban con entidades privadas para la prestación de asistencia sanitaria deberán recogerse expresamente las obligaciones de comunicación y denuncia contenidas en este artículo, así como consignar como causa de resolución de aquellos el incumplimiento de las mismas.

6.La asistencia psicológica inmediata deberá ser considerada como una atención básica de salud.

7.Los planes y programas de formación a profesionales del ámbito de la salud de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria deberán incluir formación en materia de violencia de género en toda la extensión de la tipología recogida en el artículo 3 de esta Ley, principalmente a aquellos que atienden de forma directa a las víctimas o a sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento.

Artículo 21. Acceso a una vivienda temporal.

El Gobierno de Cantabria promoverá que las mujeres residentes en Cantabria víctimas de violencia de género que terminen su periodo de estancia en el centro de acogida, disfruten de un alojamiento provisional gratuito, cuando así lo precisen por su situación familiar, socio-laboral o económica, y así se estime por los servicios sociales dependientes del organismo de igualdad de la Comunidad autónoma.

Artículo 22. Integración socio-laboral.

1.El Gobierno de Cantabria, respetando siempre la intimidad de las mujeres víctimas de violencia de género, promoverá la integración socio-laboral de aquellas que residan en Cantabria, previo informe de preferencia emitido por el organismo director de los centros de información, atención o asistencia, a través de acuerdos con empresas o bien de ayudas directas a la contratación, y a ellas mismas en los casos en los que decidan constituirse como trabajadoras autónomas, apoyándoles con un servicio de tutorización y seguimiento de su proyecto empresarial.

2.Se considerará criterio preferente la situación de las mujeres víctimas de violencia de género, según acreditación de los servicios sociales dependientes del organismo de igualdad de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el acceso a viviendas de promoción pública, priorizando a aquellas que permanezcan o hayan finalizado ya las diferentes fases de acogimiento en los dos años anteriores.

3.Igualmente, se incluirá a las mujeres anteriormente mencionadas, con carácter preferente y específico, en los programas de formación e inserción socio-laboral que desarrolle la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, para lo cual deberán inscribirse en los registros del Servicio Cántabro de Empleo.

4.Se promoverán acuerdos con las Administraciones locales para la inserción preferente de las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos e hijas y personas sujetas a su tutela o acogimiento en programas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

5.Todas las actuaciones anteriores se aplicarán prioritariamente a aquellas mujeres que se encuentren en el centro de acogimiento o en los dos años posteriores a su salida del mismo.

6.El empresario contratante y la entidad formadora estarán obligados a guardar absoluta confidencialidad sobre las circunstancias personales de la mujer víctima de violencia que sea contratada o reciba formación.

TÍTULO VI

Prestaciones económicas

Artículo 23. Renta de inserción.

El Gobierno de Cantabria, en colaboración con otras Administraciones públicas, promoverá la urgente tramitación, concesión y abono de la renta activa de inserción o del ingreso mínimo de inserción o prestación equivalente a las mujeres víctimas de la violencia de género que cumplan los requisitos que se prevean en las correspondientes convocatorias de ayudas.

LEGISLACIÓN

Artículo 24. Ayudas escolares.

La Administración educativa valorará como factor cualificado el de la violencia de género en el seno familiar en la regulación y establecimiento de las ayudas que se destinen a familias o unidades familiares con escasos recursos económicos, especialmente en materia de gastos escolares, de transporte, de comedor y actividades extraescolares.

TÍTULO VII

Intervención administrativa respecto de la víctima con menores a su cargo

Artículo 25. Intervención administrativa.

Cuando una mujer, con menores a su cargo, denuncie una situación de violencia o sea esto detectado por los Servicios sociales competentes, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de Protección a la Infancia y Adolescencia, y su normativa de desarrollo, intervendrá para realizar un seguimiento de la situación en el propio entorno familiar y, en su caso, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas:

- a) Ofrecer a la mujer víctima y a sus hijos e hijas menores o personas sujetas a su tutela o acogimiento, un programa de intercambio, de acogimiento, o ambos.
- b) Apreciar la situación de riesgo y, en su caso, ponerlo en conocimiento de la Fiscalía o de los órganos judiciales competentes, por si procediera por parte de los mismos la tramitación de la orden de protección y alejamiento del agresor para la mujer y para sus hijos e hijas o personas sujetas a su tutela o acogimiento.
- c) Declarar la situación de desamparo de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, cuando proceda y, principalmente, en el caso de que, apreciada la situación de riesgo, la mujer víctima de violencia de género no colaborase en la tramitación y resolución de la orden de protección a que se refiere el apartado anterior.

TÍTULO VIII

Acuerdos interinstitucionales y protocolos de actuación

Artículo 26. Acuerdos interinstitucionales.

El Gobierno de Cantabria impulsará la formalización y actualización de acuerdos interinstitucionales de coordinación entre las diversas instancias y Administraciones públicas con competencias en la materia objeto de esta Ley, que sirvan de cauce de actuación y colaboración para conseguir una inserción y asistencia integral y coordinada de las víctimas de violencia de género en los ámbitos policial, sanitario, social, judicial y laboral.

El Consejo de la Mujer de Cantabria, como órgano institucional de la Comunidad Autónoma de carácter consultivo en materia de mujer, colaborará con el Gobierno de Cantabria en el desarrollo y aplicación de esta Ley.

Artículo 27. Protocolos.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su ámbito interno, formalizará los protocolos interdepartamentales necesarios para la prevención y erradicación de la violencia de género.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan al contenido de esta Ley.

Disposición final primera.

Normas de desarrollo.

El Consejo de Gobierno dictará, en el plazo de nueve meses, las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Ley.

Disposición final segunda.

Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Cantabria.

COMENTARIO A LA LEY 1/2004, DE 1 DE ABRIL, DE CANTABRIA, INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA PROTECCIÓN A SUS VÍCTIMAS³⁸.

La Ley 1/2004, de 1 de abril, integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas, obedece, como otras tantas leyes publicadas en los últimos años por las CC.AA. a la necesidad de cubrir por la vía autonómica, la ausencia de una ley estatal sobre la erradicación de la violencia de género. El Proyecto de Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, del Gobierno Central, debe servir cuando se apruebe de marco obligado para la toda la legislación autonómica que podrá desarrollar una buena parte de los preceptos en ella contenidos.

Esa insuficiencia legislativa integral en el plano estatal hasta ahora, ha tenido como consecuencia que las CC.AA. se hayan esforzado en el desarrollo legislativo de aquellos aspectos de la violencia de género que de alguna manera conectan con sus competencias en materia de vivienda, empleo o servicios sociales.

³⁸ Publicada en el BOE núm. 101, de 26 de abril de 2004.

LEGISLACIÓN

El principal problema de estas leyes sin embargo, es su escasa efectividad como normas jurídicas directamente aplicables. Como ya hemos comentado al analizar las leyes de este tipo de otras CC.AA, el problema radica en su escasa juridicidad. Se trata las mas de las veces de declaraciones de intenciones, que han sustituido en buena parte a los anteriores Planes de Igualdad de esas CC.AA, pero que no contienen mandatos directos dirigidos a los poderes públicos, de los que surja un derecho subjetivo directamente ejercitable por las ciudadanas que se ven afectadas por la violencia de género.

Con todo, estas leyes tienen su importancia, no solamente jurídica, sino desde el punto de vista interno del funcionamiento de las respectivas Administraciones Públicas, y buscan además, una cierta pedagogía social, de difusión de los efectos de la violencia de género y de su prevención.

En el caso de esta Ley de la Comunidad Autónoma Cantabria, hay algunos aspectos, cuya importancia merece la pena destacar, en un momento político en el que se mantiene un fuerte debate a nivel estatal sobre los conceptos mas elementales del feminismo, que no acaba de ser asimilado como conocimiento científico por quienes desde las instituciones públicas del Estado deben dictaminar acerca de su pertinencia conforme al sistema de fuentes establecido y la conveniencia o no de determinadas medidas de promoción de la igualdad.

En primer lugar, y aunque no sea la denominación de la ley, el concepto de género aparece en el texto como la adecuada denominación de las destinatarias de esa violencia que no es general, ni siquiera dirigida a los niños, aunque puedan ser víctimas a veces directos de ella, sino que es una violencia que solamente trae causa en el género, en la dimensión social del sexo. En todos y cada uno de los casos de violencia de género que se analicen, puede observarse que los padres que asesinan a sus hijos no lo hacen porque odian a sus hijos, sino por la venganza con ellos de separaciones familiares, cuándo la violencia no se ejercita directamente contra la pareja, o a veces de forma acumulativa, contra ella y los hijos.

En segundo lugar, la identificación en la Exposición de Motivos de la Ley, con los contextos internacionales y

europesos que justifican las medidas de acción positiva planteadas en la ley, y su legitimación desde el punto de vista del ordenamiento jurídico constitucional español.

Y en tercer lugar respecto del contenido concreto de la ley, que hace referencia a todos aquellos aspectos que son de competencia autonómica. En este sentido, hay que entender que se fuerza un poco esa competencia en los primeros artículos, cuándo se define el concepto de violencia de género y se enumeran esas formas de violencia con un pretendido carácter exhaustivo. Habrá que entender que en todo caso, estos artículos de la ley deberán en su momento interpretarse de conformidad con lo que disponga la futura ley estatal.

A partir de aquí, el contenido de la ley ya se centra en todos aquellos materiales que son su objeto de aplicación: la investigación, la sensibilización social, la educación y formación y la prevención social.

Y aquí es donde como decimos, la ley adolece, como el resto de las leyes publicadas hasta ahora por las respectivas CC.AA. de una cierta coercibilidad que desdibuja su naturaleza y tiende a identificarla con los antiguos Planes de Igualdad, en la medida en que se convierte en un proceso de intenciones: la necesidad de fomentar la investigación, las campañas de información y sensibilización, la formación a los profesionales, la colaboración con otras instituciones, en definitiva, de la existencia de esta ley, no se desprende ningún derecho subjetivo que una mujer maltratada pueda solicitar a la Administración con una exigencia jurídica que posibilite su tramitación. Se habla de una renta de reinserción pero también se trata solamente de un reconocimiento pendiente de desarrollo posterior.

Con todo, esta ley como el resto de las leyes aprobadas por las CC.AA. tienen una importancia que no cabe ignorar. Muestran la preocupación de los poderes públicos por un problema de la naturaleza de la violencia de género, y en la medida de sus posibilidades intentan acotar un espacio jurídico que determine un ámbito de actuación de la Administración, trabajando para su erradicación, y en esa medida contribuye a la suma de esfuerzos a que todos estamos obligados respecto de la violencia. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 8 DE JUNIO DE 2004. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE TRABAJADORES MASCULINOS Y FEMENINOS.

«Principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos – Concepto de retribución – Cómputo, para el cálculo de la indemnización por despido, de los períodos cumplidos en el marco del servicio militar – Posibilidad de comparar los trabajadores que prestan el servicio militar con los trabajadores femeninos que, una vez finalizada su baja por maternidad, se acogen a una excedencia por cuidado de hijos sin que se compute el período de dicha excedencia a efectos del cálculo de la indemnización por despido»

En el asunto C-220/02,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre **Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, y Wirtschaftskammer Österreich**, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE y el 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),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, J.-P. Puissochet (Ponente) y J.N. Cunha Rodrigues, Presidentes de Sala, y el Sr. R. Schintgen, las Sras. F. Macken y N. Colneric, el Sr. S. von Bahr y la Sra. R. Silva de Lapuerta, Jueces; Abogado General: Sra. J. Kokott; Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto; consideradas las observaciones escritas presentadas:

– en nombre del Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, por el Sr. K. Mayr, Referent der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich;

– en nombre de la Wirtschaftskammer Österreich, por el Sr. O. Körner, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. N. Yereff y el Sr. H. Kreppel, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales del Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, representado por el Sr. K. Mayr; de la Wirtschaftskammer Österreich, representada por los Sres. H. Aubauer y H. Kaszanits; del Gobierno austriaco, representado por el Sr. G. Hesse, en calidad de agente, y de la Comisión, representada por el Sr. H. Kreppel, en la vista de 3 de febrero de 2004;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de febrero de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 22 de mayo de 2002, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de junio del mismo año, el Oberster Gerichtshof planteó, con arreglo al artículo 234 CE, tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 141 CE y 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).

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (Sindicato de Empleados del Sector Privado; en lo sucesivo, «Gewerkschaftsbund»), y la Wirtschaftskammer Österreich (Cámara de Comercio de Austria), relativo a una reivindicación de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos en cuanto a una indemnización por despido.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 141 CE, apartados 1 y 2, establece lo siguiente:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.»

