

MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO IBEROAMERICANO Y EUROPEO

JULIA ZAERA HERRERA (Coord.)

Licenciada en Derecho / Becaria de colaboración

Universidad de Alcalá

DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ / FRIEDERIKE AMELUNG / VERÓNICA
PEÑAS PÉREZ

Alumnas de la Quinta edición del Máster Universitario en Derecho

Universidad de Alcalá

Resumen: El presente artículo tiene su origen en el Seminario sobre “*Constituciones y nuevos Derechos Fundamentales en el ámbito Iberoamericano*” organizado por la Coordinación del Máster Universitario en Derecho, en el marco de su quinta edición. En dicho seminario los alumnos expusieron sus ponencias, a través de las cuales analizaban el Derecho a la Igualdad desde diferentes ámbitos y áreas del Derecho, y en distintos países de Iberoamérica y Europa. En concreto se examinan diferentes manifestaciones de este derecho fundamental en áreas del derecho Penal, Penitenciario, Social y Constitucional.

Palabras clave: Igualdad de Trato, Beneficios Penitenciarios e Igualdad, Ley de Igualdad de Trato Alemana: *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Evolución Jurisprudencial del Derecho a la Igualdad.

Abstract: This article has its origins in a Seminar about "New Constitutions and Fundamental Rights in Latin America" organized by the Master's Degree of the Faculty of Law. In this Seminar, where students presented their Papers, they analyzed the Right to Equality in different fields of law, and in different countries of Latin America and Europe. Students specifically examine different manifestations of this fundamental right in areas of criminal law and constitutional law.

Keywords: Equal Treatment, Equal Benefits, German Equal Treatment Act: *Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Integral Protection Measures against Gender Violence Act, Jurisprudential evolution in Equality

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA RESTRICCIÓN EN LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN ESPAÑA Y PERÚ: UNA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD: 1. La recepción de la Igualdad por la regulación penal: una interpretación a partir de una combinación de principios y fines. 2. La situación penitenciaria en el Perú. 3. La agudización del problema: una manifestación de la discriminación ideológica. II. LA LEY GENERAL DE IGUALDAD DE TRATO EN ALEMANIA (*Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*): 1. Introducción. 2. Objeto y ámbito de aplicación. 3. El concepto de discriminación según la Ley. 4. Obligaciones para el empresario y Derechos para los empleados. 5. Reacciones y aplicación de la Ley. III. DERECHO Y DESIGUALDAD EN LA NUEVA LEY 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL GÉNERO

EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL: ESTUDIO DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. Igualdad de Género y Derecho Laboral. 2. Evolución Jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a la Igualdad de Género en el Ámbito Laboral. V. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

En el marco de la quinta edición del Máster Universitario en Derecho de nuestra Universidad, y organizado por la Coordinación del Máster en colaboración con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, tuvo lugar el “Seminario sobre Constituciones y Nuevos Derechos Fundamentales en el Ámbito Iberoamericano”.

Dicho evento se compuso de un conjunto de nueve ponencias presentadas por una selección de alumnos del Máster en las cuales se analizaban diversas manifestaciones del Derecho a la Igualdad, su evolución y reflejo en distintos ordenamientos jurídicos iberoamericanos: Violencia de Género, Propiedad Intelectual, Matrimonios o Uniones Homosexuales, Beneficios Penitenciarios, Derechos Laborales, Fiscalidad y doble imposición, etc... fueron algunas de las áreas en las que se centró el análisis del Derecho de Igualdad llevado a cabo antes y durante el Seminario.

Como consecuencia de esos estudios individuales de los alumnos del Máster y de su puesta en común, nace este artículo que humildemente se publica en el Anuario de la Facultad de Derecho, esperando encontrarse a la altura y resultar atractivo al lector o cuanto menos interesante.

I. LA RESTRICCIÓN EN LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN ESPAÑA Y PERÚ: UNA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD¹

1. La recepción de la Igualdad por la regulación penal: una interpretación a partir de una combinación de principios y fines

Si tenemos en cuenta lo establecido hoy por ambas normativas², entiéndase la española y la peruana, la finalidad de la pena debe estar orientada hacia la resocialización del penado. En el artículo 139.22 de la Constitución Política del Perú de 1993, se establece que: “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, y tiene relación a su vez con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal

¹ Apartado redactado por Dña. Diana Gisella Milla Vásquez.

² En relación a la orientación de la pena tal como se percibía anteriormente, bien señala Cadalso, la funesta consecuencia de concebir y aplicar la pena basada en principios expiatorios y retributivos, es decir, cuando sólo se atiende a infligir un sufrimiento al penado y a eliminarlo. Por consiguiente, las instituciones que aspiran a su reforma y redención aparecen antagónicas con tales principios, pugnan con ellos y en consecuencia no existen. La pena se vuelve en un instrumento unilateral que ni siquiera atiende a consideraciones en torno al delito, o al delincuente en cuanto revestido éste de sus derechos inalienables, Vid. CADALSO, F.: *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*. Madrid, 1921, p. 41.

peruano de 1995, que considera como una de las funciones y finalidad de la pena, la "resocialización" o lo que en la doctrina se conoce como prevención especial; en el mismo sentido se encuentra establecido en el artículo II del Código de Ejecución Penal peruano, Decreto Legislativo N° 654, de 1991, que considera el objeto de la ejecución penal la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Del mismo modo, se encuentra regulado en la Constitución española de 1978. El artículo 25.2, determina que: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...". Y su paralelo desarrollo dentro del artículo 1 de la LOGP 1/1979 de 26 de septiembre, prescribe que: "Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley, tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas libertad...".

De ello se deriva que la pena no mira más hacia el pasado a manera de las teorías retributivas. Hoy, se proyecta hacia el futuro, teniendo en cuenta a la persona que ha delinquido, es decir al interno. Ambas legislaciones se encuentran orientadas hacia la reeducación y reinserción social como consecuencia de la consideración de que todo ser humano puede reinsertarse a la sociedad.

Por ende, constituye una manifestación del derecho fundamental a la igualdad³ entender la posibilidad de resocialización de los sujetos que han delinquido sin excepción, aunque es cierto que este análisis es más individualizado en atención al caso concreto y a los "méritos" que hayan obtenido para acceder a los beneficios penitenciarios, pero siempre con la posibilidad abierta de resocialización.

