

RESISTEMATIZANDO LA LEY DE IGUALDAD DESDE UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DEL DERECHO

RESISTEMATIZING THE LAW OF EQUALITY FROM A COMPLEX CONCEPTION OF LEGAL SYSTEM

JOSEFA DOLORES RUIZ RESA
Universidad de Granada

Recibido: 20/09/2016

Aceptado: 21/11/2016

Resumen: este trabajo se dirige a resistematizar los cambios introducidos por las leyes que buscan eliminar la discriminación, de manera concreta, la que sufren las mujeres por razón de género, como se pretende con la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y busca hacerlo desde una concepción compleja del Derecho, como compuesto de elementos estructurales, sustantivos y culturales que interactúan de manera dinámica entre sí. Su finalidad es contribuir a un mejor conocimiento, interpretación y valoración de la legislación antidiscriminatoria en nuestro país, y en particular, de la relativa a la transversalidad de la igualdad y la perspectiva de género, en la medida en que su existencia es conforme con los principios propios de un Estado democrático de Derecho que, como el nuestro, tiene entre sus funciones (según el artículo 9.2 de la Constitución de 1978) la promoción de la igualdad y la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. **Palabras claves:** representaciones socio-culturales, transversalidad de la igualdad, perspectiva de género, Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

Abstract: *this work tries to re-systematize the changes introduced by laws seeking to eliminate discrimination, concretely, the discrimination against women, as intended by the Organic Law 3/2007 for Effective Equality of Women and Men, and it searches for this new systematization from a complex conception of law, as composed of structural, substantive and cultural elements that interact dynamically among them. This article intends to contribute to a better understanding, interpretation and evaluation of the Spanish law against discrimination, particularly, the Statute related to equality and gender mainstreaming, to the extent that its existence is consistent with the principles inherent in a democratic state of law which, like ours, has among its functions (according to Article 9.2 of the current Spanish Constitution) to promote equality and remove its obstacles.*

Keywords: *socio-cultural representations, equality mainstreaming, gender mainstreaming, Organic law for Effective Equality of Women and Men.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DEL DERECHO: LOS COMPONENTES ESTRUCTURAL, SUSTANTIVO Y CULTURAL DEL DERECHO Y LAS RELACIONES ENTRE ELLOS. 3. LA LEY-CÓDIGO PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: UN INTENTO DE RE-SISTEMATIZACIÓN DESDE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO SUMA DE COMPONENTE ESTRUCTURAL, SUSTANTIVO Y CULTURAL. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

A punto de cumplirse diez años de su entrada en vigor, la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres se erigió en uno de los hitos más importantes en nuestro país en la lucha contra la discriminación de las mujeres. Si bien esta ley consolida tendencias y principios que ya venían consagrados en otras leyes anteriores como la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o la Ley sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, su importancia radica en que se dirige a sistematizarlos y compilarlos, junto a las nuevas modificaciones que ella misma introduce en el sistema jurídico español, en aplicación de convenios internacionales y derecho comunitario. Así se indica en su Exposición de Motivos, donde puede leerse que esta ley “nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres”¹.

Sin duda, la LO 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH), introduce cambios en el derecho de tal magnitud que no extraña su vocación de ley-código de la igualdad. Así lo ilustra la creación y modificación de numerosas instituciones públicas y privadas, y la estrategia dispuesta para la formación y educación en los nuevos contenidos de igualdad. Sin embargo, estos cambios tan importantes y de calado tan profundo chocan, al menos, con dos dificultades básicas. La primera de ellas es que, en realidad, la estructura de la LOIEMH no se corresponde con lo que tradicionalmente se entiende por un código. Si se hubiera constituido realmente como tal, las diversas normas (reglas y principios), instituciones y valores socio-culturales que conforman el derecho antidiscriminatorio en nuestro país habrían quedado mejor interconectados, garantizándose así que los operadores jurídicos y la ciudadanía conocieran mejor los nuevos contenidos de la igualdad. Por el contrario, esta ley tiene una estructura que más bien dificulta el conocimiento sistemático de los cambios que establece, dado que buena parte de su contenido lo componen precisamente disposiciones adicionales, que introducen modificaciones para otras leyes. Esta circunstancia es la que diluye su carácter de ley-código, al fragmentarse su estructura textual en diversas partes que quedan repartidas y encapsuladas en otras disposiciones del sistema jurídico. Evidentemente (e inevitablemente), esto es debido al carácter transversal del principio de igualdad que sanciona, pero esta circunstancia oculta la importancia de sus reformas, porque dificulta una visión unitaria e interconectada de las mismas; visión que, por otra parte, hubiera facilitado una mejor comprensión de los nuevos contenidos de la igualdad entre mujeres y hombres. En cualquier caso, la LOIEMH se centra mayormente en los ámbitos jurídicos laboral y administrativo, mientras que lo dispuesto para el ámbito contractual privado se muestra más deficiente, lo que provoca muchas

¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm. 71, 23 de marzo de 2007.

dudas en su interpretación y aplicación². Por lo demás, su naturaleza no es la de una ley orgánica en toda su extensión: según puede leerse en la disposición final segunda, sólo lo son las normas contenidas en las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera.

En segundo lugar, los estudios realizados hasta el momento sobre la aplicación judicial de la LOIEMH, evidencian que las transformaciones que introduce se están produciendo de manera más bien lenta, y que están encontrando una fuerte oposición sustentada en argumentos en los que no deja de detectarse la pervivencia, entre la ciudadanía y los operadores jurídicos, de unas dinámicas estructurales y funcionales de dominación, que son precisamente las que la ley pretende cambiar. En numerosas sentencias analizadas, se han detectado rechazos explícitos hacia la expresión “género” así como una amplia identificación del principio de igualdad básicamente con el artículo 14 de la Constitución³. Los estudios también indican, teniendo en cuenta quiénes y por qué causas se solicita la tutela de los tribunales, una lenta penetración de los nuevos contenidos jurídicos de la igualdad en las relaciones personales, laborales y familiares.

A este respecto, se ha venido detectando que los cambios que pretende introducir la LOIEMH enfrentan al menos dos tipos de resistencias de carácter cognitivo, lo que dificulta la comprensión y aceptación de muchos de los cambios que trae. Se trata, por un lado, de las resistencias que provienen de un paradigma de conocimiento jurídico que otorga primacía a la racionalidad formal interna del derecho, aunque aquella descansa también en valoraciones no reconducibles, en muchos casos, ni siquiera a la racionalidad práctica (es decir, elementos socio-culturales, inercias del funcionamiento burocrático y de las relaciones de dominación que se producen en el seno de las instituciones en las que se desarrolla esa racionalidad interna, etc.⁴).

² Un análisis de estas dificultades se encuentra en M. P. GARCÍA RUBIO, “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho Privado y Constitución* 131, Nº 21, Enero-Diciembre, 2007, pp. 131-166.

³ Véanse los estudios realizados, hasta el momento, por encargo del Consejo General del Poder Judicial: *Estudios sobre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, estudio coordinado por A. Rubio Castro, Consejo General del Poder Judicial Generalitat de Catalunya/Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011; y *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, estudio coordinado por Ana Rubio Castro y Encarna Bodelón González, Consejo General del Poder Judicial, 2012; *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, estudio coordinado por Juana M^a Gil Ruiz, CGPJ-Generalitat de Catalunya-Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2013; *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coordinado por Manuel Calvo y Teresa Picontó, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2014.