JURISPRUDENCIA • TJUE •

4 El artículo 1 de la Directiva 75/177 prevé:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado [actualmente artículo 141 CE], y que, en lo sucesivo, se denominará “principio de igualdad de retribución”, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.»

Normativa nacional

5 El marco jurídico nacional aplicable, como se desprende de la resolución de remisión, es el siguiente.

Cómputo, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, de los períodos de baja por embarazo o maternidad

6 Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Angestelltengesetz (Ley de los empleados, BGBl. 1921/292, en su versión modificada por la BGBl. I, 2002/100; en lo sucesivo, «AngG»), que, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, de la Arbeiter-Abfertigungsgesetz (Ley relativa a la indemnización por despido de los trabajadores), también se aplica a los obreros, los trabajadores tienen derecho, bajo determinadas condiciones, a una indemnización por despido. La cuantía de dicha indemnización depende, en particular, de la duración de la relación de empleo del trabajador.

7 En virtud del artículo 3, apartado 1, de la Mutterschutzgesetz 1979 (Ley de protección de la maternidad, BGBl. 1979/221, en su versión modificada por la BGBl. I, 2002/100; en lo sucesivo, «MSchG»), las mujeres embarazadas no tienen derecho a trabajar durante las últimas ocho semanas anteriores a la fecha prevista del parto. Además, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la MSchG, una mujer embarazada tampoco puede trabajar, fuera de ese período de ocho semanas, si la vida o la salud de la madre o del niño corrieren peligro en caso de seguir trabajando.

8 El artículo 5, apartado 1, de la MSchG, dispone que las mujeres no deben trabajar las primeras ocho semanas posteriores al parto. En el caso de partos prematuros, partos múltiples o cesáreas, este plazo será de al menos doce semanas.

9 En el asunto 9 ObA 199/00f, el Oberster Gerichtshof declaró que los períodos correspondientes a las referidas prohibiciones de trabajo deben tenerse en cuenta a efectos del cálculo de la duración de la relación de empleo para fijar la cuantía de la indemnización por despido. Dicho órgano jurisdiccional fundamentó su

postura, en particular, en la inexistencia de una norma jurídica en sentido contrario.

10 Una vez agotados los referidos períodos, la empleada tiene derecho, al amparo del artículo 15, apartado 1, de la MSchG, a petición suya, a acogerse a un período de excedencia sin percepción de los emolumentos de su trabajo hasta que su hijo alcance los dos años de edad, siempre que viva con él en el mismo hogar. De conformidad con el artículo 15, apartado 2, de la MSchG, esta excedencia por cuidado de hijos debe prolongarse durante al menos tres meses. Durante este período de excedencia, no puede rescindirse el contrato de trabajo ni despedirse a la trabajadora. Con arreglo al apartado 4 de dicho artículo, la trabajadora dispone de la misma protección durante las cuatro semanas siguientes al término de la excedencia.

11 A tenor de lo establecido en el artículo 15f, apartado 1, de la MSchG, «en la medida en que no se acuerde otra cosa, el período de excedencia [por cuidado de hijos] no se computará a efectos de los derechos de la trabajadora que se rijan por la duración del período de empleo».

Cómputo, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, del período de servicio militar

12 En virtud del artículo 8 de la Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz (Ley de mantenimiento del puesto de trabajo, BGBl. 1991/683, en su versión modificada por la BGBl. I, 1998/30; en lo sucesivo, «APSG»), «en la medida en que los derechos de un trabajador se rijan por la duración del período de empleo, los períodos de prestación:

1. del servicio militar con arreglo al artículo 27, apartado 1, números 1 a 4 y 6 a 8, de la Wehrgesetz [Ley de defensa nacional; actualmente, artículo 19, apartado 1, números 1 a 4 y 6 a 8, de la Wehrgesetz 2001],

2. del servicio militar como soldado temporal con arreglo al artículo 27, apartado 1, número 5, de la Wehrgesetz [actualmente, artículo 19, apartado 1, número 5, de la Wehrgesetz 2001] por un período máximo de doce meses,

3. del servicio de formación militar para mujeres, y

4. del servicio civil, durante los cuales se haya mantenido la relación laboral se computarán como parte del período de empleo.»

13 El artículo 12 de la APSG otorga a los trabajadores afectados una protección especial contra la rescisión del contrato laboral y el despido durante los referidos períodos. Dicha protección se prolonga desde el momento en que se notifique al trabajador la orden de incorporación a filas para cumplir el servicio militar, el servicio de formación militar para mujeres, o el servicio civil hasta, por regla

JURISPRUDENCIA • TJUE •

general, un mes después de finalizado el servicio (artículo 13, apartado 1, número 3, de la APSG).

14 De conformidad con el artículo 20, apartado 1, de la Wehrgesetz, todas las personas obligadas a cumplir el servicio militar deben prestar la instrucción militar durante seis meses. En la medida en que lo requieran los intereses militares, las personas obligadas a cumplir el servicio militar pueden ser llamadas a realizar la instrucción militar durante un período complementario que responda a las necesidades militares de cada momento, sin que la duración total pueda prolongarse más de ocho meses.

15 Al período correspondiente a dicho servicio, debe añadirse, con arreglo al artículo 19, apartado 1, número 2, de la Wehrgesetz 2001, los períodos de maniobras que los obligados a cumplir el servicio militar deben efectuar para mantener su estado de formación y para la instrucción en tareas operativas. La duración de cada uno de estos períodos de maniobras debe determinarse en función de las necesidades militares de cada momento y, por regla general, no debe ser superior a quince días al año.

16 Del mismo modo pueden computarse otros períodos de servicio, como, en particular, los de formación de cuadros de mando, en virtud del artículo 19, apartado 1, número 3, de la Wehrgesetz 2001. Dichos períodos se efectúan de forma voluntaria o bien obligatoriamente cuando las necesidades militares lo justifican. La instrucción de cuadros sirve para formar a las personas obligadas a cumplir el servicio militar en funciones de mando, así como a mantener y profundizar las capacidades adquiridas. La duración obligatoria de esta formación asciende, de conformidad con el artículo 21, apartado 1, número 1, a noventa días en el caso de las funciones de oficial y, según su número 2, a sesenta días en el caso de las demás funciones de cuadros. No obstante, puede realizarse de nuevo una instrucción de cuadros de manera voluntaria hasta completar un período igual al doble del respectivo período total normal.

17 De conformidad con el artículo 23, apartado 1, de la Wehrgesetz 2001, las personas obligadas a cumplir el servicio militar que hayan completado la instrucción militar de un período de ocho meses pueden alistarse de manera voluntaria como «soldados temporales» en función de las necesidades militares de cada momento, durante un período total de seis meses como máximo. La movilización adicional durante un período de cuatro meses está permitida bajo determinadas condiciones.

18 Con arreglo al artículo 37, apartado 1, de la Wehrgesetz 2001, también las mujeres pueden prestar de forma voluntaria, en función de las necesidades militares de cada momento, un servicio de formación militar («Ausbildungsdienst») en el sentido del artículo 8, número 3, de la APSG, durante un período de doce meses. En función de intereses militares imperativos, puede disponerse una prolongación del servicio de formación militar para mujeres hasta un máximo de seis meses. El apartado 4 del referi-

do artículo 37 establece que a las mujeres que se encuentren realizando el servicio de formación militar se les aplican los artículos 3 a 9 de la MSchG en materia de protección de las mujeres embarazadas y lactantes.

19 En virtud del artículo 2, apartado 1, de la Zivildienstgesetz de 1986 (Ley de prestación del servicio civil, de rango constitucional), prestarán el servicio civil las personas llamadas a filas y declaradas aptas para cumplir el servicio militar, que declaren que no pueden cumplir sus obligaciones militares debido a que, por motivos de conciencia, rechazan el uso de las armas contra seres humanos salvo en casos de defensa personal o de asistencia a terceros. El período de prestación del servicio civil se computa a efectos del cálculo de la duración de la relación laboral del empleo que se ejercía con anterioridad, del mismo modo que el período del servicio militar.

20 Procede añadir, además, que la normativa nacional contempla otros períodos de excedencia cuya duración puede computarse para el cálculo de la indemnización por despido. Eso es lo que sucede, en particular, con las excedencias para formación de los representantes de personal en el caso de los miembros del comité de empresa, de conformidad con el artículo 119, apartado 1, de la Arbeitsverfassungsgesetz (Ley federal reguladora de las relaciones de trabajo y la organización social de las empresas; en lo sucesivo, «ArbVG»).

21 No se computa, por el contrario, la duración de otros períodos de excedencia. Así sucede con la excedencia para formación pactada entre el trabajador y el empresario, con arreglo al artículo 11, apartado 1, de la Arbeitsvertragsrecht — Anpassungsgesetz (Ley de adaptación del Derecho laboral contractual; en lo sucesivo, «AVRAG») o también de la exención de un trabajador con renuncia a la retribución acordada entre el empresario y el trabajador durante la cual el trabajador recibe una ayuda con cargo al seguro de desempleo o al Arbeitsmarktservice, de acuerdo con el artículo 12 de la AVRAG.

Litigio principal

22 El Gewerkschaftsbund, demandante del procedimiento principal, ha solicitado al Oberster Gerichtshof que declare que debe computarse la primera excedencia por cuidado de hijos en el supuesto de trabajadores que se encuentren en una relación de empleo, a efectos del cálculo de la cuantía de la indemnización por despido, como un período de empleo de ocho meses de duración, a semejanza del servicio militar o del servicio civil.

23 En opinión del Gewerkschaftsbund, constituye una discriminación indirecta prohibida por el artículo 141 CE el hecho de que, de conformidad con el artículo 15f, apartado 1, de la MSchG, los períodos de excedencia por cuidado de hijos no se computen para calcular la indemnización por despido regulada en el artículo 23 de la AngG, contrariamente a los períodos en que se cumple el servicio militar o civil.

JURISPRUDENCIA • TJUE •

24 Según el Gewerkschaftsbund, entre quienes se acogen a la excedencia por cuidado de hijos, el 98,253 % son mujeres y el 1,747 % restante son hombres. Ahora bien, sólo un escaso número de convenios colectivos establece la inclusión de dichos períodos de excedencia en el cómputo de la duración de la relación laboral.

25 Alega también el Gewerkschaftsbund que, por el contrario, el período del servicio militar, obligatorio para los hombres, o del servicio civil sustitutorio de aquél, se computa íntegramente a efectos de los derechos que se rijan, en particular, por la duración de la relación de empleo. Ahora bien, ambos servicios afectan únicamente a los hombres. En el año 2000, por ejemplo, sólo un centenar de mujeres prestó el servicio de formación militar para mujeres.

26 El sindicato deduce de lo anterior que dicha diferencia de trato entre trabajadores, mayoritariamente mujeres, que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, y otros trabajadores, mayoritariamente hombres, que realizan el servicio militar o civil, constituye una discriminación indirecta.

27 El Oberster Gerichtshof expone que, por regla general, el cómputo, a efectos del cálculo del derecho a una indemnización por despido, de los períodos de excedencia por cuidado de hijos sin percepción de los emolumentos del trabajo, queda excluida por ministerio de la ley cuando dicha excedencia se ha producido a iniciativa del trabajador, salvo si los motivos por los cuales el trabajador se acoge a la excedencia constituyen una causa justa que daría derecho al propio trabajador a resolver la relación laboral sin perder su derecho a una indemnización por despido, en las circunstancias reguladas en la ley nacional.

28 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en relación con la decisión del trabajador de seguir cuidando por sí mismo a un hijo incluso después de transcurrido el plazo de dieciséis semanas correspondiente a la baja por maternidad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en su sentencia de 14 de septiembre de 1999, Gruber (C-249/97, Rec. p. I-5295), apartados 32 y siguientes, que los supuestos de causa justa que se recogen en los artículos 26 de la AngG y 82b de la Gewerbeordnung 1859 (en lo sucesivo, «GewO 1859»), que llevan a una ruptura anticipada de la relación de empleo por el trabajador, deben distinguirse de la necesidad de cuidar por sí mismo al propio hijo. El Tribunal de Justicia señaló que dicha necesidad constituye una causa que no guarda relación alguna con las condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario, y no hace imposible la continuación de la relación laboral.

29 El Oberster Gerichtshof deduce de ello que procede comparar la categoría de padres que, en su propio interés y únicamente por su voluntad, se acogen a un período de excedencia adicional para cuidar a su hijo, con los trabajadores que por otros motivos de su incumbencia, pero que como tales no les impiden trabajar, como la asistencia a un pariente enfermo, se deciden a interrumpir durante un período prolongado su actividad laboral.