Una justicia que tome como punto de arranque de manera preponderante la capacidad delictuosa de los sujetos, la mala voluntad de los mismos, sus propensiones o sus instintos malos, y el consiguiente peligro social que ofrecen, no sólo estaría ingresando al fuero interno del sujeto sino que simultáneamente se provocaría so pretexto de un análisis particular, una discriminación que atentaría contra el derecho de igualdad, y a su vez se estaría realizando una estigmatización de personas por la comisión de determinados delitos.

2. La situación penitenciaria en el Perú

La doctrina mayoritaria en el Perú, concibe la naturaleza de los beneficios penitenciarios, como incentivos en la calidad de expectativa de un derecho, y no

³ Según el apartado 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Toda persona tiene derecho: "A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En este mismo sentido se encuentra regulado en la Constitución española de 1978. En su Artículo 14 ha precisado: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La expresión del principio de igualdad que se presenta en estos párrafos, se encuentra consagrada como una prohibición de discriminar. En este sentido la igualdad consiste en que las distinciones o diferencias de trato no deben estar basadas en lo esencial en criterios de sexo, raza, religión, etc. Siendo ello así, el principio de igualdad implica la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente.

en el sentido de un derecho inherente al interno. En tal sentido, el TC, viene señalando en su reiterada y uniforme jurisprudencia que, en estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal. Al respecto, la Sala Primera del Tribunal Constitucional del Perú, mediante Sentencia N.º 04792-2009-PHC/TC, de 15 de diciembre de 2010, en su fundamento quinto ha señalado expresamente lo siguiente: “...los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. Y es que, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos a favor de las personas, sino persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, de ahí que puedan ser limitadas. Es en este contexto normativo y jurisprudencial que cuando el juzgador ordinario ampara una solicitud de un beneficio penitenciario en realidad está estimulando a la completa reinserción del penado a la sociedad...”.

Por consiguiente, tanto para la doctrina⁴ como para la jurisprudencia peruana, los beneficios penitenciarios constituyen un incentivo, es decir una expectativa de Derecho que está sujeto a que el beneficiario reúna ciertas condiciones de readaptación, que hagan prever su salida del penal antes del cumplimiento de su pena, y de esta manera no genere un peligro para la sociedad. Sin embargo, en la experiencia española, la doctrina⁵ es uniforme al considerar los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos del interno, pero condicionados al cumplimiento de ciertos requisitos legales.

Así pues, cuando una persona es condenada a pena privativa de libertad efectiva, luego de haber sido sometida a un proceso penal (*nulla poena sine iudicio* - nula es la pena sin un juicio previo), busca recurrir a los beneficios penitenciarios con la finalidad de egresar del establecimiento penal antes del cumplimiento total de la condena. Ello guarda consonancia con lo establecido en ambas legislaciones, cuyo fin es la resocialización del interno.

Sin embargo, los mecanismos establecidos para la concesión de beneficios penitenciarios⁶ no se aplican para todos los delitos, sino que a través de una serie

⁴ Al respecto, Small Arana concibe a los beneficios penitenciarios como incentivos y no derechos subjetivo de los internos, Vid. SMALL ARANA, G.: Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios. Lima, 2006, p. 66; en el mismo sentido, Vid. BROUSSET SALAS, R.: “Replanteamiento del régimen de acceso a los beneficios penitenciarios de efectos carcelarios en el Perú”, en *Revista electrónica de Derecho penal de la Universidad de Friburgo*. Consultado el 15 de mayo de 2011, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_37.pdf, pp. 2 y ss.

⁵ Vid., al respecto, GARCÍA VALDÉS, C.: “Beneficios penitenciarios”, en *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*. Madrid, 1989, pp. 239 y ss; en el mismo sentido, Bueno Arús concibe a los beneficios penitenciarios como *derechos subjetivos supeditados al cumplimiento de determinados requisitos*, Vid. BUENO ARÚS, F.: “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en VV.AA. *Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torio López*. Granada, 1999, p. 567; asimismo, Vid. SANZ DELGADO, E.: *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. Madrid, 2006, ob. cit., p. 23.

⁶ La Ley N° 26320, de fecha 2 de junio de 1994, estableció restricciones para el delito de tráfico ilícito de drogas, prohibiéndose los beneficios penitenciarios para los supuestos del artículo 297 CP (causas agravantes del TERRORISMO). Asimismo, la Ley N° 27765, de fecha 27 de junio de 2002, restringe los

de leyes o decretos legislativos se han establecido diversas limitaciones o restricciones.

3. La agudización del problema: una manifestación de la discriminación ideológica

El problema de discriminación y por ende de vulneración del derecho fundamental a la igualdad y de ciertos fines de la pena, se manifiesta en el Perú, cuando se expide el Decreto Legislativo N° 927, de fecha 20 de febrero de 2003, que limita la concesión de los beneficios penitenciarios para el delito de terrorismo en general a diferencia de la primera ley citada, llegándose a establecer el 7x1, es decir, siete días de trabajo o de estudio por un día de pena, eliminándose la semilibertad y la liberación condicional.

Sin embargo, el culmen de esta vulneración se presenta a través de la Ley N° 29492, de fecha 14 de octubre de 2009, que deroga el Decreto Legislativo N° 927 y suprime los beneficios penitenciarios de redención de penas y liberación condicional para los delitos de terrorismo. No obstante, se debe tener en cuenta que dicha restricción no alcanza a todos los beneficios penitenciarios sino solamente a la redención de penas por el trabajo y a la liberación condicional, quedando en facultad de la autoridad penitenciaria la concesión del permiso de salida y la visita íntima.

La posición del TC sobre beneficios penitenciarios para internos por delito de terrorismo se encuentra plasmada en la Sentencia N° 0010-2002-AI/TC que fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 03 de enero del 2003, la misma que deja entrever la justificación respecto de la prohibición que el legislador había efectuado para no conceder beneficios penitenciarios con los siguientes términos: «no se considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que con su dictado se persiguen proteger». De lo antes citado se puede colegir a la igualdad como principio, en su sentido material, es decir igualdad dentro del marco estricto de la ley permitiendo otorgar distintos beneficios penitenciarios en función de la naturaleza del delito.

