

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 30 • MAYO DE 2009

DOCTRINA

- Reflexiones de género sobre igualdad sustancial, aborto, un análisis desde el cine.

LEGISLACIÓN

- Conciliación de la vida laboral con la vida familiar (CE)
- Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo.
- Registros de apoyo a la Administración de Justicia.
- Protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.
- Titularidad compartida en las explotaciones agrarias
- Protección riesgos en el trabajo de la trabajadora embarazada.
- Violencia de género: Informe anual y Comisión Institucional de Andalucía.

JURISPRUDENCIA TC

- Ley del Parlamento Vasco 4/2005 para la igualdad de mujeres y hombres.
- Violencia de género. Artículo 171.4 del Código Penal.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

Soledad Pérez Rodríguez

Coordinación:

Pilar Gutiérrez

Contenidos:

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

Dirección Técnica:

M.^a Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.^a del Mar Navas Sánchez

M.^a Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

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

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Doña María Coronel, 6

41071 Sevilla.

Tel.: 954 54 49 10

Fax: 954 54 49 11

Puede consultarse "Artículo 14" en:

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

[/institutodelamujer](http://institutodelamujer)

Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

DOCTRINA

Reflexiones de género sobre igualdad sustancial, aborto, un análisis desde el cine. Doctora Cristina Monereo Atienza. Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga 4

LEGISLACIÓN

Reglamento (CE) N° 20/2009 de la Comisión, de 13 de enero de 2009, por el que se adoptan las especificaciones del módulo *ad hoc* de 2010 relativo a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar establecido en el Reglamento (CE) N° 577/98 del Consejo. 13

Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo. María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 14

Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. 17

Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas. 20

Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias. 23

Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. 25

Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género. 29

Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género. María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. 30

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA

LEGISLACIÓN 35

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2009, de 12 de enero de 2009 (recurso de inconstitucionalidad a la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 para la igualdad de mujeres y hombres). María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 38

Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2009, de 19 de febrero de 2009(cuestión de inconstitucionalidad, artículo 171.4 del Código Penal). María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 53

PRESENTACIÓN

Uno de los mayores retos para avanzar en la igualdad de mujeres y hombres es conseguir el pleno reconocimiento de las mujeres en el ámbito rural. La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de género en Andalucía establece, en su artículo 52, 2, el mandato a los poderes públicos para que desarrollen acciones dirigidas a eliminar la discriminación de las mujeres del medio rural y favorecer su incorporación al ámbito laboral, a la formación y a las nuevas tecnologías, así como su plena participación en la vida pública. Asimismo, se garantizará el ejercicio del derecho de las mujeres a la titularidad compartida en las explotaciones agrarias.

En este sentido, en el presente número, recogemos el Real Decreto 297/2009, que tiene por objeto promover a efectos administrativos la titularidad compartida de las explotaciones agrarias entre los cónyuges o miembros de las parejas de hecho, así como extender los beneficios en la cotización a la Seguridad Social a las mujeres que ostenten dicha cotitularidad, a tal efecto, crea un Registro en el que se reflejarán las declaraciones de titularidad compartida, y sus variaciones, sin lugar a dudas, constituye un importante primer paso para acabar con la invisibilidad del trabajo de las mujeres en el ámbito rural, y propiciará el impulso de nuevas acciones, ayudas e investigaciones, del desarrollo de la normativa en Andalucía.

También destacamos de la legislación, el Real Decreto 95/2009, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, ya que mediante este real decreto, se recogen y sistematizan estos registros como un conjunto organizado de información, algunos ya existentes como es el Registro Central para la Protección a las Víctimas de la Violencia de género, y además se crea el nuevo Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, en el orden jurisdiccional penal, con ello se dota a los órganos judiciales de herramientas de gran utilidad, fundamentalmente, en los casos de violencia de género y violencia sexual, que contribuirán a reforzar los mecanismos de protección, valoración del riesgo y peligrosidad del agresor, y en especial, de prevención de la reincidencia.

En Andalucía, resaltamos el desarrollo de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, mediante el Decreto que regula la elaboración y contenido del Informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género, y el Decreto que regula la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, con los que se garantiza un marco de actuación eficaz contra la violencia de género.

Por lo que respecta a la Jurisprudencia, recogemos dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas, resuelve de manera favorable para el avance en la democracia paritaria, el recurso de inconstitucionalidad de las candidaturas electorales equilibradas por sexo, que introduce la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Y la otra Sentencia que comentamos, desestima la cuestión de inconstitucionalidad al artículo 171.4 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, que viene a consolidar la normativa para la protección de las mujeres víctimas de violencia de género.

Con el presente número 30 de "Boletín de información y análisis jurídico "Artículo 14 una perspectiva de género", cumplimos el décimo aniversario de su publicación. A lo largo de estos años, hemos venido desarrollando de manera pionera sus objetivos como instrumento para contribuir a sensibilizar a la sociedad y difundir los avances en la legislación y doctrina jurisprudencial en materia de igualdad de género, como parte indispensable del perfeccionamiento profesional de juristas, titulares del poder judicial, cargos políticos y personal de las administraciones públicas, fines que la revista cumple eficazmente. Desde estas líneas, nuestro agradecimiento a todas las personas colaboradoras y seguidoras de la publicación.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

REFLEXIONES DE GÉNERO SOBRE IGUALDAD SUSTANCIAL, ABORTO, UN ANÁLISIS DESDE EL CINE

DOCTORA. CRISTINA MONEREO ATIENZA
Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. El proyecto de Modernidad y la lucha histórica por la igualdad de género. El cine como testigo. 2. Razones para la defensa de un derecho de la mujer al aborto. Una reflexión cinematográfica sobre el aborto. 3. Conflicto en la regulación de un derecho al aborto. El derecho a la vida del *nasciturus* y propuestas de positivización del aborto. 4. A modo de conclusión.

ABSTRACT: *The fight for equality between women and men started in the XIXth century. However, it is still an unfinished project. That is the reason why the matter should be treated seriously and urgently using different instruments. Today, the social problem is extended through all the political, juridical, social and economical system. The critical doctrine should be focussed on the completely de-construction of the patriarchal system and consider women and men as individuals capable of being all of them different and equal. For that, there is a difficulty to defend specific rights of women. We can wonder if the existence of women rights is compatible with the principle of substantial equality. In that sense it seems reasonable to preserve at least one specific right of women: the auto-determination in matter of maternity and, consequently, the right of women to abort. It has to be discussed the regulation of that right. In this discussion films are useful to reflect the social thinking which is looking for the re-construction of a new system based on free and equal elections of individuals without counting on gender.*

RESUMEN: La lucha por la igualdad entre mujeres y hombres se remonta históricamente a la cuestión social planteada en el siglo XIX y, a pesar de todo, es un proceso todavía inacabado. Por eso, la materia deber ser tratada con seriedad y urgencia a través de instrumentos de muy distinto tipo y naturaleza ya que este problema social ocupa transversalmente todo el sistema político, jurídico y socio-económico actual. La reflexión crítica tiene que dirigirse a desmantelar o *deconstruir* completamente el sistema patriarcal considerando a las mujeres y a los hombres como individuos susceptibles de ser *todos* ellos diferentes, aunque iguales. Esto nos lleva a la dificultad de la defensa de unos derechos específicos de las mujeres, esto es, si la existencia de unos derechos del género femenino sería conforme al principio de igualdad sustancial. En este sentido parece razonable defender al menos un derecho específico de la mujer: el de la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto). Habrá que discutir, entonces, cómo regularlo. En toda esta reflexión el análisis del cine actual es útil para mostrar esa conciencia social que busca *reconstruir* un nuevo sistema en base a la elección libre e igual de todos con independencia del sexo.

1. El proyecto de Modernidad y la lucha histórica por la igualdad de género. El cine como testigo.

A finales del siglo XIX Lumière presentó su cinematógrafo a un público más bien escaso, todavía dudoso de su posible éxito¹. Sin embargo, nacía entonces un nuevo instrumento de entretenimiento que pronto se convertiría también en un mecanismo de comunicación y transmisión ideológica que reflejaba a la perfección la inmediatez de la sociedad industrial. Su nacimiento tuvo lugar en una época convulsa, de fuertes enfrentamientos y luchas en las que se dejaba entrever un proyecto de Modernidad² que conjugaba la libertad, la igualdad y la solidaridad como banderas ideológicas de una renovada concepción del mundo. El cinematógrafo pasaría a ser, desde entonces, un testigo fiel de la visión diferente y contradictoria de la sociedad. Así, una revisión y reflexión cinematográficas sobre el Derecho y los derechos no son hoy fútiles para entender las diversas concepciones sociales. Al contrario, pueden ser un método muy interesante para abordar la problemática social.

¹ GUBERN, R., *Historia del cine*, Madrid, Lumen, 1995 (3ª ed.), p. 23.

² Sobre esta idea de Modernidad vid. TOURAINE, A., *Crítica a la modernidad*, trad. M. Armiño, Madrid, Temas de hoy, 1993, pp. 464 y ss. Igualmente, HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. M. Jiménez Galindo, Madrid, Taurus, 1989.

DOCTRINA

El proyecto de Modernidad intentaba armonizar la idea individual y la idea social de la vida³, dejando sentada la necesaria aunque difícil relación entre la vertiente formal y social. Este siglo se caracterizó por las luchas para la igualdad enmarcadas en la llamada cuestión social entendida como un conjunto de conflictos y dificultades provocados por las disfuncionalidades del sistema político-jurídico y socio-económico del liberalismo cuya excesiva formalidad y su manifiesto individualismo posesivo habían llevado a olvidar la realidad social creando situaciones de precariedad injustas e insostenibles que, a su vez, habían hecho a las masas reaccionar, a veces de manera violenta, contra el sistema establecido. El cine mostró como ninguno otro medio la virulencia de los movimientos obreros y los intentos de reforma social, así como la pobreza de las clases inferiores⁴. Ante la gravedad de la problemática, la cuestión social acabó por convertirse en una cuestión de Estado y de Derecho. Los instrumentos político-jurídicos eran los más adecuados para resolver la cuestión. En ocasiones, se reivindicaron como medios de control y mantenimiento de *status quo*. En otras, como formas de armonización y rectificación del individualismo posesivo⁵ o, también, de consecución gradual y progresiva del Estado socialista. Se produjo, de este modo, un proceso de racionalización jurídico-material dirigido a solucionar el problema social en el que se insertaron todas las ideologías.

Dentro de este proceso se encontraba implícita otra lucha: aquella por la igualdad entre mujeres y hombres. La cuestión social era una cuestión *muy compleja* y amplia que se traducía en una discusión *social, económica, política, jurídica, religiosa, filosófica, y ética*. La “cuestión de las mujeres”⁶ se alzaba como manifestación de ese carácter total. La relación entre el feminismo y el movimiento obrero no fue casual. El desarrollo industrial y las estructuras del individualismo liberal habían excluido a los colectivos que hacían peligrar el mantenimiento de la sociedad burguesa que de revolucionaria pasó a ser conservadora y defensora de la familia, la religión y la monarquía. En estos ideales, el papel de la mujer se encontraba pre-dispuesto al ámbito doméstico y al cuidado de los hijos siendo su posición secundaria y subordinada. Como la clase obrera en su conjunto, las mujeres buscaban el disfrute real de todos sus derechos individuales, civiles, políticos y sociales con la diferencia de que la situación de marginación social de la mujer no tenía que ver ya con los impedimentos “económicos” para acceder al ejercicio de los derechos (aunque este problema era un agravante más para las mujeres de la clase obrera), sino que todas las mujeres, perteneciesen a la clase que perteneciesen, ocupaban un papel marginal en las estructuras sociales. Un krausista progresista –desde el liberalismo social- como Adolfo Posada decía que “si difícil resulta en la actualidad la vida del hombre, es más difícil la de la mujer; que si hay una cuestión social, impuesta por la precaria condición de las clases medias pobres y de las clases obreras, y por la condición moral poco levantada de las clases ricas, hay una cuestión social femenina, circunstancia agravante de la cuestión social en general”⁷. Las mujeres no sólo tenían que luchar contra las desigualdades de clases inherentes al sistema liberal, sino también contra el sistema patriarcal establecido. Las desigualdades entre mujeres y hombres se encontraban presentes en todos los estratos sociales. Su lucha por los derechos era una doble lucha, mucho más costosa y mucho más lenta que la de cualquiera de los obreros hombres.

El cine no era ajeno a este sistema patriarcal. Como afirma John Berger, “toda imagen encarna un modo de ver”⁸. Por ejemplo, el punto de vista del cine clásico fue masculino. La función de la narrativa cinematográfica, desde el principio, consistió, sobre todo, en reforzar y validar el orden del sistema patriarcal y la subordinación de la mujer⁹. En la mayoría de veces, se muestra una sociedad *naturalmente* organizada en la que se ocultan o *invisibilizan* las desigualdades de género, disfrazadas como pura y simple cuestión de *diferencia* de/entre sexos¹⁰. Hombres y mujeres aparecen diferenciados. Está, por un lado, el hombre caballero, fuerte y protector, culto y, sobre todo, racional y libre para hacer y decidir su propia vida. Es un hombre de acción, aventurero y viril. Por otro, se encuentra la mujer delicada, débil, sensible a las palabras, a la música, buena ama de casa, pero dominada por los sentimientos y, por ello, incapacitada para controlar su propia vida, resultando así para su protección el ser inevitablemente recluida en el habitáculo establecido por los hombres y la sociedad que le rodean. La mujer es madre, perfecta compañía, dependiente, hecha de corazón y razón de ser del hogar doméstico¹¹.

³ Véase GURVITCH, G., *La idea del derecho social*, trad. y est. prel. de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005, *passim*.

⁴ Podrían nombrarse aquí muchas películas de un gran número de directores desde Chaplin a Ken Loach. Para más detalle consultar el libro de URIS, P., *El trabajo y el movimiento obrero en el cine: cien títulos para una sola historia*, Valencia, Fundació d’Studies i Iniciatives Sòcio-laborals, 1991, *passim*.

⁵ A este respecto vid. MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de J. R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970, *passim*. Asimismo, BARCELONA, P., *El individualismo propietario*, pres. M. Maresca, trad. de J. E. García Rodríguez, Madrid, Trotta, 1996, *passim*.

⁶ ZIEGLER, Th., *La cuestión social como cuestión moral*, t. I y II, Ed. Henrich y C^o, Barcelona, 1904.

⁷ POSADA, A., *Feminismo*, Cátedra, Madrid, 1994. Sobre esta cuestión vid. asimismo ARENAL, C., *La mujer del porvenir*, Impr. El Hospicio, Madrid, 1869 y *La mujer de su casa*, Gras y C^o, Madrid, 1881. Sobre su pensamiento jurídico-social puede consultarse, en una perspectiva de conjunto, MONEREO PÉREZ, J.L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003.

⁸ BERGER, J., *Modos de ver*, trad. J. G. Beramendi, Barcelona, Gustavo Gili, 2000, p. 16.

⁹ WOOD, R., *Hitchcock’s Films Revisited*, New York, Columbia University, 1989, p. 249.

¹⁰ MACKINNON, C. A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, trad. E. Martín, Madrid, Cátedra, 1995, p. 428.

¹¹ WOOD, R., *Hitchcock’s Films Revisited*, op. cit., p. 291.

DOCTRINA

En este contexto socio-cultural se idealizan unas supuestas características femeninas (la belleza, la delicadeza, la sensibilidad) bajo las que esconde la auténtica dominación del sexo masculino. Incluso, se expande el mito de la incomprendibilidad y el misterio que despiertan las mujeres como una forma de sumisión a la racionalidad masculina. En el cine clásico la mujer suele ser un “objeto” a admirar que, a la vez, es el motor de acción al plantear el conflicto pero que, al final, tiende a ser restituido en su sitio. El carácter de la mujer es *domesticado*, controlado, apaciguado para poder adaptarse al patrón masculino establecido. Si la mujer adoptaba un papel distinto se veía condenada a ser considerada un hombre en el cuerpo de una mujer. Pero en el cine, como en la literatura, las contradicciones empezaron a ser insalvables¹².

Se reprocha ahora lo que Ibsen llama la “tragedia actual”, esto es, que la mujer sea juzgada según la ley del hombre, como si no fuera una mujer sino un varón¹³. La mujer no es ella misma en la sociedad machista porque tiene que actuar conforme al rol asignado por el hombre. Se trata de una sociedad dominada por una única racionalidad. Así pues, las diferencias clásicas entre mujeres y hombres son artificiales. La mujer vista como ser débil, sensible, necesitado de protección es parte de esa diferencia instaurada desde la perspectiva masculina que tiene consecuencias a nivel político-jurídico y económico-social.

La teoría de los dos sexos inconmensurables es, por tanto, una teoría moderna que se desarrolla a lo largo de los siglos XVIII y XIX hasta hoy. El sexo tal y como se conoce es un “invento de la modernidad”¹⁴. La mujer no es inferior, ni más débil, ni necesitada, y tampoco complemento de nadie. Esto no es más que un rol “naturalizado”¹⁵ que llega a un “esencialismo de la diferencia”, poco favorecedor a la lucha feminista por la autonomía. Actualmente, se observan importantes avances en la igualdad entre mujeres y hombres, pero su consecución definitiva queda todavía muy lejos. El proyecto de Modernidad no se ha actuado aún en este sentido. Al ser este problema social (la cuestión de las mujeres) una cuestión compleja que ocupa transversalmente todo el sistema político, jurídico y social y económico actual, son necesarias medidas de muy distinto tipo y naturaleza. El término anglosajón *mainstreaming*, traducido al español como *transversalidad* se refiere a esto mismo: a la necesidad de implementar de forma coordinada y sistemática una serie de medidas de política de género en todas aquellas decisiones que puedan afectar a mujeres¹⁶ con el objetivo final de acabar con el sistema patriarcal establecido.

Sin embargo, todavía hoy, la mayoría de las medidas que se intentan coordinar no son adecuadas o no se interpretan debidamente. Todas parecen estar aún inmersas en ese sistema patriarcal que ha sido objeto de “naturalización”¹⁷ (operativamente funcional para su mantenimiento) y que, en realidad, bajo diversos argumentos, sigue “ocultando” o “haciendo invisibles” las desigualdades de género¹⁸. Ante esta situación la mujer sigue optando por realizar sus reivindicaciones conformándose como grupo político-social diferenciado.

La defensa de la igualdad como diferenciación es esencial y debería serlo igualmente para aquellos que defienden la libertad, puesto que la libertad no es diferente de la capacidad¹⁹ o, dicho de otra manera, la libertad tiene asimismo una dimensión real relacionada con la capacidad para ejercitar esa libertad formalmente reconocida. La “igualdad en los resultados” busca no tanto que todos se sitúen en el mismo punto de partida en un sentido formal de igualdad, como que todos disfrutemos al final de una igual vida digna, de unos mismos resultados, de una igualdad sustancial. El sistema jurídico persigue que a la postre todos puedan disponer de una igual vida digna. Con todo, la igualdad en los resultados se ha interpretado asimismo desde una perspectiva masculina. La “igual vida digna” es definida por hombres y no por mujeres. Por este motivo la reflexión crítica tiene que ir más allá y dirigirse a dismantelar o *deconstruir* completamente el sistema patriarcal actual. No se trata, por tanto, de que

¹² También hubo mujeres cineastas aunque su nombre no ha merecido mención por parte de la historiografía masculina dominante. Por ejemplo, Alice Guy, probablemente la primera persona que realizó una película narrativa en 1896, o Lilliam Gish y Mary Pickford grandes estrellas que dirigieron en el anonimato porque perjudicaban su carrera de actriz. Existen, además, algunas películas conocidas que rompen con esa tradición clásica, como el film de Raoul Walsh *The Revolt of Mamie Stover* (1956) donde aparece un personaje de mujer independiente dentro de una película del sistema patriarcal hollywoodiense. Para todo ello vid. SMITH, S., *Women Who Make Movies*, New York, Cinema Studies Series, 1975, *passim*. KUHN, A., *Cine de mujeres: feminismo y cine*, trad. S. Iglesias Recuero, Madrid, Catedra, 1991, *passim*. También es interesante el libro de Haskel que realizó una tipología de personajes femeninos: la vamp, la virgen, la madre, la mujer profesional, la chica buena, etc. Tarea compiladora que ha sido de gran ayuda como un esfuerzo revelador de las imágenes de las mujeres que ha ido forjando la ideología patriarcal. La autora explica que estos tipos femeninos tienen un referente en la sociedad y que van mutando en función de los cambios que se producen en el mundo real. HASKEL, M., *Holding My Own in No Man's Land: Women and Men and Films and Feminists*, Oxford, Oxford University Press, 1997, *passim*.

¹³ IBSEN, H., *Casa de muñecas*, trad. G. de la Torre, Edimat Libros, Arganda del Rey (Madrid), 2005, p. 11.

¹⁴ LAQUEUR, T., *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, trad. E. Portela, Edit. Cátedra, Madrid, 1994, pp. 335 y ss.

¹⁵ OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad. Un debate en la sociología contemporánea de la mujer*, Madrid, Edit. Cátedra/Universitat de València, Instituto de la Mujer, 1993, *passim*.

¹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “La transversalidad y la violencia de género”, en *Artículo 14*, 18 mayo 2006, p. 4.

¹⁷ MACKINNON, C. A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, op. cit., p. 428.

¹⁸ HERRERA FLORES, J., *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005, pp. 14-15.

¹⁹ Respecto a esta idea vid. SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.

DOCTRINA

la mujer aparezca siempre como grupo diferenciado. Esto significaría su “adhesión” o “suma” al sistema establecido. El discurso de género no debe fundamentarse en las diferencias entre mujeres y hombres, es decir, en que las mujeres tengan que aportar una visión propia y distinta (quizás, como defienden algunos, más sensible) de la realidad, sino en que la mujer es juzgada en la vida práctica según la ley del hombre como si de un varón se tratara. El ataque es contra el reparto social “naturalizado” de valores y actividades entre mujeres y hombres²⁰ y a favor de una concepción que parta de la verdadera igualdad entre ambos. En esta concepción los individuos son seres diferentes pero iguales, y libres todos ellos de elegir su propio proyecto de vida.

En el ámbito cinematográfico ocurre lo mismo. El cine *por y para* mujeres corre el peligro de *añadir* a la mujer al discurso ya impuesto por el hombre y relegar ese tipo de películas como “películas de mujeres”. Pero las mujeres no son diferentes al hombre. O mejor dicho, cada mujer es diferente a cualquier hombre y también a cualquier mujer. Se requiere, así pues, un esfuerzo constructivo o de “reconstrucción” de esa misma realidad social partiendo de un nuevo sujeto político-social democrático²¹ que acabe con la separación artificial entre la esfera pública y privada. Se trata de crear de forma libre proyectos de vida digna, independientemente del sexo. La diferencia aparece ahora como recurso público a garantizar, y lo hace a fin de erradicar el género en el discurso político-jurídico. La lucha compite por conseguir un cambio institucional, jurídico y cultural que cuenten por igual con ambos sexos en los círculos decisorios públicos y privados, obligando a compartir cargas y tareas. Para ello hay que crear un “espacio social ampliado” que involucre el ámbito público y el privado, y que permita un tipo acción político-social interactiva y relacional, que presente conjunta y dialécticamente los dualismos de esencia ontológica de género²².

Razones para la defensa de un derecho de la mujer al aborto. Una reflexión cinematográfica sobre el aborto.

La meta en las políticas de igualdad de género radica en la desaparición del sexo del discurso político-social. En todo caso, se podría tomar como variable fundamental el sexo como recurso útil pero temporal para incorporar a la mujer en la esfera pública (así, por ejemplo, haciendo uso de las denominadas *cuotas*²³), pero esto no constituye una solución definitiva, que estaría dada por una igualdad sustancial que tienen en cuenta las elecciones *reales* de los individuos. Por esta razón, el discurso sobre la existencia de unos derechos propios del sexo femenino es una cuestión problemática.

El debate feminista se ha referido históricamente a la existencia de tres derechos específicos de la mujer: la libertad personal femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. Sin embargo, la libertad personal femenina y la inviolabilidad del cuerpo de la mujer no pueden considerarse derechos *sólo* de mujeres por mucho que en la práctica sean necesarias formas de garantía especiales y diferenciadas para la trasgresión de estos derechos en el caso de mujeres²⁴ (así por ejemplo, en temas como la violación). El argumento parte aquí de una distinción clara entre el derecho y sus garantías. Una cosa es hablar de la eficacia de los derechos y otra distinta de la existencia de los mismos²⁵. Aunque algunas de las tesis defendidas en este asunto son cuestionables²⁶, parece razonable que derechos y garantías han de estar separados. Por eso, ni la libertad personal ni la inviolabilidad del cuerpo son derechos diferenciados de género femenino, aunque existan unas garantías particulares cuando afecten a mujeres. En el primer caso, la garantía tomaría como variable fundamental la actual desventaja social de la mujer dentro la estructura social. Sería, por tanto, una garantía sexuada temporal que confiere ventajas jurídico-sociales a la mujer para atacar el sistema patriarcal vigente. En

²⁰ OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad. Un debate en la sociología contemporánea de la mujer*, op. cit., *passim*.

²¹ YOUNG, I., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New York, Princeton UP, 1990, *passim*.

²² HERRERA FLORES, J., *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*, op. cit., pp. 95 y ss. Vid. también GAIOTTI DE BIASE, P., *Che genere di politica? I perché e i come della politica delle donne*, vol 1, Roma, Borla, 1998, pp. 120-136.

²³ Este tema se trata más a fondo en otro texto mío: “Reflexiones críticas sobre la igualdad de género a raíz del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres aprobada el 21 de diciembre de 2006”, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, n° 15, 2007 (<http://www.uv.es/CEFD/15/monereo.pdf>).

²⁵ Este autor distingue, además, entre garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras son las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, mientras las secundarias se refieren a la posibilidad de la acción procesal, ya que aluden a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten hechos ilícitos y actos no válidos respectivamente. De esta manera, las primeras serían constitutivas del derecho, no así las segundas que en ciertos casos pueden faltar, es decir, pueden constituir una laguna que debe ser colmada en razón al principio de plenitud del ordenamiento jurídico (FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prolog. P. A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999, p. 84).

²⁶ Considero más acertada la tesis funcional cuya separación entre derechos y garantías se justifica a través de una teoría funcional de los derechos según la cual los derechos tengan o no garantías existen en cuanto son criterios de validez sustancial del resto de las normas de un sistema jurídico. En el caso de que no se prevean garantías para un determinado derecho, lo que sucede es que el comportamiento es ilegítimo en cuanto no es conforme a la norma de reconocimiento que tutela un determinado bien. De esta manera la obligación de cumplimiento de la norma nace no del principio dinámico de plenitud (la crítica a Ferrajoli estaba en que el principio de plenitud se trata de un principio prescriptivo lógico-formal dirigido al legislador que no implica una obligación jurídica), sino que nace del principio estático de la incompatibilidad con los contenidos normativos (PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. J. Calvo González y C. Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006).

DOCTRINA

el segundo, las medidas especiales se basarían en la diferencia física entre mujeres y hombres que *en ocasiones* la hacen ser más vulnerable ante los ataques sexuales. La inviolabilidad del cuerpo es un derecho común al hombre que también puede ser agredido y humillado sexualmente. Lo que ocurre es que la vulnerabilidad en la que generalmente se encuentra la mujer frente a agresiones sexuales conlleva establecer aquí una serie de garantías extraordinarias que la protegen en su dignidad.

Descartados estos derechos, hay que analizar la posibilidad de aceptar la existencia del último de los derechos mencionados: el derecho de autodeterminación en material de maternidad (y consecuentemente de aborto). Aquí la cuestión es más controvertida, puesto que este derecho no existe como los anteriores en el ordenamiento, es decir, no se encuentra reconocido en ninguna legislación. Es más, como ocurre en España, esta práctica ni siquiera se encuentra enteramente despenalizada, estando sometida a una legalización más o menos controlada.

Con todo, el derecho al aborto parece ser una propuesta muy apta para la conformación de un derecho subjetivo al entroncar con la libertad personal que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer de convertirse o no en madre puesto que es ella la que decide sobre su propia vida y, además, su propio cuerpo. Una mujer nunca puede ser considerada un instrumento para la procreación, sino solamente un fin en sí misma. La prohibición penal al aborto significa, en realidad, una obligación de convertirse en madre, de soportar el embarazo, parir y, muy seguramente también, criar un hijo.