⁴ Cabe recordar aquí los pioneros estudios realizados por Max Weber sobre la dominación en su obra *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva II* (1922). Edición preparada por J. Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echevarría, trad. J. Medina Echevarría, J. Roura

Este paradigma de conocimiento, que se ha construido a partir de las aportaciones del Iusnaturalismo racionalista y del Positivismo jurídico decimonónico, propios del continente europeo, constituye una de las piedras angulares de sus sistemas jurídicos⁵, y lleva a una concepción formalista del derecho, lo que incluye el principio de igualdad. Por otro lado, hay otras resistencias que provienen de la preeminencia otorgada, de manera más o menos consciente, a determinadas normas morales y sociales sobre las normas jurídicas, bajo el argumento del carácter superior de las primeras o del carácter tradicional de las segundas. Pero estas normas sociales y morales pueden incorporar la práctica y justificación de discriminaciones hacia ciertos grupos (mujeres, homosexuales, individuos de otras razas o procedencias geográficas), normas que pueden estar presentes también entre quienes crean, interpretan, aplican, teorizan o enseñan el derecho, en contradicción con los nuevos contenidos de la igualdad.

Para percibir de manera unitaria y sistemática las reformas de la LOIEMH con el objetivo de garantizar la igualdad de mujeres y hombres, las cuales se hallan dispersas (*transversalizadas*) en numerosas disposiciones legales, para interconectarlas con las que han introducido otras leyes anteriores y posteriores, a nivel subestatal y supraestatal, y para comprender y aceptar su legitimidad sobre la base de los principios de los Estados democráticos de Derecho, de manera que se garantice su aplicación y eficacia, se precisa resistemizar o recodificar las modificaciones introducidas por la LOIEMH; es decir, trazar el mapa de la transversalidad recorrida por sus reformas y medidas. Pero, dada la variedad de ámbitos concernidos, se precisa para conseguirlo de una concepción del derecho que tenga en cuenta su carácter de conjunto de instituciones y de normas jurídicas, así como su conexión con lo que los operadores jurídicos y la ciudadanía entienden que es el derecho, tanto desde el conocimiento jurídico especializado como desde los valores socio-culturales de los miembros de la comunidad en que van a aplicarse. Esta concepción permitiría entender que la LOIEMH no constituye sólo un conjunto de normas jurídicas emitidas por el poder legislativo (esto es, un conjunto de principios y reglas, tanto las que se derivan de manera expresa de su articulado como las que se diversifican en las diversas leyes que reforma); también constituye o consiste en un nuevo funcionamiento de las instituciones y una mentalidad diferente de los operadores jurídicos y la ciudadanía, todo lo cual

Parella, E. García Maynez, Eugenio Imaz y J. Ferrater Mora, FCE, México-Buenos Aires, 1964, especialmente Segunda parte, IX. Sociología de la dominación.

⁵ Así lo analiza A. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, edición al cuidado de Antonio Serrano González, trad. Isabel Soler y Concepción Valera, editorial Tecnos, Madrid, 2002. Véase también F. WIEACKER, "Foundations of European Legal Culture, *American Journal of Comparative Law*, N° 1, 1990, p. 1-29. Y V. GESSNER, "La cultura como dimensión de la integración jurídica europea", *Psicología Política*, N° 4, 1992, 47-63. Frente a esta cultura jurídica dominante, Boaventura de Sousa Santos propone un "nuevo sentido común" para el derecho. Véase B. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, ed. Trotta, Madrid, 2009.

serían, no elementos externos del derecho (lo social, lo cultural, lo organizacional), sino parte del derecho mismo.

Una concepción tal del derecho la encontramos, por ejemplo, en la propuesta de Lawrence Friedman, que defiende lo que podríamos considerar una concepción compleja del derecho, entendiendo aquí la complejidad como la característica de un sistema conformado por una serie de elementos y de las relaciones entre ellos, en un flujo constante de estados y procesos, en interacción continua a su vez con el medio. En la obra de Friedman, el derecho aparece integrado por la suma de componentes sustantivos (normas jurídicas), estructurales (instituciones) y culturales. La obra de Friedman se imbrica en una línea de pensamiento conocida como *Law & Society*, aunque, en cualquier caso, no debe olvidarse que la influencia de muchos de los elementos que Friedman ha clasificado como aspectos estructurales y culturales en el trabajo de los jueces, había sido señalada tempranamente por el realismo jurídico americano, siendo un aspecto en el que también han incidido los *Critical Legal Studies*. Considerados continuadores del realismo jurídico americano, son bien conocidos sus estudios sobre los hábitos, el tipo de formación recibida, la extracción social, el origen geográfico e incluso la raza, la edad y el sexo de quienes aplican e interpretan el derecho, desde la consideración de que estos elementos influyen en el resultado de su trabajo, y por lo tanto, en la forma en que las normas son interpretadas y aplicadas para resolver casos o crear modelos generales para casos futuros. Friedman responde a los presupuestos más específicos de la nueva sociología del derecho estadounidense, desarrollada en la década de los sesenta, en la cual confluye el interés por dos temas: la investigación del sistema judicial y la investigación en torno al derecho y su modernización. De las primeras investigaciones deriva la terminología específica sobre *output, input y feedback* que se detecta especialmente en la obra de Friedman⁶. La visión del derecho que tiene Friedmann se acerca también a las concepciones sociológicas que lo caracterizaban como institución, hecho, conjunto de actitudes y comportamientos de sus productores, aplicadores y destinatarios, y se aleja de las concepciones formal-normativistas, que conciben el derecho como sistema ordenado de normas. Esta visión es típica del positivismo jurídico del continente europeo, no así del positivismo jurídico anglosajón, por ejemplo, el representado por Hart, que otorgaba a la práctica de los operadores jurídicos y de la ciudadanía en general un papel fundamental, en cuanto partes de la regla de reconocimiento, en la delimitación del sistema jurídico de una comunidad. En este sentido, la obra de Friedman se emparenta también con las concepciones realistas que prestan una gran atención al comportamiento de legisladores, jueces, funcionarios y operadores jurídicos en general, así como del

⁶ Véase G. TARELLO, "Lawrence M. Friedman e il sistema del diritto", introducción a Friedman, L., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (trad. italiana de su libro *The Legal System. A Social Science Perspective*, (1975), editado por la Società editrice il Mulino, Boloña, 1978, p. 25.

resto de los ciudadanos, en el proceso de delimitación del derecho que rige en una determinada comunidad.