En otra resolución, el Tribunal Constitucional con la Sentencia N.º 00033-2007-PI/TC del 25 de setiembre de 2009, referente a la constitucionalidad del principio de igualdad en la concesión de beneficios penitenciarios señala lo siguiente: «... *la afectación o intervención del Principio Derecho de Igualdad*

beneficios penitenciarios para el delito de lavado de activos; la Ley N° 27770, de fecha 28 de junio de 2002, establece limitaciones para los delitos de concusión, corrupción de funcionarios, peculado (con excepción del culposo), entre otros, operando el cinco por uno para efectos de redención, es decir, cinco días de trabajo o de estudio por un día de pena. Y en el caso de los beneficios de semilibertad y la liberación condicional, al cumplirse las dos terceras partes y las tres cuartas partes de la condena respectivamente.

(leve) que genera la exclusión del otorgamiento de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a un grupo de internos ..., tiene como fin constitucional relevante la obligación que tiene el Estado de garantizar la protección de la población de las amenazas contra su seguridad...».

Asimismo en España, a través de la LO 7/2003, de 30 de junio, se restringió la concesión del beneficio penitenciario de adelantamiento de la libertad condicional para los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, tal restricción encuentra su justificación en el segundo fundamento de su Exposición de Motivos: “... la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

Sin embargo, creemos que la racionalidad que va por detrás de dichas limitaciones obedece a una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, pues si bien es cierto el TC del Perú, en las sentencias señaladas, ha tratado de fundamentar esta restricción, lo cierto es que el argumento de la lesividad social de los actos terroristas, no tiene por qué tener una consecuencia inmediata en la concesión o no de beneficios penitenciarios para los que cumplen condena por estos delitos. De ser así, se estaría dando un salto lógico que se trasladaría de la consideración del hecho lesivo ocurrido, hacia la personalidad de la persona a la que se considera *a priori* como peligrosa, negándosele la posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios. Ahora bien, esta crítica se conecta con una de índole político criminal, pues la consideración de esa peligrosidad del delincuente terrorista se hace a partir de una supuesta zozobra provocada en la población por el actuar delictivo. Se torna al sujeto como ser peligroso, debido a su vocación de ruptura con el orden establecido. En este contexto, con la restricción de beneficios penitenciarios, se estaría aplicando el famoso Derecho penal del enemigo, que actúa a nivel de las normas penitenciarias.

Por último, en términos comparativos, el argumento de lesividad social de la acción terrorista se cae por sí sólo si verificamos que efectivamente en la sociedad peruana son perpetrados delitos de mayor incidencia en su regularidad y su magnitud de zozobra real, y no sólo como inseguridad subjetiva. Sin embargo, no son tratados con el mismo rigor penitenciario, tal es el caso del delito de homicidio

simple o calificado para el cual no existe ningún tipo de limitación en la concesión de los beneficios penitenciarios, en este caso, se aplica la regla general y sigue operando el dos por uno, obteniéndose la semilibertad y la liberación condicional al cumplirse una tercera parte y la mitad de la condena, respectivamente. Por ello, creemos que, si con delitos de mayor lesividad objetiva y con mayor generación de inseguridad objetiva y regularidad en ascenso, no se aplican medidas restrictivas de los beneficios penitenciarios, ello obedece a una consideración adicional en delitos de terrorismo de índole ideológica, que va en contra no sólo del principio de igualdad, sino de los fines de la pena y del tratamiento penitenciario en general. En todo caso si el legislador planea endurecer las sanciones para los terroristas esta debe ser planteada en el nivel abstracto general de los marcos punitivos, pero no en una negación de análisis individual propio del tratamiento penitenciario.

II. LA LEY GENERAL DE IGUALDAD DE TRATO EN ALEMANIA (*Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*)⁷

1. Introducción

El 18 de agosto de 2006 entró en vigor la Ley General de Igualdad de Trato (en alemán: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, en adelante: AGG).

La Constitución alemana, la Ley Fundamental (en alemán: *Grundgesetz*, en adelante: GG) prevé en su artículo 3 que:

“1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.”

Este artículo de la Ley Fundamental vincula a todos los poderes públicos estatales en relación con los ciudadanos alemanes, y fue reiteradamente aplicado por los tribunales alemanes en relaciones entre dos o más particulares.

Sin embargo también hay que tener en cuenta las cuatro Directivas Europeas sobre la igualdad de trato:

- La Directiva 2000/43, de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico,
- La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,

⁷ Apartado redactado por Friederike Amelung.

- La Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y
- La Directiva 2004/113, de 12 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Obligaron al legislador alemán a transponerlas al derecho alemán y garantizar por lo tanto la igualdad de trato también en el ámbito privado, sobre todo en las relaciones laborales.⁸

2. Objeto y ámbito de aplicación

En la Sección 1 de la Ley General de Igualdad de Trato, las Disposiciones generales, se expone el objeto de la Ley y su ámbito de aplicación. Según el artículo 1 *“la presente Ley tiene por objeto prevenir o eliminar toda discriminación por motivos de raza u origen étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad o identidad sexual.”*

La Ley General de Igualdad de Trato diferencia entre el ámbito de aplicación personal y el objetivo. La Ley tiene aplicación para todas las personas que hayan sido discriminadas por los motivos que menciona el artículo 1 AGG, o sea, la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o convicción, discapacidad, la edad o identidad sexual. El ámbito de aplicación objetivo está limitado a las situaciones mencionadas en el artículo 2 AGG.⁹ Estas situaciones son el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación y la promoción profesional, las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de la retribución, el acceso a la orientación profesional, la formación profesional, formación profesional superior, formación profesional continua y reciclaje personal y la experiencia

⁸ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, Drucksache 16/1780, 08.06.2006, p. 1

⁹ Artículo 2.1 de la Ley General de Igualdad de Trato: *“De acuerdo con esta Ley, toda discriminación basada en alguno de los motivos contemplados en el Artículo será ilícita por cuanto se refiere a: 1. Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia o ajena, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción profesional; 2. Las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución, en particular en caso de acuerdos individuales y colectivos y medidas en los procedimientos y la terminación de una relación laboral, así como la promoción profesional; 3. El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior, formación profesional continua y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica; 4. La afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; 5. La protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; 6. los beneficios sociales; 7. la educación; 8. el acceso y el suministro de bienes y otros servicios a disposición de la población, incluida la vivienda.”*

laboral práctica, la afiliación y participación en los sindicatos u organizaciones tanto de trabajadores como de empresarios, la protección social, incluido la seguridad social y asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y otros servicios a disposición de la población, incluida la vivienda.