La película rumana *4 meses, 3 semanas y 2 días* de Christian Mungui parte precisamente de este punto: una chica que quiere abortar, su amiga que decide ayudarla y las dificultades a las que se enfrentan para ello. En 1966 fue impuesta en Rumania una ley que prohibía el aborto. La consecuencia, cuando se llegó al final de la era comunista autoritaria, fue la muerte de un total de más de 500.000 mujeres por culpa de los abortos ilegales.

Las mujeres, por tanto, *deciden* abortar o, dicho de otra manera, *deciden no ser* madres, independientemente de la legalidad o ilegalidad de esta práctica. La negativa a esta decisión no encajaría con la igualdad sustancial que promueve la igual vida digna de todos, entendida ésta como fruto de la elección personal del individuo. Existe una íntima relación entre libertad e igualdad, ya que la igualdad es también capacidad para ejercitar esa libertad. Lo que se está exigiendo en nuestra sociedad es que la mujer tenga una igual vida digna pero considerada dentro de unos parámetros que sólo la sociedad ha decidido de antemano y que tienen que ver con el hecho de que la mujer es la que procrea y que, en todo caso, está obligada a hacerlo, salvando algunas excepciones.

Las propuestas cinematográficas han sabido plantear el conflicto de manera inteligente. El cine ha dejado de ser un vehículo de los valores morales insertos en la sociedad patriarcal. La propuesta de Christian Mungui (*4 meses, 3 meses y 2 días*) es realizar un seguimiento a sus personajes, sin implicación en la historia, dejando que la realidad deambule delante de la cámara. Es el espectador individual el que debe posicionarse. Desde el principio, se sigue a distancia a las dos chicas. Primero se ve cómo hablan sobre un asunto que se desconoce. Después, la cámara sigue a una de ellas, Otilia, que recorre la residencia universitaria donde vive, visita a su novio, va a un hotel e intenta encontrar una habitación sin éxito, busca otro hotel donde consigue habitación y, finalmente, se encuentra con un hombre en la calle, a cuyo coche sube. Poco a poco el espectador va descubriendo la historia en la que se revela el embarazo no querido de una de las chicas que pide ayuda a la otra para someterse a una intervención abortiva clandestina que hace pasar a ambas por toda una serie de calamidades y aberraciones. La historia transmite, pero sin juzgar, las implicaciones morales a la hora de tomar la decisión de abortar. El interrogante moral se plantea claramente al final de la película cuando imprevisiblemente, después de hacer constar durante todo el metraje la lejanía de los personajes, Otilia dirige su mirada directa e interrogante hacia los espectadores para que sean ellos mismos los que juzguen la situación. La embarazada es joven y quiere seguir estudiando, ni siquiera el padre es una pareja formal. Pero, fuera de las razones contextuales, lo que parece derivarse de esta historia es que ella *no quiere* y, por tanto, *decide*, no ser madre. La elección es, así pues, suya personal y tiene que ver con *su* determinado proyecto vital. La mujer es la única que puede decidir al respecto.

Algo parecido sucede en el film inglés *El secreto de Vera Drake* de Mike Leigh. Vera Drake es una bondadosa ama de casa de la clase obrera británica de los 50, que muy amablemente, igual que va a ayudar a ancianitas que viven solas, practica abortos ilegales. Durante toda la película, Vera Drake jamás pronuncia la palabra "aborto". Ante la pregunta de sus clientas sobre qué les va a ocurrir, ella les responde lacónicamente: "irás al baño, sangrarás y todo se te irá..." Incluso cuando es detenida por la policía, durante el interrogatorio insistirá una y otra vez que ella se dedicaba a ayudar a mujeres jóvenes pobres "con problemas". En la película no hay gritos, ni dolor, ni sangre. Sólo se ve a las mujeres que por diversas circunstancias (falta de medios económicos o de un lugar decente para vivir, tener que ocuparse ya de varios hijos, haber sido violada...) han decidido abortar, así como su diversa reacción. No se habla en ningún momento de los condicionantes morales de la interrupción

DOCTRINA

voluntaria del embarazo, aunque quedan planteados. En definitiva, el director deja la puerta abierta a la interpretación. De paso, aprovecha para hacer un retrato somero de la “british working class” de los primeros ‘50, con toda la oscuridad y mugre que ello representa. El film se toma su tiempo en mostrar las condiciones muy distintas en que se practica el aborto a una mujer con dinero, quien gracias a una pequeña fortuna goza de ciertos privilegios: sanatorio privadísimo, asepsia, médicos y enfermeras. La pobre Vera y sus pacientes sólo cuentan con un cepillo de uñas, jabón, un rallador, desinfectante, una toalla y una enema de goma. Al final de la película el magistrado condena a Vera a dos años y medio de prisión. Ya en la cárcel, nuestra protagonista conoce a otras dos mujeres que practican abortos y cumplen penas mayores por reincidentes. Mientras Vera asciende las escalerillas metálicas de la prisión, en busca de su celda, se sumerge profundamente en sus pensamientos, dejando de este modo un lugar a la reflexión personal del espectador²⁷. Lo que puede deducirse nuevamente de este film es que el problema del aborto es, ante todo, un problema de la mujer. Fuera de hipocresías sociales – y por supuesto del derecho de todos a opinar libremente sobre esta cuestión-, los abortos se suceden, y en esos casos la mujer es la que tiene que resolver y decidir someterse a la intervención, algo que debería hacer reflexivamente y sin encontrarse bajo presiones sociales y concepciones impuestas.

Incluso de la película independiente más reciente *Juno* (del director Jason Reitman) puede desprenderse, paradójicamente, tal lectura. Aunque la historia se decanta por la vida del hijo que puede ser en todo caso adoptado por alguien que realmente lo desea, lo cierto es que tal decisión la ha tomado la embarazada después de reflexionar sobre los intereses en juego. Es ella misma la que ha decidido soportar el embarazo, aunque no ser madre después. La decisión sobre el aborto sigue siendo única y exclusiva de la mujer. Poco hace el padre en el film, al que simplemente se le comunica la decisión.

Se ha de diferenciar, así pues, por una parte, una igualdad de elección personal sobre la propia vida y, de otra, una igualdad de elección sobre el propio cuerpo. En cuanto a la primera el derecho al aborto es un derecho único del sexo femenino, al menos de manera temporal, porque desgraciadamente el papel del padre todavía no se entiende ni se exige del mismo modo que el de la madre. En cuanto a la segunda, la libertad sobre el propio cuerpo, el argumento es todavía más rotundo. La decisión sobre el propio cuerpo de la mujer, que tiene que sufrir el embarazo y el parto, es (y será siempre) un derecho de la propia mujer. No puede, por tanto, configurarse un derecho paralelo de paternidad voluntaria porque la gestación y parto no corresponde al hombre. Todos los derechos conectados con el embarazo son, así, únicos y particulares del sexo femenino. Con ello no se quiere discriminar la influencia que pueda ejercer la opinión del padre, pero ésta no deja de ser más que una *mera atribución* sobre la decisión última de la mujer.

En definitiva, el derecho al aborto debería de configurarse jurídicamente y dotarse de las garantías *positivas* necesarias. Hoy, además, tales garantías tienen que ser especialmente reforzadas para conseguir con efectividad la igualdad real entre mujeres y hombres. Han de ser, en determinados contextos, garantías *sexuadas* que rompan con los estereotipos sociales. Esta es la tendencia y debería serlo también respecto al derecho de aborto porque actualmente somos iguales precisamente porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferencias²⁸.

Conflicto en la regulación de un derecho al aborto. El derecho a la vida del *nasciturus* y propuestas de positivización del aborto.

Como se infiere de las películas citadas, los argumentos esgrimidos para la defensa y regulación de un derecho a la aborto no pueden desconocer la discusión de fondo planteada a raíz de la protección del derecho a la vida del *nasciturus*. En este punto se esboza, quizás, el mayor conflicto.

La polémica en torno al aborto ha dividido el panorama mundial en dos movimientos contrarios. Por una parte, el de “pro-elección” que defiende el derecho de la mujer a elegir sobre su maternidad, y, por otra, el de “pro-vida” que está a favor del derecho a la vida del *nasciturus*. El argumento jurídico esgrimido por los que defienden la posición por la promoción de la vida es que el embrión o feto es un ser humano con derechos humanos, incluido el de nacer, crecer y tener una familia. Mientras los que defienden la libre elección de la mujer entienden que toda mujer tiene derecho a la privacidad, a la salud y a la integridad física y, por tanto, debe escoger si tiene o no un aborto, más aún en situaciones extremas, como el embarazo tras violación, malformación diagnosticada del bebé o cuando pelagra la vida de la madre.

²⁷ Solamente se podría hacer una lectura crítica comparativa reveladora de la posición del director. El argumento recuerda al film de Chabrol *Un asunto de mujeres*, en que una madre de familia francesa practica abortos durante la ocupación nazi. Frente al frío tratamiento de Chabrol, se alza la solidaridad de *Vera Drake*. Pero esto es un detalle poco importante ya que podría referirse a la ingenuidad del propio personaje de Vera que lo único que busca es ayudar a mujeres jóvenes a resolver “sus problemas”.

²⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 91.

DOCTRINA

En todo el mundo la legalización del aborto ha sido cuestionada porque, según los grupos pro-vida, se aplica como práctica anticonceptiva o eugenésica. Se aduce que detrás de la legalización no hay causa humanista que reivindique un “nuevo derecho” para la mujer que tenga que ver con el hecho de “decidir” abortar, sino que se mueven intereses económicos de multinacionales y empresas que “sirven” tal negocio. Estos mismos grupos defienden que muchas mujeres no aspiran a un “derecho a abortar”. Al contrario, quieren que se tutele y proteja su vida y la de sus hijos en especial, más aún en situaciones de embarazo de alto riesgo y en casos de extrema necesidad. No obstante, las cifras estadísticas reflejan una realidad muy distinta donde el número de abortos es muy elevado²⁹. La elección pro-vida es representada, por ejemplo, a través de la niña que, frente a la clínica abortiva donde Juno va a abortar, reivindica la vida del futuro bebé. La protagonista sopesa, entonces, sus primeras opiniones con esta otra visión. Se ejemplifica de este modo el proceso de reflexión realizado ante una decisión moralmente tan difícil.

En el caso de España el aborto está regulado por la LO 10/1995 del Código Penal y la LO 9/1985 de Reforma del artículo 417bis del Código Penal que despenaliza el aborto en determinados supuestos³⁰. Por otra parte, el conflicto entre el derecho de elección de la madre y la vida del feto se planteó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985. El Tribunal Constitucional considera en ella que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (...)”, y a continuación declara que esta protección “implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”³¹.

El concepto constitucional de vida es un concepto puramente naturalístico. Vida equivale a “ser humano vivo” y se presenta en contraposición con lo que “todavía no es vida” o es ya “muerte”. La existencia o no de vida no depende de valoraciones sociales, aunque éstas condicionan que el ordenamiento jurídico distinga fases en el proceso continuado de la vida y, en su caso, les atribuya diverso valor. De ahí que la redacción del artículo 15 de la Constitución española planteara tantas dispuestas en torno a la adopción del término “todos” o del feto como “persona”³².

Finalmente se entendió, en efecto, que el *nasciturus* aunque no era titular de derechos, sí lo era de protección jurídica como *vida potencial*. Con todo, esta protección no se equipara con la vida de un ser ya nacido. El Tribunal reconoce que el imperativo constitucional “no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones”³³.

Con esta base, el aborto voluntario en los supuestos de grave peligro para la vida o la salud (física o psíquica) de la mujer, de embarazo como consecuencia de violación, o de riesgo de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, se declara conforme a la Constitución, siguiendo un sistema de legalización por “indicaciones”³⁴.

Pero este sistema de legalización por “indicaciones” contiene problemas y contradicciones³⁵. Entre otras cosas funda la impunidad del aborto en circunstancias objetivas tasadas por la ley, en la gran mayoría de veces en la indicación terapéutica fundada en el grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer que se basa a su vez en un juicio de previsibilidad de las circunstancias concurrentes en el momento del diagnóstico, tales como la excesiva juventud de la gestante, la falta de pareja, situaciones económicas adversas que pueden producir un cuadro psicológico desequilibrado para la embarazada. De esta forma, se deja la decisión última

²⁹ Acudir, por ejemplo, a las estadísticas realizadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

³⁰ Según este artículo: “1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previsto en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.

³¹ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5 y 7, B.J.C., cit., pp.532-533.

³² RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 15. El Derecho a la vida”, en VVAA, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Madrid, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, pp. 272 y ss.

³³ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7, B.J.C., cit., p.533.

³⁴ DIEZ PICAZO, L.: “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 3, mayo (2002), p.17.

³⁵ LAURENZO COPELLO, P.: “El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”, *Laboratorio de Alternativas*, nº 68 (2005), pp. 9 y ss.

DOCTRINA

sobre la interrupción del embarazo en manos de terceras personas y se relega a la mujer a un papel de mera peticionaria de una intervención clínica³⁶. Se olvida, así, la dimensión personal tan relevante de una decisión como ésta. Además, la posibilidad de control judicial *a posteriori* hace que muchos médicos se nieguen a realizar abortos, acogiéndose a la objeción de conciencia (aunque no siempre por ésta)³⁷. La embarazada se ve obligada, entonces, a acudir a clínicas privadas solventando la mayoría de veces los gastos de la intervención.

El modelo español propicia en muchas ocasiones una decisión precipitada e irreflexiva de la embarazada, puesto que la decisión se hace depender únicamente de la consideración de las causas concurrentes por terceros. No es de extrañar, entonces, que los defectos del sistema hayan provocado que la jurisprudencia sea muy flexible a la hora de evaluar la responsabilidad del médico que ejecuta un aborto amparándose en un dictamen psiquiátrico que más tarde se demuestra carente de fundamento³⁸. Este comportamiento del aparato judicial constituye un reflejo de la tendencia social para justificar una práctica habitual que se considera una elección válida y por muchos, también, un derecho de la mujer sobre su vida y su cuerpo. Sin embargo, esto no es suficiente para cerrar la puerta a una posible indagación judicial posterior. La indeterminación a la hora de evaluar las situaciones en que puede darse la excepción genera altas dosis de inseguridad jurídica.

Existen varias propuestas para la reforma del sistema español. Se podría acoger un sistema puro de plazo por el que se fija el aborto por libre decisión de la mujer durante los tres primeros meses de embarazo, a lo que se suele añadir un periodo de entre tres y siete días para que la mujer reflexione sobre su decisión. Sin embargo, esta opción encontraría problemas de constitucionalidad en nuestro sistema ya que el feto permanecería en un estado de total indefensión durante esa primera etapa de gestación³⁹.

Se ha argumentado, igualmente, a favor de la inclusión de una vieja reivindicación, que hace referencia a la suma de un cuarto supuesto a los ya existentes, sobre la situación económico-social difícil en la que se pudiera encontrar la embarazada. Tampoco parece una opción adecuada ya que no evita el seguir tratando con una excepción que deja abierta la puerta al control judicial posterior, además de que puede vulnerar considerablemente la intimidad y dignidad de la solicitante al exigirse que tal situación desventajada afecte muy especialmente hasta el punto de tomar la decisión de realizar un aborto.

Frente a ellas, hay un modelo en Europa que está bien encaminado. Es el llamado “modelo de asesoramiento” alemán. Este modelo considera el aborto una práctica legal durante la fase inicial de gestación (como el sistema de plazos) en la que se deja la decisión a la mujer, pero sin dejar desprotegido al *nasciturus* gracias al establecimiento de una fase previa de asesoramiento obligatoria dirigida a incentivar la continuación del embarazo. Se evitan, de esta manera, decisiones irreflexivas y, con anterioridad, miedos y ocultaciones que únicamente alargan el periodo de gestación indeseado. La película *4 meses, 3 semanas y 2 días* refleja muy bien este punto. Se habla de una gestación de cuatro meses que se ha alargado, desgraciadamente, por dudas sobre la elección más adecuada y por la falta de medios médicos y económicos para practicar la intervención.

El sistema de asesoramiento protege la intimidad y dignidad de la madre que es libre de tomar la decisión a la vez que evita un posterior control judicial, ya que la valoración objetiva de las circunstancias se ha realizado en la fase previa de asesoramiento. Igualmente, el modelo protege la vida del feto porque, aunque la decisión es de la embarazada, ésta se ha realizado de forma responsable ponderando los intereses y circunstancias en juego. El cine ha sabido mostrar, ahora con acierto, un tema delicado, marcado por el conflicto de intereses morales y personales. Las películas, sobre todo *4 meses, 3 semanas y 2 días* de Mungui y *El secreto de Vera Drake* de Leigh, no olvidan las pautas y roles sociales pre-determinados, propios de un orden moral patriarcal que obliga a la mujer a ser madre en caso de quedarse embarazada, concepciones presentes (aún hoy) en la sociedad. En *El secreto de Vera Drake* hay una apuesta por la reivindicación de la igualdad de la mujer al entender que son los

³⁶ LAURENZO COPELLO, P.: “El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”, *cit.*, pp. 9 y ss.

³⁷ A falta de un desarrollo legislativo específico, la jurisprudencia constitucional ha jugado un papel determinante en la configuración jurídica de esta categoría. Sus pronunciamientos en la materia han sido desgraciadamente contradictorios, por lo que no es posible presentar un cuerpo doctrinal preciso sobre la cobertura jurídica de que goza la objeción de conciencia en nuestro Derecho. No procede analizar aquí todos los razonamientos del alto tribunal pero puede realizarse una breve síntesis integradora de todas sus sentencias. Habría que partir de la STC 161/1987, de 27 de octubre, como regla general que determina la posición definitiva del TC. En ella se descarta, de modo sorprendente y no exento de polémica, el carácter fundamental del derecho de objeción: “La objeción de conciencia, con carácter general, es decir el derecho a ser eximido del incumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno pues significaría la negación misma del Estado. Lo que puede ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto” (FJ 3º). Privado de su carácter fundamental, y para salvar anteriores pronunciamientos, la propia sentencia lo inserta dentro de una nueva categoría, calificándolo de “derecho constitucional autónomo”, derivado del derecho más amplio de libertad ideológica y religiosa, y necesariamente conexo con éste. Siendo esta la regla general, sólo encontrarían cobertura Jurídica en nuestro ordenamiento aquellos temas de objeción de conciencia que el legislador (ordinario o constitucional) hubiera reconocido expresamente. Fue en la sentencia 53/1985 donde el TC se pronuncio con mayor contundencia en favor del carácter fundamental del derecho de objeción. Si bien la posterior doctrina constitucional matizó y delimitó el alcance de esta afirmación.

³⁸ LAURENZO COPELLO, P.: “El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”, *cit.*, pp. 29 y ss.

³⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 15. El Derecho a la vida”, *op. cit.*, p. 278.

DOCTRINA

hombres los que establecen el derecho y la prohibición al aborto sometiendo así a sus leyes a la mujer. O, también, al mostrar la importancia que realmente tenía Vera en su trabajo y en su vida familiar. No obstante, todo esto es más bien un himno feminista no consciente ni teorizado⁴⁰. La más reciente *4 meses, 3 semanas y 2 días* es más neutral. Es una historia que no parte ya de una perspectiva femenina ni va dirigida solamente a mujeres, aunque inevitablemente la mujer sea la protagonista. Con ello se incentiva la dimensión individual de la igualdad sustancial. En cualquier caso, todas las películas citadas tienen en común el planteamiento del conflicto para que cada espectador reflexione y sea capaz de comprender las implicaciones personales de una decisión siempre difícil en términos morales.

A modo de conclusión.

En definitiva, es importante insistir en que las políticas de igualdad tienen el objetivo de reconstruir y repensar la diferencia de todos los seres humanos que eligen libremente sus proyectos de vida digna dentro del respeto del sistema de valores superiores democráticamente aceptados por la Comunidad (reflejados típicamente en la Constitución). Con este fin, se exige un cambio institucional, jurídico y cultural cuya meta última es eliminar la condición de sexo del discurso político-jurídico y social para lo cual se requieren medidas que incentiven la representación de ambos sexos en los círculos decisorios públicos y privados, obligando a compartir cargas y tareas. En materia de aborto la cuestión no difiere. El derecho al aborto, como derecho basado en la libre elección personal de la mujer respecto a sus planes de vida y, también, respecto a su propio cuerpo, debería de configurarse jurídicamente y dotarse de las garantías *positivas* necesarias que han de ser en determinados contextos garantías *sexuadas* que rompan con los estereotipos sociales. Esta es la tendencia general en nuestra legislación y debería serlo también respecto al derecho de aborto.

Ahora bien, la plasmación jurídica del derecho aborto tiene que respetar otros derechos y bienes jurídicamente protegidos y, en especial, el derecho de vida del *nasciturus*. Las deficiencias del modelo español de indicaciones, que penaliza el aborto salvo contadas excepciones, hacen necesaria su reforma urgente en base tanto a la protección de la intimidad y dignidad de la madre que es libre de tomar la decisión (esto es, en base a los valores de la libertad e igualdad en su dimensiones formal y material) como a la protección de la vida del feto. Para ello, debe fomentarse la elección responsable y reflexiva de la embarazada a través de un modelo previo que legaliza el aborto y establece un asesoramiento que pondere los intereses y las circunstancias concurrentes en juego.

⁴⁰ GARCÍA MANRIQUE, R., "Bioética y cine. El secreto de Vera Drake y nuestro secreto: aborto e hipocresía social", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 8 (2006), p. 2 (www.bioeticayderecho.ub.es)

LEGISLACIÓN

REGLAMENTO (CE) Nº 20/2009 DE LA COMISIÓN, DE 13 DE ENERO DE 2009, POR EL QUE SE ADOPTAN LAS ESPECIFICACIONES DEL MÓDULO AD HOC DE 2010 RELATIVO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL CON LA VIDA FAMILIAR ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 577/98 DEL CONSEJO⁴¹

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento (CE) nº 577/98 del Consejo, de 9 de marzo de 1998, relativo a la organización de una encuesta muestral sobre la población activa en la Comunidad, y, en particular, su artículo 4, apartado 2, Considerando lo siguiente:

(1) El Reglamento (CE) nº 365/2008 de la Comisión, de 23 de abril de 2008, por el que se adopta el programa de módulos *ad hoc*, que cubre los años 2010, 2011 y 2012, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) nº 577/98 del Consejo, incluye un módulo *ad hoc* sobre la conciliación de la vida laboral con la vida familiar.

(2) La Decisión 2008/618/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres de la Comisión Europea y el Pacto Europeo por la Igualdad de Género, instan a los Estados miembros a tomar medidas para promover un mejor equilibrio entre la vida profesional y la vida familiar para todos en lo que respecta a los servicios de cui-

dado de niños y otras personas dependientes y la promoción del permiso parental para mujeres y hombres. Por tanto, es necesario disponer de un conjunto exhaustivo y comparable de datos sobre la conciliación de la vida laboral y la vida familiar a fin de evaluar los progresos realizados en la consecución de los objetivos de la Estrategia Europea de Empleo y medir el impacto de las políticas recientes en este ámbito.

(3) Las medidas previstas en el presente Reglamento se ajustan al dictamen del Comité del programa estadístico.

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Artículo 1

La lista pormenorizada de la información que debe recogerse en 2010 en el marco del módulo *ad hoc* sobre la conciliación de la vida laboral con la vida familiar será la que figura en el anexo⁴².

Artículo 2

El presente Reglamento entrará en vigor el séptimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

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

⁴¹ DOUE L 9 de 14.1.2009, pp. 7-12.

⁴² No se reproducen aquí las tablas que componen el Anexo, que pueden consultarse en el Diario Oficial mencionado en la nota anterior y *on line* en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:009:0007:0011:ES:PDF>.

LEGISLACIÓN

INFORME SOBRE EL LENGUAJE NO SEXISTA EN EL PARLAMENTO EUROPEO⁴³

⁴³ INFORME SOBRE EL LENGUAJE NO SEXISTA EN EL PARLAMENTO EUROPEO (Aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008)

¿QUÉ ES EL LENGUAJE NO SEXISTA?

La finalidad del lenguaje no sexista o lenguaje neutral en cuanto al género es evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los contextos el sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante.

La utilización de un lenguaje no sexista es algo más que un asunto de corrección política. El lenguaje influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones. El Parlamento como institución respalda plenamente el principio de igualdad de género, y el lenguaje que utiliza debe reflejar este hecho. Para este fin, es importante establecer orientaciones que aseguren en la medida de lo posible que el lenguaje no sexista es la norma, en lugar de ser la excepción, en los documentos parlamentarios.

Estas orientaciones deben reflejar dos rasgos particulares del trabajo del Parlamento: en primer lugar, su medio de trabajo multilingüe y, en segundo lugar, su papel como legislador europeo.

En el medio multilingüe del Parlamento Europeo, el principio de neutralidad en cuanto al género no se puede aplicar de la misma manera en todas las lenguas. Algunas expresiones pueden ser aceptables en una lengua pero controvertidas en otras (por ejemplo, «derechos humanos» y «*Menschenrechte*» frente a «*droits de l'homme*»). Es esencial que los autores en el Parlamento Europeo tengan en cuenta estas diferencias culturales y lingüísticas.

La manera en que el principio de neutralidad en cuanto al género se refleja en un texto dependerá en gran medida del tipo y registro del texto de que se trate. Por ejemplo, lo que puede ser adecuado en un discurso («Señoras y señores») o en la forma de dirigirse a alguien directamente («Muy señor mío» o «Muy señora mía» en el encabezamiento de una carta) no se ajusta necesariamente a las limitaciones formales de un texto legislativo, que debe ser claro, preciso y coherente y no debe prestarse a soluciones de vanguardia que creen ambigüedad (tales como la alternancia de las formas masculinas y femeninas para el pronombre genérico o la utilización únicamente de la forma femenina en algunos documentos y de la masculina en otros). Los autores deben asegurarse de que la solución elegida es adecuada para el tipo de texto y para el uso que se le vaya a dar ulteriormente.

CUESTIONES COMUNES A LA MAYORÍA DE LAS LENGUAS

Aunque los problemas específicos en cuanto a la forma de evitar el lenguaje sexista varían de una lengua a otra, varios de los problemas siguientes son comunes a la mayoría de las lenguas:

(a) Uso genérico del género masculino

La convención gramatical en la mayoría de las lenguas europeas es que, para los grupos que combinan ambos sexos, el género masculino se usa como «inclusivo» o «genérico», mientras que el femenino es «exclusivo», es decir, que se refiere solamente a las mujeres. La utilización genérica o neutral del género masculino se percibe cada vez más como una discriminación contra las mujeres.

Evitar el uso genérico de la forma masculina no siempre es fácil, especialmente en textos formales. El uso de «él o ella» resulta poco elegante si se repite y hace que las frases sean más largas. Este es un problema particular de las lenguas con flexiones, en las que la utilización de ambas formas del pronombre implica que muchas otras palabras en la frase tienen que duplicarse para concordar con ambos géneros. Las formas combinadas («él/ella») se consideran generalmente torpes y difíciles de pronunciar. La alternancia de las formas masculinas y femeninas es otra estrategia que a veces se utiliza, pero puede resultar confusa y ambigua y no se recomienda en un marco formal como el del Parlamento Europeo.

En muchas lenguas, la palabra «hombre» se utiliza en una amplia serie de expresiones idiomáticas referidas tanto a mujeres como a hombres. Por ejemplo, hombre de negocios, hombre medio, hombre de letras, etc. Con un poco de esfuerzo, estas expresiones pueden hacerse neutrales en cuanto al género. Mediante la combinación de varias estrategias (véanse las orientaciones específicas), el principio de neutralidad en cuanto al género debería ser posible y el uso ocasional del género masculino en contextos más difíciles se podría considerar aceptable.

(b) Nombres de profesiones y cargos

Del debate público desarrollado en este ámbito en años recientes es posible identificar dos enfoques principales pero divergentes para evitar un lenguaje sesgado en cuanto al género para los términos de profesiones y cargos.

La tendencia actual en determinadas lenguas europeas (por ejemplo, en inglés y en las lenguas escandinavas) es *reducir el uso de términos específicos en cuanto al género*.

En la mayoría de los casos, esta tendencia neutral en cuanto al género ha llevado a la desaparición de antiguas formas femeninas, convirtiéndose en unisex las formas masculinas (por ejemplo, en inglés, «actor» en lugar de «actress»). Este principio, sin embargo también ha actuado al revés. En Escandinavia, por ejemplo, los enfermeros prefieren que se les designe con el término (gramaticalmente) femenino. De hecho, el término masculino equivalente se refiere a una función distinta (de menor nivel).