30 En opinión del órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que el legislador favorezca a los padres, concediéndoles la posibilidad de acogerse unilateralmente a una excedencia por cuidado de hijos en vez de verse obligados a poner fin a su relación laboral y reconociéndoles, además, una protección especial contra el despido, no puede considerarse una discriminación en perjuicio de las trabajadoras.

31 El Oberster Gerichtshof señala, sin embargo, que la parte demandante en el asunto principal se distancia de ese razonamiento y analiza la discriminación que se hace evidente al comparar la categoría de personas que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, para quienes el tiempo durante el cual no han trabajado no se computa a efectos del cálculo de la indemnización por despido, con la categoría de las personas para quienes, por el contrario, sí se computan en dicho cálculo los períodos durante los cuales han prestado el servicio militar o civil.

Cuestiones prejudiciales

32 En estas circunstancias, al considerar que la resolución del litigio pendiente ante él depende de la interpretación de las normas comunitarias consideradas, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el concepto de retribución del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117 [...] en el sentido de que también comprende normativas legales de aplicación general como la del artículo 8 de la APSSG, en cuyo caso deben computarse a efectos de los derechos laborales calculados en función de la duración de la relación de empleo privado, por razones de interés público, los períodos de servicio prestados en funciones públicas en los sectores definidos en ella, durante los cuales normalmente no es posible realizar las tareas propias de un empleo privado?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 [...] en el sentido de que, en relación con el aspecto de la igualdad de retribución, la categoría de trabajadores y trabajadoras comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la APSSG (categoría A), en el marco de un sistema de retribución que otorga a los trabajadores, fundamentalmente en razón de la fidelidad a la empresa demostrada en el pasado, una indemnización por despido modulada en función de la duración de la relación laboral para hacer frente a la extinción de la relación laboral cuando ésta no se produzca a iniciativa del trabajador sin una causa justa o le sea imputable a éste, de modo que los diferentes períodos de la duración de la relación de empleo adquieren un carácter autónomo, y que permite la exclusión del cómputo de los períodos de excedencia cuando dicha excedencia se ha producido por motivos de interés para el trabajador y a iniciativa de éste y dichos motivos no constituyen una causa justa que daría derecho al propio trabajador a resolver la relación laboral sin perder su derecho a una indemnización?

zación por despido, es comparable con la categoría de trabajadoras que, haciendo uso de las normas del artículo 15 de la Mutterschutzgesetz, deciden, una vez expirado el período normalmente de dieciséis semanas de “baja por maternidad” para cuidar a su hijo, acogerse a una excedencia por cuidado de hijos (“permiso por cuidado de hijos”) renunciando a sus emolumentos corrientes hasta –como máximo– que el hijo alcance la edad de dos años (categoría B)?

3) ¿Deben interpretarse el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 [...] en el sentido de que las diferencias entre las categorías de trabajadores o trabajadoras descritas en la segunda cuestión, que consisten sobre todo en que, en el caso de la categoría A de los “soldados de reemplazo que hacen el servicio en filas”,

– normalmente existe una obligación de “incorporación a filas”, si bien al menos en caso de alistamiento voluntario,

– la incorporación a filas únicamente es posible en función del interés público, y

– normalmente no es posible la realización de prestaciones laborales en el marco de una relación de empleo de Derecho privado –aunque sea otra–, mientras que, en el caso de los trabajadores o trabajadoras de la categoría B acogidos a una “excedencia por cuidado de hijos”,

– se deja exclusivamente a la elección del trabajador la decisión de si ejerce su derecho a la excedencia por cuidado de hijos en el marco de una determinada relación laboral, y

– durante esa excedencia por cuidado de hijos, en el tiempo que no se dedica al cuidado del hijo también es posible seguir ejerciendo en una medida limitada una actividad en el marco de una relación de empleo privada, constituyen una justificación objetiva de las diferencias en el cómputo de dichos períodos a efectos de los derechos que dependen de la duración del empleo?»

Sobre la primera cuestión

33 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la ventaja para las personas que prestan el servicio militar o que realizan el servicio civil sustitutorio, obligatorio y voluntariamente prolongable, consistente en computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido, a la que posteriormente podrían tener derecho, los períodos durante los cuales han prestado esos servicios, debe considerarse incluida en su retribución en el sentido del artículo 141 CE.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

34 El Gewerkschaftsbund, el Gobierno austriaco y la Comisión de las Comunidades Europeas consideran que un aumento del derecho a la indemnización por despido que se deriva del artículo 8 de la APGS, a favor de las personas que prestan el servicio mi-

litar u otro equivalente, debe considerarse incluido en la retribución, del mismo modo que la propia indemnización por despido (véanse las sentencias Gruber, antes citada, apartado 22, y de 27 de enero de 2000, Graf, C-190/98, Rec. p. I-493, apartado 14).

35 Según la Wirtschaftskammer Österreich, por el contrario, el concepto de retribución en el sentido del artículo 141 CE o de la Directiva 75/117, no implica ninguna obligación para el empresario privado de computar, para el cálculo de la indemnización por despido, los períodos durante los cuales quedaron suspendidas las relaciones de trabajo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

36 Ni las partes del litigio principal, ni el Gobierno austriaco ni la Comisión ponen en duda que el litigio principal se refiere a la duración de la relación de trabajo con un empresario y a la obligación de que se compute para el cálculo de la indemnización por despido, dado que dicha duración está comprendida en el concepto de retribución (véase, en este sentido, la sentencia Gruber, antes citada, apartado 22).

37 La circunstancia de que dicho período de trabajo pueda ser aumentado, al amparo de una disposición legislativa, computándose los períodos del servicio militar o civil realizados por razones de interés general, sin que guarden relación alguna con el empleo en virtud del cual se pague la indemnización por despido, no impide que esta indemnización esté comprendida en el concepto de retribución.

38 De este modo, dado que el régimen de las indemnizaciones por despido corresponde al ámbito de aplicación del artículo 141 CE, pueden analizarse situaciones particulares, con respecto a diversos trabajadores, a la luz de dicho régimen, sobre la base de las disposiciones del referido artículo.

39 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión planteada que la ventaja para las personas que prestan el servicio militar o que realizan el servicio civil sustitutorio, obligatorio y voluntariamente prolongable, consistente en computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido, a la que posteriormente podrían tener derecho, los períodos durante los cuales han prestado esos servicios, debe considerarse incluida en su retribución en el sentido del artículo 141 CE.

Sobre las cuestiones segunda y tercera

40 Mediante sus cuestiones segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 141 CE y la Directiva 75/117 se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a los efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de

JURISPRUDENCIA • TJUE •

excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

41 El Gewerkschaftsbund alega que, según jurisprudencia reiterada del Oberster Gerichtshof, los períodos sin percepción de los emolumentos del trabajo deben, por regla general, computarse en el cálculo de la cuantía de la indemnización por despido, mientras exista la relación de trabajo.

42 El demandante en el procedimiento principal considera que no existen verdaderas diferencias entre la categoría A, constituida por trabajadores que cumplen el servicio militar o el civil, y la categoría B, constituida por trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, definidas ambas en las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

43 En efecto, a juicio del Gewerkschaftsbund, no es exacta la afirmación de que, a diferencia del servicio militar que constituye una obligación impuesta en aras del interés general, la excedencia por cuidado de hijos, en la medida en que refleja «el deseo de seguir cuidando por sí mismo a su hijo» sea una decisión libre y por lo tanto supeditada exclusivamente al interés privado del afectado o de la afectada.

44 Según el demandante, el servicio militar puede ser prolongado voluntariamente, por una parte. Por otra, las mujeres se ven forzadas a acogerse a una excedencia por cuidado de hijos en una situación en que faltan guarderías, pocos hombres desean acogerse a esta excedencia y el incumplimiento de las obligaciones sobre la guarda y cuidado de niños está sancionado penalmente.

45 Además, en opinión del demandante del procedimiento principal, ambas categorías se encuentran en la misma situación respecto a su posibilidad de trabajar durante el período de que se trata.

46 El Gewerkschaftsbund deduce de ello que, desde la perspectiva de la igualdad de retribución en el sentido del artículo 141 CE o del artículo 1 de la Directiva 75/117, la categoría de trabajadores comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la APSG es comparable con la categoría de trabajadoras sujetas al artículo 15 de la MSchG, y que de toda evidencia debe constatar-se que la segunda categoría sufre una discriminación injustificada con respecto a la primera.

47 Según la Wirtschaftskammer Österreich, la categoría A (quienes prestan el servicio militar) y la B (quienes se hallan en excedencia por cuidado de hijos) no son comparables, en la medida en que las normas relativas a cada una de estas categorías persiguen objetivos diferentes, de modo que no puede considerarse que sus situaciones sean comparables.

48 El Oberster Gerichtshof indica en su resolución de remisión que el régimen austriaco relativo al derecho a la indemnización por despido permite la exclusión del cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos, por tratarse de una excedencia que se produce por motivos de interés para el trabajador y a iniciativa de éste.

49 Según el órgano jurisdiccional remitente, los intereses del trabajador son, por el contrario, ajenos a los servicios de carácter obligatorio a que se refiere el artículo 8 de la APSG. Con respecto a los servicios prestados voluntariamente, entre los que se cuenta el servicio de formación militar para mujeres, éstos son autorizados en función, exclusivamente, de las necesidades militares del Estado. En este supuesto, el contrato laboral queda suspendido por motivos de interés general, y principalmente militar.

50 El Oberster Gerichtshof opina que en tales circunstancias la desigualdad de trato entre las categorías A y B es conforme con el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117.

51 La Wirtschaftskammer Österreich añade que el principal motivo por el cual no se pueden comparar las categorías A y B está relacionado con el hecho de que las personas que prestan el servicio militar sufran una desigualdad de trato directamente basada en su pertenencia a un sexo determinado. Dicha desigualdad consiste en la exclusión de estas personas, mientras prestan el servicio militar o el servicio civil, no sólo del acceso al empleo sino también de la formación y promoción profesional, por lo se hallan en desventaja frente a las mujeres. En las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997), y de 11 de marzo de 2003, Dory (C-186/01, Rec. p. I-2479), se admitió que las ventajas otorgadas a los hombres para compensar la referida desigualdad son compatibles con el Derecho comunitario.

52 Asimismo, el Gobierno austriaco considera que los trabajadores femeninos que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos al amparo de la MSchG y quienes cumplen el servicio militar no se encuentran en una situación comparable.

53 Según el Gobierno austriaco, razones objetivas explican que aquellos períodos en que se suspenden las obligaciones nacidas de un contrato laboral se computen de manera distinta a efectos del cálculo de la indemnización por despido y, a su juicio, esta diferencia es ajena a toda discriminación por razón de sexo, prohibida por el artículo 141 CE.

54 En opinión de la Comisión, no es necesario comparar los dos regímenes de indemnización por despido previamente analizados. Sostiene que el Oberster Gerichtshof sencillamente desea saber si el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 deben interpretarse en el sentido de que, desde la perspectiva de la discriminación indirecta, se oponen a una normativa nacional como la establecida en el artículo 15f de la MSchG.

JURISPRUDENCIA • TJUE •

55 Según la Comisión, parece además que se puede apreciar una discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que el asunto principal se refiere al hecho de que no se computa una excedencia que en realidad afecta exclusivamente a los trabajadores femeninos, dado que la exclusión establecida en el artículo 15f, apartado 1, de la MSchG afecta únicamente a las mujeres. La Comisión analiza, no obstante, si existe una discriminación indirecta desde la perspectiva elegida por el órgano jurisdiccional remitente.

56 Con respecto a dicha duda formulada por el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión sostiene que no es necesario responder a la cuestión de si, respecto a la indemnización por despido, la diferencia entre la excedencia por cuidado de hijos y el período en que se presta el servicio militar o el civil conlleva una discriminación indirecta. La comparación entre ambos regímenes no añade nada a la constatación de que la regulación restrictiva establecida en el artículo 15f de la MSchG ya constituye por sí sola una discriminación, por un lado, y no permite deducir una razón objetiva y ajena a toda discriminación por razón de sexo que pueda justificar dicha discriminación, por otro.

57 En cualquier caso, la Comisión considera que no existe ningún factor objetivo, ajeno a toda discriminación por razón de sexo, que pueda justificar la diferencia de trato de las mujeres a la que da lugar el artículo 15f de la MSchG.