3. El concepto de discriminación según la Ley

Cada diferencia de trato que no sea justificada es una discriminación prohibida. Diferencias de trato sólo son justificadas “dentro de los límites muy reducidos siempre que las características requeridas resulten esenciales y prácticamente imprescindibles para ejercer una actividad determinada.”¹⁰ Por ejemplo, no existe ninguna discriminación por el motivo de sexo si una oferta de trabajo busca un modelo *masculino* para presentar ropa para hombres.¹¹ Además, según el artículo 5 de la Ley General de Igualdad de Trato, “[...] se admitirán diferencias de trato cuando se adopten medidas adecuadas y razonables destinadas a evitar o compensar las desventajas existentes por alguno de los motivos contemplados en el Artículo 1.”

La Ley General de Igualdad de Trato define en su artículo 3 cinco formas de discriminación.¹²

¹⁰ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Guía de la Ley general de igualdad de trato (AGG) – Explicaciones y ejemplos*, Berlin, 2010, p. 11 (disponible en http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/agg_wegweiser_spanisch_guia_de_la_ley_pdf?__blob=publicationFile;12.07.2011).

¹¹ Deutscher Gewerkschaftsbund – Bundesvorstand, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die Neuregelungen mit praktischen Erläuterungen*, Berlin, 2006, p. 7

¹² Artículo 3 de la Ley General de Igualdad de Trato: “1. Existirá discriminación directa cuando, por alguno de los motivos previstos en el Artículo 1, una persona sea tratada de una forma menos favorable de lo que otra es, ha sido o sería tratada en una situación comparable. El supuesto en el que se dispense a una mujer un trato menos favorable por embarazo o maternidad constituirá también un caso de discriminación directa en relación con lo dispuesto en el Artículo 2, apartado (1), números 1 a 4. 2. Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan poner a personas, por uno de los motivos previstos en el Artículo 1, en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. 3. El acoso constituirá discriminación cuando se produzca un comportamiento no deseado, relacionado con alguno de los motivos contemplados en el Artículo 1, que tenga el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. 4. El acoso sexual constituirá discriminación a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2, apartado (1), números 1 a 4 cuando se produzca un comportamiento no deseado de naturaleza sexual, incluidos actos sexuales no deseados y requerimientos de practicarlos, contactos físicos de naturaleza sexual, comentarios de contenido sexual, así como la presentación no deseada o exhibición en público de imágenes pornográficas, que tenga el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. 5. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos contemplados en el Artículo 1 se considerará discriminación. Existirá tal orden a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2, apartado (1), números 1 a 4 particularmente cuando una persona ordene a otra que se comporte de tal forma que discrimine o pueda discriminar a un trabajador o trabajadora por alguno de los motivos previstos en el Artículo 1.»

Existe una discriminación directa cuando por alguno de los motivos de raza, sexo, religión, discapacidad, edad o identidad sexual una persona sea tratada menos favorable que otra en una situación comparable y una discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica que parece neutra debido a unos los motivos del artículo 1 AGG en realidad significa una desventaja para una personas respecto a otros. Un ejemplo clásico de la discriminación directa por motivo de sexo puede ser una mujer que realiza el mismo trabajo que un compañero suyo y recibe un salario inferior.¹³ Existe una discriminación indirecta cuando por ejemplo unas disposiciones prevén que la promoción profesional sólo puede ser para personas que antes habían trabajado sin interrupción en un puesto. Esto puede perjudicar indirectamente a mujeres jóvenes que por maternidad hayan parado su trabajo un tiempo, cosa que se va a encontrar mucho menos en el caso de hombres.¹⁴ También el acoso y el acoso sexual se considera como discriminación si se comete por un comportamiento no deseado relacionado con uno de los motivos que tenga el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Ya sólo la orden de discriminar a personas por uno de los motivos del artículo 1 significa una discriminación. Una orden de discriminar prohibida por la Ley podría ser el caso en que un empresario prohíba al jefe de personal no contratar personas mayores o de un cierto origen étnico.¹⁵

4. Obligaciones para el empresario y Derechos para los empleados

Según el artículo 12.1 AGG *“el empleador está obligado a emprender las medidas necesarias para proteger frente a las discriminaciones basadas en alguno de los motivos previstos en el Artículo 1. Dicha protección también incluirá medidas cautelares.”*

Como la Ley General de Igualdad de Trato tiene una doble finalidad, a un lado prevenir y al otro lado eliminar la discriminación por los motivos ya señalados, el empleador está obligado a informar a sus empleados sobre la ilicitud de las discriminaciones y a la vez debe tomar las medidas adecuadas, necesarias y razonables para impedir la discriminación.¹⁶

¹³ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Guía de la Ley general de igualdad de trato (AGG) – Explicaciones y ejemplos*, Berlin, 2010, p. 12 (disponible online: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/agg_wegweiser_spanisch_guia_de_la_ley_pdf?__blob=publicationFile;12.07.2011)

¹⁴ ECKERT, M. *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der Praxis*, DSStR 2006, p. 1988.

¹⁵ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Guía de la Ley general de igualdad de trato (AGG) – Explicaciones y ejemplos*, Berlin, 2010, p. 14 (disponible online: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/agg_wegweiser_spanisch_guia_de_la_ley_pdf?__blob=publicationFile;12.07.2011)

¹⁶ Artículo 12 de la Ley General de Igualdad de Trato: *“2. El empleador hará hincapié de manera adecuada en la ilicitud de tales discriminaciones, especialmente en el marco de la formación y educación permanente, y fomentará activamente que la discriminación no tenga lugar. [...] 3. Si los trabajadores infringen la prohibición de discriminación establecida en el Artículo 7, apartado (1), el empleador*

Según el artículo 13 AGG “los trabajadores tendrán el derecho a presentar reclamaciones ante los órganos responsables de la compañía [...] cuando, en el contexto de su relación laboral, se sientan discriminados por el empleador, los superiores, otros trabajadores o terceros [...]” Además en un caso de acoso o acoso sexual, cuando el empresario no toma medidas adecuadas, si el trabajador afectado lo ve necesario para protegerse, él tiene el derecho de interrumpir su actividad, sin perder la remuneración.¹⁷ Según el artículo 15, párrafo 1 y 2 AGG, el empleador está obligado a pagar una indemnización tanto para los perjuicios causados por una discriminación como para los perjuicios no patrimoniales, pero según el párrafo 3 “las infracciones de la prohibición de discriminación [...] no fundamentan el derecho al establecimiento de una relación laboral [...]»