Este enfoque neutral en cuanto al género contrasta con la tendencia en otras lenguas (por ejemplo, en alemán y en francés y en algunas lenguas eslavas) a introducir *más términos específicos en cuanto al género*. Esta diferencia se explica por el papel estructural mucho mayor del género gramatical en esas lenguas. Dado que tienen género masculino y femenino específico, la mayor parte de las ocupaciones son por tradición gramaticalmente masculinas, con pocas excepciones, típicamente para trabajos tradicionalmente femeninos como «enfermera» o «comadrona». En estas lenguas la sensación de discriminación es particularmente fuerte y ha llevado a la creación de equivalentes femeninos de prácticamente todos los cargos de género masculino («*Kanzlerin*» (Cancillera), «*Présidente*» (Presidenta)). En el Parlamento, *los términos que designan las categorías profesionales* se refieren por igual a personas de ambos sexos, independientemente del género gramatical del término de que se trate. Para que el mensaje sea claro incluso en las lenguas con géneros específicos, los anuncios de vacantes en el Parlamento normalmente usan la forma genérica tradicional, seguida de la expresión «*ffm*».

En el medio multilingüe del Parlamento, se recomienda por razones prácticas evitar las formas dobles en favor de términos genéricos cuando éstos se refieren al cargo. Los términos específicos en cuanto al género sólo deben usarse si el sexo de la persona es relevante para la cuestión de que se trate o —en el caso de «una lengua específica en cuanto al género»— cuando se refieren a personas individuales («la Secretaria General de la Comisión»).

(c) Nombres, estado civil y tratamientos

En una serie de lenguas oficiales (especialmente las introducidas a raíz de la ampliación de 2004), la forma de los nombres se modifica tradicionalmente de acuerdo con su función gramatical (flexiones). Esto ha resultado particularmente difícil en el medio multilingüe de las instituciones europeas donde la norma es no flexionar los nombres.

En algunas lenguas (por ejemplo, en francés, en alemán y también en español) el tratamiento utilizado para dirigirse a una mujer mayor, no casada o cuyo estado civil se desconoce, es el mismo que para una mujer casada («*Madame*», «*Frau*» o «Señora», respectivamente). En el Parlamento se evita, en general, hacer referencia al estado civil de la mujer. Habitualmente el tratamiento se omite y se sustituye por el nombre completo de la persona.

En términos generales, debe respetarse el deseo de la mujer en cuanto a la manera en que quiere ser tratada («*Madame le Président*» o «*Madame la Présidente*»).

CONCLUSIONES

Lo que sirve para una lengua puede no servir para otra. Para cada una de las lenguas oficiales debe encontrarse una terminología adecuada no sexista que sea conforme con las costumbres nacionales y tenga en cuenta la legislación nacional en la materia, las orientaciones a nivel nacional y otras fuentes autoritativas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que subrayar que se exige a los traductores que traduzcan los textos de una manera fiel y exacta en su propia lengua. Si un autor intencionalmente usa un lenguaje específico en cuanto al género, la traducción debe reflejar esta intención. Esto hace que sea importante que los autores de los textos en y sobre el Parlamento sean plenamente conscientes de los principios del lenguaje no sexista.

LEGISLACIÓN

Los autores también deben ser conscientes de las grandes diferencias culturales en este ámbito entre las diferentes lenguas europeas, lo que hace imposible que se pueda armonizar plenamente su uso en el Parlamento Europeo.

Un lenguaje neutral tiene más posibilidades de ser aceptado por los usuarios si es natural y discreto. Deben buscarse alternativas neutrales e inclusivas genuinas en lugar de expresiones que se presten a controversia.

Anexo: Orientaciones Específicas

ORIENTACIONES ESPECÍFICAS PARA EL ESPAÑOL

(a) Uso del masculino con valor genérico

El género masculino posee un doble valor, como específico, referido a los varones, y como genérico, referido a ambos sexos. La utilización del masculino con valor genérico es mucho más frecuente en plural que en singular ya que los plurales masculinos de los nombres apelativos de persona se aplican a hombres y mujeres conjuntamente cualquiera que sea el número de ellos y de ellas en el grupo.

No obstante, el uso del masculino genérico puede producir ambigüedades y confusiones que pueden dar lugar a una falta de visibilidad de las mujeres en el discurso, por lo que conviene recurrir a técnicas de redacción que permitan hacer referencia a las personas sin especificar su sexo.

Técnicas de redacción que evitan el sexismo en el lenguaje:

- Utilización de sustantivos genéricos y colectivos:

Ejemplo: «el interesado», «los andaluces», «los profesores»

Propuesta de cambio: «la persona interesada», «el pueblo andaluz», «el profesorado»

- Utilización de perífrasis:

Ejemplo: «los médicos»

Propuesta: «las personas que ejercen la medicina»

- Utilización de construcciones metonímicas:

Ejemplo: «los directores», «el Presidente de la Comisión»

Propuesta: «la dirección», «la Presidencia de la Comisión»

- Utilización del imperativo:

Ejemplo: «El candidato debe enviar su currículum a la dirección indicada»

Propuesta: «Envíe su currículum a la dirección indicada»

- Utilización de la forma pasiva:

Ejemplo: «El solicitante debe presentar el formulario antes del día 15»

Propuesta: «El formulario debe ser presentado antes del día 15»

(Este recurso debe utilizarse con precaución en textos jurídicos)

- Utilización de estructuras con «se» (impersonal o pasiva refleja)

Ejemplo: «El juez dictará sentencia»

Propuesta: «Se dictará sentencia judicial»

- Utilización de formas no personales del verbo:

Ejemplo: «Es necesario que el usuario preste atención»

Propuesta: «Es necesario prestar atención»

(Este recurso debe utilizarse con precaución en textos jurídicos)

-Utilización de determinantes sin marca de género u omisión del determinante en el caso de sustantivos de una sola terminación:

Ejemplo: «Todos los miembros del comité recibirán la información por escrito»

Propuesta: «Cada miembro del comité recibirá la información por escrito»

Desdoblamientos

La utilización de los dos géneros gramaticales o desdoblamiento («los ciudadanos y las ciudadanas de la Unión Europea») puede evitar la ambigüedad del uso del masculino genérico, si bien conviene recordar que lo que puede constituir un recurso admisible en el lenguaje oral no siempre resulta apropiado en documentos de carácter formal.

Sólo cuando la oposición de sexos es un factor relevante en el contexto, es necesaria la presencia explícita de ambos géneros: «La proporción de alumnos y alumnas en las aulas se ha ido invirtiendo progresivamente», en otros casos es recomendable utilizar alternativas como las mencionadas más arriba.

Barras

Deben evitarse los dobles mediante barras como «el/la usuario/a».

Empleo del término «hombre» con valor genérico

Para referirnos al conjunto del género humano conviene evitar el vocablo «hombre», o su plural «hombres» y sustituirlo por otras expresiones no excluyentes del sexo femenino como «las personas», «la gente» los «seres humanos», «la humanidad», «el género humano», la especie humana». Conviene igualmente utilizar el adjetivo «humano» en lugar de «del hombre» en expresiones como «el cuerpo humano», «la inteligencia humana».

Ejemplos de expresiones que deben evitarse y posibles soluciones preferibles

Ejemplo: «el hombre medio»

Propuesta: «las personas corrientes»

Ejemplo: «hombre de negocios»

Propuesta: «la gente de negocios, la clase empresarial»

Ejemplo: «hombre de letras»

Propuesta: «la gente de letras»

Ejemplo: «día-hombre»

Propuesta: «día-persona»

Lo anterior es aplicable al término «niño».

Ejemplo: «Los derechos del niño»

Propuesta: «Los derechos de la infancia»

(b) Nombres de profesiones y cargos de responsabilidad

Hay que distinguir entre el nombre de la profesión o el cargo y el tratamiento de la persona que lo desempeña («Se ha cubierto el puesto de director que quedó vacante el mes pasado: la nueva directora, Ana Fuentes, tomará posesión mañana»).

Para hacer referencia a una categoría general de personas entre las que pueden encontrarse hombres y mujeres se utilizará el nombre de la profesión o cargo en masculino genérico, prefiriendo el plural cuando sea posible. («Los diputados podrán organizarse en grupos políticos»).

Cuando nos refiramos a una persona concreta, el nombre del cargo se utilizará en su forma femenina si se trata de una mujer y en su forma masculina si se trata de un hombre. La feminización de los términos que designan profesiones y cargos puede hacerse mediante el morfema de género o mediante el empleo del artículo. («La diputada socialista Cristina Martínez», «la fiscal encargada del caso»).

Algunas mujeres prefieren utilizar la forma masculina para designar su cargo o profesión; si la persona a la que nos dirigimos ha expresado su preferencia por utilizar el tratamiento en masculino, esta debe respetarse.

Para los nombres de las categorías profesionales se utiliza la forma masculina genérica («programador de sistemas», «traductor») como es el caso en los *anuncios de vacantes en el Parlamento Europeo* que van seguidos de la mención («f/m») para que no haya ninguna duda de que el puesto está abierto a candidatos de ambos sexos.

En el caso de nombres de profesiones o de cargos que hagan referencia a un sexo o se perciban como excluyentes del otro, se recomienda utilizar términos inclusivos de ambos sexos:

LEGISLACIÓN

COMENTARIO AL INFORME SOBRE EL LENGUAJE NO SEXISTA EN EL PARLAMENTO EUROPEO

El recientemente difundido Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo, aprobado por el Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008, supone un avance importante en materia de lenguaje de género. La doctrina había venido insistiendo en la necesidad de la utilización del lenguaje de género en la Unión Europea⁴⁴. Considera este Informe que el lenguaje debe ser neutral en cuanto al género, lo que exige la evitación de opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes. Un reflejo de la exigencia de igualdad de género es la utilización adecuada del lenguaje de género. Aconseja, por ello, que los documentos parlamentarios sean respetuosos con esa exigencia, no solamente como medio de trabajo, sino como legislador europeo. Analiza cómo en la generalidad de las lenguas europeas, el masculino es inclusivo de ambos sexos, mientras que el femenino es exclusivo porque comprende solamente el sexo femenino.

En el Informe se contienen orientaciones específicas orientadas a la lengua oficial de cada Estado. En referencia a España, se considera que la utilización del masculino genérico está haciendo invisibles a las mujeres, por lo que recomienda unas técnicas de redacción encaminadas a evitar el sexismo en el lenguaje. En primer lugar la utilización de sustantivos genéricos y colectivos: el genérico es indiferenciado frente al sustantivo singular, que usado en masculino invisibiliza a las mujeres. En algunos casos, la perífrasis permite que no se mencione directamente al colectivo en masculino y se denomine al grupo (per-

sona que ejerce la medicina). Otras veces se debe hacer una construcción metonímica para evitar el sexismo, usar el imperativo o la forma pasiva, acudir a la estructura del “se” impersonal, a las formas no personales o a la omisión del determinante para los sustantivos.

Recomienda el Informe evitar el desdoblamiento, sobre todo para los documentos de carácter formal, así como las barras de diferenciación entre los géneros masculino y femenino. Respecto del vocablo “hombre”, considerado por algunos sectores como comprensivo de la raza humana, el Informe recomienda que se evite, usando en su lugar la “humanidad” o “las personas”.

Especial importancia adquiere el lenguaje de género en los cargos públicos después de la masiva incorporación de las mujeres a la política, lo que demanda un lenguaje que cuando menos anteponga el artículo femenino al cargo (p. ej., la fiscal). Finalmente, es curioso el último consejo en las fórmulas de tratamiento, al aconsejar el uso de la palabra “señora” a las mujeres solteras, en lugar de “señorita”.

Ciertamente no avanza mucho la iniciativa del Parlamento Europeo. La valoración positiva está más en la iniciativa que en las concretas medidas que se proponen, más desarrolladas en algunas Comunidades Autónomas de nuestro Estado. Sin embargo, el hecho de que en la Unión Europea se adopten medidas de este tipo, permite pensar que estamos ante una nueva posición en materia de género, que puede tener mucha mayor implicación en nuestro Estado y en el conjunto de la Unión. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

Ejemplo: «las azafatas y los pilotos»

Propuesta: «el personal de vuelo, la tripulación aérea»

Ejemplo: «las mujeres de la limpieza»

Propuesta: «el personal de limpieza»

Ejemplo: «los médicos y las enfermeras»

Propuesta: «el personal médico, el personal sanitario»

Ejemplo: «las secretarías»

Propuesta: «el personal de secretaría»

Formas masculina y femenina de nombres de cargos habituales en el Parlamento Europeo

- el presidente - la presidenta

- el diputado - la diputada

- el cuestor - la cuestora

- el director - la directora

- el jefe de unidad - la jefa de unidad

- el ponente - la ponente

-el asistente - la asistente

-el ujier - la ujier

(c) Fórmulas de tratamiento

Tradicionalmente se han empleado dos términos diferentes: «señorita» y «señora» para dirigirse a una mujer soltera o casada respectivamente. Para el varón, sin embargo, se ha utilizado «señor» con independencia de su estado civil.

Para evitar el sexismo debe emplearse el término «señora» para todas las mujeres independientemente de su edad y estado civil.

⁴⁴ Sobre la necesidad de construir un lenguaje europeo en la Unión Europea, F. Balaguer Callejón, “La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 1, Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2004. Para el autor, es el momento de articular un lenguaje adecuado de género: “En la Unión Europea la promoción de la igualdad de género en el lenguaje debe pasar también al primer plano de la construcción constitucional y jurídica de la Unión. Como en otros tantos aspectos, la Unión podrá servir de modelo para sistemas jurídicos menos evolucionados ayudando así a su progreso constitucional” (p. 310).

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO 95/2009, DE 6 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL SISTEMA DE REGISTROS ADMINISTRATIVOS DE APOYO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA⁴⁵

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto.*

1. El presente real decreto tiene por objeto crear el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, y regular su organización y funcionamiento.

2. Dicho Sistema de registros estará integrado por el Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, el Registro Central de Rebeldes Civiles y el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 2. *Naturaleza del sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia.*

1. El sistema de registros constituye un sistema de información de carácter no público cuyo objetivo fundamental es servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas con competencias plenas en materia de seguridad pública, y de otros órganos administrativos, en el ámbito de las competencias delimitadas en el presente real decreto.

2. Su ámbito de actividad se extiende a todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos en esta materia por España.

3. Este sistema, integrado por las bases de datos de los Registros que a continuación se relacionan, tiene por objeto, en cada caso:

a) Registro Central de Penados: la inscripción de las resoluciones firmes por la comisión de un delito o falta que impongan penas o medidas de seguridad, dictadas por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal.

b) Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes: la inscripción de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia no firme por delito o falta y medidas cautelares notificadas al imputado que no sean objeto de inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, autos de declaración de rebeldía y requisitorias adoptadas en

el curso de un procedimiento penal por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal.

c) Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica: la inscripción de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito o falta, medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Asimismo, la inscripción de los quebrantamientos de cualquier pena, medida u orden de protección acordada en dichos procedimientos penales.

d) Registro Central de Rebeldes Civiles: la inscripción de demandados en cualquier procedimiento civil cuyo domicilio se desconozca y siempre que no hayan tenido resultado positivo las averiguaciones de domicilio a que se refiere el artículo 156 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

e) Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores: la inscripción de sentencias condenatorias firmes dictadas por los Juzgados y Tribunales en aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

CAPÍTULO II

Acceso a la información

Artículo 7. *Acceso a la información contenida en el Registro Central de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica.*

1. Además de los indicados en el artículo 5, el Ministerio de Justicia autorizará, estableciendo las medidas de seguridad oportunas, el acceso directo a la información contenida en el Registro Central de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica, a:

a) La policía judicial, a través de los funcionarios autorizados que desempeñen estas funciones, en tanto sea necesario para el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 549.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Las unidades de Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil responsables de la concesión de los permisos de armas, a través de los funcionarios autorizados en relación con los fines que tienen encomendados.

⁴⁵ BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009.

LEGISLACIÓN

c) Las unidades del Cuerpo Nacional de Policía responsables de la expedición del pasaporte, a través de los funcionarios autorizados en relación con los fines que tienen encomendados.

d) Las unidades del Cuerpo Nacional de Policía responsables del control de entrada y salida del territorio nacional, a través de los funcionarios autorizados en relación con los fines que tienen encomendados.

e) Las unidades de policía especialmente encargadas del control y seguimiento de la violencia doméstica, exclusivamente en el ámbito de sus competencias de protección de víctimas de violencia doméstica o de género, a través de los funcionarios autorizados.

f) Las comunidades autónomas, exclusivamente en el ámbito de sus competencias de protección de las víctimas de violencia doméstica o de género, a través del responsable del punto de coordinación o, en su caso, a través de las personas designadas por dicho responsable. Este acceso directo se entenderá sin perjuicio de las comunicaciones previstas por la disposición adicional primera de este real decreto.

g) Las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, exclusivamente en el ámbito de sus competencias de protección de víctimas de violencia doméstica o de género. En el caso de las delegaciones del Gobierno, a través del responsable de la unidad de coordinación contra la violencia sobre la mujer o las personas que éste designe; en el caso de las subdelegaciones del Gobierno, a través del responsable de la unidad contra la violencia sobre la mujer o las personas que éste designe.

h) La Administración Penitenciaria, exclusivamente en el ámbito de sus competencias de protección de las víctimas de la violencia doméstica o de género, a través de los funcionarios autorizados.

2. El encargado del Registro Central de Protección de Víctimas de Violencia Doméstica comunicará al menos semanalmente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Instituto Social de la Marina y a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda la información relativa a los procedimientos terminados por sentencia firme condenatoria que se inscriban en dicho Registro por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera cónyuge o ex cónyuge del condenado o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad a efectos de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

CAPÍTULO III

Información contenida en el sistema

Artículo 8. *Información de carácter general contenida en los Registros integrados en el Sistema.*

La información contenida en los Registros Centrales integrados en el Sistema deberá comprender, con carácter general, los siguientes datos:

a) Nombre y apellidos del condenado, rebelde, sometido a medidas de seguridad o medida cautelar, alias en su caso, sexo, fecha de nacimiento, nombre de los padres, localidad, provincia, país de nacimiento, domicilio conocido, nacionalidad y documento nacional de identidad o NIE, pasaporte o tarjeta de identidad en el caso de los extranjeros.

b) Órgano judicial que acuerda la resolución, fecha de la misma, clase y número de procedimiento, y número de identificación general.

c) Los datos personales identificativos de la víctima, domicilio o domicilios conocidos de la víctima, y relación de parentesco entre la víctima y el condenado o denunciado siempre que sea necesario y, en todo caso, en los procedimientos de violencia doméstica o de género.

d) La condición de menor de edad de la víctima cuando se trate de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Artículo 13. *Inclusión de datos en el sistema.*

1. La transmisión de datos a los Registros Centrales se realizará a través de procedimientos electrónicos por el secretario judicial que corresponda. A tal efecto, el secretario judicial verificará la exactitud del contenido de la información que, previamente cumplimentada por el personal de la oficina judicial bajo su dirección, se transmita a los Registros Centrales. Esta información deberá remitirse en los siguientes plazos:

b) De forma inmediata y, en cualquier caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la firmeza de la sentencia o desde que se adopte la medida cautelar o sentencia no firme cuando se trate de inscripciones en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. Cuando las circunstancias técnicas impidan la transmisión telemática a este Registro Central, la transmisión de datos podrá realizarse mediante la remisión al encargado del registro de los modelos aprobados por Orden del Ministro de Justicia. Los secretarios judiciales ordenarán que se remita en dicho plazo copia impresa de los mismos a la policía judicial a efectos de su ejecución y seguimiento.

2. En cuanto las condiciones técnicas lo permitan, la transmisión de la información se realizará directamente desde las aplicaciones de gestión procesal y las firmas plasmadas en los documentos serán sustituidas por las correspondientes firmas electrónicas reconocidas.

LEGISLACIÓN

CAPÍTULO V

Certificación de los datos

Artículo 16. *Certificación de los datos inscritos en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.*

Se emitirán certificaciones de los datos inscritos en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia en los siguientes casos:

c) Por el encargado de los Registros integrados en el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia, siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales, se informará igualmente de los datos contenidos en las inscripciones de los Registros Centrales de Penados, de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes, de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Rebeldes Civiles, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas ante el que se tramite un procedimiento en el que sea preceptivo este certificado para acceder a un derecho o adquirir una condición determinada con consentimiento del interesado, salvo que una norma con rango de Ley lo exceptúe. Dicha información se limitará únicamente a los datos relativos a la persona del interesado

CAPÍTULO VI

Cancelación o rectificación de inscripciones

Artículo 22. *Cancelación de inscripciones de medidas cautelares, órdenes de protección, ordenes de busca, Sentencias No Firmes y autos de rebeldía penal.*

1. La cancelación se producirá con carácter automático cuando se produzca la comunicación judicial en la que se exprese el cese de su vigencia.
2. También se cancelarán las inscripciones de medidas cautelares, órdenes de protección y Sentencias No Firmes relativas a un procedimiento en tramitación cuando se proceda a la inscripción de una sentencia firme recaída en el mismo procedimiento.
3. Asimismo, la acumulación de un procedimiento o la inhibición en favor de otro juzgado, producirán la cancelación de las correspondientes anotaciones cuando el encargado del Registro verifique la inscripción de la medida cautelar, orden de protección, orden de busca o auto de rebeldía penal en el procedimiento resultante de la acumulación o la inhibición.

Artículo 27. *Información estadística.*

La Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en materia de justicia, en el marco del Plan de Transparencia Judicial, podrán elaborar estadísticas de los datos contenidos en los Registros Centrales, eludiendo toda referencia personal en la información y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

diciembre de Protección de Datos y sus disposiciones complementarias. En particular, el Registro para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica proporcionará a la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género la información necesaria para permitir el adecuado conocimiento, análisis y evaluación de la violencia de género, con excepción de los datos de carácter personal de los intervinientes en los procedimientos judiciales. Los datos estadísticos deberán seguir los criterios que establezca la Comisión Nacional de Estadística Judicial.

Disposición adicional primera. *Comunicación de las órdenes de protección a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social.*

1. Los secretarios de los juzgados y tribunales comunicarán las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica que se adopten y sus respectivas solicitudes, mediante testimonio íntegro, a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la comunidad autónoma correspondiente, que constituirán el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La comunicación del secretario judicial se remitirá en un plazo nunca superior a 24 horas desde su adopción, por vía telemática o electrónica o, en su defecto, por medio de fax o correo urgente.

2. El punto de coordinación designado hará referencia al centro, unidad, organismo o institución que centraliza la información, su dirección postal y electrónica, números de teléfono y fax, régimen horario y persona o personas responsables de aquél. En el caso de comunidades autónomas pluriprovinciales, podrá identificarse un punto de conexión específico para cada provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial mantendrá una relación actualizada de los puntos de coordinación designados, remitirá tal identificación en su integridad y sus modificaciones o actualizaciones a los Ministerios de Justicia, de Igualdad y del Interior, así como a la Fiscalía General del Estado y al Tribunal Superior de Justicia, decanatos y juzgados de instrucción del ámbito autonómico correspondiente.

Disposición adicional segunda. *Prestación de consentimiento.*

A efectos de lo dispuesto en los artículos 6.b) y c) y 7.1.b) y c) del presente real decreto, el acceso de las Unidades de Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil y de las Unidades del Cuerpo Nacional de Policía responsables de la expedición del pasaporte, a la información contenida en las Bases de

LEGISLACIÓN

Datos del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, requerirá el previo consentimiento del interesado, quien podrá manifestarlo en la propia solicitud.

Disposición adicional tercera. *Jurisdicción militar.*

Los órganos de la Jurisdicción Militar estarán sujetos a lo dispuesto en la presente norma salvo en lo que no les sea de aplicación.

Disposición transitoria primera. *Comunicaciones anteriores a la entrada en vigor del real decreto.*

Las comunicaciones que los órganos judiciales hayan dirigido al Ministerio de Justicia antes de la entrada en vigor del presente real decreto, se registrarán por la normativa anterior, si la hubiese.

Disposición transitoria segunda. *Inscripción de medidas cautelares personales, requisitorias y Sentencias No Firmes acordadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto.*

Las medidas cautelares de carácter personal y las requisitorias y las Sentencias No Firmes acordadas o dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto y que se encuentren en vigor, deberán inscribirse en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes.

Estas inscripciones deberán efectuarse en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del presente real decreto.

Disposición transitoria tercera. *Inscripción de penas derivadas de la comisión de una falta en los Registros de Penados y Rebeldes y Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes.*

La inscripción de resoluciones firmes en los Registros de Penados y Rebeldes y Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes por la comisión de una falta, se producirá a partir del momento en que se encuentre en funcionamiento el sistema de envío automático de datos previsto en el artículo 13.2 del presente real decreto.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.* Quedan expresamente derogados el Real Decreto de 2 de Octubre de 1878, la Real Orden de 1 de Abril de 1896, el Real Decreto 2012/1983, de 28 de Julio, sobre cancelación de antecedentes penales, Real Decreto 231/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro Central de Rebeldes Civiles, el Real Decreto 232/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro de Sentencias Firmes sobre Responsabilidad Penal de los Menores, el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y cuantas disposiciones contenidas en normas de igual o inferior rango al presente real decreto se opongan a lo previsto en él.

REAL DECRETO 293/2009, DE 6 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBAN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA ENSEÑANZA EN LAS FUERZAS ARMADAS⁴⁶

El artículo 6 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, establece que la igualdad de trato y oportunidades se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que estará especialmente presente en su desarrollo y aplicación en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar. La igualdad de trato y de oportunidades se configura como un principio informador transversal en el desarrollo normativo y en las actuaciones relacionadas con la enseñanza militar.

El objeto de este real decreto es precisamente establecer las medidas a las que podrán acogerse las alumnas de la enseñanza de formación y las militares profesionales cuando por razones derivadas de su estado de embarazo, parto o posparto, no puedan desarrollar en condiciones de igualdad los cursos en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

En este sentido, en el marco de la enseñanza, el artículo 72 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, estipula que reglamentariamente deberá regularse la forma en que se facilitará a las mujeres nuevas oportunidades para asistir a los cursos de perfeccionamiento y altos estudios de la defensa nacional, cuando por situaciones de embarazo, parto o posparto no puedan concurrir a la convocatoria.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece un mandato claro a todos los poderes públicos de remoción de situaciones de desigualdad. Igualmente conceptúa como discriminación directa por razón de sexo, todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. Asimismo el artículo 14 prevé como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos el de proteger la

⁴⁶ BOE núm. 91, de 14 de abril de 2009.

LEGISLACIÓN

maternidad, con especial asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia, estableciendo en el artículo 51, como primero de los criterios de actuación de las Administraciones Públicas, el de remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación, con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional. Finalmente, el artículo 65 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, refuerza el compromiso de las Fuerzas Armadas en este ámbito al afirmar que las normas reguladoras del régimen de personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, especialmente en lo referente al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas, por lo que este real decreto amplía su ámbito de aplicación a las alumnas que se encuentren cursando planes de estudios de la enseñanza de formación, trasladando la forma en que las aspirantes a ingresar en un centro docente militar de formación deberán realizar las pruebas de selección, si están condicionadas por embarazo, parto o posparto, a la normativa reglamentaria específica en donde se regulen las condiciones de ingreso.

En su virtud, a propuesta de la Ministra de Defensa, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de marzo de 2009,

DISPONGO:

Artículo 1. Objeto.

El objeto de este real decreto es el de establecer las medidas a las que podrán acogerse las alumnas de la enseñanza de formación y las militares profesionales alumnas cuando por razones derivadas de su estado de embarazo, parto o posparto no puedan desarrollar en condiciones de igualdad los cursos a los que se refiere el ámbito de aplicación de este real decreto.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. El presente real decreto será de aplicación a los cursos de la enseñanza de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional, así como a los procesos selectivos previos que, en su caso, sea necesario superar para acceder a ellos.
2. También será de aplicación a los cursos que sean desarrollo de planes de estudios de la enseñanza de formación.

Artículo 3. Medidas generales.