Apreciación del Tribunal de Justicia

58 La discriminación directa alegada por la Comisión se debe a que para los trabajadores masculinos no existe ninguna remisión al artículo 15f, apartado 1, de la MSchG, que establece que los períodos de excedencia por cuidado de hijos no se computan. No obstante, ni las partes del litigio principal, ni el Gobierno austriaco, ni la Comisión han negado que la legislación vigente dispensa un trato de igualdad a hombres y mujeres en materia de excedencias por cuidado de hijos.

59 Por lo que se refiere a la cuestión formulada por el órgano jurisdiccional remitente, relativa a la diferencia de trato, respecto a la indemnización por despido, entre los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos y quienes cumplen el servicio militar o el civil, debe recordarse que el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 141 CE y en la Directiva 75/117, al igual que el principio de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable (véanse las sentencias de 16 de septiembre de 1999, Abdoulaye y otros, C-218/98, Rec. p. I-75723, apartado 16, y de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, Rec. p. I-9383, apartado 39).

60 Pues bien, en el presente asunto, la excedencia por cuidado de hijos es una excedencia a la que un trabajador se acoge vo-

luntariamente para cuidar a su hijo. No puede perder su carácter voluntario a causa de las dificultades para encontrar guarderías adaptadas para el cuidado de niños de muy corta edad, por muy lamentable que pueda ser tal situación. Esta excedencia no tiene la misma finalidad que la baja por maternidad; está regulada por una normativa distinta y, además, no sólo cabe la posibilidad de acogerse a la misma a la expiración de la baja por maternidad sino también en otro momento posterior.

61 Por el contrario, la prestación de un servicio nacional responde a una obligación cívica prevista por la ley y no obedece a ningún interés particular del trabajador. La restricción impuesta a la relación de trabajo por motivos de interés público tiene un carácter general, con independencia del tamaño de la empresa y de la duración de la relación de empleo del trabajador en ella.

62 En el marco del servicio nacional, el recluta está a disposición de las fuerzas armadas durante un período que no elige por sí mismo. El carácter específico de la obligación de servicio nacional llevada, además, al Tribunal de Justicia a declarar que el Derecho comunitario no se opone a que dicha obligación esté, en un Estado miembro, reservada a los hombres (sentencia Dory, antes citada).

63 La circunstancia de que dicho servicio pueda ser prolongado voluntariamente no desvirtúa su naturaleza ni altera su finalidad. En efecto, por mucho que la prolongación del servicio militar se base en el voluntariado, tal prolongación tiene que satisfacer imperativamente una necesidad pública dado que la APSG establece que la movilización adicional es posible siempre que sea requerida por las necesidades militares (artículo 8 de la APSG y artículos 19, 20, 23 y 37 de la Wehrgesetz).

64 En cada uno de los casos, el contrato de trabajo se suspende por un motivo determinado, a saber, el interés del trabajador y de su familia (en la excedencia por cuidado de hijos) y el interés de la colectividad nacional (en el servicio nacional). Dado que estos motivos tienen una naturaleza distinta, los trabajadores afectados no se encuentran en una situación comparable.

65 Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a las cuestiones segunda y tercera planteadas que el artículo 141 CE y la Directiva 75/117 no se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

Costas

66 Los gastos efectuados por el Gobierno austriaco y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un in-

cidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberster Gerichtshof mediante resolución de 22 de mayo de 2002, declara:

1) La ventaja para las personas que prestan el servicio militar o que realizan el servicio civil sustitutorio, obligatorio y voluntariamente prolongable, consistente en computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido a la que posteriormente podrían tener derecho, los períodos durante los cuales han prestado esos servicios, debe considerarse incluida en su retribución en el sentido del artículo 141 CE.

2) El artículo 141 CE y 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, no se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 8 de junio de 2004.

Lengua de procedimiento: alemán.

LA DISCRIMINACION INDIRECTA Y LA IGUALDAD SALARIAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 8 DE JUNIO DE 2004.

La Sentencia resuelve acerca de una decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 141 del CE y el art. 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, relativa a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. La legislación austríaca computa a los efectos de indemnización por despido, el período de realización del servicio militar, y la cuestión que se plantea es si el período de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, es discriminatorio respecto de esa situación del servicio militar en el cómputo de la antigüedad a efectos de la indemnización, habida cuenta que la excedencia no se computa como período efectivo de trabajo a efectos de la indemnización por el despido.

En general, la legislación europea en materia de género es mas avanzada en el derecho laboral que la legis-

lación interna de algunos Estados, desde luego del nuestro, y precisamente en el derecho laboral mas que en otras materias de género. Además de esta directiva, regulan la igualdad de género, la directiva 76/207/CEE, del Consejo de Europa relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2002/73/CE que ha modificado de forma importante la legislación en materia de igualdad, desarrollando las previsiones del apartado 3 del artículo 141 del TCE.

De acuerdo con la doctrina de los tribunales europeos, la igualdad entre hombres y mujeres, implica la no discriminación en el acceso o permanencia en el empleo, y en la retribución del salario o conceptos retributivos derivados de la relación laboral. Como en algunas ocasiones, detrás de la igualdad aparente, se esconden discriminaciones para las mujeres en el empleo, el propio Tribunal de Justicia, desarrolló el concepto de discriminación indirecta, que fue adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias a partir del año 1991. El TC en la STC 145/1991, perfila ese concepto al estimar el recurso de amparo de discriminación de diferencias salariales entre limpiadoras y peones, que había sido desestimado en la jurisdicción ordinaria por no tratarse de la misma categoría profesional, lo que justificaba diferentes salarios.³⁹ La discriminación indirecta exige una labor de indagación, dice el TC acerca de lo que aparentemente no es discriminatorio porque en abstracto, tenga una justificación objetiva y razonable, pero en el fondo encubre una discriminación. Y en esa labor de indagación, al tratarse de diferentes categorías profesionales, lo que el juez debe analizar es si la diferencia del trabajo justifica la diferencia de salario. La diferencia entre peón y limpiadora, no está, como vio el juez ordinario en el diferente esfuerzo, sino en la definición de las funciones propias de la categoría profesional que en este caso eran la ausencia de cualificación en ambos casos, y en esta razón encuentra el TC la igualdad material de supuesto de hecho que no justifica la discriminación y estima el amparo.

La construcción de una doctrina de la discriminación indirecta, plantea varios problemas. En primer lugar la dificultad de crear criterios generales acerca de cuando estamos ante este supuesto, y la necesidad de mantener una casuística,⁴⁰ y en segundo lugar la creación de unos criterios para la determinación de la discriminación indirecta.⁴¹ La teoría de la sospecha, permite al Tribunal la indagación de cuáles son los componentes en la actividad profesional que definen una categoría, con la delimitación de la cualificación técni-

JURISPRUDENCIA • TJUE •

ca exigida para el desempeño de las funciones propia de cada categoría, así como la relevancia jurídica que pueden tener esas diferencias.⁴²

No es muy explícita respecto de la construcción del concepto de discriminación indirecta la jurisprudencia del TC, pero con independencia del concepto, la igualdad en sentido material queda restablecida en la interdicción de la discriminación del salario en función del género en la STC. 145/1991. La diferente denominación en un Convenio Colectivo de categorías atribuidas a hombres y a mujeres, con salarios inferiores a las mujeres, es inconstitucional, y no cabe en esta situación la presunción de que el peón tiene un trabajo más penoso que la limpiadora.⁴³

La adopción del término discriminación indirecta por parte del TC permitirá una ampliación del derecho de igualdad, que profundiza de forma importante en la igualdad material.⁴⁴

Un avance importante en la doctrina de la discriminación indirecta lo constituye la STC 41/1999, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por un Sindicato que considera discriminatorio el sistema de contratación de una empresa que sistemáticamente evita contratar a mujeres en sus ofertas de trabajo.⁴⁵ La sentencia considera que la desestimación de la demanda por no haber practicado el Sindicato la prueba de indicios, no es adecuada en un contexto en que la prueba no era fácil porque exigía documentos que la parte no podía aportar. Ante tal situación, el TC considera que el principio dispositivo que rige el proceso laboral, debe atenuarse con un principio de investigación del juez, tendente a facilitar la actividad probatoria de esos indicios de la parte actora. (FJ n. 7). Esto hubiera probado a juicio del TC como a veces los criterios neutros producen un resultado adverso en la contratación. Y en estos casos, puede ponerse límites a la libertad empresarial. Sin embargo, la importancia de estas afirmaciones se minimiza si tenemos en cuenta que el

TC finalmente no aplica el art. 14 sino el art. 24.1 atinente a la falta de tutela, con lo que no se condena directamente a la empresa, sino que se retrotraen las actuaciones para facilitar la actividad probatoria, lo que no solamente conlleva volver al proceso casi a su inicio, sino que además, cualquiera que pudiese ser el resultado del proceso, aún en la situación más óptima, sólo podría tener como consecuencia el reconocimiento del derecho a ser contratada como eventual, que de ser incumplido por la empresa todo lo más que generaría sería una sanción administrativa.

De igual modo a través del mecanismo que ofrece la discriminación indirecta, el TC puede profundizar en un procedimiento hasta llegar a conocer todas las circunstancias que pueden ser impeditivas de un derecho, sin sujeción a los mecanismos rígidos que hasta entonces habían condicionado la aplicación del art. 14 de la Constitución, como la exigencia del “tertium”, porque el análisis del supuesto de hecho cuándo se utiliza la discriminación indirecta, lo que hace es un sencillo planteamiento de reversibilidad. Si este supuesto en el caso de las mujeres tiene efectos distintos que en el caso de los hombres, y si la conclusión es positiva, entonces es porque se está produciendo una discriminación indirecta.⁴⁶

Con esta construcción, parece evidente que la discriminación indirecta descansa sobre el razonamiento que fundamenta la falta de justificación de la diferencia. Y siendo así, parece por lo mismo muy claro que estamos ante una discriminación indirecta si utilizamos el razonamiento que nos ha permitido afirmar que basta que generalmente sean las mujeres las que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos, para a continuación afirmar que están discriminadas respecto de los hombres, por la sola razón estadística de que generalmente los hombres no solicitan la excedencia para el cuidado de sus hijos. Y así recoge este dato la sentencia, que considera explícitamente que

39 El FJ n. 2 define la discriminación indirecta como la que “incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre los trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.

40 La STC. 286/1994, sobre equiparación salarial de las mujeres a categorías profesionales de los hombres que con distinta denominación realizan actividades muy similares, y cuyas diferencias salariales son discriminatorias para las mujeres. La Sentencia avanza en el sentido ya definido por el TC respecto de las categorías profesionales y la discriminación indirecta. Las trabajadoras de una empresa de galletas tienen una categoría profesional de empaquetadoras y envasadoras, en tanto que sus compañeros desarrollan su trabajo en producción. Supuestamente son distintas y de mayor dificultad las de los varones, si no fuera porque a las trabajadoras que están en producción se les abona también un salario inferior. La sentencia estima el amparo solamente para las trabajadoras de producción, admitiendo que las funciones de envasado y empaquetado son de inferior categoría.

41 La STC 147/1995, sigue esa línea jurisprudencial al considerar que la diferencia de salario cuándo afecta a un sexo pasa a ser sospechosa si no se justifica. Fj. 6.

42 STC 145/1992. Esta Sentencia todavía producirá de forma circunstancial otra Sentencia del TC, la 183/2000, por la que el Tribunal dará efectividad al primer pronunciamiento para hacer efectivas las indemnizaciones derivadas de un despido coincidente en el tiempo con la primera, y en la que no se tuvieron en cuenta estas cantidades para el cálculo de las indemnizaciones.

43 Precisamente la Sentencia en su FJ 3 considera que está ante una discriminación “directa”, basada en el hecho de que ante iguales funciones las trabajadoras perciben inferiores ingresos.

44 C. Sáez diferencia entre la discriminación directa, “diferencia de trato sobre la base del sexo del trabajador”. Indirecta, “consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida a las mujeres injustificadamente”. Pg. 50.