La carga de la prueba simplifica la demanda por una discriminación ya que según el artículo 22 AGG “cuando, en un caso de litigio, una de las partes demuestre indicios que permitan presumir la existencia de discriminación por alguno de los motivos contemplados en el Artículo 1, la otra parte estará obligada a probar que no ha habido infracción de las disposiciones relativas a la protección frente a la discriminación.”

5. Reacciones y aplicación de la Ley

Ya antes de su entrada en vigor la Ley General de Igualdad de Trato fue muy discutida. Se esperaba un incremento significativo de las demandas por discriminaciones y gente que se aprovechara de la Ley presentándose a ofertas de trabajo obviamente discriminatorias sólo para luego hacer valer un derecho a indemnización.

Tras casi cinco años en vigor se puede decir que la Ley no ha provocado un incremento significativo de las denuncias por discriminaciones. En los primeros ocho meses, por ejemplo, los tribunales laborales del *Land* Baden-Wurtemberg registraron unos 109 casos con relación a la Ley General de Igualdad de Trato que significa sólo un 0,3% de los casos registrados por las primeras instancias.¹⁸ También la Unidad Antidiscriminación de la Federación, que fue creada conforme a la AGG, ha confirmado en su comunicado del 13 de agosto de 2010, que los tribunales laborales no se veían afectados por un número inmenso de juicios con relación a la Ley y que sólo un 2% ó 3% de todos los litigios laborales tenía una relación con la Ley General de Igualdad de Trato.

deberá tomar las medidas adecuadas, necesarias y razonables en cada caso concreto para impedir la discriminación; entre estas medidas se incluyen la amonestación, el traslado, el cambio de destino o el despido de los trabajadores en cuestión.”

¹⁷ Artículo 14 de la Ley General de Igualdad de Trato: “Si el empleador no adoptara ninguna medida o éstas fueran manifiestamente inadecuadas para impedir un acoso o acoso sexual en el lugar de trabajo, los trabajadores afectados tendrán derecho interrumpir su actividad, sin perder la remuneración, siempre que ello sea necesario para protegerse. Lo estipulado en el Artículo 273 del Código Civil no se verá afectado.”

¹⁸ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg – Der Präsident, “Pressemitteilung – Erste Erfahrungen in der Rechtsprechung mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Stuttgart, 27.06.07, p. 1.

III. DERECHO Y DESIGUALDAD EN LA NUEVA LEY 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO¹⁹

Cuando hablamos de desigualdad no podemos evitar pensar en las diferencias de trato a las que se han visto sometidas las mujeres a lo largo de la historia, desde laborales hasta intelectuales pasando por la violencia o la autorización marital²⁰, algunas de las cuales aún hoy en día continúan, consecuencia de la posición de superioridad en la que se encontraba el colectivo masculino.

Hasta que la violencia ejercida sobre las mujeres no es vista por la sociedad como un verdadero problema, no surgen las normas que regulan el comportamiento del Estado frente a dichas situaciones. Será a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando la crudeza con que se presenta el problema de la violencia de género de paso a una importante proliferación de instrumentos legislativos en defensa del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres²¹.

Proclama el artículo 14 de nuestra Constitución el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación²², y es clara la posición del legislador quien en muchas ocasiones confiere una protección especial a lo que muchos se han empeñado en llamar el “sexo débil”. Pero colocando a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad, entendida ésta como una particular susceptibilidad de ser agredida o de padecer un daño, nos lleva a preguntarnos ¿qué ocurre cuando esa protección otorgada es en ciertas ocasiones excesiva y se torna perjudicial para el hombre? Eso mismo es lo que ocurre cuando examinamos con detalle la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁹ Apartado redactado por Dña. Verónica Peñas Pérez. Salvo indicación expresa, todos los artículos transcritos en el presente trabajo pertenecen a la Ley de Violencia de Género.

²⁰ En la actualidad el art. 66 del Código Civil español señala que “*los cónyuges son iguales en derechos y obligaciones*”. Sin embargo, hasta el año 1975 la mujer casada necesitaba la conocida como *autorización marital* de tal forma que debía contar con el permiso del esposo para poder realizar conductas tan cotidianas como disponer de una cuenta corriente o acceder a un puesto de trabajo. Fue la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, la que introdujo en el Código Civil un nuevo punto de referencia en torno a los derechos y deberes de los cónyuges. Especialmente en relación con la situación jurídica de la mujer casada donde se produjo la modificación más profunda, abriéndose desde este momento una importante brecha para la implantación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Desaparecen a partir de este momento las referencias expresas, además de la ya mencionada autoridad marital, el deber de obediencia de la mujer al hombre, la idea de restricción de la capacidad de obrar de la mujer por el vínculo matrimonial o la representación legal de la mujer por el marido. Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de derecho civil. Vol. IV*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2007, pp. 94-96.

²¹ FUENTES SORIANO, O. “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Diario La Ley*, año. XXVI, núm. 6362, 18 de Noviembre de 2005.

²² Establece el art. 14 de la Constitución española de 1978 que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

El uso que de la misma se está haciendo es en muchos casos abusivo e incluso inadecuado para el fin para el cual se creó. Todo ello hasta el punto de que muchas de las previsiones legalmente recogidas por esta Ley están situando, debido a su incorrecta aplicación, en una posición de indefensión al hombre respecto de la mujer.

En un Estado social y democrático de Derecho tan implicado con las políticas tendentes a la consecución del respeto a los derechos fundamentales por la Constitución, como es el caso de España, la sociedad en general y el legislador en particular deben abogar por la igualdad de trato. Igualdad no sólo de palabra, sino de una forma efectiva.

No hay mayor situación de discriminación o de desigualdad ante la ley que la prevista por la Ley de Violencia de Género, pues no debemos olvidar que la desigualdad en aplicación de la ley tiene lugar cuando ante situaciones sustancialmente idénticas las soluciones alcanzadas son cuanto menos distintas o incluso contrapuestas. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al señalar “*la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo [...] [se] conectándolo [conecta] con la noción sustancial de igualdad*”²³, de tal forma que “*el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexo está reconocida expresamente por el artículo 14 de la Constitución*”²⁴.