1. En el ámbito de la enseñanza de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional.
 - a) Con carácter general, cuando por razón de emba-

razo, parto o posparto la militar profesional no pueda realizar las pruebas de selección previas, o se vea imposibilitada a asistir al curso tras ser designada alumna, tendrá derecho a:

- 1.º La reserva de plaza en la siguiente convocatoria del mismo curso. En el supuesto de persistir la misma situación podrá ejercitar el derecho de reserva en una segunda y última convocatoria.
- 2.º La exención de los requisitos de edad, en el supuesto de que figuren en la siguiente convocatoria.
- 3.º La exención de acreditar una titulación distinta a la requerida en la convocatoria inicial.
- 4.º No contabilizarse la convocatoria como consumida.
- 5.º En el supuesto en que para ser designada alumna hubiera tenido que superar pruebas de selección previas, la militar profesional quedará exenta de volver a realizarlas, excepto si éstas fueran pruebas médicas o físicas cuya valoración fuese determinante en el proceso selectivo correspondiente.

b) Si por motivos derivados de la situación de embarazo, parto o posparto la militar profesional causara baja del curso por superar el número de faltas establecido en la normativa que lo regula o en la convocatoria correspondiente, en el siguiente curso que realice conforme a lo indicado en el apartado 1.a).1.º de este artículo, quedará exenta de volver a cursar los módulos, materias o asignaturas ya superados.

Con independencia de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de módulos, materias o asignaturas en donde se valore la condición física, habilidad o destreza para desarrollar una determinada actividad, la convocatoria o, en su caso, los correspondientes planes de estudios, deberán determinar si se le puede aplicar la exención referida.

2. En el ámbito de la enseñanza de formación.

Durante la enseñanza de formación la alumna en situación de embarazo, parto o posparto, tendrá derecho a:

- a) No causar baja en el centro docente militar de formación correspondiente ni por insuficiencia de condiciones psicofísicas, ni por no superar dentro de los plazos establecidos, las pruebas previstas en los planes de estudio.
- b) Poder fijar su residencia fuera del centro.
- c) No computarse como consumidas las pruebas o convocatorias, ordinarias y extraordinarias, a las que no pudiera comparecer por motivo de su situación.
- d) Si por razón de embarazo, parto o posparto, la alumna se viera obligada a repetir algún curso académico, quedará exenta de volver a cursar los módulos, materias o asignaturas ya superados, excepto si éstas fueran pruebas médicas o físicas cuya valoración fuese determinante en el curso correspondiente o si

LEGISLACIÓN

en el plan de estudios se determinara la asistencia obligatoria a alguna de ellas.

Artículo 4. Medidas particulares.

Atendiendo a la estructura, duración y carga lectiva del curso, en el plan de estudios o, en su defecto, en la convocatoria correspondiente se adecuará el reconocimiento, en la medida de lo posible, de los siguientes derechos a las alumnas y militares profesionales alumnas que por motivos derivados de su situación de embarazo, parto o posparto, no pudieran asistir o causaran baja de algún curso de la enseñanza en las Fuerzas Armadas:

- a) Módulos, materias o asignaturas cuya superación presencial puede suplirse por medio de la enseñanza a distancia.
- b) Posibilidad de superar las pruebas en fechas alternativas, pero siempre antes de la finalización del curso.
- c) Determinación de los módulos, materias o asignaturas cuya superación de forma individualizada exime a la alumna de su posterior repetición.
- d) Adaptación del régimen de vacaciones, permisos y licencias a fin de garantizar la compatibilidad entre su situación y el régimen docente.

Artículo 5. Acreditación de la situación.

Para poder acogerse a las medidas generales que se determinan en este real decreto y a las particulares que pudieran figurar en la correspondiente convocatoria, la militar profesional y la alumna de la enseñanza de formación, deberán acreditar ante el órgano que determine la convocatoria del curso o, en su caso, ante el director del centro docente militar correspondiente, mediante la oportuna certificación médica oficial, la limitación para realizarlo o para efectuar las pruebas de selección previas.

Artículo 6. Contenido específico de las convocatorias. En las convocatorias a los cursos en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas se dispondrá de un apartado específico con el epígrafe «Protección de la maternidad», en donde se indicarán, expresamente, las medidas generales y particulares de actuación aplicables, ajustadas a lo dispuesto en este real decreto.

Disposición adicional única. Cursos de adaptación.

A las militares que sean nombradas alumnas de los cursos de adaptación que se convoquen como consecuencia del desarrollo y aplicación de la Orden Ministerial 54/2008, de 29 de mayo, por la que se regula el curso de adaptación para la incorporación a la escala de oficiales, les será de aplicación lo dispuesto para las militares profesionales en este real decreto.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este real decreto.

Disposición final primera. Título competencial.

Este real decreto se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.4ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Defensa y Fuerzas Armadas

Disposición final segunda. Facultades de desarrollo.

Se faculta al Ministro de Defensa para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de este real decreto.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

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

LEGISLACIÓN

**REAL DECRETO 297/2009, DE 6 DE MARZO,
SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA EN LAS
EXPLOTACIONES AGRARIAS⁴⁷**

La mujer, principalmente en el ámbito de la explotación familiar, comparte con el hombre las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, esta labor carece de suficiente reconocimiento jurídico, valor económico y reflejo social, por cuanto no trasciende del ámbito familiar. Ello se debe normalmente a que, en esos casos, figura sólo una persona física como titular por explotación agraria, lo que dificulta que se valore adecuadamente su participación, en los derechos y obligaciones derivados de la explotación agraria en condiciones de igualdad. Por lo tanto, se hace necesario, la consideración de ambos cónyuges o, en su caso, personas ligadas con una relación de análoga afectividad reconocidas o inscritas en algún registro público, dedicados a la explotación agraria como cotitulares, para que su trabajo y otros derechos de estas personas, la gran mayoría mujeres, sea reconocido.

La Constitución en su artículo 14 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Además, el artículo 9.2 establece que los poderes públicos promoverán las condiciones para conseguir que sean efectivas la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, emplaza a los poderes públicos a conseguir que esta igualdad sea real y efectiva en todos los ámbitos sociales y económicos, mediante la adopción de acciones positivas que contribuyan a garantizar el mencionado derecho fundamental. Así, en su artículo 30, contempla la figura jurídica de la titularidad compartida, como medida dirigida a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, y conseguir el pleno reconocimiento del trabajo de las mujeres en el ámbito rural, a cuyos efectos encomienda a los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación (actualmente, de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino), y de Trabajo y Asuntos Sociales (actualmente, de Trabajo e Inmigración) y de Igualdad; a acometer el desarrollo normativo preciso.

Asimismo, en su disposición final cuarta referida a la titularidad compartida, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, establece que para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Gobierno promoverá y desarrollará

el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social.

En cumplimiento de los mandatos legales referidos, y en aras a conseguir la igualdad efectiva y la no discriminación entre hombres y mujeres, como preconizan las normas citadas, el presente real decreto desarrolla la figura de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias, tomando en consideración las personas que constituyen la pareja, titularidad que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, es la que fundamenta la atribución de derechos y obligaciones derivados de la actividad agraria y, en su caso, de las actividades complementarias.

El presente real decreto, sin embargo, es solo la primera de las medidas destinadas a dar cumplimiento a ese mandato de promoción y desarrollo de la titularidad compartida de explotaciones, siendo, pues de alcance limitado debido a la necesidad de operar dentro de los límites que, para emitir reglamentos, tiene el Gobierno. Esta primera medida irá acompañada en el futuro de otras que harán necesaria o conveniente la promulgación de leyes civiles, mercantiles, fiscales o laborales cuya elaboración exige un estudio más detallado. Por ello, el real decreto opera en el campo de la regulación meramente administrativa de las explotaciones agrarias, creando una figura adicional preferencial a las ya previstas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, y ampliando el régimen de reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria establecido en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, para las mujeres que, como titulares de la explotación y cumpliendo con su actividad profesional los requisitos de contribución a las actividades agrarias y complementarias en los términos previstos por la Ley, se incorporen a la actividad agraria con el consiguiente alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

En la tramitación de este real decreto han sido consultadas las comunidades autónomas y las entidades representativas de los sectores afectados.

⁴⁷ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

LEGISLACIÓN

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino; de Igualdad, y de Trabajo e Inmigración, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de marzo de 2009,

DISPONGO:

Artículo 1. Objeto.

1. El presente real decreto tiene por objeto promover a efectos administrativos la titularidad compartida de las explotaciones agrarias entre los cónyuges o personas ligadas con una relación de análoga afectividad, inscritas en algún registro público, con los derechos y las obligaciones derivados del régimen de modernización de las explotaciones agrarias y otras normas del sistema de la Política Agraria Común en su aplicación en España y a efectos de extender los beneficios en la cotización a la Seguridad Social previstos en la disposición adicional primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, a las mujeres que ostenten dicha cotitularidad, en los términos señalados en el artículo 7.3.

2. Esto no afectará a la titularidad civil de la propiedad de las explotaciones, salvo que expresamente los cotitulares sigan para ello las normas civiles y mercantiles de ámbito general e inscriban dicho régimen en el Registro de la Propiedad.

Artículo 2. Definiciones.

1. A los efectos del presente real decreto se entenderá como:

a) Titularidad compartida: aquella en la que tanto la mujer como su cónyuge o persona ligada a ella con una relación de análoga afectividad inscrita en algún registro público, cumplen los requisitos del artículo 4.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias y declaran tal circunstancia a la autoridad competente de la comunidad autónoma respectiva a los efectos de su inscripción en el Registro regulado en el artículo 5.

b) Autoridad competente: aquélla que, perteneciendo a la comunidad autónoma en cuyo territorio se encuentre la explotación o la mayor parte de ella, le corresponda la recepción, verificación y comunicación de las declaraciones de cotitularidad.

2. Asimismo, se aplicarán las definiciones contempladas en el artículo 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de la aplicación de otras figuras de explotaciones agrarias prioritarias y de la aplicación de las definiciones de los artículos 2 y 3 de la Ley 19/1995, de 4 de julio.

Artículo 3. Alcance y efectos.

1. Las ayudas, pagos, derechos de producción, primas, cuotas u otras medidas de efecto equivalente que correspondan al titular de la explotación, se atribuirán conjuntamente a los cotitulares que hayan comunicado a la administración competente la existencia de dicha cotitularidad, a cuyo efecto será preciso señalar la cuenta conjunta en que deban hacerse efectivos los correspondientes ingresos.

2. Comunicada a la autoridad competente la titularidad compartida por las partes que la integran, producirá sus efectos desde el momento de su recepción por la misma.

Artículo 4. Extinción y modificación de la titularidad compartida.

1. La titularidad compartida podrá extinguirse por renuncia de los titulares o acordada de oficio por la autoridad competente por dejar de reunir alguno de los requisitos del artículo 2, por las causas establecidas en las leyes y otras disposiciones de carácter general y por resolución judicial.

2. Los cotitulares de la explotación comunicarán a la autoridad competente cualquier variación de los datos que afecte al contenido de los datos que figuran en el Registro de titularidad compartida en el plazo de un mes desde que dicha variación tenga lugar.

Artículo 5. Registro de la titularidad compartida.

1. En el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino existirá un Registro en el que se reflejarán las declaraciones de titularidad compartida, y sus variaciones, recibidas de la autoridad competente de las distintas comunidades autónomas.

2. Dicho Registro deberá contener, al menos, la identificación de los cotitulares y, en su caso, del representante designado por éstos, así como la identificación de la explotación y su número de identificación fiscal.

3. Las comunidades autónomas comunicarán mensualmente al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino los datos facilitados por los cotitulares, así como sus variaciones, a los efectos de su constancia en el registro.

Artículo 6. Confidencialidad de los datos.

Las administraciones públicas garantizarán la confidencialidad de los datos recibidos, los cuales sólo podrán ser utilizados para la finalidad concreta para la que han sido suministrados, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Artículo 7. Incentivos.

1. Las Administraciones Públicas podrán establecer ayudas públicas, subvenciones, preferencias en apoyos y otras medidas incentivadoras a fin de promover el acceso y permanencia de las mujeres a la titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

2. En la concesión de las ayudas a la primera instalación de agricultores jóvenes, las comunidades autó-

LEGISLACIÓN

nomas podrán considerar a los cotitulares como socios de una entidad asociativa, a los efectos de otorgar las ayudas íntegras por joven incorporado, aun tratándose de la misma explotación, si al menos uno de ellos es mujer.

3. El cónyuge del titular de una explotación agraria a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se constituya en cotitular de la explotación, tendrá derecho a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social a que se refiere la citada disposición, siempre que se cumplan las condiciones en ella establecidas.

Lo previsto en el párrafo anterior será aplicable al miembro de la pareja de hecho que se constituya en cotitular de la explotación agraria, una vez que se regule, en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que lo forman, el alcance del encuadramiento de las parejas de hecho de los titulares de explotaciones agrarias, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional

segunda de la citada Ley 18/2007, de 4 de julio.

Disposición adicional única. Habilitación.

Se faculta a los titulares de los Ministerios de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino; de Trabajo e Inmigración; de Igualdad, y de Economía y Hacienda, a dictar, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones precisas para el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en este real decreto.

Disposición final primera. Títulos competenciales.

Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Se exceptúa de lo anterior el apartado 3 del artículo 7, que se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.17.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

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

REAL DECRETO 298/2009, DE 6 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PARA PROMOVER LA MEJORA DE LA SEGURIDAD Y DE LA SALUD EN EL TRABAJO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, QUE HAYA DADO A LUZ O EN PERÍODO DE LACTANCIA⁴⁸

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, estableció, en el ámbito comunitario, una serie de disposiciones cuyo objetivo era la protección de este colectivo de trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos. En nuestro país, la incorporación de la directiva se efectuó mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su artículo 26, modificado posteriormente por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y, recientemente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de

mujeres y hombres, contempla la práctica totalidad de las disposiciones de la directiva.

Hay, sin embargo, un punto de la directiva que no ha tenido una correspondencia exacta en la ley, como es el relativo a los dos anexos de la norma comunitaria: tanto el I, que contiene la lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo a los que debe prestarse especial atención en la evaluación de riesgos porque pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto; como el II, que incluye la lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto a los cuales ni la trabajadora embarazada ni la trabajadora en período de lactancia podrán verse obligadas, en ningún caso, a realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de

⁴⁸ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2009.

LEGISLACIÓN

exposición a los mismos, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud. La razón para que estos anexos no hayan tenido una plasmación literal en las normas españolas es porque ambos incluyen relaciones no exhaustivas, de tal manera que, en el momento de la transposición, se consideró que incluir esos listados podía inducir a pensar erróneamente que sólo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos.

No obstante lo anterior, la experiencia adquirida en estos años ha puesto de manifiesto la necesidad de facilitar la identificación de esos agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, así como de garantizar una aplicación más efectiva de las disposiciones de protección de la maternidad, sin que ello suponga limitar los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que hacen desencadenar las medidas previstas en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Así se reflejó en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que contempló la necesidad de adoptar medidas en este ámbito como parte integrante del derecho de la mujer a la igualdad efectiva en el trabajo. Para ello otorgó un mandato al Gobierno para que reglamentariamente integrara el contenido de los anexos de la Directiva 92/85/CEE en el ordenamiento jurídico español.

Por ello, esta modificación normativa no reduce el nivel de protección ya establecido en nuestro país respecto a las trabajadoras embarazadas y madres en período de lactancia, sino que pretende facilitar la realización de la evaluación de riesgos sin que ello suponga una regresión respecto a las cotas de seguridad ya alcanzadas, ya que las dos listas que ahora se incorporan mantienen el carácter no exhaustivo que predica la directiva.

Para realizar el desarrollo reglamentario necesario para incorporar los dos anexos se ha optado por modificar el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, por considerarla la norma más idónea para ello, ya que contiene las disposiciones de carácter general relativas a la evaluación de riesgos en el trabajo. El apartado uno del artículo único modifica el artículo 4.1.b) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, para especificar que, en la evaluación de riesgos, se tendrá en cuenta la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones.

Es a continuación de este punto donde se incluye un nuevo epígrafe relativo a la evaluación de los riesgos respecto a las trabajadoras embarazadas o madres en

período de lactancia. En un caso se hace referencia al nuevo anexo VII del Reglamento de los Servicios de Prevención, que incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, mientras que en el otro caso se refiere al nuevo anexo VIII del propio Reglamento, dividido en dos partes.

La parte A incluye una lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto a los cuales el empresario, una vez que conozca el estado de embarazo, deberá impedir a la trabajadora embarazada realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de exposición a los mismos, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud o la del feto; además, la trabajadora en período de lactancia no podrá, en ningún caso, realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la parte B del mismo anexo, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el período de lactancia natural.

Los apartados dos y tres del artículo único incorporan al Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, los dos nuevos anexos, como anexos VII y VIII, respectivamente.

En la elaboración de este real decreto se ha consultado a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y se ha oído a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Trabajo e Inmigración y de Sanidad y Consumo y de la Ministra de Igualdad, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de marzo de 2009,

DISPONGO:

Artículo único. Modificación del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

El Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, queda modificado como sigue:

Uno. El párrafo b) del artículo 4.1 queda redactado de la siguiente manera:

«b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones.

LEGISLACIÓN

En particular, a efectos de lo dispuesto sobre la evaluación de riesgos en el artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el anexo VII de este real decreto incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición.

En todo caso la trabajadora embarazada no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva de la parte A del anexo VIII, cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del feto. Igualmente la trabajadora en período de lactancia no podrá realizar actividades que supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la lista no exhaustiva del anexo VIII, parte B, cuando de la evaluación se desprenda que ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el período de lactancia natural. En los casos previstos en este párrafo, se adoptarán las medidas previstas en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con el fin de evitar la exposición a los riesgos indicados.» Dos. Se incorpora un nuevo anexo VII con la siguiente redacción:

«ANEXO VII

Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural

A. Agentes.

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

- a) Choques, vibraciones o movimientos.
- b) Manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares.
- c) Ruido.
- d) Radiaciones no ionizantes.
- e) Frío y calor extremos.
- f) Movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

2. Agentes biológicos.— Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, según la clasificación de los

agentes biológicos establecida en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto y siempre que no figuren en el anexo VIII.

3. Agentes químicos.— Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, del feto o del niño durante el período de lactancia natural y siempre que no figuren en el anexo VIII:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46, R 49, R 68, R 62 y R63 por el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, o etiquetadas como H351, H350, H340, H350i, H341, H361f, H361d y H361fd por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, en la medida en que no figuren todavía en el anexo VIII
- b) Los agentes químicos que figuran en los anexos I y III del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.
- c) Mercurio y derivados.
- d) Medicamentos antimicrobicos.
- e) Monóxido de carbono.
- f) Agentes químicos peligrosos de reconocida penetración cutánea.

B. Procedimientos.

Procedimientos industriales que figuran en el anexo I del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.»

Tres. Se incorpora un nuevo anexo VIII, con la siguiente redacción:

«ANEXO VIII

Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural

A. Trabajadoras embarazadas.

1. Agentes.

a) Agentes físicos:

Radiaciones ionizantes.

Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo, en locales a presión, submarinismo.

LEGISLACIÓN

b) Agentes biológicos:

Toxoplasma.

Virus de la rubeola.

Salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

c) Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas R60 y R61, por el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, o etiquetadas como H360F, H360D, H360FD, H360Fd y H360Df por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas incluidas en la tabla 2 relacionadas en el “Documento sobre límites de exposición profesional para agentes químicos en España” publicado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para las que no haya valor límite de exposición asignado, conforme a la tabla III del citado documento.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.– Trabajos de minería subterráneos.

B. Trabajadoras en período de lactancia.

1. Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas R 64, por el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, o H362 por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas incluidas en la tabla 2 relacionadas en el “Documento sobre límites de exposición profesional para agentes químicos en España” publicado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para las que no haya valor límite de exposición asignado, conforme a la tabla III del citado documento.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agen-

tes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.– Trabajos de minería subterráneos.»

Disposición adicional única. Evaluación de las disposiciones contenidas en el artículo único.

En el plazo de tres años desde la entrada en vigor de este real decreto, el Ministerio de Trabajo e Inmigración evaluará el funcionamiento de las disposiciones contenidas en el artículo único con objeto de valorar la necesidad de actualizar o modificar los agentes, sustancias o procedimientos de trabajo contemplados en los anexos VII y VIII del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, así como de incorporar a los mismos las modificaciones que puedan producirse en la normativa comunitaria sobre la materia.

La evaluación se realizará previo informe de los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Sanidad y Consumo, dándose traslado de dicha información a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Disposición derogatoria única. Alcance de la derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto.

Disposición final primera. Habilitación reglamentaria. Se autoriza al Ministro de Trabajo e Inmigración, previo informe de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación de lo establecido en el presente real decreto.

Disposición final segunda. Incorporación de derecho de la Unión Europea.

Mediante este real decreto se incorporan al derecho español los anexos de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Disposición final tercera. Entrada en vigor

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

LEGISLACIÓN

DECRETO 1/2009, DE 7 DE ENERO, POR EL QUE SE REGULA LA ELABORACIÓN Y CONTENIDO DEL INFORME ANUAL SOBRE EL CONJUNTO DE ACTUACIONES LLEVADAS A CABO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO⁴⁹.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone en su artículo 16 que las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas.

La Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género responde al desarrollo específico de las estrategias contra la violencia de género, y constituye el reconocimiento de los derechos de las mujeres en orden a su protección y atención con el objetivo de conseguir la plena recuperación de las víctimas y facilitarles su salida del ciclo de la violencia.

El artículo 4.a) de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, establece que la actuación de los poderes públicos de Andalucía tendente a la erradicación de la violencia de género deberá inspirarse, entre otros fines y principios, en desarrollar y aplicar políticas y acciones con un enfoque multidisciplinar, a través de acciones institucionales coordinadas y transversales, de forma que cada poder público implicado defina acciones específicas desde su ámbito de intervención de acuerdo con modelos de intervención globales.

Asimismo, el artículo 7 de la citada Ley establece que la Consejería competente en materia de igualdad desarrollará los instrumentos específicos necesarios para observar y evaluar la efectividad de las medidas destinadas a la prevención y erradicación de la violencia de género.

Por otro lado, la disposición adicional primera de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, establece que la Consejería competente en materia de igualdad elaborará un informe anual, en los términos que reglamentariamente se determine, sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por las Consejerías implicadas en materia relacionadas con la violencia de género, el cual se presentará en el Parlamento Andaluz.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la disposición final primera de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, y los artículos 21.3, 27.9 y 44.1 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 7 de enero de 2009,

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.

Mediante el presente Decreto se regula el contenido y el procedimiento de elaboración del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por las Consejerías de la Junta de Andalucía implicadas en materia de violencia de género.

Artículo 2. Competencia para la elaboración del informe.

1. La elaboración del Informe se llevará a cabo por la Consejería competente en materia de igualdad que lo elevará al Consejo de Gobierno para su aprobación.

2. Para la elaboración del informe, la Consejería competente en materia de igualdad desarrollará las siguientes funciones:

a) La recopilación de la información relativa a las actuaciones llevadas a cabo por las Consejerías en materia relacionada con la violencia de género, en lo que se refiere a la investigación, sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas.

b) La elevación del Informe al Consejo de Gobierno para su aprobación.

c) La presentación del Informe a la Comisión institucional de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, prevista en el artículo 58 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, para su toma en conocimiento.

Artículo 3. Contenido del informe.

El informe tendrá el siguiente contenido:

a) Las actuaciones de la Administración de la Junta de Andalucía relacionadas con la aplicación de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) Las actuaciones contempladas en el Plan Integral de Sensibilización y Prevención contra la violencia de género previsto en el artículo 8 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre.

c) El resultado del seguimiento y evaluación de las actuaciones y medidas puestas en marcha por los órganos y entidades competentes en violencia de género de la Administración de la Junta de Andalucía.

d) Cualquier otra información sobre las medidas adoptadas por los órganos y entidades competentes en violencia de género de la Administración de la

⁴⁹ BOJA núm. 15, de 23 de enero de 2009.

LEGISLACIÓN

Junta de Andalucía, para la prevención y erradicación de la violencia de género.

Las actuaciones y medidas mencionadas corresponderán al año al que se refiere el informe.

Artículo 4. Procedimiento de elaboración y aprobación.

1. Las Consejerías, previa solicitud, remitirán al centro directivo competente, durante los meses de enero a abril de cada año, la información relativa a las actuaciones y medidas a las que se refiere el artículo 3.

2. Una vez elaborado el informe se remitirá al Consejo

de Gobierno para su aprobación y remisión al Parlamento Andaluz.

Disposición final primera. Desarrollo.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo del presente Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

DECRETO 72/2009, DE 31 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA LA COMISIÓN INSTITUCIONAL DE ANDALUCÍA DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE ACCIONES PARA LA ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO⁵⁰.

La Comunidad Autónoma de Andalucía asume en su Estatuto de Autonomía un fuerte compromiso en la erradicación de la violencia de género y en la protección integral a las mujeres, al establecer, en su artículo 16, el derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas.

El artículo 73.2 del Estatuto de Autonomía dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración Central.

El Gobierno de Andalucía, consciente de que la violencia de género constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las mujeres y de la construcción de una sociedad igualitaria, ha ido aprobando sucesivos planes para la erradicación de la violencia hacia las mujeres, de acuerdo con las directrices de los organismos internacionales y estatales, que contemplan la eliminación de la violencia de género desde el enfoque multidisciplinar y coordinado de los distintos ámbitos de actuación.

De esta forma, la coordinación de las instituciones responsables de la atención a las mujeres y de la prevención de la violencia de género ha sido uno de los ejes primordiales en la acción del Gobierno Andaluz en el desarrollo de los Planes de Acción contra la Violencia hacia las Mujeres. Por ello, el 26 de noviembre de 1998, las instituciones con competencia en materia de lucha contra la violencia de género en Andalucía, adoptaron el «Procedimiento de Coordinación para la Atención a las Mujeres Víctimas de Malos Tratos y Agresiones Sexuales» y fue suscrito por las Consejerías de la Presi-

dencia, de Gobernación y Justicia, de Salud y de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, la Delegación del Gobierno en Andalucía, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

El artículo 32.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que «los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las Administraciones Sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a los Servicios Sociales y Organismos de Igualdad».

En el marco de la citada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, surge el «Acuerdo por el que se aprueba el Procedimiento de Coordinación Institucional para la Prevención de la Violencia de Género y Atención a las Víctimas en Andalucía», suscrito el 24 de noviembre de 2005 y que contiene los compromisos adquiridos por las Consejerías de Gobernación, Justicia y Administración Pública, de Salud y para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, la Delegación del Gobierno en Andalucía, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la Fiscalía Delegada contra la violencia de género y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, para combatir la violencia de género en Andalucía.

La Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, responde a la necesidad de establecer las medidas e instrumentos para la sensibilización, así como las estrategias contra la violencia de género, me-

⁵⁰ BOJA núm. 74, de 20 de abril de 2009.

LEGISLACIÓN

diante actuaciones de prevención y de protección integral a las mujeres que se encuentren en esta situación, incluidas las acciones de detección, atención y recuperación.

El artículo 58 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, crea la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, con el objeto de coordinar, impulsar y evaluar las acciones y medidas que se desarrollen en Andalucía contra la violencia de género, y en la que participan miembros de todas las Consejerías que compongan el Consejo de Gobierno, representantes de las entidades locales y de las asociaciones de mujeres. Entendiendo que el avance en la lucha contra la violencia de género requiere de la implicación de toda la sociedad, en este Decreto se prevé la incorporación de otras entidades que desempeñen labores de sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas de violencia de género.

El presente Decreto viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58.3 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, que establece que el funcionamiento de la mencionada Comisión se desarrollará reglamentariamente.

Por su parte, y en la misma línea, el Decreto 122/2008, de 29 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, crea la Dirección General de Violencia de Género. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del citado Decreto, corresponden a la Dirección General de Violencia de Género con carácter general, las funciones atribuidas en el artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, así como las que se deriven de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, y de manera especial la coordinación de todas las actuaciones en materia de violencia de género competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su virtud, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, en ejercicio de la competencia prevista en los artículos 27.9 y 44.1 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y de la Disposición final primera de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, oído el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 31 de marzo de 2009,

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.

El presente Decreto tiene por objeto regular las funciones, composición, organización y funcionamiento de la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de

la violencia de género.

Artículo 2. Naturaleza y adscripción.

1. La Comisión institucional es el órgano colegiado de participación tanto administrativa como social, cuyo objeto será coordinar, impulsar y evaluar las acciones y medidas que se desarrollen en Andalucía contra la violencia de género.