45 La empresa oferta plazas de escasa cualificación profesional para puestos eventuales, y los Sindicatos habían convenido una contratación equilibrada a través del Comité Intercentros. La empresa en los siguientes meses formalizó 120 contratos todos ellos de personal masculino. Y las sentencias anteriores al amparo consideraron que no se había probado la discriminación. 46 SCT 240/1999. La Administración había denegado la excedencia por cuidado de hijos a la actora por la razón de que el contrato de trabajo era de interinidad y no podía equipararse a las funcionarias de carrera. El TC razona desde el concepto de discriminación indirecta y considera que habida cuenta que la inmensa mayoría de las excedencias para el cuidado de los hijos son solicitadas por las mujeres, el hecho de denegar una excedencia equivale a la pérdida de su puesto de trabajo, en clara discriminación con los hombres. El voto particular de la ST considera que el paso que se da en la doctrina del TC respecto de la lucha contra la discriminación por razón de sexo es excesivo.

son las mujeres quienes generalmente solicitan la excedencia. Parece por tanto que estamos ante una discriminación indirecta. Sin embargo, el Tribunal considera que no existe discriminación. Para ello, el Tribunal cambia su línea de razonamiento. No renuncia a la utilización de la técnica de la racionalidad como modo de determinación del criterio de discriminación, sino que solamente cambia el razonamiento y entra a indagar acerca de la naturaleza de la prestación del servicio militar, y la naturaleza de la excedencia por cuidado de hijos. Y considera que ambas cosas de distinta naturaleza. El servicio militar es la prestación de un servicio público y es obligatoria para el que lo presta. La excedencia por el contrario es voluntaria.

Aquí es donde precisamente empieza a tener interés la sentencia del TJCE. Si la discriminación indirecta es

por definición la igualdad aparente que esconde una desigualdad fáctica. ¿Cómo no ha podido ver el Tribunal que la voluntariedad de la excedencia para el cuidado de los hijos, que siempre piden las mujeres y excepcionalmente los hombres, no en realidad voluntaria, sino forzosa?. Y respecto de la naturaleza privada de la excedencia para el cuidado de los hijos, ¿Por qué considera el Tribunal que los hijos son sólo de los padres, (sic) y no del Estado, si tiene como Estado la potestad de separarlos de sus padres cuándo no los cuidan? Quizás si los Estados no favorecen la crianza, las mujeres renuncien a la maternidad para no verse discriminadas, o quizás ya lo estén haciendo. (María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA PRIMERA), DE 27 DE MAYO DE 2004. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA DE LAS TRABAJADORAS EMPLEADAS A TIEMPO PARCIAL.

«Artículo 141 CE – Directiva 75/117/CEE – Medida nacional por la que los docentes a tiempo completo y los docentes a tiempo parcial están obligados a trabajar el mismo número de horas extraordinarias para tener derecho a una retribución – Discriminación indirecta de las trabajadoras empleadas a tiempo parcial»

En el asunto C-285/02,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Verwaltungsgericht Minden (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Edeltraud Elsner-Lakeberg y Land Nordrhein-Westfalen, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE y 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),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. A. La Pergola y S. von Bahr, la Sra. R. Silva de Lapuerta, y el Sr. K. Lenaerts, Jueces; Abogado General: Sr. F.G. Jacobs; Secretario: Sr. R. Grass; consideradas las observaciones escritas presentadas:

– en nombre de la Sra. Elsner-Lakeberg, por la Sra. H. Bubbenzer, Rechtsanwältin;
– en nombre del Land Nordrhein-Westfalen, por el Sr. A. Machwirth, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno alemán por el Sr. M. Lumma, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. N. Yerrell y el Sr. H. Kreppel, en calidad de agentes;

visto el informe del Juez Ponente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de octubre de 2003;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 26 de julio de 2002, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de agosto siguiente, el Verwaltungsgericht Minden planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE y 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).

2 Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Elsner-Lakeberg y su empleador, el Land Nordrhein-Westfalen, en relación con la solicitud de la Sra. Elsner-Lakeberg de que se le retribuyan las horas extraordinarias de trabajo.

Marco jurídico

JURISPRUDENCIA • TJUE •

Normativa comunitaria

3 A tenor del artículo 1 de la Directiva 75/117:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará “principio de igualdad de retribución”, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

[...]»

Normativa nacional

4 En virtud del artículo 78a de la *Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen* (Ley de la Función Pública de Renania del Norte-Westfalia), en su versión publicada el 1 de mayo de 1981 (GV NRW p. 234), los funcionarios están obligados a realizar horas extraordinarias cuando su actividad así lo exija; si este trabajo extraordinario supera las cinco horas mensuales, el funcionario tiene derecho a un descanso compensatorio que corresponda al total de horas extraordinarias realizadas. Cuando la concesión de dicho descanso compensatorio sea incompatible con el interés del servicio, algunos funcionarios pueden obtener una retribución de las horas extraordinarias correspondientes.

5 El artículo 5, apartado 2, número 1, de la *Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte* (Reglamento sobre la retribución de horas extraordinarias a los funcionarios), de 13 de marzo de 1992 (BGBl. 1992 I, p. 528), en su versión de 3 de diciembre de 1998 (BGBl. 1998 I, p. 3494), dispone que en el caso de que las horas extraordinarias se realicen en el sector de la enseñanza, tres horas lectivas equivalen a cinco horas.

Litigio principal y cuestión prejudicial

6 La Sra. Elsner-Lakeberg, que es funcionaria, trabaja a tiempo parcial como profesora en un centro de enseñanza secundaria del Land Nordrhein-Westfalen. Los profesores a tiempo completo trabajan veinticuatro horas y media a la semana dando clases, lo que equivale a noventa y ocho horas mensuales, sobre una media de cuatro semanas, mientras que la Sra. Elsner-Lakeberg imparte quince horas semanales de clases, es decir, sesenta horas mensuales.

7 En diciembre de 1999, la demandante en el procedimiento principal tuvo que realizar 2,5 horas extraordinarias de clases. Su solicitud de retribución de estas horas fue denegada en razón de que la normativa aplicable establecía que las horas extraordinarias realizadas por un docente que sea funcionario únicamente se retribuían si el trabajo extraordinario es superior a tres horas mensuales. En consecuencia, no recibió retribución alguna por las 2,5 horas extraordinarias trabajadas.

8 Tras formular una reclamación administrativa previa, que no tuvo éxito, la Sra. Elsner-Lakeberg interpuso un recurso ante el

Verwaltungsgericht Minden.

9 Por considerar que la resolución del litigio del que conoce necesita la interpretación del Derecho comunitario, el Verwaltungsgericht Minden decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el artículo 141 CE, en relación con 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, una normativa nacional en virtud de la cual no se retribuyen las horas extraordinarias a los profesores funcionarios a tiempo parcial ?ni tampoco a los profesores a tiempo completo? del Land Nordrhein-Westfalen, cuando dichas horas extraordinarias no superan tres horas lectivas al mes?»

Sobre la cuestión prejudicial

10 Mediante su cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual los profesores a tiempo parcial no perciben ?ni tampoco los profesores a tiempo completo? retribución alguna por las horas extraordinarias cuando éstas no superan tres horas al mes.

11 El Land Nordrhein-Westfalen y el Gobierno alemán alegan que los profesores a tiempo parcial reciben exactamente el mismo trato que los que trabajan a tiempo completo. Todos los profesores tienen derecho a la retribución de las horas extraordinarias cuando éstas son más de tres. En este caso, las horas extraordinarias se retribuyen de manera exactamente idéntica. Se garantiza la igualdad de retribución tanto para el horario normal como para las horas extraordinarias.

12 A este respecto, procede señalar que, según jurisprudencia reiterada, el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y las trabajadoras, tal como establecen los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117, implica que, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya igual valor, se prohíba toda discriminación por razón de sexo en lo que respecta a los elementos y condiciones de retribución, siempre que la diferencia de trato no pueda justificarse por algún objetivo ajeno a cualquier pertenencia a un sexo determinado o no sea necesario para alcanzar el objetivo perseguido (véanse en este sentido, en especial, las sentencias de 30 de marzo de 2000, *JämO*, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartado 36, y de 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer*, C-381/99, Rec. p. I-4961, apartados 27 y 28).

13 Así, por lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial, el Tribunal de Justicia ha declarado que los miembros del grupo perjudicado, ya sean hombres o mujeres, tienen derecho a que se les aplique el mismo régimen que a los demás trabajadores, en proporción a su jornada de trabajo (sentencia de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, C-33/89, Rec. p. I-2591, apartado 19).

JURISPRUDENCIA • TJUE •

14 En cuanto al concepto de «retribución» al que se refieren los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117, comprende, también según jurisprudencia reiterada, todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo (véanse, en especial, las sentencias de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, Rec. p. I-1889, apartado 12, y Brunnhofer, antes citada, apartado 33).

15 De la jurisprudencia se desprende también que, por lo que respecta a la manera de verificar el respeto del principio de igualdad de retribución, con ocasión de una comparación de las retribuciones de los trabajadores interesados, sólo se garantiza una verdadera transparencia, que permita un control eficaz, si dicho principio se aplica a cada uno de los elementos de la retribución que perciben, respectivamente, los trabajadores y las trabajadoras, sin que se haga una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los interesados (véanse las sentencias, antes citadas, Barber, apartados 34 y 35, así como Brunnhofer, apartado 35). Por lo tanto, se ha de comparar por separado la retribución del horario normal y la de las horas extraordinarias.

16 En el asunto principal, la retribución de las horas extraordinarias constituye una gratificación que el Land Nordrhein-Westfalen abona a los profesores correspondientes en razón de su empleo.

17 Aunque esa retribución sea igual en la medida en que el derecho a la retribución de las horas extraordinarias sólo se adquiere al superar las tres horas extraordinarias de trabajo, ya se trate de profesores a tiempo parcial o a tiempo completo, procede señalar que tres horas extraordinarias representan una carga de trabajo mucho mayor para los profesores a tiempo parcial que para los que trabajan a tiempo completo. En efecto, si un profesor a tiempo completo tiene que trabajar tres horas más, aparte de sus 98 horas mensuales de trabajo, o sea, un aumento de cerca del 3 %, para recibir una retribución de esas horas extraordinarias, un profesor a tiempo parcial debe trabajar tres horas más, aparte de sus 60 horas mensuales de trabajo, es decir, un aumento del 5 %. Dado que para los profesores a tiempo parcial el número de horas extraordinarias de clase que le dan derecho a una retribución no se reduce de manera proporcional a su tiempo de trabajo, existe pues un trato desigual de estos profesores frente a los profesores a tiempo completo, por lo que respecta a la retribución de sus horas extraordinarias de clase.

18 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, en primer lugar, si la diferencia de trato que establece la normativa controvertida afecta a muchas más mujeres que a hombres, y, en segundo lugar, si dicha diferencia de trato responde a un objetivo ajeno a la

pertenencia a un sexo determinado y es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 1996, Freers y Speckmann, C-278/93, Rec. p. I-1165, apartado 28).

19 En estas circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben –ni tampoco los que trabajan a tiempo completo– ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando éstas no superan tres horas al mes, si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y si tal diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.

Costas

20 Los gastos efectuados por el Gobierno alemán y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. 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.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),
pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Verwaltungsgericht Minden, mediante resolución de 26 de julio de 2002, declara:

Los artículos 141 CE y 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben –ni tampoco los que trabajan a tiempo completo– ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando éstas no superan tres horas al mes, si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y si tal diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 27 de mayo de 2004.

Lengua de procedimiento: alemán.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE FEBRERO DE 2004, SOBRE DISCRIMINACIÓN SALARIAL A 7 MUJERES QUE REALIZABAN LAS MISMAS FUNCIONES QUE OTROS COMPAÑEROS PERO COBRABAN MENOS.

En la Villa de Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil cuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación núm. 8688/1988 interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO, en representación de la ADMINISTRACIÓN, contra la Sentencia núm. 457/98 dictada con fecha 29 de mayo de 1998 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Bilbao, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en recurso 4403/95, sobre reconocimiento de nivel 20 de complemento de destino.

Ha comparecido, como parte demandada, D. JORGE DELEITO GARCÍA, en representación de D^a Sandra, D^a Elena, D^a Sonia, D^a Emilia, D^a Verónica, D^a Eugenia y D^a María Antonieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida dispone:

“Fallo: Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso José Bartau Rojas, tras sustituir a D. José María Bartau Morales en nombre y representación de D^a Sandra, D^a Elena, D^a Sonia, D^a Emilia, D^a Verónica, D^a Eugenia, y D^a María Antonieta, frente a resoluciones de la Dirección General de Servicios, por delegación del Subsecretario, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 5 de julio de 1995, desestimatorias de solicitudes sobre asignación de nivel, y declaramos disconformes a derecho y anulamos dichos actos, reconociendo a los recurrentes el derecho a ser restablecidos económicamente por las diferencias experimentadas a partir de la fecha de su respectiva toma de posesión tanto en “complemento de destino” como en “complemento específico” en relación con los demás funcionarios del cuerpo de controladores laborales destinados en Álava que han tenido asignado el nivel 20 frente al 18 de los demandantes, no haciendo imposición de costas”.