En lo que sigue trataremos de ver cómo esta concepción compleja del derecho, como compuesto de elementos estructurales, sustantivos y culturales, permite sistematizar los cambios introducidos por las leyes que buscan eliminar la discriminación; de manera concreta, la que sufren las mujeres por razón de género, como se pretende con la LOIEMH⁷. Se busca así contribuir a un mejor conocimiento, interpretación y valoración de la legislación antidiscriminatoria en nuestro país, en la medida en que su existencia es conforme con los principios propios de un Estado democrático de Derecho que, como el nuestro, tiene entre sus funciones (según se lee en el artículo 9.2 de la Constitución de 1978) “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

2. UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DEL DERECHO: LOS COMPONENTES ESTRUCTURAL, SUSTANTIVO Y CULTURAL DEL DERECHO Y LAS RELACIONES ENTRE ELLOS

Según Lawrence Friedman⁸, los sistemas jurídicos constan de tres tipos de componentes. Uno de ellos es el componente estructural, en el que se aglutinan las instituciones jurídico-políticas y administrativas, las formas que estas adoptan y los procesos que se llevan a cabo en ellas, el número y tipo de tribunales, la presencia o ausencia de constitución, de federalismo o pluralismo, la división de poderes en judicial, legislativo y ejecutivo, la existencia o no de reyes, jurados o funcionarios de la administración pública, y los tipos de procedimiento en las distintas instituciones. El segundo componente al que se refiere Friedmann es el sustantivo, que hace referencia a los *outputs* del propio sistema jurídico, es decir, a su dimensión productiva, mediante la cual crea, por ejemplo, leyes (concebidas

⁷ Aunque a nivel autonómico se han aprobado también muchas e importantes leyes para la eliminación de las discriminaciones que afectan a las mujeres, nos centraremos, por su carácter común a todo el territorio, en una ley estatal como la LOIEMH. No obstante, las pautas que se ofrecen permiten incorporar, también de manera sistematizada, la legislación supra y subestatal, interconectándola de acuerdo al principio de distribución de competencias y de jerarquía, en su caso.

⁸ Véase L. FRIEDMAN, “Legal culture and social development”, en L. Friedman y S. Macaulay, *Law and the behavioural sciences*, Indianapolis, 1969, pp. 1000 y ss., y en *Law and Society*, vol. 4 (1969-70), N° 1, agosto 1969, pp. 29 y ss. (este artículo también está disponible en <http://heinonline.org>, última consulta 30/12/2012). Véase también, del mismo autor, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russel Sage F., 1975; *Law and Society. An Introduction*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1977; “Legal Culture and the Welfare State” en TEUBNER (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter. Berlín, 1986.

en un sentido amplio). Engloba las reglas, doctrinas, estatutos y decretos, en la medida en que son usados por gobernantes y gobernados; también incluye toda regla y decisión que se aplique, cualquiera que sea su estatuto formal. El tercer componente sería el cultural, que incluye los valores y actitudes que ensamblan el sistema como un todo unitario y que determina el verdadero lugar del sistema legal en el conjunto de la sociedad. Aquí habría que tener en cuenta, según Friedmann, el tipo de formación y los hábitos que tienen legisladores y jueces, lo que la gente en general piensa acerca del derecho y si acuden diligentemente a los tribunales, con qué propósito se dirigen a los legisladores o recurren a otros funcionarios e intermediarios, si hay respeto a la ley, al gobierno o a la tradición, qué relación hay entre la pertenencia a una clase o grupo social determinado y la utilización o no de las instituciones legales, qué controles sociales informales se utilizan en lugar de los formales, y quiénes prefieren cada uno de estos tipos de control. Friedman también distingue entre cultura jurídica interna, que se refiere al grado de conocimiento de los operadores jurídicos sobre el derecho, y cultura jurídica externa, o grado de conocimiento que tienen del derecho quienes no son juristas. La distinción entre un tipo y otro de cultura ha suscitado cierta controversia⁹ —como los diversos significados que Friedman le ha ido atribuyendo a esta expresión en la segunda mitad del siglo XX—, pero, en sus últimos escritos, admite que la cultura jurídica externa equivale a la conciencia jurídica, identificada con las opiniones, valores y expectativas que tiene los ciudadanos comunes en torno al sistema jurídico¹⁰.

Friedman enfatiza cómo los tres componentes, estructural, sustantivo y cultural, se influyen entre sí, y cómo, en última instancia, la eficacia de las leyes depende de la cultura legal, sea interna (la de prácticos y teóricos del derecho), o externa (la del resto de la ciudadanía). También subraya la importante influencia que tienen, en la conformación de lo jurídico, no sólo las normas jurídicas formalmente producidas por los órganos legalmente designados sino también la doctrina jurisprudencial y científica, así como el contexto socio-cultural (es decir, el conjunto de valores, tradiciones, costumbres, hábitos, prejuicios o estereotipos que se transmiten en la comunidad en que nacemos y vivimos, y que a menudo se reúnen bajo la expresión “sentido común”), y el funcionamiento y estructura de las instituciones llamadas a producir, interpretar, aplicar, teorizar y enseñar el derecho¹¹.

⁹ Para Roger Cotterrell, *cultura jurídica* es un término impreciso, que no obstante puede ser útil para designar el ambiente general del pensamiento, las creencias, prácticas e instituciones en las que se inserta el derecho, aunque, en su opinión, sería mejor hablar de *ideología jurídica*. Véase R. COTTERRELL, “The Concept of Legal Culture”, en D. NELKEN, (ed.), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth. 1997.

¹⁰ Véase L. FRIEDMAN, “The Concept of Legal Culture: A reply”, en D. Nelken (editor), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth.

¹¹ Muy afín a esta propuesta de Friedman es la de la jurista costarricense Alda Facio Véase A. FACIO, *Cuando el género suena, cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno jurídico)*, Costa Rica, 1991.

En cualquier caso, no cabe hacer una distinción tajante entre la cultura jurídica interna y la externa, de manera que no se puede afirmar que en el proceso de aprendizaje y utilización de la cultura jurídica interna que realizan los juristas –no sólo los que se dedican a la práctica sino también a la llamada ciencia jurídica u otras formas de conocimiento teórico del derecho- se elimine todo vestigio de la cultura externa. Según han tratado de mostrar el lingüista cognitivista Georges Lakoff y el filósofo Mark Johnson, el ser humano, antes de pasar a la fase del razonamiento analítico (propio de la ciencia y la filosofía), utiliza metáforas y marcos mentales que pueden tener un carácter precientífico. Estos marcos están incluso configurados físicamente en nuestros circuitos neuronales y cuando los datos que recibimos no coinciden con ellos, simplemente nuestro cerebro ignora los datos¹².

Como se sostiene también desde la corriente de la etnometodología, los referentes normativos culturales de una sociedad influyen en todo tipo de conocimiento, también el científico, por cuanto mediatizan la forma en que se seleccionan y procesan los datos. Una de las aportaciones más interesantes de esta corriente, cuya figura más influyente fue Harold Garfinkel, es la idea de que el conocimiento científico no está separado del llamado “sentido común”. Su punto de partida fue la obra de Alfred Schutz, para quien el mundo social se interpreta a través de categorías y construcciones propias del sentido común, el cual se origina en la sociedad¹³. Pues bien, según algunos estudiosos de la psicología social, el sentido común sería el conjunto de conceptos, afirmaciones y explicaciones que tienen su origen en las comunicaciones interindividuales de la vida cotidiana. Equivalen a los mitos y sistemas de creencias de las sociedades tradicionales. Lo consideran un pensamiento natural, por oposición al pensamiento científico aunque no inferior a éste, y entienden que se construye a través de experiencias, informaciones, conocimientos y modelos de pensamiento recibidos y transmitidos a través de la tradición, la educación y la comunicación social, lo que significa que se trata de un conocimiento socialmente elaborado¹⁴. Remite, pues, a un tipo de conocimiento no formalizado, más bien espontáneo y disperso, y basado en convenciones sociales, que convive con las consideradas como formas racionales de conocimiento, teórico o práctico, entre ellas, el jurídico.