2. La Comisión institucional se adscribe a la Consejería competente en materia de igualdad.

Artículo 3. Funciones de la Comisión institucional.

Para el cumplimiento de sus fines la Comisión institucional tendrá las siguientes funciones:

a) Promover la colaboración y cooperación de las Administraciones Públicas y entidades implicadas.

b) Tener conocimiento de las acciones y medidas que se lleven a cabo en el marco del Plan Integral de Sensibilización y Prevención contra la Violencia de Género regulado en el artículo 8 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

c) Tener conocimiento del Informe Anual sobre actuaciones llevadas a cabo por las Consejerías implicadas en materia de violencia de género, según lo dispuesto en la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre.

d) Fomentar el desarrollo de acciones de información, análisis, elaboración y difusión de información contra la violencia de género.

e) Presentar iniciativas y formular recomendaciones para erradicar la violencia de género en relación con los planes o programas de actuación de las Administraciones Públicas y entidades implicadas.

f) Analizar el seguimiento de las actuaciones de los poderes públicos destinadas a la erradicación de la violencia de género.

g) Realizar cuantas actuaciones le sean encomendadas para el mejor cumplimiento de sus fines.

Artículo 4. Composición.

1. La Comisión institucional estará compuesta por miembros de todas las Consejerías que compongan el Consejo de Gobierno, representantes de las entidades locales, de las asociaciones de mujeres más representativas en Andalucía, así como de otras asociaciones que desempeñen labores de sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas de violencia de género en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. La Comisión institucional estará integrada por la Presidencia, la Vicepresidencia, las Vocalías y la Secretaría.

3. En la composición de la Comisión institucional se respetará la representación equilibrada de hombres y mujeres de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promo-

LEGISLACIÓN

ción de la igualdad de género en Andalucía, el artículo 135 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el artículo 16 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Artículo 5. Presidencia, Vicepresidencia y Secretaría.

1. Ejercerá la Presidencia de la Comisión institucional, la persona titular de la Consejería con competencias en materia de igualdad.

2. Ejercerá la Vicepresidencia de la Comisión institucional, la persona titular de la Dirección General de Violencia de Género, que sustituirá a la Presidencia en los casos de vacante, ausencia o enfermedad.

3. La Secretaría de la Comisión institucional se ejercerá por una persona que tenga la condición de funcionario adscrita a la Consejería con competencias en materia de igualdad, que habrá de desempeñar una Jefatura de Servicio, nombrado por la persona titular de la Presidencia de la Comisión institucional y que actuará con voz pero sin voto.

Artículo 6. Vocalías.

1. Desempeñarán las Vocalías de la Comisión institucional las siguientes personas:

a) Una en representación de cada una de las Consejerías que componen el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, designada por la persona titular de la misma, con rango, al menos, de Dirección General.

b) Dos en representación de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

c) Tres en representación de las asociaciones de mujeres con mayor implantación en Andalucía y experiencia en las labores de sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas de violencia de género.

d) Una en representación de otras asociaciones con experiencia en el desempeño de las labores relacionadas en la letra c) de este apartado.

2. Las personas que ocupen las Vocalías serán nombradas por el plazo de cuatro años prorrogables, por la Presidencia de la Comisión institucional, a propuesta de la respectiva Consejería o entidad que representen.

3. El Reglamento interno de funcionamiento de la Comisión institucional establecerá el régimen de sustituciones y suplencias de las personas que desempeñen la Vicepresidencia y las Vocalías por vacante, ausencia o enfermedad.

Artículo 7. Funcionamiento.

1. La Comisión institucional funcionará en pleno.

2. El pleno de la Comisión institucional lo componen la Presidencia, la Vicepresidencia, la Secretaría y las Vocalías.

3. El Pleno de la Comisión institucional se reunirá:

a) En sesión ordinaria, al menos una vez al año.

b) En sesión extraordinaria, cuando lo solicite al menos un tercio de sus integrantes.

4. Las sesiones de la Comisión institucional serán convocadas por la Presidencia con, al menos, diez días de antelación, salvo por razones de urgencia, en cuyo caso el plazo podrá reducirse a cinco días.

Artículo 8. Asistencia de personas expertas.

Podrán asistir a las sesiones de la Comisión institucional, con voz pero sin voto, aquellas personas expertas que invite la Presidencia al objeto de prestar asesoramiento a la Comisión.

Artículo 9. Régimen jurídico.

La Comisión Institucional se regirá por lo dispuesto en este Decreto y en su Reglamento interno de funcionamiento, así como por lo dispuesto en el Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 10. Indemnizaciones.

Las personas que integran la Comisión institucional ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias administrativas percibirán las dietas e indemnizaciones que, por razón de su asistencia a las sesiones les correspondan conforme a la Disposición Adicional Sexta del Decreto 54/1989, de 21 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio de la Junta de Andalucía.

Estas indemnizaciones podrán abonarse a personas ajenas a la Junta de Andalucía y sus agencias administrativas que, no formando parte de la Comisión institucional, sean invitadas ocasionalmente a asistir a sus reuniones.

Disposición adicional única. Constitución de la Comisión.

La Comisión institucional de Andalucía se constituirá en el plazo máximo de dos meses contados a partir del día siguiente al de la publicación de este Decreto.

Disposición final primera. Reglamento interno de funcionamiento.

En el plazo de cuatro meses a partir de la constitución de la Comisión institucional, ésta aprobará su propio Reglamento interno de funcionamiento, en los términos regulados en el artículo 91.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Disposición final segunda. Habilitación normativa.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y el Bienestar Social para llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias en desarrollo de lo establecido en este Decreto.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA LEGISLACION DE DESARROLLO ESTATAL Y AUTONÓMICA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO DEL PRIMER TRIMESTRE DE 2009⁵¹

El desarrollo de la normativa en materia de violencia de género es cada vez más abundante, habida cuenta que tanto la ley estatal como las disposiciones autonómicas, prevén un importante desarrollo reglamentario de instituciones, medidas y aspectos que tienen que ver con la efectividad de las leyes.

En estos momentos hay tres normas que son fundamentales en materia de prevención en la erradicación de la violencia. Una de ellas es de ámbito estatal y las otras dos lo son como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Andalucía 13/2007 de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección integral contra la Violencia de Género. La primera norma, el Real Decreto que aquí se trata, regula el sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia, para prevenir delitos entre los que ocupan un lugar destacado los de violencia, por la trascendencia que a estos efectos tiene hoy la violencia de género, y los de ámbito autonómico son esenciales para la valoración del impacto de las medidas que se están adoptando por el gobierno de Andalucía en relación con la erradicación de la violencia.

Dentro de la regulación de un registro de apoyo a la Administración de Justicia, el art. 1 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la mencionada administración, señala como parte importante, un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

Sorprende la denominación ahora del término “violencia doméstica” para un colectivo que había sido ya denominado y acotado como de “violencia de género”. No se sabe si es por la presión que en medios judiciales se intentó ejercer por parte del Consejo General del Poder Judicial en relación con la calificación que el Gobierno de la Nación dio en su día a la Ley Orgánica 1/2004, calificándola de violencia de “género”, pero lo cierto es que parecía definitivamente implantado ese término, y ahora en esta disposición normativa desaparece y se rehabilita el de “doméstica” para una violencia que no es tal, pues no es necesario que se dé en el ámbito doméstico, ni ha de mediar convivencia, sino que es propiamente de género porque exige que la relación sea de género.

Pero con independencia de la denominación, lo que el

Registro pretende es dotar de información fluida a los órganos jurisdiccionales acerca de las personas que han cometido delitos de violencia y deben ser estadísticamente controlados por los poderes públicos con la preventiva finalidad de proteger a las víctimas.

Es importante garantizar la privacidad de los datos que en este Registro se contienen para garantizar los derechos constitucionales derivados de la intimidad de las personas, y, por ello, el acceso no es público, sino que el art. 5 obliga a que solamente la fiscalía, el órgano jurisdiccional y los funcionarios tengan acceso a él. El art. 6 autoriza a la Policía Judicial y a la Policía Nacional en términos más restringidos ese acceso. Y en el ámbito político, las Comunidades Autónomas designarán personal de acceso igualmente con garantías para las personas implicadas.

Respecto de los datos que ha de contener el Registro, el art. 8 los regula de forma también restringida a los fines pretendidos: circunstancias personales, datos del expediente que origina la información y datos incumbentes a la resolución judicial del penado.

Se prevé igualmente un sistema de cancelación de los datos registrales en función de las circunstancias que lo originen, derivadas de los procedimientos judiciales respectivos.

En suma, esta norma, cuya aprobación no se debe fundamentar a causas directamente relacionadas con la violencia de género, sino con otro tipo de violencia social, sin embargo va a tener importantes efectos en ella porque permitirá a los órganos jurisdiccionales tener una información relevante de la situación de personas implicadas en diferentes procesos judiciales, haciendo posible con esa información adoptar medidas en el terreno preventivo.

En segundo lugar, vamos a analizar el Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género. El art. 4.a) de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de prevención y protección integral de la violencia de género, prevé la transversalidad de la actuación de todos los poderes públicos de Andalucía para aunar esfuerzos en la lucha contra la erradicación de la violencia de género. Es un principio que exige la convicción de que en la situación de violencia debe implicarse la socie-

⁵¹ Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia; Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género, y Decreto 72/2009, de 31 de marzo por el que se regula la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género.

LEGISLACIÓN

dad. De ahí que sea absolutamente necesario desarrollar medidas de impacto de la ley para comprobar que existe de verdad una implicación real de la sociedad en tal sentido, y que el Decreto 1/2009 deba tener una estructura plural y comprometida con esa finalidad.

En la Disposición adicional primera de la Ley se recoge esa exigencia al indicar que la Consejería competente en materia de igualdad elaborará un informe anual sobre el conjunto de medidas llevadas a cabo por las diferentes Consejerías en materia de violencia de género.

Este Decreto se corresponde con el Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, por el que se regula la elaboración del informe periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito estatal. Este Real Decreto de competencia estatal es el desarrollo del art. 18 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que exige al Gobierno de la Nación la elaboración de un informe periódico sobre el conjunto de actuaciones que se llevan a cabo en el ejecutivo para el desarrollo de la ley tendente a la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres.

En la fecha en que se aprueba el Real Decreto 1729/2007 todavía no existía el Ministerio de Igualdad, por lo que era el de Trabajo y Asuntos Sociales el que tenía atribuida la competencia en materia de igualdad de género. Y es en este Ministerio donde se constituyó la Comisión Interministerial de de Igualdad entre mujeres y hombres exigida por el art. 76 de la referida ley orgánica. En el Real Decreto se regula la exigencia de elaborar un informe periódico, que correrá a cargo de la Secretaría de Igualdad que deberá elevarla al Consejo de Ministros para su aprobación y remisión a las Cortes Generales.

La primera diferencia entre ambas normas es la diferente periodicidad. En la norma estatal es bianual, mientras que en el Decreto de la Administración de Andalucía es anual. Es sin duda más adecuada la regulación autonómica porque proporciona una información más razonable en ese período que coincide con los ciclos políticos y económicos. La elaboración en un plazo de dos años rompe un poco la exigencia de responsabilidad en plazos que en los demás temas de la agenda política tienen marcados otros plazos. La ventaja que puede tener, en cambio, esa temporalidad mayor es la de que se obtengan mejores informes de los diferentes Ministerios al poder elaborar la información más detallada.

Finalmente, el Decreto 72/2009, de 31 de marzo por el que se regula la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, es consecuencia de la exigencia del art. 58 de la Ley de Andalucía 13/2007.

A diferencia de la Ley Orgánica 1/2004, que crea directamente una Comisión interministerial cuyas funciones son las de seguimiento de la ley, la ley autonómica difiere a disposición reglamentaria la regulación de una Comisión que no es exactamente institucional, porque también está formada por asociaciones y otros entes sociales.

El objetivo de la Comisión se destaca en el art. 2 del Decreto y es el de coordinar, impulsar y evaluar las acciones y medidas que se desarrollen en Andalucía contra la violencia de género.

La composición, como decimos, difiere sensiblemente de la estatal, y está formada por miembros de todas las Consejerías del gobierno, pero además por entes locales, asociaciones de mujeres y otras asociaciones que desempeñen labores de sensibilización, prevención, atención y asistencia a las víctimas.

Las funciones que ha de desempeñar esta Comisión se regulan en el art. 3 y están enfocadas, todas ellas a la información y a la evaluación de las políticas de erradicación de la violencia de género.

Está previsto el funcionamiento en Pleno y en Permanente, pero no se dice en el Decreto cuáles serán las competencias de dichos órganos, seguramente porque se establecerá su funcionamiento en el Reglamento de funcionamiento posterior, que se prevé en la Disposición Final Primera del Decreto.

Como puede observarse, estas tres normas que se analizan aquí tienen en común su importante capacidad de información y prevención para hacer avanzar instrumentos en la lucha contra la violencia. La efectividad de las leyes de erradicación de la violencia, depende en buena medida de que se disponga de normas de desarrollo que apunten a aspectos que, aunque parezcan secundarios, pueden tener más efectividad que otras normas más directamente encauzadas a otros aspectos centrales. El Registro, el informe anual y la Comisión de seguimiento, nos dan cuenta de sistemas de prevención y de valoración muy importantes para que se reduzca la violencia de género. Seguramente si se siguiera ese camino en otros campos, como la profundización en aspectos internos de la violencia y de las víctimas, asistencia psicológica a hijos e hijas, o suspensión automática del régimen de visitas en situaciones denunciadas de violencia, el coste emocional de las víctimas sería menor. En todo caso, es necesario que entren en funcionamiento estas medidas para que se pueda constatar su efectividad, y seguramente de la participación de las asociaciones, sobre todo de las que están en contacto con las víctimas, se puedan deducir aspectos importantes sobre los que tomar medidas de efectividad. (María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

LEGISLACIÓN

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN⁵²

UNIÓN EUROPEA

Reglamento (CE) n° 20/2009 de la Comisión de 13 de enero de 2009 por el que se adoptan las especificaciones del módulo *ad hoc* de 2010 relativo a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar establecido en el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo⁵³.

Reglamento (CE) n° 250/2009 de la Comisión, de 11 de marzo de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 295/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a las definiciones de las características, el formato técnico de transmisión de los datos, los requisitos en materia de doble declaración con arreglo a la NACE Rev. 1.1 y a la NACE Rev. 2 y las excepciones que han de concederse en relación con las estadísticas estructurales de las empresas⁵⁴. Anexo I: Códigos 16 11 2, 16 13 6, 16 14 0; Anexo II Punto 4.5 (2 referencias).

Reglamento (CE) n° 251/2009 de la Comisión, de 11 marzo 2009, por el que se aplica y se modifica el Reglamento (CE) n° 295/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las series de datos que deben elaborarse para las estadísticas estructurales de las empresas y las adaptaciones necesarias tras la revisión de la clasificación estadística de productos por actividades (CPA)⁵⁵. Anexo I, 6, Serie 6A (16 11 2),

Decisión de la Comisión de 23 de febrero de 2009 relativa a la adopción del plan de trabajo de 2009 para la aplicación del segundo programa de acción comunitario en el ámbito de la salud (2008-2013), y a los criterios de selección, adjudicación y de otro tipo que se aplican a las contribuciones financieras para las acciones de este programa⁵⁶. Anexo I, 2.1; 3.3.1.2; 3.3.2.7;

Decisión de la Comisión, de 25 de marzo de 2009, por la que se constituye un Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales⁵⁷. Artículo 4.4.

Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros y Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de

2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI⁵⁸. Artículo 11.1 a) i; Anexo b).

Disposiciones generales aplicables a las oposiciones generales⁵⁹. Punto 1.5.

ESTATAL GENERAL

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁶⁰. Artículos 9.1.1° y 31.11°.

Instrumento de Ratificación de las Actas aprobadas por el XXIII Congreso de la Unión Postal Universal, hecho en Bucarest, el 5 de octubre de 2004⁶¹. Anexo (Preámbulo).

Real Decreto 39/2009, de 23 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Real Academia de la Historia⁶². Disposición adicional primera.

Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la administración de justicia⁶³. Artículos 1.2, 2.3 c), 7, 8 a) y c), 10 a), 13.1 b), 16 c), 17.1, 22.3, 27, Disposición adicional primera, Disposición derogatoria única.

Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁶⁴. Artículos 13, 73 y 112.

Real Decreto 100/2009, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería a los cambios estructurales en el comercio mundial⁶⁵. Artículo 6.2.

Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería⁶⁶. Exposición de Motivos, Artículos 1 a), 5.8, 17 c), 26.6, 31.1 c) y d), 32.1, 34.1 d).

Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económica-

⁵² Apartado confeccionado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Universidad de Málaga.

⁵³ DOUE L 9 de 14.1.2009.

⁵⁴ DOUE L, 86, 31.03.2009.

⁵⁵ DOUE L, 86, 31.03.2009.

⁵⁶ DOUE L, 53, 26.02.2009.

⁵⁷ DOUE L, 82, 28.03.2009.

⁵⁸ DOUE L, 93, 07.04.2009.

⁵⁹ DOUE C, 47A, 26.02.2009.

⁶⁰ BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009.

⁶¹ BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2009.

⁶² BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2009.

⁶³ BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009.

⁶⁴ BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009.

⁶⁵ BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2009.

⁶⁶ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2009.

LEGISLACIÓN

mente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos⁶⁷. Artículo 4.2 y Anexo (Cláusula Tercera). Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas⁶⁸.

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁶⁹.

Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia⁷⁰. Artículo segundo, Punto Dos.

Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias⁷¹.

Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁷².

Real Decreto 300/2009, de 6 de marzo, por el que se crean la Medalla y la Placa a la Promoción de los Valores de Igualdad⁷³.

Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales⁷⁴. Artículo 18.

Real Decreto 639/2009, de 17 de abril, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno⁷⁵. Artículos 1.1 g), 6.1 b), 8, 9.1. c).

Resolución de 24 de febrero de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales⁷⁶. Artículo 5.4.

ORDEN ESD/3669/2008, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Escolar del Estado⁷⁷. Artículos 4.2 y 10.1 l).

AUTONÓMICA

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁷⁸. Artículos 16 f) y 31 b) e i).

Decreto del Presidente 2/2009, de 23 de abril, por el que se dispone el cese de los Consejeros y Consejeras en funciones de la Junta de Andalucía⁷⁹.

Decreto del Presidente 3/2009, de 23 de abril, sobre reestructuración de Consejerías⁸⁰. Artículos 1.1, 1.2 y 7.

Decreto del Presidente 4/2009, de 23 de abril, por el que se designan los Consejeros y Consejeras de la Junta de Andalucía⁸¹.

Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género⁸².

Decreto 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua⁸³. Artículo 7.

Decreto 15/2009, de 20 de enero, por el que se aprueba el Programa Estadístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009⁸⁴. Exposición de motivos.

Decreto 26/2009, de 3 de febrero, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Levante Almeriense y se crea su Comisión de Seguimiento⁸⁵. Artículo 2.2.

Decreto 34/2009, de 17 de febrero, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Sur de la provincia de Córdoba⁸⁶. Artículo 5.2 l).

Decreto 48/2009, de 3 de marzo, por el que se crea la Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía⁸⁷. Artículo 2.5.

⁶⁷ BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2009.

⁶⁸ BOE núm. 91, de 14 de abril de 2009.

⁶⁹ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

⁷⁰ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

⁷¹ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

⁷² BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2009.

⁷³ BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2009.

⁷⁴ BOE núm. 85, de 7 de abril de 2009.

⁷⁵ BOE núm. 97, de 21 de abril de 2009.

⁷⁶ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2009.

⁷⁷ BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2008.

⁷⁸ BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009.

⁷⁹ BOJA núm. 78, de 24 de abril de 2009.

⁸⁰ BOJA núm. 78, de 24 de abril de 2009.

⁸¹ BOJA núm. 78, de 24 de abril de 2009.

⁸² BOJA núm. 15, de 23 de enero de 2009.

⁸³ BOJA núm. 6, 12 de enero de 2009.

⁸⁴ BOJA núm. 23, de 4 de febrero de 2009.

⁸⁵ BOJA núm. 57, de 24 de marzo de 2009.

⁸⁶ BOJA núm. 53, de 18 marzo de 2009.

⁸⁷ BOJA núm. 53, de 18 marzo de 2009.

LEGISLACIÓN

Decreto 59/2009, de 10 de marzo, por el que se modifica el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, y el Decreto 18/2003, de 4 de febrero, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas⁸⁸. Exposición de Motivos y Artículo 9.

Decreto 67/2009, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Comité Andaluz para la Sociedad del Conocimiento⁸⁹. Artículo único (último párrafo).

Decreto 71/2009, de 31 de marzo, por el que se regula

el Censo de Entidades Colaboradoras de la Enseñanza⁹⁰. Exposición de Motivos (tercer párrafo), Artículos 7 b) y 17.2 a).

Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género⁹¹.

Decreto 77/2009, de 7 de abril, por el que se reconoce la Academia de Nobles Artes de Antequera y se aprueban sus Estatutos⁹². Artículo 5.2 de los Estatutos.

⁸⁸ BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009.

⁸⁹ BOJA núm. 66, de 6 de abril de 2009.

⁹⁰ BOJA núm. 73, de 17 de abril de 2009.

⁹¹ BOJA núm. 74, de 20 de abril de 2009.

⁹² BOJA núm. 78, de 24 de abril de 2009.

JURISPRUDENCIA TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 13/2009, DE 12 DE ENERO DE 2009 (RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD A LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 4/2005 PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES)⁹³

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto los arts. 3.7 (párrafo segundo) y 20.4 b), 5, 6 y 7, así como las disposiciones finales segunda (apartado 2), cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. El conjunto de estos preceptos ha sido agrupado por los recurrentes en dos apartados, atendiendo al dato del ámbito del ordenamiento en el que cada uno de ellos pretende la promoción de la igualdad a la que sirve la Ley autonómica impugnada. Así en un primer apartado se comprenden los arts. 3.7 (párrafo segundo) y 20.4 b), 5, 6 y 7, y la disposición final segunda (apartado 2), preceptos todos referidos a la promoción de la igualdad en el ámbito administrativo, mientras que las disposiciones finales cuarta y quinta, por su proyección en el ámbito del régimen electoral, son objeto de un tratamiento autónomo. A este esquema se han ajustado igualmente, en sus respectivos escritos de alegaciones, el Parlamento y el Gobierno Vasco. También lo haremos nosotros.

2. Los Diputados recurrentes sostienen en su recurso que los arts. 3.7 (párrafo segundo) y 20.4 b), 5, 6 y 7, y la disposición final segunda, apartado 2, de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 incurren en infracción de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE, alegando que con la previsión de cupos o cuotas para la composición de órganos administrativos el legislador autonómico, además de vulnerar el art. 14 CE, ha afectado directamente al contenido esencial del derecho de acceso a la función pública (art. 23.2 CE) y preterido los principios de mérito y capacidad, con quiebra del art. 103.3 CE.

El Parlamento y el Gobierno Vasco coinciden en alegar en una primera consideración, que preceptos como el art. 3.7 (párrafo segundo) y el art. 20.6 y 7, dada su naturaleza definitoria, cautelar o accesoria, no pueden ser objeto de un juicio de constitucionalidad. En cuanto al fondo defienden que, como quiera que los preceptos recurridos no se refieren a supuestos de acceso o promoción en la función pública, no cabe hablar de vulneración de los arts. 23.2 y 103.3 CE, sin perjuicio de que, por lo que atañe a este último, las normas cuestionadas hacen del mérito y la capacidad el presupuesto mismo de sus previsiones. En todo caso entienden que las normas recurridas no generan desigualdad alguna ni constituyen medidas de discriminación positiva, pues, lejos de favorecer a hombres o mujeres, tratan de prevenir que se incurra en desigualdad por razón de sexo, cumpliendo así el legislador vasco con el mandato de promoción de la igualdad real y efectiva contenido en el art. 9.2

CE, ateniéndose en todo caso a la normativa y jurisprudencia internacionales relevantes en la materia ex art. 10.2 CE.

3. La impugnación de los arts. 3.7 (párrafo segundo), 20.4, 5, 6 y 7, se refiere a preceptos que configuran un cuerpo normativo que, como veremos a continuación, no incurre en las infracciones constitucionales denunciadas por los recurrentes.

El párrafo segundo del art. 3.7 prescribe que, “a los efectos” de la Ley 4/2005, “se considera que existe una representación equilibrada en los órganos administrativos pluripersonales cuando los dos sexos están representados al menos al 40 por 100”. El art. 20.6 dispone que, “a los efectos” de los apartados 4 y 5 del mismo art. 20, “se considera que existe una representación equilibrada cuando en los tribunales, jurados u órganos afines de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40 por 100. En el resto, cuando los dos sexos estén representados”.

La previsión incluida en el art. 20.7 se limita a disponer que los órganos administrativos llamados a adoptar las medidas de promoción de la igualdad previstas en los restantes apartados del mismo art. 20 deberán “establecer indicadores que permitan realizar la evaluación del grado de cumplimiento y de la efectividad de [tales] medidas ... de cara a la consecución del objetivo de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres”.

Los apartados 4 y 5 del art. 20 establecen la exigencia de una representación mínima en distintos órganos administrativos del 40 por 100 para cada sexo, en virtud de su referencia al concepto de “representación equilibrada” definido en los arts. 3.7 y 20.6 de la misma Ley.

4. La definición en los arts. 3.7 y 20.6 de lo que ha de entenderse (respectivamente, “a los efectos” de la Ley 4/2005, en general, y de los apartados 4 y 5 del art. 20, en particular) por “una representación equilibrada” de hombres y mujeres en determinados órganos no puede considerarse inconstitucional en cuanto los porcentajes de representación establecidos se refieren por igual a ambos sexos, teniendo cada uno de ellos asegurada una representación que se sitúa en una horquilla del 40/60 por 100 de la composición admitida como posible. Fórmula, que, como hemos dicho en la STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5, hace posible, de manera “razonable”, una “composición equilibrada” que no puede estimarse contraria al art. 14 CE.

En cuanto al art. 20.7, hemos de observar que contiene un mandato dirigido a la Administración en relación con el establecimiento de pautas que hagan posible valorar el cumplimiento de las medidas previstas en la Ley 4/2005. Es

⁹³ Suplemento del BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009.

JURISPRUDENCIA TC

evidente que una norma que se limita a sentar las bases para la evaluación del cumplimiento de la Ley en la que se contiene no puede merecer ningún reproche de inconstitucionalidad; menos aún si, como es el caso, tampoco lo merecen las normas de cuya aplicación se trata.

5. El art. 20.4 establece que, “[s]in perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir: ... b) Una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada”. En línea con esa determinación el apartado 2 de la disposición final segunda de la Ley 4/2005, también impugnada, añade un nuevo párrafo al art. 31 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, del siguiente tenor: “3. Salvo que se justifique debidamente su no pertinencia, la composición del tribunal u órgano técnico de selección ha de ser equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada. Se considera que existe una representación equilibrada cuando en los órganos de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40 por 100; en el resto, cuando los dos sexos estén representados”.

Lo establecido en estos preceptos no es un simple mandato de normación dirigido a titulares de potestades normativas; el mandato genérico incluido en el art. 20.4 se ha concretado, para el ámbito de los procesos selectivos reservado a la acción legislativa, en una reforma explícita de la Ley de la función pública vasca. Y la impugnación de este mandato resulta perfectamente posible, pues de lo contrario nuestra jurisdicción sólo podría pronunciarse con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad suscitada en el curso de un proceso instado frente a normas o actos administrativos que se habrían ajustado a la legalidad que ahora se somete ya a nuestro enjuiciamiento, o con ocasión de un recurso de amparo interpuesto contra la vulneración resultante de un acto administrativo igualmente acomodado a dicha legalidad.

Procede, pues, afrontar el tema de fondo que plantea el recurso en relación a los preceptos ahora enjuiciados y, en primer lugar, si el art. 20.4 de la Ley 4/2005 y el nuevo art. 31.3 de la Ley de la función pública vasca incurren o no en infracción de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE.