La nueva redacción que ha sido conferida por la Ley de Violencia de Género a diferentes preceptos del Código Penal español conlleva enormes situaciones de vulneración del derecho de igualdad ante la ley.

Ya el propio artículo 148 en su apartado 4º nos anticipa lo que posteriormente señalaremos, al imponer un tratamiento agravado del delito de lesiones cuando la víctima del mismo sea una mujer, independientemente del tipo de relación de afectividad que le una al autor material del delito. Sin embargo, no es éste el único de los preceptos modificados por la Ley que ahora estamos analizando²⁵.

Por su parte, el artículo 153 del Código Penal contempla un tratamiento penológico diferenciado única y exclusivamente por razón del sexo²⁶. La

²³ STC 145/1991, de 1 de julio, FJ. 2º.

²⁴ STC 207/1987, de 22 de diciembre, FJ. 1º.

²⁵ Partiendo de la base de que las penas previstas por el tipo básico, esto es, el art. 147.1 del Código Penal (en adelante CP) español para el delito de lesiones se encuentran comprendidas entre los seis meses y los tres años, podemos señalar la agravación de las penas impuestas en el caso ahora analizado. Así, señala el art. 148.4º del CP que las lesiones previstas en el art. 147.1 “*podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido [...] si la víctima fuere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”.

²⁶ A continuación se transcribe la nueva redacción dada al citado precepto que regula el delito de lesiones, con especial consideración a la protección contra los malos tratos: “*1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo*

diferencia se produce así, no en el máximo de la pena sino en el mínimo, de tal forma que la intervención agravatoria del legislador se asienta sobre esta base, la diferenciación por razón del sexo de los sujetos activo y pasivo del ilícito penal como factor determinante de este trato.

Esta redacción nos permite pensar en la clara posición de superioridad en la que se ha situado a la mujer – entendida como sujeto activo de los delitos enumerados – respecto del hombre. Por ello debemos preguntarnos si acaso la pertenencia a un determinado género dentro de la sociedad implica que la comisión de los delitos sea distinta. La respuesta es clara, no. La violencia de género no es una violencia particular y distinta de cualquier otro tipo de violencia interpersonal, pues los daños derivados del ilícito penal son los mismos. Por ello, debemos entender que el hecho del dominio ejercido por los hombres a lo largo de los años sobre las mujeres no es un motivo suficiente para que la Ley los trate de modo distinto²⁷.

Pero para entender mejor esta situación y el porqué de este tratamiento penológico tan dispar, debemos señalar que no son pocos los autores que afirman la existencia de rasgos diferenciadores entre la denominada violencia doméstica y la violencia de género, y gracias a ello fundamentan la constitucionalidad de la redacción dada por la Ley ahora estudiada²⁸.

Cierto es que el número de mujeres víctimas de la conocida como violencia machista es sumamente elevado, y creemos que supera al de los hombres que sufren este tipo de situaciones, al menos en cuanto al número de víctimas mortales. Tanto es así, que el número de mujeres que murieron a manos de sus parejas a lo largo del año 2010 fue de 73²⁹, mientras que respecto al número de hombres víctimas de éste tipo de violencia no existen datos oficiales dado que el Ministerio del Interior dejó de divulgar las cifras de personas asesinadas a manos

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 para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 [esto es quien sea o haya sido cónyuge o persona ligada por relación de afectividad], exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres 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 para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.”

²⁷ En este sentido resulta llamativa la argumentación dada por el Tribunal Constitucional para justificar la constitucionalidad de la Ley de Violencia de Género al señalar que “*las agresiones del varón hacia la mujer tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. [...] El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres ... y que ... resulta intolerable*” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ. 9º)

²⁸ FUENTES SORIANO, O. *Ob. cit.*

²⁹ Información estadística de violencia de género del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en <http://www.migualdad.es/ss/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=inline&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1244654915182&ssbinary=true>. Fecha de consulta 29/04/11.

de sus parejas – hombres o mujeres – con distinción del sexo de las víctimas³⁰. Pero la ausencia de cifras al respecto no debe hacernos caer en la falsa idea de que los hombres no son víctimas, pues el hombre maltratado también existe.

Por ello, los poderes públicos en su afán de proteger a los colectivos más castigados de nuestra sociedad, crearon una ley con medidas de ayuda. Medidas éstas de aplicación exclusiva a la mujer, y de muy diversa naturaleza, tendentes a facilitar el desarrollo social de este colectivo. Así lo contemplan entre otros los artículos 21 y 27 de la presente Ley, donde se reconoce la posibilidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o el acceso a ayudas sociales respectivamente³¹. Sin embargo, los hombres que se encuentran en situaciones similares también necesitan protección, apoyo y las ayudas que en cada caso se consideren convenientes.

Resulta difícil concebir aún en la sociedad en la que nos desenvolvemos la idea de un hombre sometido a la voluntad y autoridad de su pareja, y el hecho de que sea él mismo quien ponga en conocimiento de terceras personas – ya sean abogados, jueces o psicólogos – los malos tratos sufridos a manos de su pareja, le supone un mayor esfuerzo y en muchos casos la creación de una situación de vergüenza. Pues aunque nos empeñemos en concebir la sociedad actual como una sociedad menos machista y de mente más abierta cada día que transcurre, en realidad no es así.

Ver cómo una mujer muere a manos de su pareja lo asumimos, dentro de la gravedad de la situación, como algo “natural” debido al ya tan reiterado dominio constante sufrido por el sector femenino de la sociedad. Pero también por la

³⁰ Sobre esta cuestión vid. LOSADA PESCADOR, L. “Maltratados” en *Revista Época*, núm. 1126, 1-7 diciembre de 2006, pp. 12-18. En el mismo sentido, *Boletín de vigilancia tecnológica*, núm. 14, en <http://www.policia.es/iep/monitor/em14.pdf>. Fecha de consulta 29/06/11.

³¹ Señala el art. 21 de la Ley de Violencia de Género que: “1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. 2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo. [...] 4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad. 5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.” Por su parte, el art. 27.1 establece que “cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.”

repercusión mediática ejercida por los medios de comunicación de este tipo de situaciones. Sin embargo, si la situación se torna contraria la sensación de extrañeza causada en la sociedad es innegable, siempre y cuando ésta tenga conocimiento de la misma, pues en caso contrario la indiferencia es absoluta.