¹² Véase G. LAKOFF & M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, 1980 (traducido y publicado en español con el título *Metáforas de la vida cotidiana*, Cátedra, Madrid, 2001). Otros estudiosos (por ejemplo, J. I. POZO, *Teorías cognitivas del aprendizaje*, ed. Morata, 5ª edición, 1997, pp. 191 y ss.; *Adquisición de conocimiento*, 2ª edición, ed. Morata, Madrid, 2006, pp. 212 y ss.) han revelado que es bastante infrecuente el aprendizaje-asimilación de conceptos científicos, físicos, biológicos, psicológicos, sociales o históricos por parte de adolescentes, jóvenes universitarios e incluso adultos, lo que significa que los marcos mentales persisten, a pesar de todo.

¹³ Una visión de esta corriente, sus representantes y los trabajos que algunos de ellos realizaron en relación a los procesos judiciales, como los de Cicourel, puede hallarse en J. C. HERITAGE, “Ethnomethodology”, in A. GIDDENS, & J. TURNER (eds.), *Social Theory Today*, 1987 (versión española de Jesús Alborés, alianza editorial, Madrid, 1990).

¹⁴ Véase S. MOSCOVICI (comp.), *Psicología social, II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*, Barcelona: Editorial Paidós, 1985, vol. II.

La importancia de la mediación de lo sociocultural en nuestro aprendizaje fue resaltada también por otros estudiosos de la psicología, como Vygotskii¹⁵. El conocimiento socio-cultural funciona como un conocimiento previo sobre el que se asienta o ancla el conocimiento formalizado posterior (el que se recibe, por ejemplo, en la instrucción que imparten las instituciones educativas, en sus distintos niveles, también el universitario o profesional dirigido a los juristas). Como también sostenía Ausubel¹⁶ en su teoría del aprendizaje significativo, el aprendizaje no parte de cero sino que depende de lo que ya sabemos, es decir, de la estructura cognitiva o conjunto y organización de conocimientos previos (conceptos y proposiciones y grado de estabilidad), la cual se relaciona con nueva información.

A este respecto, y desde el ámbito de la formación y la práctica jurídicas, Richard Posner, afamado representante de la corriente *Análisis Económico del Derecho*, pero también Magistrado del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito de los Estados Unidos, ha afirmado que la actividad judicial está muy influida por valores que emanan de las ideologías políticas, la formación recibida, tanto formal como informal, la experiencia profesional, el temperamento, las características personales como la raza o el sexo, las emociones o el sentido de lealtad al grupo. Se trata de una serie de influencias que también constituyeron el objeto de estudio de corrientes que podemos incluir en el realismo jurídico estadounidense, como los *Critical Legal Studies*. En todo caso, Posner nos recuerda la existencia de diversos estudios, que permitieron conocer que, entre 1916 y 1988, era más probable que un magistrado resolviera a favor de los intereses de un juicio por derechos civiles si era del Norte, si procedía de una zona urbana, y si su padre había trabajado de funcionario de la administración estatal. También pusieron de manifiesto que la raza, la religión y el género permiten hacer buenas predicciones sobre las opiniones que los jueces emitirán cuando tengan que resolver casos en los que estén en juego cuestiones relativas a estas características. Según Posner, en las decisiones judiciales influye la intuición, el sentido común y el buen juicio, y la intuición, las emociones y las preconcepciones son todas ellas formas de pensamiento abreviado o tácito, distintas de las formas de razonamiento explícitas, lógicas y por pasos¹⁷. Para Posner, la intuición es una forma de pensamiento comprimido e inarticulado,

¹⁵ Una selección de los trabajos de Vygotskii traducidos al español puede encontrarse en *Pensamiento y lenguaje*, ed. Paidós, 1995.

¹⁶ Véase D. P. AUSUBEL, “Algunos aspectos psicológicos de la estructura del conocimiento”, en ELAM, S. (comp.) *La educación y la estructura del conocimiento. Investigaciones sobre el proceso de aprendizaje y la naturaleza de las disciplinas que integran el currículum*, ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1973, pp. 211-239; *Psicología educativa. Un punto de vista cognoscitivo*, ed. Trillas. México, 1976; *Adquisición y retención del conocimiento. Una perspectiva cognitiva*, ed. Paidós. Barcelona, 2002. AUSUBEL, D. NOVAK, J. y HANESIAN, H., *Psicología educativa. Un punto de vista cognoscitivo*, ed. Trillas, México, 1983.

¹⁷ Véase R. A. POSNER, *Cómo deciden los jueces*, trad. Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 114 y 116.

provocada por la información. Se trata de una facultad que permite realizar un juicio rápido sin llevar a cabo un balance consciente entre los posibles cursos de acción. Tal facultad se adquiere mediante la educación y la propia experiencia, y produce muchas de las preconcepciones inconscientes que juegan un importante papel en el proceso judicial. Es pues un conocimiento abreviado de conocimientos más o menos racionales o racionalizables que aporta la formación y la experiencia jurídicas. Sin embargo, él mismo indica que esa intuición coincide con lo que Kahan y Braman llaman “*cognición cultural*”, la cual incluye el *sentido común*, que Posner concibe, siguiendo a Antaki, como “lo que ‘todo el mundo sabe sobre algo’ sin tener que pensar mucho en ello, por lo que es algo relativo a una cultura”¹⁸. La presencia de este conocimiento basado en la intuición o cognición cultural parece difícilmente evitable, y, para Posner, en tanto no contemos con estudios que muestren la ineficacia de su uso, los jueces seguirán rigiéndose por la misma, mediatizando o modulando, por lo tanto, su conocimiento experto del Derecho.

Podemos, pues, concluir en la importancia que tienen los elementos socio-culturales en la teorización, formación y práctica jurídicas, por lo que la noción de cultura jurídica nos introduce en una perspectiva de análisis de lo jurídico nada desdeñable. Y es que, aunque polémica, esta noción ha abierto una interesante línea de investigación, seguida por diversos estudiosos, entre quienes podemos citar a David Nelken¹⁹ o Austin Sarat²⁰. De manera general, los estudios sobre cultura jurídica se han ocupado de estudiar el papel de los juristas, según las expectativas de su comunidad, los conceptos de derecho y validez, a partir de las ideas y creencias de la comunidad profesional de juristas y la determinación de la estructura del discurso jurídico, a partir de las técnicas interpretativas y argumentativas y de los sistemas conceptuales aceptados por esa comunidad²¹. Desde la idea de cultura jurídica externa se han desarrollado también análisis específicos sobre la influencia de la opinión pública en el ámbito el Derecho, análisis agrupados bajo la expresión *Knowledge and Opinion about Law* (KOL). Entre estos estudios se pueden citar, por ejemplo, los desarrollados por Kutchinsky, Aubert y Podgórecki.

En definitiva, todos estos análisis nos avisan de que los procesos de creación, interpretación y aplicación, así como los de teorización y aprendizaje

¹⁸ Véase D. M. KAHAN y D. BRAMAN, “Cultural cognition and Public Choice”, *Yale Law and Policy Review*, 2006, N.º. 24; y Ch. ANTAKI, *Explaining and Arguing: The Social Organization of Accounts*, Sage Publications, 1994. Cfr. POSNER, cit, p. 135.

¹⁹ Véase D. NELKEN, (editor), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth. 1997; *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, SAGE Publications Ltd, Londres, California, Nueva Dheli, Singapur, 2010; *Comparative criminal Justice and Globalization*, 2013. Vid también D. NELKEN & J. FEEST, *Adapting Legal Cultures*, Hart, 2001.