En su dimensión específica, como concreción del principio general de igualdad (art. 14 CE) en el ámbito del acceso a la función pública o de la promoción en la carrera funcionarial (por todas, STC 73/1998, de 31 de marzo), el art. 23.2 CE no puede verse afectado por preceptos que, por lo que hace a quienes pudieran ser llamados a integrarse en los tribunales administrativos de selección de personal, no se refieren a circunstancia alguna relacionada con su propio acceso o promoción en la función pública, ni ellos mismos son titulares a este respecto de otra cosa que de una expectativa,

por legítima o fundada que ésta fuere, a formar parte de tales tribunales, no de un derecho en sentido propio. Y, por cuanto hace a quienes hayan de tomar parte en esos procesos selectivos como aspirantes a la función pública o a la promoción funcionarial, lo determinante para la indemnidad del derecho que a ellos, en cambio, indudablemente les asiste ex art. 23.2 CE es que quienes integren los tribunales de selección reúnan las condiciones de mérito y capacidad exigidas por el art. 103.3 CE (SSTC 215/1991, de 14 de noviembre, y 174/1996, de 11 de noviembre).

Tales condiciones constituyen el presupuesto mismo establecido en ambos preceptos para la operatividad de la medida de promoción de la igualdad arbitrada por el legislador, pues en ambos casos se especifica que los hombres y mujeres que, en la proporción señalada, integren los órganos administrativos en cuestión han de contar con “la capacitación, competencia y preparación adecuada”. En el caso del art. 31.3 de la Ley de la función pública vasca se prevé, además, la eventualidad de que el porcentaje establecido para alcanzar una representación equilibrada de ambos sexos pueda excepcionarse si “se justifi[ca] debidamente su no pertinencia”, lo que con perfecta naturalidad es aplicable al supuesto de que no pueda darse debida satisfacción al requisito inexcusable del mérito y la competencia que han de concurrir en los miembros de los órganos administrativos, sea cual sea su sexo. En parecidos términos, y en relación con los apartados 2, 4 y 5 del art. 20, el art. 20.8 de la Ley 4/2005 permite excepcionar su cumplimiento por causa justificada.

Asegurados, pues, el mérito y la capacidad por las mismas normas impugnadas, es evidente que no puede apreciarse la infracción del art. 103.3 CE denunciada por los recurrentes, sino más bien el esfuerzo del legislador autonómico por actualizar esa exigencia constitucional en el ámbito que le es propio.

En todo caso la medida adoptada, cifrada en la representación equilibrada de ambos sexos y, en consecuencia, dispensando a hombres y mujeres el mismo tratamiento y operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras, resulta conforme con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenido en el art. 9.2 CE (STC 12/2008, de 29 de enero), al que el legislador autonómico ha querido hacer justicia, como explica en la exposición de motivos de la Ley 4/2005 (apartado II), mediante la aplicación en los últimos años de “planes de acción positiva” que han facilitado “la implantación y el desarrollo de las políticas de igualdad en los tres niveles de la Administración pública vasca” con efectos muy notables, aun cuando “no es menos cierto que todavía queda un trabajo importante por hacer para conseguir que la igualdad de mujeres y hombres sea un objetivo estratégico y prioritario por parte de todos los poderes y administraciones públicas vascas”, siendo voluntad de la Ley “incidir también en dicha cuestión”, entre otras medi-

JURISPRUDENCIA TC

das, a través de las acordadas en el conjunto de los preceptos que ahora nos ocupan.

6. Cuanto hasta aquí se lleva dicho es aplicable en toda su extensión al art. 20.5 de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de acuerdo con el cual “las normas que vayan a regular los jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por la Administración, así como las que regulen órganos afines habilitados para la adquisición de fondos culturales y/o artísticos, deben incluir una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada”. Con tanta mayor razón cuanto en este caso es meridiano que en modo alguno están comprometidos el acceso o la promoción en la función pública y, por lo que hace al mérito y la capacidad de los jurados, su concurrencia viene también asegurada y exigida expresamente por el propio art. 20.5.

7. En relación con los preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 relativos al sistema electoral, es decir, las disposiciones finales cuarta y quinta, los Diputados recurrentes afirman que carecen de justificación unas medidas de “protección o discriminación inversa” que afectan al derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y a los principios mismos de la democracia representativa. En su opinión las normas impugnadas incurren en dos causas de inconstitucionalidad. De un lado supondrían una infracción de la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.1 CE en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE). De otro conculcarían la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y la prohibición constitucional de la definición por razón de sexo de categorías de elegibles (arts. 14, 23.2 y 68.5 CE), invadiendo además la esfera de libre actividad de los partidos políticos (art. 6 en relación con el art. 22.1 CE). Por el contrario el Parlamento y el Gobierno Vascos coinciden en sostener que, además de ser evidente y estar acreditada la situación de desigualdad a la que quiere hacerse frente con la Ley 4/2005, las disposiciones impugnadas no suponen una modificación del sistema electoral, toda vez que no se ha alterado ninguno de sus elementos característicos. En cuanto a la infracción competencial denunciada por los recurrentes alegan la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer sus propias normas electorales en virtud del art. 10 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV), de cuya conjunción con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG) se desprendería que la cuestión de la paridad en las listas es asunto que corresponde regular al legislador autonómico, siendo inoperante la invocación de la reserva de ley orgánica por cuanto no nos hallamos ante una cuestión que pueda ser calificada de “régimen electoral general”. Tampoco admiten la Cámara y el Gobierno Vascos que se haya afectado en modo alguno a

la universalidad del concepto de ciudadanía o al principio de igualdad en relación con el sufragio pasivo, limitándose la Ley, en términos acordes con la doctrina constitucional, a actuar positivamente en favor de la participación política de la mujer al adoptar medidas que se proyectan directamente sobre la elaboración de las candidaturas, es decir, en un momento anterior al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, cuando sólo puede hablarse de meras expectativas de los eventuales aspirantes a candidatos. Por lo que hace a la pretendida restricción de la actividad de los partidos políticos alegan el Parlamento y el Gobierno autonómicos que las normas recurridas son parte de la concreción legislativa reclamada por la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, en orden a la disciplina del régimen constitucional de los partidos, sin que en ningún caso supongan una supresión de la esfera de autodeterminación asociativa.

8. La primera cuestión a dilucidar en el examen de este segundo bloque de preceptos objeto del presente recurso ha de ser la referida a la supuesta invasión de las competencias estatales imputada por los actores a las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, en cuya virtud las candidaturas presentadas a las elecciones al Parlamento Vasco y a las Juntas Generales “estarán integradas por al menos un 50 por 100 de mujeres”, debiendo mantenerse “esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres”. La demanda no cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ex art. 10.3 EAPV, para dictar normas electorales en su ámbito propio, sino que denuncia que los preceptos impugnados no han respetado los límites en los que ese ámbito se circunscribe.

A efectos del enjuiciamiento del tema propuesto en esta denuncia, de conformidad con lo que hemos reiteradamente afirmado (SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8, 27/1987, de 27 de febrero, FJ 4, 48/1988, de 22 de marzo, FJ 3, y 154/1988, de 21 de julio, FJ 3) al precisar los términos en que debe ejercerse la fiscalización procedente en los recursos de inconstitucionalidad, lo que nos corresponde considerar es “si un producto normativo se atempera, en el momento de nuestro examen jurisdiccional”, a los límites y condiciones a que en ese momento está constreñido.

En estos términos, como en el caso resuelto en la STC 154/1988, de 21 de julio, hemos de recordar que “la Comunidad Autónoma, al ejercer su competencia en materia electoral, ha de tener presente, en primer término, las normas estatales de desarrollo del derecho de sufragio reconocido en el art. 23 de la Constitución, así como las que regulan las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio, dictadas por el Estado en virtud del art. 149.1.1 de la Norma fundamental” (STC 154/1988, FJ 3).

Así, por tanto, la normativa dictada por las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia electoral, ha de cohonestarse con “las normas estatales de desarrollo del derecho de sufragio reconocido en el art. 23

JURISPRUDENCIA TC

de la Constitución, así como las que regulan las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio, dictadas por el Estado en virtud del art. 149.1.1 de la Norma fundamental” (STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3). Normas contenidas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), con la que las Cortes Generales han ejercido la competencia que, en el ámbito electoral, atribuye al Estado el art. 149.1.1 CE en relación con el art. 23 CE y el art. 81.1 CE, dictando las normas que, como prescribe la propia LOREG en su disposición adicional primera, 2, han de aplicarse también a las elecciones a Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. “La LOREG deviene así —en cuanto fija las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de sufragio— parámetro de la constitucionalidad de los preceptos autonómicos controvertidos, correspondiendo a este Tribunal enjuiciar, en cada caso, la medida en que uno u otro precepto estatal responde al ejercicio de la competencia ex art. 149.1.1 CE y sin que ello suponga convertir en objeto del juicio de constitucionalidad a unas normas estatales que no han sido impugnadas y que mantienen su presunción de validez”, siendo conveniente, “no obstante, señalar que este ejercicio expreso de la competencia atribuida al Estado en el art. 149.1.1 impone a este Tribunal, ya que no la aceptación sin más de la definición que de sí mismas hacen las reglas estatales, sí, cuando menos, la necesidad de reconocer al legislador estatal un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional” (STC 154/1988, FJ 3).

Sin perjuicio del juicio de constitucionalidad que, desde el punto de vista material, merezca la normativa que ahora enjuiciamos, es evidente que con una perspectiva competencial corresponde al Estado, en virtud de su competencia ex arts. 149.1.1 CE y de acuerdo con el art. 81.1 CE establecer las condiciones básicas que, con carácter general para el conjunto de los ciudadanos españoles, han de satisfacer las listas electorales en lo que hace, por lo que aquí importa, a la circunstancia del sexo de los candidatos. Así lo ha hecho el legislador estatal con posterioridad a la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 y a la interposición del presente recurso, pues la disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha introducido en la Ley Orgánica de régimen electoral general (en virtud de la competencia reconocida al Estado en el arts. 149.1.1 CE, en relación con los arts. 23 y 81 CE) el art. 44 bis, cuyo apartado 1, en lo que aquí interesa, tras imponer un porcentaje mínimo de representación de ambos sexos en las candidaturas electorales, dispone que en las elecciones a las Asambleas autonómicas “las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas”. Este nuevo precepto se declara en la disposición adicional primera, 2, de la

Ley Orgánica de directa aplicación en las Comunidades Autónomas.

Lo anterior supone que la normativa autonómica examinada resulta conforme a lo establecido por el legislador orgánico en ejercicio de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.1 CE, con arreglo al art. 81.1 CE, pues, en la medida en que el Parlamento Vasco ha introducido un porcentaje de representación mínimo de mujeres situado en la horquilla de la representación equilibrada de ambos sexos (un mínimo del 40 por 100 para cada uno de ellos) establecido con carácter general por el art. 44 bis LOREG (y sin que las normas autonómicas aquí examinadas supongan, ni pudieran en ningún caso suponer, su excepción), la regulación establecida al efecto por la Comunidad Autónoma al amparo de su competencia ex art. 10.3 EAPV encuentra perfecta cobertura en la habilitación arbitrada por las Cortes Generales en orden a un eventual incremento autonómico de aquel mínimo común, aplicable con carácter general a todo tipo de elecciones en los términos previstos por la Ley Orgánica de régimen electoral general.

9. La cuestión de la constitucionalidad material de las medidas de paridad adoptadas por el legislador ha sido resuelta en buena medida por este Tribunal en la STC 12/2008, de 29 de junio, dictada con ocasión de dos procedimientos instados en su día contra el art. 44 bis LOREG, introducido por la ya citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de manera que, en cuanto resulte procedente su invocación, nos atenderemos ahora a la doctrina establecida en aquel pronunciamiento. Como entonces, también en esta ocasión: “[e]l punto de partida de nuestro análisis se sitúa en el hecho de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el art. 44.1 LOREG, exclusivamente a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores. No se trata, por tanto, en puridad, de una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual. Es una condición referida a partidos políticos y a agrupaciones de electores, esto es, a entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia. ... El problema constitucional de fondo se plantea, por tanto y sobre todo, en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16 CE y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), principalmente, en la medida en que el aludido equilibrio también se exige de las agrupaciones de electores. En cualquier caso es evidente que esa dimensión igualitaria también concurre, porque es imprescindible en el contexto de una legislación que persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública; pero sólo lo hace como una perspectiva superpuesta a la principal, esto es, a la que

JURISPRUDENCIA TC

atiende a la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana” (STC 12/2008, FJ 3).

Siendo, por tanto, la primera y principal cuestión a resolver la de la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con un determinado porcentaje de candidatos de ambos sexos, afirmábamos que la “respuesta hemos de buscarla tanto en el análisis del mandato de sustantivación de la igualdad formal, contenido en el art. 9.2 CE, como en el de la configuración constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE)” (STC 12/2008, FJ 4).

10. En relación con lo primero recordábamos que, de acuerdo con nuestra doctrina, “la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5). En otros términos, “el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material” (STC 12/2008, FJ 4). El art. 9.2 CE, en definitiva, “encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de examinar si las decisiones adoptadas al respecto son acordes con el marco constitucional aquí definido. ... Del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. En este punto cabe añadir que la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ 4).

11. Por otra parte hemos fundamentado la legitimidad constitucional de la medida impuesta a los partidos por el art. 44 bis LOREG en la naturaleza de los partidos políticos como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (STC 48/2003, de 12 de marzo) y su condición de “cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el art. 9.2 CE, precepto éste que dota de legitimidad a las configuraciones legislativas del estatuto jurídico de los partidos, o de sus actividades con relevancia pública, orientadas a la realización efectiva de un principio tan fundamental del orden constitucional como es el de la igualdad (arts. 1.1 y 14 CE)” (STC 12/2008, FJ 5).

El concreto porcentaje establecido por el art. 44 bis LOREG, cifrado en un mínimo del 40 por 100 para cada sexo en el conjunto de la lista y en cada tramo de cinco puestos, hemos entendido que: “no [supone] un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera [plasma] un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados”, con la cual se “persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados” (STC 12/2008, FJ 5).

El hecho de que la normativa que ahora enjuiciamos no se limite a imponer un porcentaje mínimo del 40 por 100 de presencia en las candidaturas electorales para ambos sexos, sino que, al amparo de la facultad atribuida por el propio art. 44 bis 1 LOREG a los legisladores autonómicos en orden a la adopción de medidas suplementarias de promoción de la igualdad (una habilitación que, como adelantamos en la STC 12/2008, FJ 8, “en sí misma ... encuentra cobertura constitucional en el art. 9.2 CE”), se eleve ese porcentaje hasta el 50 por 100 para el caso de las mujeres, no

JURISPRUDENCIA TC

implica la inconstitucionalidad de los preceptos. En primer lugar porque, según hemos de ver a continuación, tratándose de una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por nuestra doctrina. En segundo término porque la inmediata aplicabilidad del art. 44 bis LOREG garantiza en todo caso que los hombres tengan siempre asegurado un porcentaje mínimo del 40 por 100 en las listas electorales.

Corroborar la conformidad con la Constitución de la normativa establecida por el legislador autonómico la consideración de que éste no ha condicionado la composición de las candidaturas con arreglo a “criterios diferenciadores determinantes de una dialéctica mayoría/minoría, como sucedería si se exigiera la presencia de un número o porcentaje de personas de determinada raza o de un cierto arco de edad, sino que el criterio atendido es aquél que en todo caso, de manera universal, divide a la sociedad en dos grupos cuantitativamente equilibrados. Y en virtud del art. 9.2 CE se persigue que ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana; lo que resulta, de nuevo, coherente con el principio democrático. Se pretende, en suma, que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos. No de su contenido ideológico o político, sino del precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política: la igualdad radical del hombre y la mujer. Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta” (STC 12/2008, FJ 7).

El legislador autonómico ha configurando, en definitiva, un sistema con arreglo al cual, a partir de la conjunción de sus preceptos con el art. 44 bis LOREG, de directa aplicabilidad en los procesos electorales autonómicos, las mujeres han de tener en las listas electorales una presencia mínima del 50 por 100, mientras que los hombres sólo tienen garantizado el 40 por 100. Este tratamiento diferenciado encuentra justificación suficiente en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, cuya realidad no necesita, por su evidencia, mayor acreditación, siendo, por lo demás, ilustrativos los datos invocados por el Gobierno Vasco en su escrito de alegacio-

nes. De otro lado, “[n]o obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un ‘derecho desigual igualatorio’; es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ... y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer” (STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2).

La medida examinada es, además de adecuada para la consecución del fin de promoción de la igualdad efectiva de la mujer, proporcional en sentido estricto, pues no comporta el sacrificio innecesario de un derecho fundamental sustantivo. Y ello no tanto en razón de que, como recordaremos en fundamentos posteriores al hilo de la doctrina establecida en la STC 12/2008, no está aquí en cuestión ningún derecho de los hombres ni un imposible derecho de los partidos, cuanto porque la diferencia entre los porcentajes mínimos/máximos posibles en todo caso para hombres y mujeres no puede ser calificada de excesiva en atención a la necesidad de corregir una situación de desequilibrio entre los sexos históricamente muy arraigada. Obviamente esta medida en concreto (como con carácter general todas las dirigidas a la promoción activa de un colectivo discriminado) sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada.

12. En palabras de la repetida STC 12/2008, FJ 5, “[q]ue los partidos políticos, dada ‘su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro’ (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), coadyuven por imperativo legal —esto es, por mandato del legislador constitucionalmente habilitado

JURISPRUDENCIA TC

para la definición acabada de su estatuto jurídico— a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional”, pues “es su condición de instrumento para la participación política y de medio de expresión del pluralismo como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE) lo que cualifica su condición asociativa como partidos y los diferencia netamente de las demás asociaciones, de manera que es perfectamente legítimo que el legislador defina los términos del ejercicio de esas funciones y cometidos de modo que la voluntad popular a cuya formación y expresión concurren y la participación para la que son instrumento sean siempre el resultado del ejercicio de la libertad y de la igualdad ‘reales y efectivas’ de los individuos, como expresamente demanda el art. 9.2 CE”.

“Es evidente [decíamos a continuación] que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos (que, por lo demás, en ésta como en sus demás actividades están sometidos a la Constitución y a la ley, como expresa el art. 6 CE) no es, ni puede ser absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas). Esta nueva limitación del equilibrio por razón de sexo, pues, ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional”.

“La libertad de selección de candidatos por los partidos se ve ciertamente limitada en razón de todas estas exigencias. La que concretamente ahora estamos examinando también lo hace. Con todo, esa constricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales. En otras palabras, por satisfacer las exigencias constitucionales para limitar la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas, que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE), que les confiere el legislador (expresamente apoderado por dicho artículo para efectuarla); legislador que goza de una amplia libertad de configuración (aunque no absoluta, claro está). La validez constitucional de estas medidas, como se acaba de decir, resulta clara. En primer lugar porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE). En segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada ... En fin, porque es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares

de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo” (STC 12/2008, FJ 5).

13. También en la STC 12/2008 nos pronunciamos respecto de la posible vulneración del art. 6 CE en conexión con el art. 22 CE, concluyendo que “aun cuando este Tribunal ha identificado cuatro facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación —libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y, como dimensión inter privados, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse (STC 133/2006, de 27 de abril, FJ 3)—, el motivo impugnatorio que ahora nos ocupa no se refiere propiamente a ninguna de ellas sino más bien a la libertad de actuación externa. Por lo que hace a los ámbitos señalados, habida cuenta de que la normativa cuestionada no atañe a la vertiente individual del derecho fundamental, debemos descartar que produzca intromisión en las dos primeras dimensiones, libertades positiva y negativa de asociación, ni tampoco en la denominada “dimensión inter privados” del derecho fundamental de asociación. Igualmente, como quiera que esa normativa no versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos políticos, tampoco existe vulneración alguna de la dimensión relativa a la libertad de organización y funcionamiento internos”. Precisiones estas tras las que añadíamos que “la limitación de la libertad de actuación de las formaciones políticas que se plasma en la normativa controvertida no constituye una vulneración del art. 6, en conexión con el art. 22 CE. Como ya hemos señalado esa limitación no es en sí misma inconstitucional. Por lo demás, y en todo caso, el mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de considerarse que, incluso desde la perspectiva de que son asociaciones políticas, constituye una limitación proporcionada y, por tanto, constitucionalmente legítima” (STC 12/2008, FJ 5).

Tampoco fue de advertir infracción alguna de “la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]”; en particular, “de la propia ideología feminista. Una norma como el art. 44 bis LOREG no hace innecesarios los partidos o idearios feministas, pero, a partir de ese precepto, es el propio art. 9.2 CE el que, una vez concretado en términos de Derecho positivo su mandato de efectividad, convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres. En el nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por

JURISPRUDENCIA TC

la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. Cierto que un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE” (STC 12/2008, FJ 6).

“De otro lado, tampoco padece la libertad ideológica de los partidos en general, es decir, de los que no hacen del feminismo el núcleo de su definición ideológica. Más precisamente, no desaparece el componente instrumental de esa libertad en que consiste su capacidad para incluir en sus candidaturas a quienes resulten más capacitados o idóneos para la oferta pública de su programa en la concurrencia electoral y, después, en su caso, para defender el programa del partido en el seno de las instituciones en las que hayan podido integrarse como representantes de la voluntad popular. Esa libertad de los partidos no es, como ya se ha dicho, absoluta o ilimitada, y también se ve condicionada por todos los requisitos jurídicos constitutivos de la capacidad electoral, entre otros, y para el caso de las elecciones generales, el de la nacionalidad, o por aquellos que, como el ahora examinado, no afectan a aquella capacidad individual, sino a los partidos y agrupaciones habilitados para la presentación de candidaturas, y entre los que se cuenta la exigencia de un número determinado de candidatos o cuanto implica el sistema de listas bloqueadas. En consecuencia, dada la legitimidad constitucional de la nueva exigencia del equilibrio entre sexos impuesta a los partidos para la presentación de candidaturas, según ya vimos en el fundamento jurídico anterior, ha de rechazarse que tal medida vulnere las libertades garantizadas en los arts. 16.1 y 20.1 a) CE. En todo caso, si se sostuviera que, al menos instrumentalmente (aunque no sustantivamente), la limitación de la libertad de presentación de candidaturas a la que nos estamos refiriendo pudiese afectar a los derechos de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE, tal limitación habría de entenderse constitucionalmente legítima, en cuanto que resultaría proporcionada” (STC 12/2008, FJ 6).

14. Las mismas matizaciones que en la STC 12/2008 hicimos de la doctrina anterior para el caso de las agrupaciones de electores son también trasladables al supuesto que aquí nos ocupa, en particular para descartar que la medida paritaria pueda ser interpretada como una nueva causa de inelegibilidad. En efecto, “es indudable que formalmente no hay una causa de inelegibilidad ni tampoco materialmente por el hecho de que se obligue a la agrupación a presentar candidaturas donde los ciudadanos que las compongan hayan de buscar el concurso de otras personas, atendiendo, además de a criterios de afinidad ideológica y política, al dato del sexo. Tal exigencia, encuadrada en el ámbito de libre disposición del legislador, encuentra fundamento en el art. 9.2 CE. A quien pretende ejercer el derecho de

sufragio pasivo a través de una agrupación no sólo se le exige no estar incurso en las causas de inelegibilidad previstas en la Ley electoral, sino también cumplir con otras condiciones que no afectan a su capacidad electoral stricto sensu, como por ejemplo, y en primerísimo lugar, la de concurrir con otras personas formando una lista. No cabiendo la candidatura individual, se obliga al sujeto a la búsqueda de compañía. Sin embargo, nadie diría que esa exigencia supone una vulneración material del derecho de sufragio pasivo; o que la soledad se convierte en una causa de inelegibilidad” (STC 12/2008, FJ 7).

“Que a la exigencia de concurrir en una lista se añada la de que ésta tenga una composición equilibrada en razón del sexo no cercena de manera intolerable las posibilidades materiales de ejercicio del derecho. Se trata de una condición que se integra con naturalidad en el ámbito disponible al legislador en sus funciones de configuración del derecho fundamental de participación política: se configura así un derecho de ejercicio colectivo en el seno de una candidatura cuya integración personal se quiere sea reflejo de la propia integración de la comunidad social, esto es, sexualmente equilibrada” (STC 12/2008, FJ 7).

15. Todavía en relación con el derecho de sufragio pasivo “importa reiterar que el art. 23.2 CE no incorpora entre sus contenidos un pretendido derecho fundamental a ser propuesto o presentado, por las formaciones políticas, como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3). Por tanto, no puede entenderse quebrantado el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo, identificado en nuestra STC 154/2003, de 17 de julio, como la garantía de ‘que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos ... [ibidem; también, STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 2 c)]’ [FJ 6 c)]” (STC 12/2008, FJ 9).

Las disposiciones recurridas no alteran “la correlación entre la voluntad del cuerpo electoral manifestada mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y los candidatos que hayan obtenido la confianza de los electores y, en cuanto tales, deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos. El principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo pues informa la elaboración de las candidaturas; siendo ello así sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales” (STC 12/2008, FJ 9).

“En relación con el derecho de sufragio activo, del mismo modo que del art. 23.2 CE no cabe inferir la exigencia de un determinado sistema electoral, o de un determinado meca-

JURISPRUDENCIA TC

nismo de atribución de los cargos representativos objeto de elección en función de los votos obtenidos (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 4), tampoco del art. 23.1 CE puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales. La afirmación de que nadie ostenta un derecho fundamental a ser presentado como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3) encuentra su natural correlato en la constatación de que tampoco nadie puede pretender ser titular del derecho fundamental a que las formaciones políticas enumeradas en el art. 44 LOREG presenten a terceras personas como candidatos. El derecho de sufragio activo recogido en el art. 23.1 CE se ejerce por los ciudadanos mediante la elección, a través del sufragio libre, igual, directo y secreto, entre las opciones presentadas para su consideración por las formaciones políticas habilitadas al efecto por la legislación electoral, sin que forme parte de ese derecho la facultad de otorgar la condición de candidato a quien no fue propuesto como tal por los partidos políticos, agrupaciones de electores o federaciones de partidos” (STC 12/2008, FJ 9).

16. Finalmente, como en el caso de la STC 12/2008, tampoco es de apreciar que “las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías”, toda vez que “el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo”, debiendo señalarse que previsiones como las enjuiciadas “no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo. No cabe atender, pues, al argumento de ... de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano ... la divisoria del sexo. Baste decir que el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él. Este cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento. Las causas determinantes de la condición de elector no afectan, por tanto, a esta unidad ideal, sino al conjunto de quienes, como ciudadanos, están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que, asegurado un mínimo constitucional indisponible, determine el legislador constituido” (STC 12/2008, FJ 10).

Por tanto, “las mismas razones que nos llevan a descartar

que las previsiones legales controvertidas introduzcan una nueva causa de inelegibilidad limitativa del ejercicio del derecho de sufragio pasivo o establezcan un vínculo más estrecho entre electores y elegibles en función del sexo que compartan introduciendo una división inaceptable en la unidad del pueblo soberano, conducen directamente a descartar la existencia de la vulneración del art. 68.5 CE” (STC 12/2008, FJ 10).

17. De conformidad con lo hasta aquí razonado ha de concluirse que las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 no son inconstitucionales por cuanto, en virtud de la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma en el art. 10.3 EAPV (en el marco de las condiciones definidoras del régimen electoral establecidas por el Estado de acuerdo con los arts. 149.1.1, 23 y 81.1 CE, y con la finalidad de promover la igualdad efectiva de hombres y mujeres en los procesos electorales autonómicos), han establecido una normativa que, al resultar necesariamente integrada con las prescripciones del art. 44 bis LOREG, de directa aplicación en los procesos electorales autonómicos (disposición adicional primera 2 LOREG), impone que en las candidaturas presentadas en éstos figure un mínimo del 50 por 100 de mujeres y del 40 por 100 de hombres.

F A L L O

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad, núm. 4057-2005, interpuesto por sesenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra los arts. 3.7 (párrafo segundo) y 20.4 b), 5, 6 y 7, y las disposiciones finales segunda (apartado 2), cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”. Dada en Madrid, a diecinueve de enero de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno de 19 de enero de 2009, sobre la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres.

1. El Pleno repite la doctrina de la STC 12/2008, de 29 de enero, que declaró constitucional la imposición de un sistema de paridad entre hombres y mujeres conforme al art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Mi posición en esta cuestión es que, en el terreno de la representación política, la denominada “democracia de género”, según anglicismo al que la legislación ha dado carta de naturaleza en nuestra lengua, per-

JURISPRUDENCIA TC

vierte las bases de nuestra representación política, a la vez que lesiona la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos.