SEGUNDO.- Notificada la citada Sentencia a las partes, el Abogado del Estado, en representación de la Administración, preparó recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tuvo por preparado mediante Auto dictado con fecha 24 de julio de 1998, ordenando la remisión de los autos originales, junto con el expediente administrativo, a esta Sala y el emplazamiento a las partes.

TERCERO.- Con fecha 18 de septiembre de 1998, el procurador D. Jorge Deleito García, en representación de D^a Sandra, D^a Elena, D^a Sonia, D^a Emilia, D^a Verónica, D^a Eugenia, y D^a María Antonieta, presentó escrito solicitando a la Sala:

“acuerde tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento (...), en el recurso de casación a que se hizo referencia en el cuerpo de este escrito, acordando su inadmisión por las razones expuestas, y en todo caso entendiéndose con esta parte las sucesivas diligencias”.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en la representación que le es propia, presentó escrito de interposición en el Registro General de este Tribunal Supremo, con fecha 6 de noviembre de 1998, en el que, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala:

“dicte resolución por la que, estimando este recurso, se case y anule el fallo recurrido, dictando en su lugar otro por el que sea declarada la conformidad a Derecho de las Resoluciones administrativas recurridas”.

QUINTO.- La Sala, con fecha 16 de septiembre de 1999, dictó Providencia del siguiente tenor literal:

“Dada cuenta por el Ponente; se admite el Recurso de Casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 29 de mayo de 1998 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Primera), sin que, en principio, se haya apreciado en este trámite la congruencia de las causas de inadmisibilidad alegadas por la parte recurrida (defecto de cuantía y cuestión de personal).

Habiendo considerado la Sala de instancia, en el Auto teniendo por preparado el recurso de Casación, que la Sentencia se ha dictado en un recurso indirecto del artículo 39.2, en relación con el 93.3, de la LRJCA; remítanse las presentes actuaciones a la Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos”.

SEXTO.- Por Providencia de 11 de noviembre de 1999 se da traslado del escrito de interposición al procurador Sr. Deleito García a fin de que formalice su oposición, lo que verifica mediante escrito, presentado el 26 de noviembre de 1999, en el que, después de formular las alegaciones que consideró oportunas, solicitó a la Sala:

JURISPRUDENCIA • TS •

“dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto por la Administración del Estado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 29 de mayo de 1998, recaída en los autos referidos en el encabezamiento de este escrito, con imposición de las costas a la parte recurrente”.

SÉPTIMO.- Mediante Providencia de 17 de noviembre de 2003 se señala para la votación y fallo el día 10 de febrero de 2004, en que han tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao estimó el recurso de D^a Sandra, D^a Elena, D^a Sonia, D^a Emilia, D^a Verónica, D^a Eugenia, y D^a María Antonieta, controladoras laborales con destino en la Dirección Provincial de Álava del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social contra las resoluciones de ese departamento de 5 de julio de 1995 que desestimaron sus solicitudes de reconocimiento del nivel 20 de complemento de destino en lugar del 18 que tenían asignado, así como de las diferencias retributivas de ello derivadas, tanto en el complemento de destino como en el complemento específico, más los intereses legales desde la fecha de su toma de posesión.

La razón por la que las recurrentes efectuaron esa solicitud era la discriminación injustificada de la que eran objeto, pues en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de la Dirección Provincial de Álava, aprobada por la resolución de la CECIR de 22 de febrero de 1995, mientras que los siete puestos de controladores laborales por ellas ocupados tenían asignado el nivel 18 y un complemento específico de 221.724 pesetas, existían otros cinco puestos de controladores laborales con nivel 20 y un complemento específico de 290.796 pesetas.

Tras comprobar que no existía ninguna diferencia entre la labor realizada por uno y otro grupo ni apreciar que concurriera circunstancia alguna de índole organizativa o funcional que pudiera justificar ese trato diferente, para lo cual la Sala de instancia tuvo en cuenta los documentos aportados al proceso, el testimonio de los controladores pertenecientes al grupo con nivel 20 y la certificación emitida por el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Álava, dictó la Sentencia cuya casación se pretende.

Tal como se ha reflejado en los antecedentes, su fallo anuló las resoluciones impugnadas y reconoció el derecho de las actoras a ser restablecidas económicamente por las diferencias experimentadas a partir de la fecha de su respectiva toma de posesión, tanto en el complemento de destino como en el específico, respecto de los funcionarios del cuerpo de controladores laborales con nivel 20.

SEGUNDO.- El recurso de casación del Abogado del Estado contiene tres motivos expresados todos ellos al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción. Son los mismos que ya hizo

valer en el recurso de casación 8363/1998, idéntico al presente salvo que se refería a los controladores laborales de Guipúzcoa, resuelto por nuestra Sentencia de 21 de julio de 2003 y, semejante al recurso de casación 7538/1998, resuelto por nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2004.

Así, pues, se impone la desestimación del que ahora nos ocupa por las mismas razones que utilizamos en esos casos y que a continuación reiteramos, además de tener en cuenta que coinciden en esa solución las Sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1996 (recurso 1152/1994) y 17 de mayo de 1996 (recurso 8762/1992), alegadas por los recurridos.

El primer motivo consiste en la infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución en conexión con la RPT del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, aprobada por Resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones de 28 de diciembre de 1988, posteriormente modificada por la de 22 de febrero de 1995 y por la de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones de 27 de marzo de 1996. Infracción que se habría producido en relación con la jurisprudencia contenida en las Sentencias de este Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (recurso de apelación en interés de ley núm. 9074/92) y de 22 de diciembre de 1994 (recurso de apelación en interés de ley núm. 600/93).

Entiende el Abogado del Estado que la Sentencia recurrida ha infringido esas normas porque la Sala de Bilbao ha fallado estimando el recurso contencioso-administrativo y adjudicando unos complementos específicos y de destino sin practicar la prueba pericial que las citadas Sentencias de este Tribunal Supremo consideraron necesaria para desvirtuar judicialmente una actuación administrativa especializada de análisis de puestos de trabajo y asignación de los niveles correspondientes.

Advierte el Abogado del Estado que se pronuncian solamente sobre los complementos específicos, pero, precisa que eso no es óbice para que se extienda su doctrina también a los complementos de destino, dada la identidad de razón que, a estos efectos, guardan con los otros.

El motivo no puede prosperar porque el supuesto de hecho a partir del que se dictan las citadas Sentencias no coincide con el que tenemos ante nosotros.

En efecto, en el de aquéllas se trataba de determinar si era discriminatorio el complemento específico asignado a un puesto de trabajo en función de los asignados a otros que suponían el desempeño de funciones análogas.

En particular, lo que se debatía era el complemento de destino adecuado para unas funcionarias del Cuerpo de Instituciones Penitenciarias que ocupaban el puesto de Psicólogas y se utilizaba a tal efecto la referencia que ofrecían los complementos asignados a otros puestos con funciones análogas: médico, ATS.

JURISPRUDENCIA · TS ·

Sin embargo, aquí el problema no es de analogía o semejanza en los cometidos que desempeñan unos y otros controladores laborales, sino de plena identidad de los mismos.

Por otra parte, la Sala de Bilbao ha tenido especialmente en cuenta, junto a una amplia prueba documental, el testimonio de los controladores con nivel 20 y el certificado del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Álava.

De ese material probatorio, cuya apreciación no podemos revisar en casación, resulta, sin ningún tipo de dudas que las funciones que desempeñan los controladores laborales de esa provincia son las mismas con independencia del nivel que tienen asignado.

En tales condiciones, estimamos que la Sentencia no ha incurrido en la infracción apuntada, ni ha procedido a la asignación de nuevos complementos a las recurrentes, sino que ha reparado una discriminación constitucionalmente inaceptable.

TERCERO.- El segundo motivo alega la infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución en conexión con las RPT del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Lo explica el Abogado del Estado diciendo que, en este asunto, lo único que podría haberse dado sería una simple irregularidad administrativa consistente en que los superiores jerárquicos de las funcionarias recurrentes no habrían asignado correctamente a sus subordinadas las tareas que debería realizar cada una en función de los complementos específicos y de destino previstos en las RPT.

Pero tal irregularidad, añade el Abogado del Estado, ni afecta a la validez de tales Relaciones ni sirve para invocar aquí la igualdad, ya que la igualdad no puede hacerse valer desde la ilegalidad.

Tampoco podemos acoger este motivo. La Sentencia ha comprobado la existencia de una discriminación carente de justificación objetiva y razonable, pues no es objetivo ni razonable diferenciar a través de los complementos de destino y específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo cometido.

Esa no es una situación que pueda reducirse a una mera irregularidad administrativa compatible con las exigencias del artículo 23.2 de la Constitución y con el derecho fundamental que reconoce a acceder y a permanecer en la función pública en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes.

CUARTO.- El tercer y último motivo apunta la infracción de las citadas RPT del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en conexión con los principios de legalidad (artículo 53.2 de la Ley 30/1992) y de inderogabilidad singular de los reglamentos (artículo 52.2 de esa misma Ley 30/1992). Dice el Abogado del Estado que la Sentencia impugnada conduce a que unas disposiciones genera-

les, como lo son las RPT, queden sin efecto como consecuencia de actuaciones administrativas singulares posteriores, en concreto por la del superior jerárquico de las controladoras laborales recurrentes que no repartió el trabajo entre sus subordinados atendiendo a las diferencias retributivas establecidas en las RPT.

El principio de legalidad y el de inderogabilidad singular de los reglamentos, concluye el escrito de interposición en este punto, demandan que los actos administrativos singulares se ajusten a las disposiciones generales y no que las normas generales resulten viciadas por los actos dictados en su contra.

Al igual que hemos hecho con los anteriores, debemos desestimar este motivo y, con él, el recurso de casación, pues no apreciamos la infracción que denuncia. No nos encontramos ante el desconocimiento de reglas generales como consecuencia de decisiones particulares sino ante la presencia en las disposiciones generales, las RPT, de normas discriminatorias.

Eso es lo que llevó a la Sala a inaplicarlas y a estimar el recurso contencioso-administrativo para restablecer la igualdad requerida por el artículo 23.2 de la Constitución.

Y al obrar de este modo, su Sentencia es conforme a Derecho.

QUINTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación núm. 8688/1998, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia núm. 457, dictada el 29 de mayo de 1998, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso 4403/1995, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO A LA STS DE 16 DE FEBRERO DE 2004. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE DISCRIMINACIÓN

En esta sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo aborda un caso claro de discriminación salarial por razón de sexo. Como se puede suponer, la discriminación, a pesar de su carácter evidente, no se produce de manera burda, mediante la fijación de un diferente salario para hombres y mujeres que desempeñan un mismo trabajo, sino que se hace de un modo más sutil, a través de la técnica de la clasificación profesional en diferentes niveles. Mientras que los controladores laborales tienen asignado un nivel 20 de complemento de destino y específico, las controladoras laborales sólo tienen reconocido un nivel 18, de cuantía inferior, a pesar de que como ha quedado probado ellas desempeñan “idénticas funciones” a la de los controladores laborales que tienen reconocido un nivel retributivo superior.

Precisamente para evitar estos supuestos de discriminación salarial de la mujer existe una amplia normativa tanto europea como estatal que consagra el principio de igualdad retributiva, prohibiendo este tipo de prácticas discriminatorias. Así, en el Derecho Comunitario destaca el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (Tratado de Amsterdam) que consagra el principio de “igual salario para hombres y mujeres trabajadoras por igual trabajo o *trabajo de igual valor*”. Principio que ya aparece recogido en 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 femeninos⁴⁷. En particular, dispone el artículo 1 de esta Directiva que “cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basar-

se sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.”

A su vez, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo aparece consagrado en el artículo 14 de la Constitución española de 1978, comprensivo de las discriminaciones de tipo salarial, constituyendo uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Específicamente, el artículo 35 de la Constitución española reitera este principio de no discriminación en el ámbito laboral⁴⁸. Y en este ámbito, el Estatuto de los Trabajadores incorpora el principio de no discriminación en las relaciones laborales e igualdad retributiva en diversos preceptos: artículos 4.2 c), 17, 28, mientras que el artículo 22 establece que los criterios de definición de las categorías y grupos profesionales se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.