²⁰ Véase A. SARAT, “Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence”, *Law & Society Review*, Vol. 11, N.º 3, (invierno, 1977), pp. 427-488; SARAT & KEARNS (eds.), *Law in Everyday Life*, The University of Michigan Press, 1993.

²¹ Véase D. ACCATINO, “El saber dogmático en nuestra cultura jurídica”, *Revista de derecho* (Valdivia), dic. 1997, vol.8, n.º1, p.7-17.

del derecho, no descansan únicamente sobre leyes y decretos, ni sobre la doctrina jurisprudencial (en su labor de complemento del ordenamiento jurídico) o la doctrina científica (en su tarea de explicación y sistematización del sistema jurídico), sino que también descansan en la dinámica de la práctica jurídica profesional, en los condicionamientos burocráticos que imprimen los propios organismos jurisdiccionales o de otras administraciones, en los sistemas de formación y selección de operadores jurídicos y en el acceso a los puestos que permiten el desarrollo de determinadas competencias en torno al derecho, en los valores socio-culturales que comparten con el resto de los miembros de su comunidad, y en la misma actitud, valoración y comportamiento que estos muestran ante las normas jurídicas y las instituciones jurídicas. Esta circunstancia obliga a adoptar una concepción del Derecho que tenga en cuenta la presencia e interacción de esos elementos socio-culturales; es decir, que los incluya como parte del propio Derecho ya que resulta imposible desligarse de ellos, desde un punto de vista cognitivo-neuronal, pero también desde el punto de vista de la consideración de la tarea del intérprete, según sostienen muchos de los defensores de una concepción hermenéutica o interpretativista del Derecho (por ejemplo, Gadamer o Dworkin). De acuerdo a esta concepción, no sólo el intérprete no debe ignorar sino que tiene que tener en cuenta las tradiciones y valores socio-culturales de su tiempo, para actualizar el significado del texto legal y aplicarlo a la resolución del caso presente. Pues bien, y precisamente, lo que con la LOIEMH se busca no es sólo cambiar los contenidos de los textos legales para adaptarlos a los nuevos contenidos de la igualdad, sino adaptar también los elementos institucionales y socio-culturales que interfieren en la tarea de interpretación y aplicación del derecho conforme a esos contenidos, a fin de que los operadores jurídicos los utilicen, en el seno de las instituciones pertinentes, en la realización de esas tareas de interpretación y aplicación del Derecho, y a fin de que la ciudadanía adapte o module su visión del Derecho, es decir, lo que espera obtener por su intermedio, para transformar o proteger sus relaciones sociales, en concreto, sus aspiraciones de obtener una igualdad de trato, sea en la esfera pública o en la privada. El logro de estos objetivos, sobre todo entre los operadores jurídicos, resulta urgente, más aún cuando hablamos, como ocurre en el caso que nos ocupa, de contenidos jurídicos que afectan al disfrute de derechos fundamentales en condiciones de igualdad, pero, como se ha indicado, no es tarea fácil que los individuos abandonemos nuestras ideas y marcos mentales previos al conocimiento formalizado y recibido mediante la instrucción. Por el contrario, aquellos se muestran resistentes a nuevos contenidos que los cuestionan, no sólo contenidos de carácter informativo sino incluso normativo (es decir, que no se limitan a describir algo sino a prescribirlo), persistiendo, pues, aunque sustenten una percepción discriminatoria de los otros.

3. LA LEY-CÓDIGO PARA LA IGUALDADE FECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: UN INTENTO DE RE-SISTEMATIZACIÓN DESDE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO SUMA DE COMPONENTE ESTRUCTURAL, SUSTANTIVO Y CULTURAL

La visión compleja del Derecho que apuntaba Friedman permite reconsiderar la LOIEMH, yendo más allá de su distribución por materias en diversos Títulos, y visibilizando e interconectando los cambios previstos para otras leyes con los fines de esta ley, los cuales aparecen articulados en torno a la transversalidad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Pero también permite resistematizar de manera dinámica y más completa las transformaciones que incorpora, considerándolas como transformaciones jurídicas, en sentido estricto, en la medida en que no son transformaciones divididas, por un lado, en cambios jurídicos, identificados sólo con lo normativo, y por tanto, reducidas a los cambios legales previstos; y por otro lado, cambios socio-culturales, considerados como algo externo al Derecho. Por el contrario, son cambios que afectan a los componentes sustantivo, estructural y cultural del Derecho español, considerado desde una concepción compleja como suma de todos esos componentes, lo que permite comprender mejor y percibir el alcance de la dimensión transversal de la igualdad.

Algunos de los cambios previstos en la LOIEMH también estaban ya previstos en la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas Integrales contra la Violencia de Género, y en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, pero la LOIEMH los actualiza y trata de extender –hacer transversales, en sentido propio- a un mayor número de ámbitos jurídicos.

Con carácter general y como es sabido, los cambios introducidos emanan de una nueva y más compleja consideración de la igualdad entre mujeres y hombres, que debe considerarse parte indeleble del Derecho español, y que se ha estado desarrollando a nivel internacional y europeo mediante diversos instrumentos jurídicos a los que el Estado español se haya vinculado: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por España en 1983; los avances introducidos por las Conferencias de Nairobi, de 1985, o de Beijing, de 1995; el Tratado de Ámsterdam de 1999, o el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; las Directivas 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; o la Directiva 97/80 CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Tales contenidos se sustentan también en las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en

relación a la promoción en el empleo, los despidos por maternidad, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal o la discriminación salarial), y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en relación a temas de paternidad, requisitos de edad sobre el disfrute de beneficios sociales conectados a la pensión de jubilación, discriminación en el uso del apellido, discriminación indirecta, diferencias de trato en el trabajo, o discriminación múltiple)²². En cualquier caso, hay que recordar que el Tribunal Constitucional español ya había forjado una jurisprudencia en torno a la igualdad, conforme a los artículos 9.2 y 14 de la Constitución²³, jurisprudencia que se ha ido ampliando a partir de otras sentencias, como la que declara constitucional la modificación de la Ley Electoral que introduce la LO 3/2007²⁴, y que justifica la constitucionalidad de las acciones positivas en nuestro país²⁵.

²² Sobre el acervo comunitario en el tema de igualdad de mujeres y hombres, Véase T. FREIXES SANJUÁN, “La igualdad de mujeres y hombres en el Derecho de la Unión Europea, *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, N° 9, primer semestre, 2001, pp. 31-62. Y también F. DEL REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 84, 2008.

²³ Véanse, por ejemplo, SSTC 28/1992, 3/1993, 216/1991, en cuyo f.j 5º se citan otras anteriores (SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse), y 16/1995, entre otras. A pesar de la antigüedad de estas sentencias, en los estudios sobre la aplicación de la LOIEMH a que se ha aludido anteriormente se pone de manifiesto una comprensión de la igualdad circunscrita al artículo 14 de la Constitución, sin alusiones al artículo 9.2, ni a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre la interpretación y armonización de los artículos 14 y 9.2, jurisprudencia que por lo demás, es previa a la LOIEMH. Lo mismo cabe apuntar respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, posteriores a la LOIEMH, y de la normativa o jurisprudencia europea al respecto.

²⁴ STC 012/2008, de 29 de enero de 2008 (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008), que también hace referencia a la jurisprudencia del TC anteriormente mencionada.