He expresado mi disenso con el criterio de la mayoría de este Tribunal siempre que la rigidez de las normas de protección de la mujer ha producido el conocido efecto consiguiente de “retrodiscriminación” (reverse discrimination) (Cfr., en ese sentido, Voto particular al ATC 471/2007, de 17 de diciembre). Y es que, a pesar de los eufemismos que emplea la STC 12/2008 y la Sentencia de la que hoy discrepo, las normas de la LOREG han discriminado ya a mujeres concretas y sacrificado sus derechos fundamentales sustantivos. Así ocurrió cuando impidieron a veintiséis de ellas — dieciséis en la circunscripción tinerfeña de Garachico y diez en la madrileña de Brunete— participar en las elecciones locales de 2007, precisamente por su condición de mujeres (STC 127/2007, de 22 de mayo y VP; 137/2007, de 10 de mayo y VP; y, en especial, mi Voto particular a la citada STC 12/2008). Se deben erradicar las discriminaciones del pasado, pero sin emplear métodos que produzcan discriminaciones actuales.

2. Creo necesario volver a exponer mi posición con detalle, dada la insistencia de la Sentencia en reproducir literalmente los argumentos de los que me aparté en aquella ocasión:

“Una aproximación superficial al problema de la representación política paritaria llevaría a creer que lo que se discute es algo tan simple como la conveniencia de que la proporción de mujeres que se postulan para ejercer cargos públicos representativos deba ser equivalente o aproximada a la de los varones. Si se tratara de ello mi voto hubiera sido favorable a la constitucionalidad de la Ley cuestionada. Pero el problema es mucho más complejo puesto que, aplicada al ámbito de la representación política, el sistema de paridad altera las bases sobre las que está construida nuestra representación política, a la vez que lesiona la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos.

Mi posición se resume en considerar constitucionalmente válido que los partidos políticos puedan acoger en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales. Pero que en nuestro modelo constitucional la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada” (FJ 1 del Voto particular a la STC 12/2008).

3. “La reivindicación de la paridad se funda en la idea de que la división de la Humanidad en dos sexos tiene más fuerza y prevalece sobre cualquier otro criterio de unión o de distinción de los seres humanos. Sin embargo, ha sido

un principio fundamental desde los inicios del Estado liberal surgido de la Revolución francesa que la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general. Como reacción frente al Ancien Régime y a las asambleas divididas en los brazos estamentales, el nuevo orden político estableció, en palabras de Sieyès, que ‘el ciudadano es el hombre desprovisto de toda clase o grupo y hasta de todo interés personal; es el individuo como miembro de la comunidad despojado de todo lo que pudiera imprimir a su personalidad un carácter particular’. Sobre este concepto de ciudadano se edifica el régimen representativo, afirmándose en el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que ‘La ley es la expresión de la voluntad general. ... Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos’.

En nuestros días sigue siendo cierto que los candidatos elegidos representan a todos los ciudadanos, no sólo a los que les votaron, ni siquiera sólo a los que votaron, sino también a los que no lo hicieron; representan a los que por ser menores, incapaces o estar condenados no pudieron votar, a los que pudiendo hacerlo se abstuvieron y a los que votaron en blanco. A todos representan. Así lo entendió tempranamente este Tribunal al señalar que ‘una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral’ (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 4) y que ‘los Diputados, en cuanto integrantes de las Cortes Generales, representan al conjunto del pueblo español ... Otra cosa sería abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado’ (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3). Sólo así se entiende que el voto de todos los parlamentarios tenga el mismo valor aunque cada candidato haya accedido al escaño respaldado por un distinto número de votos. En las democracias occidentales la función primera de la representación política consiste en transformar una pluralidad inicial en ‘una’ voluntad política, porque resulta deseable que la heterogeneidad de razas, religiones, culturas, lenguas, lugares de nacimiento, etc., no sea obstáculo para la consideración legal de ciudadano. Se es ciudadano y sólo ciudadano. Por ello en nuestro modelo constitucional la soberanía nacional reside en el pueblo español en su conjunto, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE), las Cortes Generales representan al pueblo español (art. 66.1 CE) y son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos (art. 66.5 CE).

El nuevo modelo de representación política que se inauguró con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, interpone la condición sexual entre la soberanía y la condición de ciudadano, de modo que hombres y mujeres, hasta ahora personas indiferenciadas en el ejercicio del derecho de sufragio, incorporan una circunstancia añadida de la que no pueden

JURISPRUDENCIA TC

desprenderse. Ciertamente no puede extrañar el recelo de esta regulación en un amplio sector de la militancia feminista.

Debemos preguntarnos: ¿Es concebible dividir a los representantes políticos en categorías, con el fin de facilitar o asegurar un mínimo de elegidos de cada una, sin que resulte gravemente afectado el principio de la unidad y de la homogeneidad del cuerpo de ciudadanos? Si la respuesta es afirmativa ello permitirá al legislador, en un futuro, imponer al cuerpo electoral que en las candidaturas electorales deban figurar necesariamente personas integradas en colectivos definidos por la raza, la lengua, la orientación sexual, la religión, determinadas minusvalías congénitas, su condición de jóvenes o de personas de la tercera edad, etc. sin que la [STC 12/2008] acierte a razonar convincentemente que, en adelante, el legislador [ya sea éste hoy estatal o autonómico] no pueda introducir estos criterios al regular el derecho de sufragio pasivo, ya que la propia [STC 12/2008, FJ 4] atribuye al legislador la tarea de ‘actualizar y materializar’ la efectividad de la igualdad en el ámbito de la representación política. Así, en Bélgica, mediante reforma constitucional, se han introducido cuotas lingüísticas en la actividad política” (STC 12/2008, FJ 2 del Voto particular).

4. A partir de las Conferencias mundiales sobre las mujeres celebradas, en el marco de Naciones Unidas, en Nairobi (1985) y Pekín (1995), se recomienda la perspectiva de género (mainstreaming) en todas las políticas y acciones y la incorporación paritaria de la mujer a los máximos órganos de decisión (women empowerment). Así, por ejemplo, el art. 3.7 de la Ley Vasca 4/2005 impugnado en este recurso garantiza “una presencia equilibrada de mujeres y hombres en los distintos ámbitos de toma de decisiones”. Pero no tienen la misma enjundia constitucional las decisiones en los ámbitos públicos, o incluso de Gobierno, que la alteración de la concepción del núcleo mismo del cuerpo electoral en nuestra democracia representativa.

“Para la Sentencia el art. 9.2 CE es el deus ex machina que habilita para modificar el modelo de democracia representativa vigente desde la aprobación de la Constitución de 1978. Sin embargo no puede obviarse que hasta comienzos de la década de los ochenta no empiezan a articularse propuestas para introducir cuotas de género en las listas electorales, como el proyecto Barre en Francia o cuando en 1986 los Verdes adoptaron en Alemania el ‘Frauenstatut’ y dos años más tarde el SPD con la llamada Quotenbeschluss, surgiendo en los años noventa las propuestas de paridad electoral. Por tanto, difícilmente el constituyente español pudo habilitar en 1978 al legislador, en el art. 9.2, para mutar el secular modelo de representación política” (FJ 3 del Voto particular a la STC 12/2008).

“El art. 9.2 CE presenta una similitud tal con el art. 3.2 de la Constitución italiana de 1948 que inmediatamente sugiere que nuestro constituyente se inspiró en él, siendo así que en Italia fue precisa una reforma constitucional expresa para

poder introducir normas de paridad electoral. A mi juicio el art. 9.2 CE propicia medidas de fomento de la igualdad material y, de hecho, es en los países escandinavos donde la mujer ha logrado mayor presencia efectiva en las listas electorales, sólo con medidas positivas de fomento voluntariamente incorporadas a los estatutos de los partidos políticos. Al Estado Social de Derecho le corresponde remover los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad y la igualdad del individuo sean efectivas y reales, adoptando medidas de fomento para que los colectivos que histórica o coyunturalmente han visto dificultado su acceso a los cargos públicos representativos puedan hacerlo en condiciones de igualdad real. Para ello, en el caso de la mujer, compete al legislador establecer medidas que permitan la conciliación de la vida laboral o profesional con la familiar, perseguir en todos los ámbitos la violencia de género, el acoso sexual o la cosificación de la mujer en los medios publicitarios, combatir la educación sexista, la discriminación en el empleo o en las remuneraciones, facilitar la opción por la maternidad y cuantas múltiples formas de acción positiva tiendan de modo decidido a mejorar la posición de la mujer en la sociedad y, en lo que ahora interesa, fomentar su integración en la vida política. Por ello, considero que es constitucionalmente válido que los partidos políticos acojan en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales. El propio Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor para España el 4 de febrero de 1984 y es todavía la norma de Derecho internacional convencional más avanzada en esta materia, el previo Convenio de Nueva York de 1953 sobre derechos políticos de la mujeres y la Resolución núm. 169 de 1988 del Parlamento europeo, no contienen un llamamiento dirigido a los Gobiernos o a los Parlamentos nacionales, sino a los partidos políticos.

De otra parte, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer contempla medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, pero que cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato (art. 4). Y es que, efectivamente, lo consustancial a las medidas de discriminación positiva es su carácter temporal como consecuencia lógica de la consideración de que el hombre y la mujer son —por esencia— iguales en derechos y en dignidad humana. Sin embargo el art. 44 bis LOREG, introducido por la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, más que mejorar la posición de partida de las mujeres para que éstas puedan alcanzar un determinado resultado —acceder a cargos de representación política en igualdad de condiciones con los hombres—, antes que esto, lo que persigue es imponer directamente un resultado puesto que, en un sistema de listas electorales cerradas con alternancia impuesta, la igualdad de oportunidades se transforma en igualdad de resultados. Y

JURISPRUDENCIA TC

constato una cierta incoherencia en que [la LOREG] excluya de su aplicación a muchos municipios del ámbito rural, donde de facto las mujeres tienen más dificultad para participar en la vida política” (FJ 3 del Voto particular a la STC 12/2008).

5. La STC 12/2008 destacó el carácter equilibrado y bidireccional de la paridad electoral establecida en la LOREG. Destaqué, en el fundamento jurídico 3 in fine de mi Voto particular a dicha Sentencia, que esa lectura hábil se veía contradicha por el propio texto legal, que olvidaba ese equilibrio —en principio neutral— en su art. 44 bis 1 in fine cuando habilita a las Comunidades Autónomas para que, en la elección de miembros de sus Asambleas Legislativas, sus leyes reguladoras puedan “establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones de las citadas Asambleas Legislativas”. Así ha ocurrido ahora en las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2007 y por eso la Sentencia de la que disiento se ve obligada a reconocer ahora que estamos ante una medida de discriminación positiva a la que se debe aplicar un canon de razonabilidad y proporcionalidad (FJ 11). Y es que para que toda medida de acción positiva sea admisible debe cumplir la condición de no producir efectos retrodiscriminadores (reverse discrimination).

6. “De nuestra jurisprudencia se infiere que el derecho de sufragio pasivo no puede ser modulado mediante afectación del principio de igualdad —lo que me parece indudable que ocurre cuando se consagra la división del cuerpo electoral por razón del sexo— ni limitando derechos fundamentales: en este caso, el derecho de asociación (art. 22 CE) en la modalidad referida a los partidos políticos, y el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE). En efecto, en la importante y conocida STC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 2), se fijó que el legislador [estatal], al regular el derecho de sufragio pasivo puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero que esta libertad tiene como limitaciones generales las que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

Sostiene [la STC 12/2008] que los partidos políticos, y no los ciudadanos, son los destinatarios de las normas que imponen la paridad en las listas electorales. Razonaba Hans Kelsen, a principios del siglo pasado, que identificar a los destinatarios de las normas era uno de los problemas capitales (Hauptprobleme) del Derecho público. La soltura de la [STC 12/2008] para ceñir a los partidos políticos y a las coaliciones de electores normas que la propia exposición de motivos de la [LOREG] vincula al art. 23.2 CE hubiera sorprendido al jurista vienés. Lo cierto es que resulta lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada. Me parece que sólo con artificio puede negar-

se que el sistema de paridad veta la posibilidad de convertirse en representantes, en razón de su sexo, a quienes junto a otros concurrentes de su mismo género rebasen una barrera establecida de manera arbitraria por el legislador. Desde luego, no existe un derecho a ser incluido en una candidatura electoral. Pero debe recordarse que en la cuestión de inconstitucionalidad que también se resolvió, acumulada por el ATC 471/2007, al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 44 bis LOREG que establece la paridad de cuotas electorales, “las dieciséis mujeres de la circunscripción de Garachico fueron incluidas en la candidatura y que, por tanto, no invoca[ba]n un inexistente derecho a su inserción en la lista electoral sino que, una vez que se integraron en la candidatura, reclamaron el derecho a ser elegidas por el electorado, su derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE)” (FJ 4 del Voto particular a la STC 12/2008).

Y es que, en fin, el Tribunal Constitucional italiano afirmó sabiamente en su conocida Sentencia 422/1995, de 6 de septiembre, que la pertenencia a uno u a otro sexo no puede ser nunca considerada como requisito de elegibilidad y lo mismo debe afirmarse para la posibilidad de ser candidato (candidabilità). La posibilidad de ser presentado candidato, bien por partidos o bien por agrupaciones de electores, no es sino una obvia condición prejudicial necesaria para poder ser elegido o, lo que es lo mismo, conditio sine qua non para ejercer el derecho fundamental al electorado pasivo que garantiza toda Constitución democrática.

7. “Considero que la imposición legislativa de la paridad o de cuotas electorales vulnera la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos (arts. 6 y 22 CE). Una democracia madura debe hacer efectiva su confianza en que los partidos políticos ‘expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental de la participación política’ y que ‘su creación y el ejercicio de su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y la ley’ (art. 6 CE). Me parece obvio que las mujeres o los hombres que integran las candidaturas electorales no aspiran a representar, respectivamente, a las mujeres o a los varones, pues no es defendible que las mujeres sólo voten a mujeres, ni los hombres a los hombres, ni que cada sexo sólo se represente a sí mismo. La decisión del elector es producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3), pero parece claro que el voto de los ciudadanos atiende al programa que defienden los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones de electores, con independencia de que sean hombres o mujeres quienes integren las candidaturas. Por último, creo que debemos reflexionar sobre las razones por las que en Francia, Alemania, Italia, Portugal o Bélgica, la introducción de cuotas o paridades en la actividad política ha venido precedida de la reforma de sus respectivas

JURISPRUDENCIA TC

Constituciones. No creo que obedezca tan sólo al respeto jurídico que a estos países les merecen sus propias normas constitucionales sino a algo más profundo, cual es la necesidad de que los elementos estructurales de la democracia sean fruto del consenso y no de la imposición de una mayoría parlamentaria coyuntural al resto de las fuerzas políticas” (FJ 5, y último, del Voto particular a la STC 12/2008). Madrid, a diecinueve de enero de dos mil nueve.

Voto concurrente que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4057-2005.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros del Pleno, dado que mi posición es concurrente con la de la mayoría, debo comenzar manifestando que, obviamente, comparto el fallo alcanzado. Mi acuerdo se extiende, asimismo, a todo lo relativo al enjuiciamiento de los preceptos del ámbito electoral (disposiciones finales cuarta y quinta), haciendo mío, pues, no sólo el fallo alcanzado sino, también, los razonamientos en los que se funda y que se realizan en los fundamentos jurídicos 7 y ss. Mi discrepancia se limita, pues, a parte de los razonamientos (no a la conclusión del fallo) realizados en los fundamentos jurídicos 4 a 6, relativos a lo que en la Sentencia se denomina preceptos del ámbito administrativo, y no tanto por lo que dice sino por lo que no dice, más en concreto, por la falta de intensidad del juicio de constitucionalidad realizado.

Los arts. 3.7 (párr. 2), 20.4, 5, 6 y 7, y la disposición final segunda 2 de la Ley 4/2005, de igualdad de mujeres y hombres del País Vasco adoptan, en efecto, una serie de medidas de equiparación de sexos en el ámbito de las Administraciones públicas dentro de la política de género que inspira toda la ley. Dichas medidas, por lo que ahora importa, resumidamente, son el mandato de alcanzar la representación equilibrada de hombres y mujeres en los distintos ámbitos de toma de decisiones, definiendo que se entiende por “representación equilibrada” una representación de los dos sexos de al menos el 40 por 100 en dichos ámbitos (art. 3.7) y la obligatoriedad de que dicha “representación equilibrada” se imponga (art. 20.6) en “los tribunales de selección” (art. 20.4 y disposición adicional segunda 2), y en “jurados” de premios y órganos afines (art. 20.5). La constitucionalidad de dichas medidas se justifica por la mayoría, básicamente, en dos argumentos. Por un lado se sostiene que no existe lesión de los arts. 14 y 23.2 CE porque no se infringen los derechos fundamentales en dichos preceptos consagrados ni lesión del art. 103.3 CE puesto que la composición de los órganos aludidos no compromete el principio de mérito y capacidad al garantizar a Ley que los miembros de los citados órganos tendrán la capacitación necesaria para realizar las diversas labores de selección que tengan encomendadas. Respecto de esto último nada hay que objetar ya que, en efecto, afirmada la capacidad técnica

de quienes seleccionan, su pertenencia a un sexo u otro en nada repercute sobre los candidatos, que tienen garantizada la cualificación técnica del “juzgador” que tiene que resolver de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Menos aún se lesionan derechos de posibles miembros de esos órganos por cuanto nadie tiene, a priori, derecho subjetivo alguno a formar parte de esos mismos órganos. El segundo elemento de la ratio decidendi se sitúa en que el concepto de “representación equilibrada” comporta una medida neutra, bidireccional, puesto que afecta tanto a hombres como a mujeres.

En mi opinión, sin embargo, como ya he apuntado, el parámetro de enjuiciamiento resulta insuficiente, y es en este punto en el que discrepo de la mayoría, creyendo que el enjuiciamiento constitucional realizado debería haber sido mucho más intenso por lo que se refiere al principio de igualdad. Medidas como la presente, aunque se formulen en términos neutros, finalmente son medidas positivas, como en seguida se verá y, lógicamente, no sólo tienen el límite de no lesionar derechos fundamentales, sino que están sujetas al conjunto de la norma fundamental. Por lo demás, este Tribunal viene exigiendo un especial rigor en el enjuiciamiento de medidas diferenciadoras basadas en el criterio del sexo (STC 200/2001, entre otras).

Puesto que cualquier acción positiva supone siempre la persecución de un fin, favorecer a un colectivo respecto de otro u otros por la situación de desigualdad en que se encuentra aquél, dicha acción debe ajustarse a un juicio global de constitucionalidad, por más que la intensidad de éste pueda variar atendiendo al tipo de medida, pero que siempre debe superarse.

En este caso, la medida de composición de ciertos órganos que adoptan los preceptos ahora analizados (art. 20.4, 5, 6 y 7, y la disposición final segunda 2 de la Ley 4/2005 —el art. 2.4 resulta instrumental respecto de los demás) tiene obviamente como finalidad favorecer a las mujeres, aunque la medida se formule de manera neutra. Esa neutralidad, cierto es, serviría para evitar o paliar una hipotética situación de desigualdad social de los hombres pero resulta claro que la medida se adopta en el momento en el que se hace en beneficio de la mujer. Así se desprende del propio tenor de la ley y, sobre todo, de la incuestionable realidad social sobre la que actúa, que arrastra una posición tradicional de desventaja de la mujer respecto del hombre. Ello sirve para satisfacer la primera exigencia del juicio de constitucionalidad de las medidas; éstas, como toda la ley, persigue una finalidad constitucionalmente legítima, la no discriminación de la mujer respecto del hombre, que justifica una determinada política de género, que encuentra incluso acomodo en la norma fundamental (art. 9.2 en relación con el art. 14 CE), en los tratados internacionales suscritos por España y en el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco, tal y como recuerda la exposición de motivos de la Ley 4/2005, Ley de igualdad de mujeres y hombres del País Vasco.

JURISPRUDENCIA TC

Aceptada, pues, la licitud constitucional de las medidas desde el punto de vista de la finalidad última perseguida, procede después valorar su idoneidad para alcanzar el fin perseguido. ¿Cómo persiguen contribuir a la no discriminación de sexo una medidas consistentes en que se garantice en órganos de selección una presencia equilibrada de sexos? Esta es, en mi opinión, la cuestión central que plantean este tipo de actuaciones normativas y, en concreto, la que se ha omitido analizar en el juicio realizado en el presente caso o se ha analizado muy insuficientemente. Sin embargo, en este tipo de medidas el juicio de constitucionalidad debe ser especialmente estricto para garantizar que no se dañan bienes constitucionales o que no se sientan las bases para nuevas discriminaciones. La Ley no ofrece una justificación explícita de estas medidas, aunque, como luego se verá, pueda deducirse como consecuencia de una interpretación a favor de la constitucionalidad de la norma. Una primera posibilidad es entender que la “representación” equilibrada en los órganos de selección pretende evitar comportamientos sexistas de dichos órganos a la hora de seleccionar personal u otorgar premios, subvenciones, etc. Sin embargo, nada en la Ley parece apuntar en esa dirección. Tampoco parece que, por fortuna, en la actualidad pueda pensarse que de eso se trata. No resulta, desde luego, en absoluto evidente, frente a lo que pudiera ocurrir hace años, que en el momento actual de desarrollo de la sociedad española, en general, y de la vasca en particular, la selección de personal para una Administración pública se realice de manera que favorezca a un determinado sexo en detrimento del otro. En todo caso, nadie ha traído ese argumento al debate procesal ni, insisto, puede resultar evidente, frente a lo que por desgracia sucede con otras manifestaciones discriminatorias. Por tanto no puede partirse de que el legislador vasco haya concebido su medida como reacción a un comportamiento sexista de las comisiones que, de producirse puntualmente, podría encontrar mecanismos de reacción en el ordenamiento jurídico.

Tampoco parece que, en un segundo nivel de intensidad, se esté reaccionando frente a una estructural descompensación de sexos en la composición de las Administraciones públicas afectadas. Ese fenómeno, que sí se ha dado en el pasado y del que quedan aún manifestaciones, ni ha sido tampoco traído al debate procesal ni resulta, por fortuna, evidente respecto de Administraciones relativamente recientes, como son las afectadas.

Excluidas esas explicaciones, podría pensarse, en la línea del recurso planteado, en la inconstitucionalidad de la medida ya que, hay que insistir en ello, en cuanto medida de acción positiva, debe perseguir la finalidad genérica constitucionalmente legítima, la igualdad de sexos, de manera adecuada, necesaria y proporcionada. Podría, pues, pensarse, que si no hay comportamiento sexista de los órganos de selección ni hay que compensar desequilibrios de sexo en las Administraciones, no existiendo la causa pierde

su racionalidad una medida de este tipo.

No obstante, puede encontrarse un fundamento a esa medida imperativa de “relación equilibrada” que, aún en la actualidad, pueda hacer que sea considerada idónea. En efecto, como ya se ha señalado, y como también pone en cierto sentido de manifiesto la exposición de motivos de la Ley enjuiciada, la sociedad actual, aunque por fortuna haya superado muchas de las manifestaciones de la tradicional discriminación del sexo femenino, sigue siendo muy tributaria de esa cultura sexista en “una arraigada estructura desigualatoria” (STC 59/2008, FJ 9). Por ello, puede resultar constitucionalmente proporcionado adoptar medidas tendentes a garantizar que las sensibilidades de los dos sexos están presentes en los órganos que tienen que seleccionar a los componentes de las Administraciones públicas o que conceder premios, subvenciones, etc. Sólo el afianzamiento de la inexistencia de prácticas sexistas en ese terreno puede, temporalmente, justificar medidas difícilmente conciliables en abstracto con el principio de igualdad.

Lo anterior conduce al último elemento de enjuiciamiento. Como ya se ha apuntado, las medidas positivas tienen una lógica temporal ya que sólo tienen sentido mientras existe una situación de discriminación y se procura su desaparición (STC 128/1987, por todas). A este respecto, la Ley impugnada, aunque no fija plazo alguno para la remoción de las medidas por cuanto resulta imposible prever cuándo debe proceder a esa remoción, es lo cierto que al menos sí aporta elementos en ese sentido al establecer mecanismos cuya finalidad es precisamente valorar la incidencia de la Ley y el alcance real de las posibles situaciones discriminatorias (en especial art. 19).

Todo lo anterior me lleva a concluir que las normas son constitucionales, pero después de un análisis más riguroso en su intensidad del que lleva a cabo la Sentencia, que apunta a un control liviano de las medidas de acción positiva, por definición situadas en tensión con el citado principio de igualdad, todo ello teniendo presente que esas medidas temporales, cumplido su objetivo, deberán ser reformuladas, en una valoración que corresponde al legislador, pero que también puede ser objeto de control de constitucionalidad de este tribunal.

Madrid, a diecinueve de enero de dos mil nueve.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 13/2009 (RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD A LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 4/2005 PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES)

La Sentencia 13/2009 resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra los arts. 3.7, 20.4, 5, 6 y 7, y las Disposiciones Finales Segunda, Cuarta y Quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero,

JURISPRUDENCIA TC

para la Igualdad de las Mujeres y Hombres.

En el primero y segundo de los preceptos recurridos se regula el concepto de representación equilibrada, que es una relación del 40-60 por ciento de mujeres y hombres, para la ocupación de cargos públicos, comisiones, tribunales y procesos de acceso, provisión y promoción a cargo público. En las Disposiciones se regula una paridad política de un 50 por ciento de candidaturas en función del sexo en los procesos electorales y se modifica la legislación electoral autonómica.

Las razones que argumenta el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso no son diferentes de las esgrimidas en el recurso que originó la Sentencia 12/2008, en la que se resolvió un recurso de inconstitucionalidad y una cuestión acumulados contra la Ley Orgánica 3/2007. El presente recurso se había interpuesto con anterioridad al de la Ley Orgánica, aunque por razones de interés público se ha resuelto antes el recurso interpuesto con posterioridad. La Sentencia 13/2009, por su parte, hará constantes remisiones a la anterior, reproduciendo a su vez una buena parte de los argumentos jurídicos allí razonados. Hay sin embargo algunas cuestiones específicas que derivan de la peculiaridad de una ley autonómica, en relación con la ley estatal.

Se parte en el recurso de la consideración de la inconstitucionalidad de las cuotas, en general, y con independencia del grado, por ser contrarias a elementos nucleares en la teoría de la representación política. En primer lugar, por el tema competencial de la imposibilidad de que un legislador autonómico pueda regular condiciones de representación política que afectan al ejercicio del art. 23 CE. La legislación autonómica en materia de electoral debe circunscribirse a aspectos que no tengan nada que ver con la igualdad básica de todos los españoles (art. 149.1.1 CE) y la paridad política afecta de manera esencial al derecho de representación. En segundo lugar, se argumenta también el contexto internacional, y la necesidad de reformas constitucionales en el entorno europeo para introducir el sistema de cuotas en función del sexo. Se señalan Francia e Italia donde, efectivamente, resoluciones del Conseil Constitutionnel y de la Corte Costituzionale, obligaron a estos Estados a modificar la Constitución para introducir estas reformas electorales. Finalmente, se considera por los recurrentes que las limitaciones impuestas por las cuotas electorales a los partidos políticos, son inconstitucionales.

En cuanto a la cuestión competencial, el Tribunal considera que esta ley se mueve dentro de los parámetros de constitucionalidad que permite la regulación de las condiciones básicas de la LO 3/2007. De este modo se configura como parámetro de constitucionalidad para el enjuiciamiento de una ley, otra ley estatal posterior⁹⁴. Queda la duda de si en ausencia de esta nueva regulación estatal, la ley autonómi-

ca hubiera podido considerarse inconstitucional por esta cuestión competencial.