Así las cosas no resulta difícil pararse a pensar qué motivos impulsaron al legislador para castigar de forma distinta situaciones tan idénticas, donde la única nota diferenciadora radica en la pertenencia o no a un determinado sexo del autor material de los delitos en cuestión.

A pesar de la constitucionalidad de la presente Ley, proclamada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, no resulta fácil comprender cómo se ha procedido a la adopción de medidas desigualitarias respecto del artículo 153 del Código Penal siendo éste el precepto de mayor aplicación práctica en la actualidad³². Máxime cuando a lo largo de gran parte del articulado de esta Ley se lleva a cabo una proclamación para la adopción de todo tipo de medidas tendentes a garantizar la igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres desde todas las instancias, incluso desde los niveles más básicos de la enseñanza³³.

No existe ningún motivo real que sirva de fundamento a esta desigualdad de trato legalmente prevista y tan contraria a los principios y derechos inspiradores de un Estado de Derecho como es el nuestro.

Las cifras son claras y muestran cómo el número de mujeres víctimas de la violencia de género ejercida por sus parejas supera en gran medida al de los hombres que también la sufrieron, pero aún así no debemos quedarnos indiferentes y a la expectativa de que los casos de hombres en esta situación aumente para proceder a la adopción de medidas no sólo preventivas sino ya correccionales.

³² Del total de delitos instruidos a lo largo del año 2010 en el ámbito de la violencia de género, el 60,71 % de los mismos fueron infracciones del artículo 153 del Código Penal. En www.observatorioviolencia.org. Fecha de consulta 20/04/2011.

³³ En este sentido, el propio art. 3 de la Ley de Violencia de Género señala que “*desde la responsabilidad del Gobierno del Estado y de manera inmediata a la entrada en vigor de esta Ley ... se pondrá en marcha un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género que como mínimo recoja los siguientes elementos: 1. Que introduzca en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género*” Por su parte el art. 4 en sus apartados 1 y 5 establece que “*1. El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. [...] 5. El Bachillerato y la Formación Profesional contribuirán a desarrollar en el alumnado la capacidad para consolidar su madurez personal, social y moral, que les permita actuar de forma responsable y autónoma y para analizar y valorar críticamente las desigualdades de sexo y fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres*” Finalmente, el art. 6 prevé el fomento de la igualdad al señalar que “*con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres*”

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL GÉNERO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL: ESTUDIO DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL³⁴

1. Igualdad de Género y Derecho Laboral

El Derecho laboral tiene un papel fundamental en el propósito de conseguir una igualdad de género real. La actividad laboral es considerada en la actualidad un medio de autorrealización personal que, además de facilitar las posibilidades de independencia, contribuye al posicionamiento de las personas en la escala socioeconómica que por su nivel formativo o importancia económica les corresponde.

La entrada en vigor de la Constitución Española en diciembre de 1978 supuso un gran avance en la integración de la mujer al mercado laboral. En ese momento la población activa femenina, que suponía menos del 20%, comenzó a aumentar progresivamente impulsada por los cambios socioeconómicos de la transición.

Históricamente, la mujer ha sido partícipe del estatus de su marido, compartiéndolo y favoreciendo desde el ámbito privado las posibilidades de ascenso de su cónyuge, mediante el cuidado de la casa, hijos y acompañamiento. Pero tras la promulgación de la Constitución los movimientos para la liberación de la mujer aprecian que para conseguir la autonomía personal era necesaria la participación activa en el mercado laboral. Sin embargo, en su incorporación al mercado de trabajo han tenido que solventar circunstancias políticas y sociales asociadas al mercado de trabajo, así por ejemplo durante las guerras mundiales las mujeres ocupaban los puestos de trabajo de sus cónyuges en la industria pero al volver éstos se producía una regresión de los avances conseguidos al volver la mujer al hogar; produciéndose una situación de entrada y salida de la mujer en el mercado de trabajo en función de las circunstancias externas del mercado y de su propia posición biológica.

Con el Estado Social se apoya la contratación de mujeres y se reconocen derechos de las trabajadoras, pero estas medidas tienen en ocasiones efectos contrarios a los que se pretenden inhibiendo la contratación en lugar de fomentarla.³⁵

Así, por ejemplo, en la STC 109/1993, se deniega a un hombre el permiso por lactancia por hijo menor de nueve meses que viene atribuido a la madre en el ET. El TC sigue el esquema de razonamiento de la STC 128/1987: no aplicación extensiva; pero producen la inhibición a la contratación de mujeres por el incremento de costes laborales que el empresario procura evitar. Situación

³⁴ Apartado redactado por Julia Zaera Herrera.

³⁵ Por ejemplo, Ley 30/1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral, que recoge un sistema de excedencias, reducciones de jornadas y permisos para la atención de hijos y familiares incapacitados a favor de las mujeres, tuvo en algunos casos consecuencias negativas al potenciar el despido de las mujeres que pretendieron acogerse a la misma y a pesar de reforzarse el despido por estas causas con la readmisión obligatoria, en la práctica la mujer aceptaba un pacto. Así al pretender proteger a la mujer en realidad se la perjudicaba. De igual modo, al no fomentar el acceso del hombre a estos permisos se consigue que sea la mujer la que de nuevo cargue con el cuidado de familiares enfermos e hijos, en detrimento de su inserción laboral.

superada en la actualidad al reconocerse ya en el ET el permiso de lactancia a favor también del padre “cuando ambos trabajen” e interpretándose por los tribunales como un derecho de ambos.

Lo que debe exigirse es por tanto un concepto de igualdad que conlleve el mismo coste laboral, y se inicie la incorporación de los hombres a los ámbitos privados en la medida en que la maternidad/paternidad incumbe a ambos.

2. Evolución Jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a la Igualdad de Género en el Ámbito Laboral

En España los primeros procesos de amparo solicitando la aplicación del derecho de igualdad se llevaron a cabo por quienes estaban en principio en posición de superioridad de género, probablemente por la escasez de medios económicos de que disponían las mujeres para el acceso a la justicia en relación con las posibilidades de los hombres. Esta paradójica situación se corresponde con la ambigüedad y las contradicciones que encontramos en la jurisprudencia del TC en los primeros años.