²⁵ En todo caso, las acciones positivas ya fueron consideradas implícitas en el artículo 9.2 de la Constitución española por la Ley de Violencia de Género en su Exposición de Motivos: “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

Ahora bien, se discute si las medidas específicas de Derecho penal que esta ley establece, como por ejemplo, las agravantes por razón de género, son específicas manifestaciones de acción positiva. Desde la consideración habitual en cierta doctrina de que la acción positiva se refiere a las medidas favorecedoras del grupo dominado que implican prejuicios simétricos para el dominante, resultan criticables los prejuicios directos que pueden sufrir los hombres a causa de estas agravantes. Sin embargo, las acciones positivas son medidas de política social, destinadas a garantizar la participación social de los más desfavorecidos, no medidas de política criminal, la cual está dirigida a la protección de derechos fundamentales, por lo que los cambios introducidos en la punición de la violencia de género no deberían valorarse desde el punto de vista del prejuicio simétrico que ocasionan al hombre sino como medidas dirigidas a proteger los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia de género. Véase P. LAURENZO,

Pero, ¿cuáles son los cambios específicos que ha introducido en el derecho español la Ley de Igualdad, en cuanto que eje de las transformaciones que opera el derecho contra la discriminación de las mujeres por razón de género y para la garantía de la transversalidad de la igualdad de mujeres y hombres? Tratemos de visualizarlas-explicitarlas, a tenor de su clasificación en cambios en el componente sustantivo, cambios en el componente estructural y cambios en el componente cultural.

Si tenemos en cuenta la definición del componente sustantivo del derecho, la propia ley que contemplamos constituye un cambio en ese componente, en la medida en que es un *output* del sistema por medio del cual se introducen, además, modificaciones en numerosas leyes²⁶.

²⁴La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005, p. 8.

²⁶ La LOIEMH modifica: 1) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; 2) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 3) Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; 4) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; 5) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 6) Ley 25/2994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la radiodifusión televisiva; 7) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad ; 8) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; 9) Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; 10) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; 11) Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril; 12) Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; 13) Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimientos; 14) Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad; 15) Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo; 16) Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; 17) Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; 18) Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; 19) Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; 20) Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud; 21) Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio; 22) Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil; 23) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; 24) Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; 25) Ley 16/1983 de 24 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer; 26) Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado; 27) Ley 36/1977, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

En segundo lugar, también constituyen cambios en el componente sustantivo del Derecho, los conceptos, principios y categorías que la LOIEMH incluye o consolida, como los de discriminación por razón de sexo²⁷; discriminación directa e indirecta por razón de sexo²⁸; doble discriminación²⁹; transversalidad del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres³⁰; impacto de género³¹; presencia equilibrada de mujeres y hombres³²; acoso sexual y acoso por razón de sexo³³; Derecho antidiscriminatorio³⁴; y acciones positivas³⁵.

En tercer lugar, deben incluirse entre los cambios en el componente sustantivo la consideración de la perspectiva de género como elemento esencial del contenido de la LOIEMH³⁶, la delimitación de la igualdad no sólo como principio sino también como derecho constitucional³⁷, y la conexión del significado de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres con la ausencia de discriminación³⁸.

²⁷ Artículo 6. 3, artículo 7.3 y 4, artículo 9, todos ellos en relación con el artículo 5.

²⁸ Artículo 6.1 y 2 y artículo 8.

²⁹ Exposición de Motivos (II).

³⁰ Exposición de Motivos (III).

³¹ Artículo 19, artículo 55 y disposición adicional tercera, que añade al respecto un último inciso en el apartado 1 del artículo 109 de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial. La exigencia de realizar informes de impacto de género emana de la exigencia de transversalidad del principio de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres, y ya había sido introducida en nuestro derecho a través de la Ley 30/2003, de 13 de octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Se modificaba así la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, concretamente, sus artículos 22.2 y 24.1.b. Esta reforma establece que los proyectos de ley y las disposiciones reglamentarias irán acompañadas de un informe acerca del impacto por razón de género, de las medidas que contienen. Un reciente estudio sobre estos informes puede encontrarse en J. M. GIL RUIZ, *Las nuevas técnicas legislativas en España: los informes de evaluación de impacto de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. Las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa o el propio Banco Mundial han establecido una serie de indicadores para realizar la evaluación del impacto de género.

³² Artículos 16, 52, 53, 54, 75 y disposición adicional tercera que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según su disposición adicional primera, la presencia equilibrada equivale a que “las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

³³ Artículo 7.

³⁴ Exposición de Motivos (III).

³⁵ Artículo 11 y Exposición de Motivos (II y III).

³⁶ Exposición de Motivos (III).

³⁷ Artículo 11 de la LO 3/2007. La configuración de la igualdad como un derecho fundamental también ha sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, en el Caso Defrenne C-80/70), en su tarea de interpretación y aplicación de normas comunitarias, como el artículo 119 del Tratado de la CEE, que se refiere a la igualdad salarial. Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorporó explícitamente la igualdad entre mujeres y hombres. Véase FREIXES SANJUÁN, cit., pp. 37-39.

³⁸ Artículos 3 y 4. Responde así, como recuerda FREIXES SANJUÁN (cit., pp. 42 y 43), a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se inclinó por la versión inglesa del artículo 14 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección

Precisamente, las modificaciones que introduce la LOIEMH en diversas leyes del sistema jurídico español se han producido para garantizar específicamente, tanto en el ámbito privado y como en el público, el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, en las condiciones de trabajo³⁹, y en el acceso a bienes y servicios y su suministro⁴⁰, con la prohibición expresa de indagar sobre la situación de embarazo de una demandante de bienes y servicios⁴¹, y de utilizar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones de manera que generen diferencias en aquellas⁴². Por lo demás, se incluyen entre las causas de nulidad de actos y cláusulas de negocios jurídicos, que estos constituyan o causen discriminación⁴³, y se consideran como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, aquellas conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la LOIEMH⁴⁴. Además, se establecen diversas modificaciones en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, maternidad y paternidad, lactancia, contratación laboral, acceso, formación y promoción en el empleo, Seguridad Social, o responsabilidad de las empresas en materia de igualdad⁴⁵.

Aparte de los cambios en el componente sustantivo, la LOIEMH introduce modificaciones en el componente estructural del sistema jurídico español, es decir, en la estructura y funcionamiento de las instituciones jurídico-políticas y administrativas, así como en las competencias que les corresponden, y en el tipo de procedimientos y actuaciones que se desarrollan en las mismas. También crea nuevos organismos con la finalidad de que coadyuven al cumplimiento de los fines que prevé esta ley.

Así, y de manera general, se dispone la transversalidad de la igualdad de trato como nuevo criterio en las tareas de interpretación y aplicación de las normas⁴⁶ y como criterio guía de la actuación de todas las Administraciones públicas⁴⁷.

de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Según la versión inglesa, se declaraba que el goce de derechos y libertades debía garantizarse sin discriminación (*without discrimination*), mientras que la versiones francesa y española optaron por “sin distinción” (*sans distinction aucune*).

³⁹ Artículo 5.

⁴⁰ Título VI.

⁴¹ Artículo 70.

⁴² Artículo 71.1.

⁴³ Artículo 10.

⁴⁴ Disposición adicional vigésimo quinta que modifica la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁴⁵ Títulos IV y V y VII y disposiciones adicionales que modifican la legislación española que regulaba estos temas, incluyendo las aplicables a las Fuerzas Armadas.

⁴⁶ Artículo 4.