En cuanto a la inconstitucionalidad material, fuera ya de la cuestión competencial, las remisiones a la STC 12/2008 son constantes y, por lo demás, plenamente justificadas en función de la proximidad temporal y similitud de regulación. Sin embargo, y dado que en esta ley el porcentaje de presencia por sexo es de un 50 por ciento, justifica el Tribunal esa diferencia por la posibilidad que tiene el legislador autonómico de mejorar esa presencia. Nuevamente el parámetro de constitucionalidad lo constituye una ley orgánica posterior a la entrada en vigor de la ley ahora cuestionada. Esa mejora, se dice en el Fundamento Jurídico 11º es proporcionada y razonable. La razonabilidad y la proporcionalidad se encuentran en que ese porcentaje, al ser superior al 40, también puede beneficiar al hombre, en la medida en que el porcentaje de 60-40 no es de atribución específica ni al hombre ni a la mujer. Respecto del contexto internacional y europeo, la sentencia trae el razonamiento de la STC 12/2008 en el sentido de dar una interpretación al art. 9.2 CE de todo punto diferente de los preceptos constitucionales italianos y franceses. A diferencia de ellos, este precepto de nuestra Constitución, permite un desarrollo importante de la desigualdad compensatoria que permita una igualdad real, en situaciones como esta, de postergación histórica de la mujer.

En cuanto a las limitaciones impuestas a los partidos políticos, se considera que son limitaciones razonables y proporcionadas en función del fin perseguido. No son las únicas impuestas en materia electoral, y no son de mayor rigor que otras que se encuentran en la legislación electoral.

El voto particular que se formuló en su momento a la STC 12/2008, también se repite ahora con los mismos argumentos. La similitud entre el art. 3.2 de la Constitución italiana y nuestro art. 9.2 no permite concluir diferentes soluciones en orden a la constitucionalidad, al tiempo que no cabe imponer a los partidos políticos restricciones en sus listas electorales en función del sexo. No entra el voto particular en la cuestión competencial, y por tanto se da por supuesto que hay unanimidad en considerar que hay competencia autonómica para la regulación de la paridad, y que ésta se afianza o sustenta en una ley posterior a la regulación.

Y, a diferencia de la Sentencia anterior, aquí hay un voto particular concurrente. El voto se justifica por el diferente grado de intensidad del razonamiento por el que se concluye la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas contenidas en la ley para conseguir la igualdad real de las mujeres. Considera el concurrente que hay que indagar más acerca de la razón de ser de esas medidas y de sus posibilidades e idoneidad, además de la temporalidad, para conseguir el legítimo fin propuesto. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

⁹⁴ En efecto, la Disposición Adicional Primera de la LO 3/2007, dispone que en las elecciones a las Asambleas autonómicas, "las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas."

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 45/2009, DE 19 DE FEBRERO DE 2009 (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTÍCULO 171.4 DEL CÓDIGO PENAL)⁹⁵

II. Fundamentos jurídicos

1. La Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia considera que el párrafo primero del art. 171.4 del Código penal, en su vigente redacción, dada por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los arts. 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución por serlo de los principios de igualdad, proporcionalidad penal y culpabilidad, y del valor de la dignidad de la persona contemplados en dichos artículos. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones. La petición principal del Abogado del Estado es la inadmisión parcial de todas las cuestiones, en lo referido al párrafo segundo del art. 171.4 CP, y la inadmisión total de tres de ellas (núms. 8295-2006, 6978-2007 y 7616-2007), en las que observa defectos formales.

El párrafo primero del art. 171.4 CP sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

2. De un modo principal, el Abogado del Estado solicita la inadmisión de todas las cuestiones respecto al párrafo segundo del art. 171.4 CP (“Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”), porque considera que su validez es irrelevante para la decisión del proceso (art. 35.2 LOTC). Atribuye además ciertos defectos formales graves a la tramitación de los Autos de cuestionamiento correspondientes a las cuestiones núm. 8295-2006, 6978-2007 y 7616-2007, por lo que respecto a las mismas pide principalmente su entera inadmisión.

a) Aunque ciertamente algunos pasajes del Auto señalan como cuestionado el entero art. 171.4 CP, la resolución concluye el apartado correspondiente a la “Norma cuya constitucionalidad se cuestiona” con la exclusión al respecto de su segundo párrafo (“Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnera-

ble que conviva con el autor”). Tal exclusión del cuestionamiento hace innecesario el análisis del óbice de irrelevancia que opone el Abogado del Estado respecto a este párrafo del enunciado legal.

b) Tampoco procede acordar la inadmisión que solicita asimismo el Abogado del Estado respecto a la cuestión núm. 8295-2006, a la que achaca la extemporaneidad de su planteamiento (art. 35.2 LOTC), una vez dictada la Sentencia y no en el plazo para el dictado de la misma. No se constata, sin embargo, este presupuesto fáctico de la petición: el acta correspondiente refleja el contenido de la conformidad alcanzada (condena a la pena solicitada por el Ministerio Fiscal) y, a pesar de la dicción del formulario que sirve para cumplimentar el acta, señala expresamente por dos veces que se suspende el plazo para dictar Sentencia.

c) No concurre tampoco el defecto de comunicación (art. 35.2 LOTC) que el Abogado del Estado atribuye a la tramitación de la cuestión núm. 6968-2007. Que en el acta del juicio se expresara que “se plantea cuestión de inconstitucionalidad” no inducía a error al Ministerio Fiscal y a las partes en el sentido de que la cuestión estuviera ya planteada, puesto que en el propio juicio se anunciaba la concesión del plazo para las alegaciones al respecto y puesto que en la posterior providencia se hizo lo propio para el dictado de un Auto “decidiendo plantear o no la cuestión”.

d) En cambio debe darse la razón al Abogado del Estado en cuanto a la inadmisibilidad de la cuestión 7616-2007, puesto que la providencia para la audiencia de las partes en torno a su planteamiento refirió la posible inconstitucionalidad al art. 153.1 CP, y no al art. 171.4 CP, y sobre tal erróneo objeto se pronunció la acusación particular. Procede recordar de nuevo “la importancia del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC”, que satisface las funciones de “garantizar una efectiva y real audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad como lo es la apertura de un proceso constitucional, poniendo a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados”, y de “facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado” (STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 6).

3. El Auto de cuestionamiento divide su argumentación en dos grandes bloques. El primero tiene por contenido la posible vulneración del principio de proporcionalidad penal por parte del precepto cuestionado. El segundo y más extenso se refiere en su epígrafe al derecho a la igualdad,

⁹⁵ Suplemento del BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2009.

JURISPRUDENCIA TC

pero incluye también las objeciones atinentes al principio de culpabilidad y a la dignidad de la persona.

Las alegaciones relativas a este segundo apartado del Auto de cuestionamiento encuentran respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo órgano judicial ahora cuestionante respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el art. 171.4 CP. Ahora como entonces la duda central de la Magistrada cuestionante se refería a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al art. 14 CE. Así, a partir de su interpretación del tipo penal que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso —pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— a un varón que amenace levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, “los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o ... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”) tendrá en todo caso un marco penal inferior: si la amenaza leve se produce con armas u otros instrumentos peligrosos el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses (art. 171.5 CP), y si la amenaza se efectúa sin tales recursos intimidatorios será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3 CP).

Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), el recuerdo de que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”, para el que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Nuestro actual análisis del art. 171.4 CP no puede por ello “serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el

de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa” (STC 59/2008, FJ 6).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del art. 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues “no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” (STC 59/2008, FJ 7).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por “que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación” (STC 59/2008, FJ 7).

a) El análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma. Como reseñábamos en la STC 59/2008, de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma “tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales” (FJ 8).

A partir de esta constatación, “tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto

JURISPRUDENCIA TC

del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador” (FJ 8).

b) El segundo análisis de igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el art. 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas. Y, como afirmamos en la STC 59/2008, “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” (FJ 9.a).

c) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad *ex* principio de igualdad del artículo cuestionado:

1) En el caso de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos la diferencia básica consiste en la elevación del límite mínimo del marco penal de la pena alternativa de prisión de tres (art. 171.5 CP) a seis meses (art. 171.4 CP). Ciertamente el hecho de que el tipo del art. 171.4 CP se catalogue por el legislador como de “violencia de género” comporta un régimen distinto y más severo de sus-

pensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y de sustitución de la misma, pero el mismo se debe a la previsión específica al respecto de preceptos que no han sido cuestionados (arts. 83.1, párrafo 3, 84.3, y 88.1, párrafo 3 CP).

En el caso de las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos, frente a la pena del art. 171.4 CP, “cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP” la pena será de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días” (art. 620, párrafo 3 CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención (art. 495 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) ni de una medida de prisión provisional (arts. 502 y ss. LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (art. 81.1 CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (art. 84.1 CP); no comporta penas accesorias (arts. 56 y 57 CP); frente al delito de amenazas leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de amenazas (art. 22.8 CP).

2) No nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan con ello un juicio negativo de la norma *ex* art. 14 CE.

Ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados en relación con la conducta de amenaza leve sin armas. En primer lugar, por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales: frente a la pena del art. 171.4 CP de “prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”, la pena del art. 620, párrafo 3 CP es de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días”. Y, en segundo lugar, por el hecho de que frente a la consideración como delito de la amenaza leve sin armas del varón a la mujer que es o fue su pareja

JURISPRUDENCIA TC

afectiva (art. 171.4 CP) se califique como falta la amenaza leve sin armas hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el art. 173.2 CP (art. 620, párrafo 3 CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda *de facto* sometido a cierto riesgo de estigmatización.

No es ocioso recordar que esta diferenciación cuantitativa y cualitativa entre delito y falta fue una de las que vertebró el cuestionamiento desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena de una versión anterior del art. 153.1 CP, la que establecía la Ley Orgánica 11/2003, que tipificaba como delitos ciertas agresiones y amenazas en el ámbito doméstico que fuera de él se seguían considerando como falta. Este cuestionamiento fue inadmitido como notoriamente infundado en los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre.

A pesar de esta notable diferencia punitiva entre las amenazas leves sin armas en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 171.4, párrafo 1 CP) y el resto de las amenazas leves sin armas que puedan darse en el seno de la pareja, no consideramos que dicha diferencia convierta en inconstitucional *ex art. 14 CE* el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene recordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional.

Nuestra conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida[s] en el ámbito de las relaciones de pareja”, y “la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito” (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 171.4 CP, que, como se expone a continuación, permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta.

Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, de idéntica duración en los arts 171.4 y 171.5 CP, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación

de libertad alguna. En ambas normas se añade una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, también de la misma duración para ambos preceptos, y una pena potestativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento que, si bien tiene un límite superior más elevado en el art. 171.4 CP (cinco años) que en el 171.5 CP (tres años), tiene también un límite inferior más leve (un día frente a seis meses). Quiere decirse con ello que en la pena alternativa a la de prisión y en las demás penas no hay diferencias, o no son sustanciales, en la sanción de los supuestos de amenazas leves con armas (arts. 171.4 y 5 CP); y que en las amenazas leves sin armas la opción posible por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad reduce significativamente la diferencia punitiva en los supuestos comparados (arts. 171.4 y 620, párrafo 3 CP). Esta reducción de la diferencia es mayor si se tiene en cuenta que la pena del art. 171.4 CP puede ser la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” (art. 171.6 CP), con lo que la pena del art. 171.4 CP alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 70, 1 y 2 CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las diferentes consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del art. 171.4 CP impone la misma pena “al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, con lo que se equiparan punitivamente a las amenazas leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras amenazas leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. Como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, en relación entonces con el tipo penal del art. 153.1 CP, no apreciamos que el precepto del art. 171.4 CP vulnere el principio de culpabilidad penal. Por una parte, porque “[e]l legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente” (amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos) y, a título de falta, el párrafo tercero del art. 620 CP (amenaza leve sin armas u otros instrumentos peligrosos). No hay, por otra parte, sanción por hechos de otros: “[q]ue en los casos cuestionados ... el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la con-

JURISPRUDENCIA TC

ducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción” (FJ 11).

6. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad alude también el Auto de cuestionamiento a la posible oposición del art. 171.4 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que “sugiere la equiparación de la mujer a las personas especialmente vulnerables”: “la sola previsión paralela y yuxtapuesta de los dos casos agravados constituye una invitación al sentimiento de desdoro para la dignidad de la mujer”.

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad, porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, descripción del sujeto pasivo de otro tipo penal, el del párrafo segundo del 171.4 CP. Es en el tipo del primer párrafo donde se contempla un sujeto pasivo femenino en atención a que, “de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima” [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 a)]. No se trata así de que el legislador presuma o aprecie una especial vulnerabilidad de la mujer por el hecho de serlo, sino de la consideración razonable de la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9).

7. El otro bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del art. 171.4 CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que el Auto de cuestionamiento deriva de los arts. 9.3, 17.1 y 25.1 CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [*supra* FJ 3 b)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Ciertamente, como refleja el propio Auto, una duda similar se planteó ya con el antiguo delito de amenazas leves “con armas y otros instrumentos peligrosos” en el ámbito doméstico (art. 153 CP en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003) y fue inadmitida por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre. Y ciertamente también que entonces como ahora se cuestionaba la proporcionalidad de la sanción como delito de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de mera falta; en concreto, en el cuestionamiento del anterior

art. 153.1 CP, “de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de meras faltas y en la dada por la Ley Orgánica 11/2003 pasan a constituir delito en atención al ámbito doméstico en el que se producen y a la cualidad del sujeto pasivo” (ATC 332/2005, FJ 3). Pero cierto es también, como argumenta la Magistrada cuestionante, que entre dicha norma y la que ahora se cuestiona por la desproporción de su pena existen diferencias: la conducta del vigente art. 171.4 CP incluye todas las amenazas leves; su pena alternativa de prisión tiene un límite mínimo superior (seis meses en lugar de tres), aunque su pena puede reducirse en un grado, lo que comportaría una pena de prisión con un mínimo de tres meses (art. 171.6 CP) y una pena de trabajos de beneficio de la comunidad inferior a la del anterior a la del citado antiguo art. 153.1 CP; su pena potestativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento es diferente, mayor en su máximo y menor en su mínimo (hasta cinco años en lugar del tramo de seis meses a tres años).

Las diferencias punitivas entre el antiguo art. 153 CP y el vigente art. 171.4 CP son pocas y muy limitadas —en esencia sólo afectan a las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos—, y no modifican el resultado del juicio constitucional de falta de desproporción emitido en los reseñados AATC 233/2004 y 332/2005. Procede recordar que este juicio “debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga “la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”, y cuando además la pena sea “instrumentalmente apta para dicha persecución”, necesaria y proporcionada en sentido estricto. “Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como

JURISPRUDENCIA TC

estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

8. Como señala el Abogado del Estado, en la extensa argumentación del Auto de cuestionamiento no se especifica cuál de los análisis de proporcionalidad es el que depararía la inconstitucionalidad de la norma. De los distintos argumentos cabe inferir, en primer lugar, una impugnación del carácter mínimo o necesario de la pena, pues se invoca la ausencia de necesidades de prevención para la elevación de la pena; por otra parte, se enuncian algunas razones para sostener la desproporción estricta de la pena: ciertas amenazas leves de las comprendidas en el art. 171.4 CP deberían ser merecedoras de falta; la pena de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en los casos descritos en dicho precepto revelaría el exceso de la misma pena para las amenazas leves sin tales recursos intimidatorios; la pena devendría excesiva si se la compara con la inferior que merecen las amenazas hacia otros grupos de personas y, más en concreto, con la que acompaña a la calificación de falta cuando las amenazas se producen sin armas u otros instrumentos peligrosos.

a) Debe rechazarse la objeción atinente a la falta de necesidad de la agravación operada en relación con las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos. Más allá de la pura afirmación, y frente a la justificación legislativa de “la especial incidencia” que tienen “las agresiones sobre las mujeres” en “la realidad española” (exposición de motivos I Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, el Auto no exterioriza los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una “funcionalidad manifiestamente similar” de la pena anterior más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

b) Ciertamente se intenta también sustentar la falta de necesidad de la nueva pena más grave, y además su falta de proporción estricta en relación con el delito, en la comparación con las penas que se asignan a otras conductas. Se subraya así, en primer lugar, la pena más leve que el legislador asigna a otros delitos que el Auto de cuestionamiento considera de gravedad similar, tales como las amenazas leves a otras personas en el ámbito doméstico; mayor levedad punitiva sobre todo cuando se producen sin armas u otros objetos peligrosos. Se compara también la pena de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos del varón hacia la mujer que es o fue su pareja afectiva con la misma pena, la del art. 171.4 CP, cuando esa misma amenaza se produce sin armas. Esta comparación sería extensiva a la que se produce entre la mayor pena de la amenaza

sin armas del art. 171.4 CP y la menor pena de la amenaza con armas cuando, por ejemplo, es la cónyuge el sujeto activo del delito y su marido el sujeto pasivo.

Especial relevancia comparativa a los efectos de mostrar la desproporción de la pena que se asigna a la amenaza leve sin armas en los supuestos del art. 171.4 CP tendría la pena que se asigna a ese mismo supuesto cuando los sujetos activo y pasivo son distintos pero vinculados por relaciones familiares o de guardia y custodia. Mientras que en el primer supuesto, el del art. 171.4 CP, la conducta es catalogada como delito y se le asigna una pena de “prisión de seis meses a un año o ... trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”, el segundo supuesto se considera como falta y se pena con “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días” (art. 620, párrafo 3 CP). Para la correcta apreciación de la magnitud de la diferencia debe considerarse no sólo la diferencia cuantitativa y cualitativa de los respectivos marcos punitivos, sino también el hecho de que un tipo de conducta se reputa como delito y el otro como falta. Como ya indicamos en el fundamento jurídico 4 c), cuando realizábamos el juicio de proporcionalidad de las conductas diferenciadas en el marco de la duda de igualdad (art. 14 CE), la calificación como delito comporta no sólo un reproche social cualificado, sino diversas consecuencias jurídicas más gravosas en relación, por ejemplo, con la posibilidad de sufrir una prisión provisional, con la suspensión de la pena, o con la asignación de penas accesorias.

Con independencia de que las comparaciones expuestas por el Auto de cuestionamiento no se orientan específicamente a mostrar una desproporción inconstitucional (“un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma” —STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9), las mismas prescinden de la razonable apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las amenazas tipificadas en el 171.4 CP a partir de “su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 12). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar como no relevante para la fijación del marco de la pena un modo de utilización de armas que en todo caso no altera la calificación de leve de las amenazas. Así, afirmada como razonable la especial lesividad de las amenazas cuando provienen del varón y se dirigen a la mujer que es o fue su pareja afectiva, no constatamos la desproporción punitiva alegada por el hecho de que no varíe el

JURISPRUDENCIA TC

marco penal en función de cierto tipo de utilización de armas u otros instrumentos peligrosos. En primer lugar, porque, respecto a la comparación interna de las conductas del art. 171.4 CP, la amplitud del marco penal posibilita la valoración de la presencia o de la ausencia de dicho factor de agravación con la selección de una concreta pena mayor o menor. En segundo lugar, respecto a la comparación que depara la amenaza leve sin armas del art. 171.4 CP con la amenaza leve con armas del art. 171.5 CP, de marco penal más leve, porque debe insistirse en la razonable apreciación legislativa en el primer caso de un relevante factor de agravación —propio de lo que el legislador denomina “violencia de género”— que no concurre en el segundo. De este modo, por lo que respecta al único juicio ahora pertinente, la pena que se asigna a la amenaza leve con armas, pero sin aquel relevante factor (art. 171.5 CP), no permite apreciar en el inciso del art. 171.4 CP que se refiere a la amenaza leve sin armas aquel severo desequilibrio entre su pena y su finalidad de protección que lo convertiría en inconstitucional, pues precisamente la elevación de la pena en este caso se debe a que al desvalor propio de la amenaza leve ha de sumarse de un modo no irrazonablemente cualificado el desvalor que añade el tipo de vinculación entre el autor y su víctima.

Este significativo desvalor mayor de las amenazas en el seno de lo que el legislador califica como “violencia de género”, que es un desvalor relativo a la igualdad, a la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, es el que hace que desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y que en el control de la proporcionalidad estricta de la pena se reduce a constatar si existe un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma, no pueda afirmarse la desproporción en la que sustenta su duda la Magistrada cuestionante. No conduce a tal conclusión ni la comparación de la pena de las amenazas leves con armas en los supuestos del art. 171.4 CP con la misma pena de las amenazas leves sin armas en los mismos supuestos; ni la comparación de la pena de las amenazas leves sin armas en los supuestos del art. 171.4 CP con la menor pena de las amenazas leves con armas en otras relaciones de pareja (art. 171.5 CP); ni la comparación de la pena del delito de amenaza leve sin armas en los supuestos del art. 171.4 con la pena de la falta de amenaza leve sin armas en otras relaciones familiares o de guardia y custodia (art. 620, párrafo 3); máxime, en todos los casos, si se recuerda tanto que la pena del art. 171.4 CP puede serlo de trabajos en beneficio de la comunidad, como que puede convertirse en la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” (art. 171.6 CP).

En suma, en línea con lo resuelto por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre, y en atención a la cuantía de la pena de la norma cuestionada, a sus posibilidades de adaptación a la gravedad del hecho y a sus

importantes finalidades —la protección de la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y la lucha contra la desigualdad de la mujer en el mismo [*supra* FJ 4 a)]—, hemos de concluir que los argumentos expuestos por la Magistrada cuestionante no son bastantes para apreciar la desproporción inconstitucional que centra la segunda y última duda de constitucionalidad de sus Autos. Tal como hicimos en el ATC 332/2005, de 13 de septiembre, procede concluir que “a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas (nada de lo cual se cuestiona tampoco en el presente caso), y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador (respecto de lo cual el órgano judicial no menciona medida alguna, limitándose a referirse a la antigua regulación, que la práctica ha demostrado palmariamente ineficaz, ...), ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad (lo que permite atemperar la sanción penal a la gravedad de la conducta), no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta” (FJ 5).

FALLO

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

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7616-2007.

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”. Dada en Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil nueve. **Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983-2005 y otras acumuladas, planteadas, la primera, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Murcia y, las demás, por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, respecto al art. 171.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.**

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de la STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto de la que en su día también discrepé con formulación de Voto particular, en lógica coherencia con mi

JURISPRUDENCIA TC

posición precedente, reitero mi discrepancia respecto a la presente Sentencia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto.

La base fundamental tanto de la precedente, como de la actual Sentencia, aunque cada una de ellas se refiera a distintos preceptos del Código penal, se cifra en el mayor desvalor de la conducta inculpada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que se circunscribe. En el Voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

Por lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haberse estimado, y declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 7616-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008, sobre el art. 171.4 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada, por razones sustancialmente coincidentes con el Voto particular que formulé a la STC 59/2008, de 14 de mayo, que resolvió sobre la constitucionalidad del art. 153.1 CP.

Creo conveniente recordar que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; su art. 6 declara que “La ley es la expresión de la voluntad general ... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos”; y su art. 9 añade, en fin, que “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”.

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el párrafo primero del art. 171.4 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto

particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 171.4 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer párrafo del art. 171.4 CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Sin embargo, en el art. 171.4 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador —y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada— por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se profiera una amenaza, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por

JURISPRUDENCIA TC

sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad —*lex certa*— que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. *La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.*

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la amenaza. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las meras amenazas que hombre y mujer pueden proferirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer párrafo del art. 171.4 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la amenaza intimidante) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento o intimidatorio contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda amenaza proferida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 171.4 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente” (FJ 4 b). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 171.4 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de intimidación que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencio-

nalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 4), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la amenaza que profirió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos”, por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 171.4 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

5. *La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 171.4 CP.*

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como “sujeto vulnerable” que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 171.4 CP dispensa a toda “persona especialmente vulnerable”. Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como “sexo débil” que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de “desprecio de sexo”, justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de “acabar con el mito de la debilidad de la mujer” porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de

JURISPRUDENCIA TC

nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial — diría que de “orden público”— en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

6. Expreso, por último, mi deseo de que estas Sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas. Dejo constancia de mi posición en este Voto.

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno, de fecha 19 de febrero de 2009, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983-2005 y acumuladas.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. He de recordar que en la Sentencia dictada por el Pleno, en fecha 14 de mayo de 2008, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada en su día por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el art. 153.1 del Código penal, reformado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ya formulé Voto particular.

Mi discrepancia se fundaba en que, aunque aceptaba la posibilidad de una interpretación conforme sobre la existencia de un especial desvalor, cuando la conducta del varón está inspirada en la secular situación de sometimiento de la mujer en las relaciones de pareja, lo que lleva consigo una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitimaba la diferencia de trato penal, sostuve que la mayor sanción procedía del establecimiento de una agravante específica en el artículo cuestionado, cuya concurrencia había de probarse en el conjunto de los hechos denunciados y que, como no estaba expresada en el precepto, exigía una interpretación conforme a la Constitución que, figurando en los fundamentos de la Sentencia, debía de haber tenido su reflejo en el fallo de manera expresa.

2. En el caso del art. 171.4 CP, objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en este caso, la cuestión es aún más aguda, porque no se trata de una pena mayor para un mismo hecho, según se cometa por la mujer, o por el hombre, sino de que esa misma conducta en un caso constituye falta y en el otro delito, lo que, aparte de otras consideraciones respecto a que de por medio está el empleo

de armas, hubiera exigido una mayor ponderación respecto a la proporcionalidad y la igualdad, y en todo caso, una interpretación conforme expresa, llevada al fallo.

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil nueve.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 45/2009 (ARTÍCULO 171.4 DEL CÓDIGO PENAL)

Además del art. 153.1 del Código Penal (en adelante, CP) la jurisdicción ordinaria ha presentado un importante número de cuestiones de inconstitucionalidad respecto al art. 171.4 del mismo texto, que sanciona con pena de prisión de un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, a quien de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

Las cuestiones se fundamentan en la infracción de los arts. 9.3 10,14, 25, 17.1, 24.2, y 53 de la Constitución.

En el Fundamento Jurídico 3º el Tribunal remite en buena parte a la STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que se desestimaron las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con el art. 153.1 CP.

Como es evidente que, con independencia de los preceptos aludidos, el núcleo central de la cuestión se centra en el art. 14 CE, el Tribunal hace discurrir su fundamentación por ese cauce, y en tal sentido analiza si hay o no razones para esa diferenciación. En primer lugar respecto de la razonabilidad de la diferenciación, esta se justifica por la finalidad de la norma, que es la mayor protección de la mujer en la pareja. Igualmente, es idónea la medida en relación con la finalidad perseguida de una mayor sanción al hombre en su conducta precisamente por la estructura desigualitaria de poder, que exige una potenciación de la dignidad de la mujer. Finalmente, no hay desproporción en la diferencia de trato.

En cuanto a los votos particulares, se reiteran en lo manifestado en la STC 59/2008, y a ella se remiten, salvo el voto de uno de los magistrados, Rodríguez Zapata, que se extiende de manera sistemática a estudiar las razones de su disidencia. En principio no se muestra contrario a las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. Sin embargo, no le parece claro que ese elemento finalista de la Ley Orgánica 1/2004, esté presente en el art. 171.4. Considera que el elemento finalista de la ley es la erradicación de la violencia machista, lo que justifica que las mismas ofensas, proferidas por el hombre, que constituyen un sexismo machista, tengan ese diverso tratamiento. Pero ve en el precepto una

JURISPRUDENCIA TC

violación de la presunción de inocencia, porque no siempre debe presumirse que esas expresiones sean sexistas.

Este análisis del voto particular es importante porque expresa la diferencia de fondo común a todas las posiciones que han defendido la inconstitucionalidad de la ley. La consideración del sexismo como posibilidad, y no como realidad. Se considera que la conducta del hombre puede no ser sexista, porque esa situación de superioridad histórica del hombre sobre la mujer sólo es potencial, no es real. Y que debe constatarse en cada caso. Por el contrario el análisis de la mayoría entiende que la ley es una respuesta a la situación general en que el patriarcado ha desenvuelto las relaciones de poder. El voto considera que la situación de dominación debería probarse caso a caso, lo que desde luego no está en la mente del legislador. La posición de la mujer, considera el voto particular, no es de debilidad en los momentos actuales: depende de su situación socio-económica, pero

no es de dependencia en todos los casos.

Esa dimensión individual del patriarcado es tanto más importante, cuanto que actualiza una consideración liberal de la sociedad, que remite al individualismo, como concepción de la Historia. No hay una lectura de las clases ni de los grupos, sino que la sociedad es una suma de individuos. Tal parcelación de la realidad social, que considera que no hay patriarcado sino suma de actitudes patriarcales, impide la adopción de medidas generales para tratar problemas generales, reduciendo la consideración de la situación de la mujer a una suma de individualidades.

En conclusión, la Sentencia sigue la línea del Tribunal de considerar la igualdad como un derecho a la diferencia de manera justificada y con consideración a la situación real de desigualdad. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999