Como puede observarse existe un amplio conjunto de instrumentos normativos cuya finalidad es precisamente eliminar la discriminación salarial que sufren las mujeres y que sancionan como inconstitucionales y nulas de pleno derecho prácticas como la que se enjuicia en esta sentencia. Además es importante subrayar dos cuestiones relacionadas con lo que venimos comentando. De una parte, el carácter “objetivo” de la discriminación o práctica discriminatoria, de tal modo que ésta se independiza de la intencionalidad de la acción, que resulta irrelevante para determinar si ha habido o no discriminación, atendándose sólo a los resultados lesivos de la actuación enjuiciada. De otra, que entra en juego el principio de inversión de la carga de la prueba, de tal modo que existiendo indicios de discriminación por razón de sexo corresponde al empleador probar que no ha existido tal discriminación, mediante la aportación de una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada, justificación que no concurre en el presente caso. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

⁴⁷ “El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (...) implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye el mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.” (Artículo 1)

⁴⁸ “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.” (Art. 35. 1 CE)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2003, QUE RECONOCE EL DERECHO DE UNA TRABAJADORA A COBRAR LA BAJA POR MATERNIDAD INCLUSO CUANDO ESTÁ EN PERIODO DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2001 el Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

1º) La actora Dª Gabriela, titular de D.N.I. núm. 000, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, como trabajadora por cuenta ajena con el núm. 001, viene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa Universitat Pompeu Fabra.

2º) Tras el alumbramiento de su primer hijo, pasó a situación de excedencia para cuidado de hijo menor de tres años.

3º) Constante tal situación, se produjo el alumbramiento de su segundo hijo el 10.11.00.

4º) El 29.12.00 solicitó ante el INSS el abono de la prestación amparadora de la contingencia de maternidad, que le fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del mismo en Barcelona de data 08/01.01 por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 133 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introducido por la Ley 42/1994 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social.

5º) Formuló reclamación previa el 13.02.01, que fue desestimada por resolución de 16.03.01.

6º) Indiscutan las partes que de prosperar la demanda la fecha de efectos del reconocimiento de derecho debe ser de 10.11.00, y la base reguladora del subsidio la de 8.100 ptas. diarias."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda acumulada (sic) por Dª Gabriela, debo declarar y declaro el derecho de la misma a percibir prestación por contingencia de maternidad, con fecha de efectos 10.11.00, y de acuerdo a base reguladora diaria de 8.100 ptas., por el periodo de dimensión temporal establecido legalmente, condenando al demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la actora el subsidio en los términos indicados."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Letrada Dª Beatriz Villalobos de Jesús actuando en nombre y repre-

sentación del Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2002, en la que consta el siguiente fallo: "Estimar el recurso de suplicación presentado por el INSS, contra la Sentencia de 8 de noviembre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de los de Barcelona en el procedimiento núm. 448/2001 planteada por la demandante Dª Gabriela y revocarla con absolución del Ente gestor."

TERCERO.- Por el Procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla y Ballesteros en nombre y representación de Dª Gabriela se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 28 de febrero de 2003, en el que se denuncia infracción del artículo 36.1.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, en relación con los artículos 16.1 y 17.1 del Real Decreto 356/1991. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 30 de enero de 2001 (Rec. núm. 2295/2000).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10 de septiembre de 2003 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 19 de septiembre de 2003.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PRO-CEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de diciembre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora se hallaba en situación de excedencia para el cuidado de un hijo menor de tres años cuando se produjo el alumbramiento de su segundo hijo, el 10 de noviembre de 2000. denegada la prestación, por no encontrarse, según la resolución administrativa en ninguna de las situaciones del artículo 133 bis del Real Decreto Ley 1/1994, de 20 de junio, reclamó, en vía jurisdiccional y vio acogida en la instancia su pretensión en virtud de la sentencia de 8 de noviem-

JURISPRUDENCIA • TS •

bre de 2001, posteriormente revocada por la dictada en suplicación el 11 de diciembre de 2002 frente a la cual interpone la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina.

SEGUNDO.- La recurrente ofrece como sentencia de contraste la dictada el 30 de enero de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Son elementos fácticos de la citada sentencia, útiles al juicio de comparación, que la trabajadora en situación de excedencia especial para el cuidado de su hijo con derecho a reserva de puesto de trabajo hasta el 5 de septiembre de 2000, dio a luz un nuevo hijo el 9 de agosto de 1999 y solicitada la prestación por maternidad ésta fue denegada por “no encontrarse de alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante de la prestación.” También la pretensión fue acogida en la instancia y formulado recurso de suplicación por el Instituto Nacional de Seguridad Social, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de enero de 2001 desestimó el recurso confirmando la sentencia favorable a la accionante.

Concurren los necesarios elementos de contradicción al tratarse de dos alumbramientos producidos durante una situación de excedencia especial para el cuidado de un hijo, siendo la fecha del hecho causante anterior al año 2001, y mientras la sentencia recurrida considera que la situación de excedencia en la que se encontraba la trabajadora no es de asimilación a la de alta a los efectos de la prestación de maternidad, por el contrario la sentencia referencial sí otorga ese carácter a la excedencia para el cuidado del hijo.

TERCERO.- Alega la recurrente la infracción del artículo 36.1.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, en relación con los artículos 16.1 y 17.1 del Real Decreto 356/1991.

Debe destacarse que en la fecha en que se produjo el segundo parto se hallaba vigente el artículo 36.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, que otorgaba a la situación de excedencia con reserva del puesto de trabajo la condición de asimilación al alta y que en virtud del artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, se confiere el valor de periodo de cotización efectiva al primer año con reserva del puesto de trabajo del periodo de excedencia que se disfrute en razón del cuidado de cada hijo.

A lo anterior se añade la doctrina que sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002, RCU. núm. 8/3841/2001 al examinar en supuesto análogo el juego de las normas estatutarias a propósito de las consecuencias que para el contrato de trabajo tiene la excedencia especial para el cuidado de un hijo con reserva del puesto de trabajo:

“Tal como está regulada en el art. 46.3 del ET, el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijo se equipara prácticamente a efectos jurídico-laborales a la suspensión del contrato de trabajo, la cual se caracteriza por la reserva del puesto de trabajo

(art. 48.1 ET) y por la exoneración de las obligaciones contractuales básicas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2. ET). La maternidad sobrevenida a quien se encuentra en esta situación mantiene sin duda la reserva del puesto de trabajo y la exoneración de las obligaciones contractuales básicas, reabriendo en su caso un nuevo período de excedencia por cuidado de hijo (art. 46.3. párrafo cuarto). La cuestión interpretativa que surge aquí es si tal estado suspensivo del contrato de trabajo en el supuesto de parto sucesivo tiene como título o soporte bien la excedencia por cuidado de hijo ya reconocida, agotándose con ella, bien la maternidad sobrevenida, con lo que entran en juego los períodos de suspensión en el “supuesto de parto” previstos en el art. 48.4 del ET.

La solución a este dilema de interpretación legal es elegir el segundo término de la alternativa. Esta fórmula es la única que permite respetar los descansos maternos mínimos establecidos en la ley, entre la maternidad sucesiva y el agotamiento de la excedencia por cuidado de hijo media un intervalo inferior a las “seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio”. En conclusión, la madre excedente por cuidado de hijo a la que sobreviene una nueva maternidad se encuentra en este sucesivo “supuesto de parto” en situación de suspensión del contrato de trabajo en virtud de los artículos 45.1.d. y 48.4 del ET sobre descansos maternos.

Partiendo de la base anterior, la maternidad sobrevenida a quien se encuentra en el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijos debe ser considerada en principio como una “situación protegida” a efectos de la prestación de maternidad de la Seguridad Social, la cual, se extiende, de acuerdo con el art. 133 bis de la LGSS, a los “períodos de descanso” maternal del art. 48.4 del ET. Queda por ver todavía si, además de concurrir la situación protegida, se cumple en el caso el requisito de alta o situación asimilada.

El primer año de tal situación de excedencia por cuidado de hijos se considera, en virtud del ya examinado art. 180 de la LGSS, como “período de cotización efectiva”; y, como ordena el también reseñado art. 17 del RD 356/1991, tal período de cotización efectiva lleva consigo la asimilación a la situación de alta para las distintas prestaciones de Seguridad Social, salvo la incapacidad laboral transitoria. Pero no es menos verdad que a partir de la Ley 42/1994 el legislador ha establecido una regulación separada de la maternidad respecto de la incapacidad temporal, por lo que la excepción prevista en el reglamento ha de interpretarse de manera estricta, sin ir más allá de lo que contiene su tenor literal. Debe concluirse, por tanto, que el requisito de alta o situación asimilada se cumple a los efectos de la prestación de maternidad en el supuesto de maternidad sobrevenida en situación de excedencia por cuidado de hijos.”

Por lo expuesto, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto. Casar y anular la sentencia y resolver el debate de suplicación, desestimando el recurso de esa naturaleza para confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona de fecha 8 de noviembre de 2001.

JURISPRUDENCIA · TS ·

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla y Ballesteros en nombre y representación de D^a Gabriela. Casar anular la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2002, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y resolver el debate de suplicación desestimando el recurso de su naturaleza para confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona, con fecha 8 de noviembre de 2001, en autos núm. 448/2001, seguidos a instancia de D^a Gabriela contra Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre prestación maternidad.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO A LA STS DE 15 DE DICIEMBRE DE 2003. DERECHO A COBRAR LA BAJA POR MATERNIDAD EN PERIODO DE EXCEDENCIA

La sentencia comentada encuentra su trasfondo en el artículo 14 de la C.E. y en la legislación complementaria que lo desarrolla y que, oportunamente, es invocada por el pronunciamiento del T.S., si bien, también podemos encontrar en ella, un atisbo del principio rector que inspira la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, Ley 39/1999 de 5 de noviembre.

La cuestión litigiosa se suscita cuando a la actora, trabajadora por cuenta ajena afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, que venía prestando sus servicios en la Universidad Pompeu Fabra, le es denegada, por resolución administrativa, el derecho a percibir la prestación de maternidad por un segundo hijo nacido durante la situación de excedencia en la que se encontraba para el cuidado de un hijo menor de tres años que había nacido con anterior-

idad por no encontrarse en ninguna de las situaciones del artículo 133 bis del Real Decreto Ley 1/1994 de 20 de junio. En vía jurisdiccional, vio acogida en la instancia su pretensión, que fue revocada posteriormente, frente a la cual se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. El T.S. estima el recurso manifestando la Sala que tras la Ley 42/1994 el legislador ha establecido una regulación separada de la maternidad respecto de la Incapacidad Temporal (I.T.), por lo que la excepción prevista en el reglamento ha de interpretarse de forma estricta, sin ir más allá de lo que contiene su tenor literal, por lo que el requisito del alta o situación asimilada se cumple a los efectos de la prestación de maternidad en el supuesto de maternidad sobrevenida en situación de excedencia por el cuidado de hijos.

El hecho de la maternidad implica una serie de estados que justifican desde el punto de vista jurídico la necesidad de que los mismos sean protegidos⁴⁹. Esta protección dispensada no es más que desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 14 de la Carta Magna a tenor del cual no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁵⁰.

En materia de discriminación por razón de sexo el legislador ha pretendido ejercitar acciones positivas tuteladoras de situaciones de desigualdad. A esta finalidad responden las disposiciones legislativas en la que se sustentan la sentencia comentada. Con esta finalidad tuitiva son dos los aspectos más relevantes del pronunciamiento judicial comentado: por un lado, el derecho que asiste a la madre a percibir la prestación por maternidad; por otro, el derecho de la trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos.

Respecto al primero de los aspectos enunciados, el n^o 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, remisión que hoy debe de entenderse al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, la duración del descanso por maternidad será de 16 semanas ininterumpidas si lo disfruta solo la madre, o de 12 semanas para la madre y 4 para el padre si lo disfrutaban ambos, teniendo en cuenta que estas 4 semanas serán las últimas de las 16 previstas, que nunca podrán detraerse de las 6 semanas de descanso obligatorio de la madre inmediatamente posteriores al parto⁵¹. Para poder disfrutar el padre de estas 4 semanas la madre debe encontrarse en perfectas condiciones de salud para incorporarse a su actividad laboral.

⁵⁰ Vid., NEVADO FERNÁNDEZ, "El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de la Seguridad Social)". Revista Española de Derecho del Trabajo, n^o 105 y 106, Mayo-Agosto 2001, pags. 368 y ss.

⁵¹ La maternidad no es sino el proceso ordenado a la generación de un ser -embarazo, parto y puerperio-, sin embargo, en la relación posterior objeto de tutela hay que entenderlo como binomio maternidad/paternidad. De lo contrario, la protección de la maternidad debe ser entendida como una limitación del principio de igualdad del artículo 14 de la C.E.