⁴⁷ Artículo 51, y también artículos 5, 21, 22, 26, 27 29, 30, 31, 32, 42; disposiciones adicionales que modifican la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 56/2003, 16 de diciembre, de Empleo;

Igualmente, se prevén modificaciones en los procedimientos judiciales (que también deben tener en cuenta la transversalidad de la igualdad de trato para la interpretación y aplicación de las normas) mediante: a) la atribución de la carga de la prueba de existencia de situaciones discriminatorias por razón de sexo a la parte demandada⁴⁸; b) el establecimiento de la presunción de existencia de discriminación directa por razón de sexo en los tratos desfavorables relacionados con el embarazo y la maternidad⁴⁹; y c) el reconocimiento de legitimación para recabar la tutela judicial a afectados (estos solos en caso de acoso), sindicatos, organismos públicos y asociaciones cuya finalidad sea defender la igualdad de trato⁵⁰. Esta modificación, que hemos ubicado entre las modificaciones del componente estructural, por cuanto afecta a la actuación de o en las instituciones, como son, por ejemplo, los tribunales, debe considerarse también en relación con el componente cultural, ya que reconoce a diversos colectivos, y no sólo a los afectados –con la salvedad del acoso- la facultad de acudir a los tribunales para recabar la tutela judicial en temas de igualdad de trato. En este punto, y como se ha indicado, el componente cultural se refiere, entre otros aspectos, a si la gente acude o no diligentemente a los tribunales, lo que, evidentemente, exige tener en cuenta a quiénes se les reconoce legitimidad para hacerlo.

Como parte de las transformaciones del elemento estructural debe incluirse también la creación de nuevos organismos en el seno de las Administraciones

y Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, extendiendo a esas mujeres lo dispuesto en su artículo 3.1.

⁴⁸ Artículo 13, y disposiciones adicionales que modifican, respectivamente, artículo 217 de la LEC y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En este sentido, y según se indica en su disposición final cuarta, la LO 3/2007 traspone la directiva 97/80 CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Hay que subrayar, siguiendo a J. CALVO GARCÍA, “Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007 (15), pp. 1-22, que en nuestro país se venía elaborando una jurisprudencia en torno a la inversión de la carga de la prueba, que se inaugura con la STS 38/1981 y continúan las SSTC 94/1984, 166/1988, 266/1993. Esta se refería a casos que versaban, precisamente, sobre una vulneración o lesión formal o sustancial del derecho de igualdad, según los contenidos de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española, en las relaciones de trabajo, por temas, entre otros, como el acoso sexual laboral o el acoso moral. Esta doctrina ha obtenido un refrendo especial en la jurisdicción social y luego se ha apreciado también en la contencioso-administrativa, por temas de acoso laboral en la función pública, e incluso en el ámbito civil por casos de arrendador acosador. El argumento principal sobre el que se justifica es la especial dificultad que se detecta en la práctica y valoración de la prueba en estos temas. Para Calvo García, la inversión de la carga de la prueba ha sido una construcción de carácter jurisprudencial y, con posterioridad, ha tenido su plasmación normativa en textos como la Directiva 97/807 CE, que la LO 3/2007 traspone al sistema jurídico español.

⁴⁹ Artículo 8.

⁵⁰ Artículo 12, disposición adicional quinta, que introduce un nuevo artículo 11 bis en la LEC y disposición adicional sexta que modifica la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

públicas para hacer un seguimiento de la efectividad de la ley⁵¹. Igualmente, son cambios en el componente estructural la exigencia de presencia equilibrada de mujeres y hombres, entre otros, en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad nombrados por los poderes públicos⁵², o en las candidaturas para las elecciones al Congreso, asambleas legislativas autonómicas y europea, elecciones municipales e insulares⁵³. Por último, se ubican dentro de las transformaciones de la LOIEMH sobre el elemento estructural de nuestro sistema jurídico, la exigencia de informes y memorias de impacto de género en el desarrollo de la actividad de creación de disposiciones jurídicas y de desarrollo de políticas de relevancia económica, social, cultural y artística que lleve a cabo el gobierno, y en las pruebas de acceso al empleo público⁵⁴. En el mismo sentido cabe hablar de la exigencia de desarrollo de informes y evaluaciones periódicas sobre la efectividad de la igualdad que debe elaborar el Gobierno y las Administraciones públicas en relación a sus respectivos ámbitos de actuación⁵⁵.

Finalmente, y respecto a las transformaciones en el componente cultural del sistema jurídico español que introduce la LOIEMH, cabe incluir la educación en igualdad, en todos los niveles formativos⁵⁶, y la formación en igualdad para y durante el ejercicio profesional⁵⁷. En segundo lugar, debe señalarse en este apartado la

⁵¹ Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres (artículo 76); las Unidades de igualdad, en cada ministerio (artículo 77); el Consejo de Participación de la Mujer (artículo 78); la Comisión de Igualdad en el Consejo General del Poder Judicial (disposición adicional tercera) que modifica la LOPJ; o la Comisión de Igualdad en el seno del Consejo Fiscal (disposición adicional cuarta que modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

⁵² Artículo 16.

⁵³ Se trata del 40%-60%. También se prevé la presencia equilibrada en órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, cuya designación le corresponda (artículo 52); en los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración general del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (artículo 53); en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo, en las que haya representación de la Administración del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (artículo 53); en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, en que haya representantes de la Administración general del Estado y de organismos públicos vinculados o dependientes de ella (artículo 54); en los nombramientos que corresponda efectuar a la Administración General del Estado y los organismos vinculados o dependientes de ella en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe (artículo 54); y en la elección de los componentes de la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial (disposición adicional tercera, que modifica LOPJ).

⁵⁴ Artículos 19 y 55, respectivamente.

⁵⁵ Artículo 18, artículo 51 g) y artículo 63.

⁵⁶ Capítulo II del título II.

⁵⁷ Artículo 51 c, artículo 62 b, disposiciones adicionales que modifican la LOPJ en lo relativo a la carrera judicial y fiscal, y demás personal al servicio de la Administración de Justicia; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud en relación a las carreras sanitarias.

exigencia de tratamiento estadístico de datos, estudios e investigaciones, mediante la adecuación de estadísticas y estudios a la perspectiva de género⁵⁸. En tercer lugar, la LOIEMH prevé la remoción de estereotipos mediante el fomento del uso no sexista del lenguaje en la administración y en los medios de comunicación⁵⁹, de la imagen no estereotipada de las mujeres en los medios de comunicación y en la publicidad, y acorde a los valores constitucionales⁶⁰; el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y la atención a la familia, y que los derechos de conciliación laboral vayan también en esta dirección⁶¹; la igualdad en el ámbito de la creación artística e intelectual⁶²; la igualdad en el acceso a las tecnologías de la sociedad de la información, con especial atención a las necesidades de colectivos con riesgo de exclusión y del ámbito rural⁶³; y la promoción del deporte femenino⁶⁴.

Por último, se incluye entre las transformaciones del componente cultural la promoción de la igualdad en el ámbito laboral y empresarial y entre los agentes sociales mediante a) la promoción de la igualdad en la negociación colectiva⁶⁵; b) la imposición a las empresas del deber de respetar la igualdad de trato y de adoptar, para conseguirlo, medidas dirigidas a evitar la discriminación laboral entre mujeres y hombres⁶⁶; c) la elaboración de planes de igualdad⁶⁷; d) la imposición a las empresas de la obligación de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, mediante códigos de buenas prácticas, campañas de información o acciones de formación⁶⁸; e) la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad, para lo que se tendrá en cuenta la presencia equilibrada en órganos de dirección de las empresas⁶⁹; y f) el fomento de la presencia equilibrada en el Consejo de administración de las sociedades mercantiles⁷⁰.

⁵⁸ Artículo 20 y disposiciones adicionales que modifican la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁵⁹ Artículos 14.11 y 38. Un estudio sobre el uso sexista o no sexista del lenguaje en la jurisprudencia española, encargado por el CGPJ, puede encontrarse en AA.VV, *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013.

⁶⁰ Artículos 36, 40, 41 y disposición adicional séptima que modifica la Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la radiodifusión televisiva, añadiendo la letra e) al artículo 16).

⁶¹ Artículo 14.8 y artículo 44, respectivamente.

⁶² Artículo 26.

⁶³ Artículo 28. En pos de su logro se dispuso la constitución de un fondo especial de 3 millones de euros en los ejercicios presupuestarios de 2007, 2008 y 2009 (disposición adicional décima).

⁶⁴ Artículo 29.

⁶⁵ Artículo 43.

⁶⁶ Artículo 45.

⁶⁷ Artículos 45, 46 y 47 y 49.

⁶⁸ Artículo 48.

⁶⁹ Artículo 50.

⁷⁰ Artículo 75.

4. CONCLUSIONES

Podemos concluir señalando que, sin duda, la LOIEMH introduce cambios en nuestro Derecho de tal magnitud que no extraña su vocación de ley-código de la igualdad. Sin embargo, estos cambios tan importantes y de calado tan profundo no han quedado bien evidenciados, debido a la estructura de esta ley, lo que ha difuminado su importancia y afectado negativamente a la eficacia de los principios que incorpora, y debido también a una visión dominante del derecho que lo considera básicamente como conjunto de normas, sin profundizar demasiado en el contexto socio-cultural en que se emiten y reciben en tanto que (pero no sólo) enunciados lingüísticos. Una visión más amplia del derecho, como conjunto de componentes estructural, sustantivo y cultural, permite resistemizar los contenidos y reformas de la LOIEMH, visibilizando los mecanismos previstos para la lucha contra la discriminación de las mujeres por razón de género, mecanismos que la LOIEMH ha diseminado por todo nuestro sistema jurídico. De esta manera puede trazarse el mapa de la transversalidad del principio de igualdad, lo que favorecerá su conocimiento, el control de su aplicación y por lo tanto, su eficacia, frente a dinámicas de funcionamiento institucional o representaciones socio-culturales que hoy deben considerarse obsoletas; al menos, desde el punto de vista de la transversalidad del principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

D. ACCATINO, “El saber dogmático en nuestra cultura jurídica”, *Revista de derecho* (Valdivia), dic. 1997, vol.8, nº1.

A. SARAT, “Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence”, *Law & Society Review*, Vol. 11, nº 3, (invierno, 1977).

A. SARAT & KEARNS (eds.), *Law in Everyday Life*, The University of Michigan Press, 1993.

D. P. AUSUBEL, “Algunos aspectos psicológicos de la estructura del conocimiento”, en S. ELAM, (comp.) *La educación y la estructura del conocimiento. Investigaciones sobre el proceso de aprendizaje y la naturaleza de las disciplinas que integran el currículum*, ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1973.

D. P. AUSUBEL, *Psicología educativa. Un punto de vista cognoscitivo*, ed. Trillas. México, 1976.

D. P. AUSUBEL, *Adquisición y retención del conocimiento. Una perspectiva cognitiva*, ed. Paidós. Barcelona, 2002.

D. P. AUSUBEL, J. NOVAK, H. HANESIAN, *Psicología educativa. Un punto de vista cognoscitivo*, ed. Trillas, México, 1983.

AA. VV., *Estudios sobre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, estudio coordinado por A. Rubio Castro,

Consejo General del Poder Judicial Generalitat de Catalunya/Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011.

AA. VV., *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, estudio coordinado por Ana Rubio Castro y Encarna Bodelón González, Consejo General del Poder Judicial, 2012.

AA. VV., *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley orgánica 372007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, estudio coordinado por Manuel Calvo y Teresa Picontó, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2014.

J. CALVO GARCÍA, “Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007 (15).

R. COTTERRELL, “The Concept of Legal Culture”, en D. NELKEN, (ed.), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth. 1997.

B. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, ed. Trotta, Madrid, 2009.

F. DEL REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008.

T. FREIXES SANJUÁN, “La igualdad de mujeres y hombres en el Derecho de la Unión Europea, *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, nº 9, primer semestre, 2001.

L. FRIEDMAN, “Legal culture and social development”, en L. Friedman y S. Macaulay, *Law and the behavioural sciences*, Indianapolis, 1969, pp. 1000 y ss., y en *Law and Society*, vol. 4 (1969-70), nº 1, agosto 1969, pp. 29 y ss.

L. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russel Sage F., 1975; *Law and Society. An Introduction*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1977.

L. FRIEDMAN “Legal Culture and the Welfare State” in TEUBNER (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter. Berlín, 1986.

L. FRIEDMAN, “The Concept of Legal Culture: A reply”, en D. Nelken (editor), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth.

M. P. GARCÍA RUBIO, “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho Privado y Constitución* 131, nº 21, Enero-Diciembre, 2007.

V. GESSNER, “La cultura como dimensión de la integración jurídica europea”, *Psicología Política*, nº 4, 1992.

J. M. GIL RUIZ, *Las nuevas técnicas legislativas en España: los informes de evaluación de impacto de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

J. C. HERITAGE, “Ethnomethodology”, in A. GIDDENS, & J. TURNER (eds.), *Social Theory Today*, 1987 (versión española de Jesús Alborés, alianza editorial, Madrid, 1990).

A. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, edición al cuidado de Antonio Serrano González, trad. Isabel Soler y Concepción Valera, editorial Tecnos, Madrid, 2002.

G. LAKOFF & M. JOHNSON, *Metáforas de la vida cotidiana*, Cátedra, Madrid, 2001.

P. LAURENZO, “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005.

S. MOSCOVICI (comp.), *Psicología social, II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*, Barcelona: Editorial Paidós, 1985, vol. II.

D. NELKEN & J. FEEST, *Adapting Legal Cultures*, Hart, 2001.

D. NELKEN, (editor), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth. 1997; *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, SAGE Publications Ltd, Londres, California, Nueva Dheli, Singapur, 2010; *Comparative criminal Justice and Globalization*, 2013.

R. A. POSNER, *Cómo deciden los jueces*, trad Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011.

J. I. POZO, *Teorías cognitivas del aprendizaje*, ed. Morata, 5ª edición, 1997.

J. I. POZO, *Adquisición de conocimiento*, 2ª edición, ed. Morata, Madrid, 2006.

G. TARELLO, “Lawrence M. Friedman e il sistema del diritto”, introducción a Friedman, L., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze social* (trad. italiana de su libro *The Legal System. A Social Science Perspective*, (1975), editado por la Società editrice il Mulino, Boloña, 1978).

L. VYGOTSKII, *Pensamiento y lenguaje*, ed. Paidós, 1995.

M. WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva II* (1922), edición preparada por J. Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echevarría, trad. J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. García Maynez, Eugenio Imaz y J. Ferrater Mora, FCE, México-Buenos Aires, 1964.

F. WIEACKER, “Foundations of European Legal Culture”, *American Journal of Comparative Law*, nº 1, 1990.