Durante este periodo temporal podrán los progenitores disfrutar de la prestación por maternidad cuando se reúnan los requisitos necesarios para ello: condición general de afiliación o alta, o situación asimilada al alta y periodo mínimo de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al parto⁵².

Respecto a la cuantía a percibir reconoce el artículo 133 quater del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción por la Ley 42/1994, que la prestación por maternidad alcanza al 100% de la base reguladora que será la establecida para la I.T. derivada de contingencias comunes⁵³.

En relación con los derechos que asiste a la trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos, varias son las acciones positivas emprendidas por el legislador. A ello responde, entre otros fines, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que introdujo varios cambios relevantes en relación con la situación originada antes, durante y tras el parto de una mujer en lo que a su situación laboral se refiere.

Uno de los aciertos que se debe reconocer al legislador en el texto mencionado es el cambio en la regulación de la prestación por maternidad, pues tradicionalmente los periodos de descanso que procedían en los casos de maternidad, adopción o acogimiento previo tenían la consideración de situaciones determinantes de Incapacidad Laboral Transitoria (I.L.T.), hoy, Incapacidad Temporal⁵⁴. Los elementos que definen la I.T. son: la alteración de la salud, la asistencia sanitaria y la imposibilidad que se deriva para realizar el trabajo. Si se trasladan estos elementos al hecho mismo de la maternidad nos lleva a afirmar que durante la baja por maternidad no se cumplen los requisitos de que configuran la I.T. Es difícil configurar el hecho mismo del parto o del momento posterior a él como una alteración de la salud, más difícil aún si ampara el descanso voluntario que puede disfrutar la madre con anterioridad al parto. Por lo que respecta a la asistencia sanitaria, ésta no se extiende necesariamente a todo el periodo de baja por maternidad, sino que normalmente tiene mayor incidencia durante todo el embarazo y, suele finalizar, con el parto, es decir, con anterioridad al descanso por maternidad.

“El descanso por maternidad se incardina en un campo más amplio que es el general de la protección a la familia y en uno más específico que es el de la protección a la mujer trabajadora, tanto desde un punto de vista profesional, para que no suponga un freno a su actividad y una disminución de recursos, como desde un punto de vista de protección de la salud de la madre e hijo⁵⁵”. En este sentido, otra de las acciones positivas emprendidas por el legislador para el desarrollo del artículo 14 de la C.E. en los términos que estamos estudiando fue la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad que modificó el apartado 3º del E.T. En la actualidad este precepto reconoce a los trabajadores un derecho o un periodo de excedencia no superior a tres años, para atender al cuidado de un hijo, originando los sucesivos hijos derecho a un nuevo periodo de excedencia que pone fin al que se viene disfrutando. El periodo que el trabajador permanezca en excedencia será computable a efectos de antigüedad, teniendo derecho a la asistencia a cursos de formación profesional. En la regulación anterior a la reforma, tras el primer año de excedencia, ésta se convertía en una excedencia voluntaria salvo pacto colectivo o individual en contrario, mientras que ahora se mantiene la reserva del puesto de trabajo durante los tres años de excedencia, siendo reserva de su propio puesto el primero de ellos y reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente durante los restantes⁵⁶.

En la sentencia comentada el alumbramiento del segundo hijo de la trabajadora se produce durante el primer año de excedencia para el cuidado de un hijo anterior menor de tres años. A tenor de las disposiciones estudiadas este primer año, en virtud del artículo 180 de la L.G.S.S. se considera como periodo de cotización efectiva, asimilada a la situación de alta-artículo 17 del R.D. 356/1991- por lo que se puede concluir que la trabajadora está legitimada activamente para solicitar y que le sea concedido el subsidio de maternidad que reconoce el artículo 133 quater del T.R.L.G.S.S. en su redacción dada por la Ley 42/1994. (MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO. PROFESORA AYUDANTE DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.)

⁵² Con la excepción del fallecimiento de la madre en cuyo caso el padre también podrá disfrutar de las 6 semanas de descanso obligatorio de la madre o de la parte que reste por disfrutar.

⁵³ Otro de los logros de estas acciones positivas en lo que al tema de la prestación se refiere es que ya no se exige que la afiliación se haya producido por lo menos 9 meses antes del parto. Igualmente, en la anterior regulación se exigía que el periodo de carencia específica se acreditase en el año inmediatamente anterior a ese momento.

⁵⁴ La nueva situación resulta de la modificación operada que implica una mayor protección para el beneficiario. El Decreto 318/1966, de 23 de diciembre, y la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 preveían un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora, aunque en la mayoría de los convenios colectivos el empresario se obligaba a completar hasta el 100%.

⁵⁵ La Ley 42/1994, modificadora del artículo 128 del T.R.L.G.S.S. llevó a cabo la refundición de la I.L.T. y de la Invalidez Provisional (I..P.) en una nueva contingencia denominada I.T. Al respecto vid., NEVADO FERNÁNDEZ, *Art. Cit.*, pags. 382 y ss.; ÁLVAREZ MORENO, “La incapacidad temporal transitoria tras la reforma operada por la Ley 42/1994; especial referencia al RETA. La protección de la maternidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº17, enero-marzo 1995, pags. 165 y ss.

⁵⁶ ÁLVAREZ MORENO, *Idem*, pág. 172.

⁵⁷ Esta medida debe ir acompañada de una contrapartida para los empresarios que han de soportar esa excedencia con reserva de puesto. Así lo establece la D.A. 14ª del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003. Aplicación del principio de preferencia de masculinidad en sucesión nobiliaria. El TS estima el recurso de casación interpuesto por el demandante declarando la nulidad de la real carta de sucesión y el mejor derecho genealógico del recurrente sobre el título nobiliario litigioso por aplicación del principio de preferencia de la masculinidad, tradicional en el derecho histórico, por el cual se rigen las sucesiones en los títulos nobiliarios, manifestando que no es inconstitucional porque en autos no se ha demostrado que se fijase un orden de suceder diferente y propio del regular.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 2 de septiembre de 2003: sentencia en la que se declara la existencia de un <<mobbing de libro>>.

La Sala desestima el recurso de suplicación planteado por la empresa demanda frente a sentencia que declaró el derecho del trabajador a la extinción voluntaria del contrato de trabajo. El TSJ manifiesta que estamos ante un “mobbing de libro”, en el que el sujeto activo se escudó en una situación de manifiesta superioridad (o ventaja) como jefe, generando un ambiente insoportable para el trabajador a través de los diversos insultos, órdenes, calificables de despóticas, no asignación de lugar de trabajo, no asignación de línea telefónica propia o la encomienda de funciones impropias para la categoría del actor. Dada la humillación, desprecio, prepotencia y despotismo que implicaron, tales términos, añade el Tribunal, evidencian un ánimo hostil frente al actor con intención de causarle daño o perjudicarlo y que se plasmaron en la víctima, ya que como consecuencia de todo lo anterior, el actor presenta un trastorno de ansiedad de larga evolución que ha dado lugar a un proceso de IT.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 22 de septiembre de 2003, que reconoce el derecho del padre a disfrutar la hora de lactancia de forma simultánea al permiso por maternidad de la madre. La Sala desestima el recurso de suplicación deducido por el demandado Servicio Canario de Salud frente a sentencia que declaró el derecho del actor a disfrutar licencia por lactancia de una hora diaria por cada hijo en forma simultánea al disfrute de la madre de su licencia de descanso por parto. El TSJ señala que el demandante es personal estatutario de la Seguridad Social y al caso es de aplicación el Pacto entre la Administración Sanitaria de la

Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales en el sector, sobre permisos, licencias y vacaciones, que en su punto 2,2,8 establece que el personal con hijo/a menor de nueve meses tendrá derecho a una hora diaria de ausencia durante la jornada de trabajo que podrá disfrutar al principio, en medio o al final de la citada jornada y podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre en caso de que ambos trabajen. Por tanto, añade el Tribunal, existe una diferencia fundamental con lo establecido en el ET, pues el “derecho” corresponde “al personal”, sin distinción entre padre o madre, es decir, a los dos progenitores por igual, y su consecuencia es la compatibilidad de su disfrute por el padre mientras la madre, a su vez, disfrute del descanso por parto.

Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla que reconoce el derecho a indemnización a la pareja de hecho homosexual.

La sentencia por la cual se condena a una aseguradora a indemnizar, en calidad de cónyuge, al compañero sentimental de un hombre que murió en un accidente de tráfico, en lugar de apoyar el criterio de la empresa de entregar la indemnización a la madre del fallecido. Fuentes del caso indicaron ayer que las indemnizaciones para los padres son sensiblemente inferiores a las establecidas para el cónyuge, que en este caso reclamó 93.912 euros que le fueron reconocidos por el Juzgado de Instrucción número 13 de Sevilla. La Sección Séptima de la Audiencia Sevillana ha confirmado esa resolución, en la que la juez entendía que debía realizarse una asimilación entre pareja de hecho heterosexual y homosexual, dado que en ambas las consecuencias de un fallecimiento “son equivalentes”, pues lo contrario “sería discriminatorio”.

Sentencia del Juzgado nº 1 de Sant Feliu de Guixols (Gerona) que prohíbe la salida de España de tres niñas gambianas para evitar la práctica de la ablación en su país de origen. El Juzgado les retiró el pasaporte y prohibió a las autoridades que expidieran este documento hasta que alcanzaran la mayoría de edad, y obliga a los padres a llevarlas a una revisión ginecológica cada seis meses para evitar que sean víctimas de la ablación del clítoris. El Juzgado pretende evitar que las tres niñas sufran la ablación del clítoris de vacaciones en Gambia, como les ocurrió a sus dos hermanas mayores.

NOTICIAS

El Instituto Andaluz de la Mujer ha creado la Unidad de Igualdad y Género para iniciar y consolidar el proceso de implantación del Mainstreaming de Género en Andalucía. Supone una primera experiencia para dotar a los equipos gestores de las políticas de conocimientos y herramientas concretas para integrar la dimensión de género en sus decisiones y actividades, dando así una respuesta eficaz a las recomendaciones de la Comunidad Europea.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha conocido de la denuncia presentada por dos aristócratas españolas alegando vulneración del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité ha rechazado la denuncia argumentando que “el artículo 26 no puede ser invocado como base para reclamar un título hereditario de nobleza, institución que, debido a su naturaleza indivisible y excluyente, está al margen de los valores subyacentes a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación protegidos por el artículo 26”. Sin embargo, se han formulado votos particulares discrepantes.

El Congreso de los Diputados ha abierto una nueva ronda de comparecencias para debatir sobre la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. En estas rondas comparecerán personas expertas en el ámbito de la violencia de género.

El Proyecto de Ley del divorcio que elabora el Gobierno prevé suprimir la separación como paso obligatorio para pedir el divorcio. Según el secretario de Estado de Justicia, Luis López Guerra, la disolución del matrimonio de mutuo acuerdo podría concretarse en menos de dos meses, mientras que el plazo para conseguir el divorcio contencioso no supe-

rá el periodo de seis meses. Hasta ahora, para divorciarse hay que estar separado y, al menos un año después, tramitar el divorcio. La nueva ley, lo reduce a un solo proceso.

La Fiscalía pide papeles para la primera inmigrante irregular que denuncia por maltrato a su pareja. Una joven rusa de 29 años, podrá obtener permiso de trabajo y residencia en España, gracias a la petición de regularización cursada por Fiscalía de Málaga a la Subdelegación del Gobierno, después de que la mujer denunciara a su marido por malos tratos. Se trata de la primera solicitud de regularización por razones humanitarias que tramita la Fiscalía para las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia de género.

Esta medida se enmarca dentro del acuerdo alcanzado el pasado mes de julio entre la Fiscalía contra los Malos Tratos y Violencia Género y el subdelegado del Gobierno en Málaga, Hilario López Luna, quien se comprometió a dar papeles a las mujeres inmigrantes que denuncien a sus agresores. De esta manera, se quiere animar a las extranjeras sin papeles a que salgan del círculo de la violencia sin ningún tipo de temor a ser expulsadas del país.

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha confirmado la decisión del Ministerio de Defensa de alejar del servicio a un guardia civil por falta muy grave del régimen disciplinario de la Guardia Civil, al ser condenado por un delito de malos tratos contra su cónyuge por la Audiencia Provincial de Sevilla. La normativa que recoge el régimen disciplinario contempla como falta muy grave el haber sido condenado en sentencia firme por un delito que lleve aparejada la privación de libertad. La Sala afirma que la agresión que infirió a su esposa con el arma reglamentaria, es incompatible con el Instituto de la Guardia Civil “que tiene entre sus cometidos el de velar por la vida de las personas”.

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