Así podemos dividir la jurisprudencia del TC en este ámbito en dos grandes etapas, cuyo punto de inflexión se da con la STC 128/1987.

A) PRIMERA ETAPA: LA INDIFERENCIACIÓN DE GÉNERO: El Tribunal Constitucional evoluciona hacia un concepto de igualdad como derecho fundamental directamente aplicable, después de reflejar en varias sentencias una cierta ambivalencia acerca de su naturaleza jurídica.

En las primeras resoluciones judiciales encontramos un exceso de formalismo y la utilización de técnicas hermenéuticas que ponen de relieve cuándo se está ante un supuesto realmente discriminatorio; de ahí que fuese necesario la aportación junto con la demanda del llamado “Test de revalencia o de racionalidad”, que suponía en esencia una comparativa de situaciones semejantes para poner de manifiesto esa desigualdad. Pero el TC poco a poco va abandonando estas técnicas, dada su ineficacia al llevar en ocasiones el razonamiento a formulismos a veces desconectados del problema sustantivo y derivaban a veces en una desestimación del derecho en casos en los que claramente se veía discriminación.

A medida que el TC avanza en la construcción de la desigualdad material, debe abandonar la exigencia del término de comparación. Además tenía que ser necesariamente el hombre en relación con la mujer y por lo tanto esta técnica resultaba poco útil para resolver situaciones de desigualdad material en discriminaciones indirectas, como en el caso de la maternidad, que al ser un hecho biológico de la mujer no cabe establecer comparación a estos efectos con otro sujeto.³⁶

³⁶ STC 109/1988 se resuelve recurso de amparo que presenta una religiosa por discriminación incluida en el RD de 1969 que exceptuaba a los religiosos de la exclusión de alta en el servicio doméstico a parientes; el RD pretendía evitar fraude de cotizaciones para obtener prestaciones por familiares que no prestaren

En sentencias posteriores, el TC corrige la exigencia del término comparativo aclarando que cuando se denuncia discriminación indirecta no puede aportarse un término de comparación.

Esta rigidez de los primeros años determina que la jurisprudencia del TC respecto de la discriminación sexual tenga resultados muy escasos para la superación de las condiciones de igualdad históricas que la Constitución hubiera permitido con una lectura más generosa.

En 1983, un conjunto de sentencias evidencian la situación laboral de la mujer en el franquismo, poniendo de manifiesto la legislación discriminatoria de esa época. En este grupo de sentencias se solicita el amparo por inconstitucionalidad sobrevenida de la Reglamentación de Trabajo en la Compañía Telefónica de 1058, que contenía un precepto por el cual, al contraer matrimonio, se suspendía el contrato de trabajo de la mujer, que si enviudaba podía solicitar el reingreso. El TC realiza una valoración positiva del artículo 14 CE con el fin de implantar una igualdad históricamente negada a la mujer, sin embargo se minimizaron considerablemente sus efectos, pues prescribieron los derechos de toda una generación de mujeres que se vieron obligadas a abandonar sus trabajos al contraer matrimonio. De haberse realizado una interpretación más generosa de los plazos se habría permitido la reincorporación de muchas mujeres al mercado laboral.

A esa línea jurisprudencial se une la que se produce con la STC 103/1983, por la que se equipara a los hombres al derecho de viudedad que, con la Ley de Seguridad Social se concedía solamente a las viudas. Con ello culmina un concepto de igualdad únicamente formal, en la que el derecho se identifica con una exigencia de trato igual ante supuestos de hecho iguales, sin contar con las condiciones que concurrían en la mujer desde el punto de vista del mercado de trabajo.

Observamos entonces que en estos primeros años se da una nivelación por arriba de algunos derechos laborales que con reiteración son solicitados en amparo por hombres que se entienden discriminados respecto de las mujeres, en función de algunos privilegios de las mujeres por su condición de tal, como los trabajos nocturnos o las jornadas reducidas.

Las notas de esta primera etapa serían, en consecuencia, una ausencia total de perspectiva de género; un acentuado formalismo en la interpretación del artículo 14 CE; y la extensión a los hombres de los derechos que disfrutaban únicamente las mujeres.

B) SEGUNDA ETAPA: LA DIFERENCIACIÓN DE GÉNERO. Etapa de consolidación de la igualdad material, con clara diferenciación entre los

efectivamente ese servicio. La religiosa intenta dar de alta a una familiar y no estaba comprendida dentro de esa excepción del RD, por lo que considera su situación discriminatoria por ser mujer. Pero el TC considera que no hay discriminación porque el término de comparación no puede ser la empleadora sino la empleada y en ella la norma no ha discriminado. Así no se entiende cómo, siendo patente la discriminación, se mediatice de esa forma por la técnica del término de comparación.

privilegios franquistas que pretendían proteger a la mujer (impedimento de trabajo nocturno, excedencias forzosas por matrimonio, etc.) y las medidas de fomento de la igualdad.

Esta segunda etapa se inicia con la STC 128/1987, de 16 de julio, que deniega a los recurrentes el derecho a una ayuda a guardería que solicitaban en amparo, por discriminación, respecto de sus compañeras trabajadoras del mismo órgano. El TC concluye diciendo que esta diferenciación resulta constitucionalmente procedente y obedece a la finalidad de conseguir la equiparación de la desigualdad histórica de la mujer³⁷.

A partir de esta sentencia, la jurisprudencia del TC en torno a la desigualdad sexual oscilará de manera que unas veces se atiende por el Tribunal a un concepto de igualdad formal y otras veces de igualdad material, pero sin definir claramente el modelo de igualdad.

Si bien en la primera etapa la posición del TC resultó ser indiferente a la cuestión sexual, la década de 1987 a 1997 se caracteriza por una búsqueda de las verdaderas razones de la desigualdad, por encima de la apariencia de las normas, sobre todo Convenios Colectivos que escondían actitudes discriminatorias para la mujer en el trabajo y que exigen mayor esfuerzo de comprensión del Tribunal sobre las razones por las que se llega a la discriminación.

La STC 145/1991 aborda el concepto de discriminación indirecta como aquella que comprende el tratamiento formalmente no discriminatorio de los que derivan consecuencias fácticas entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen para la mujer.

Un avance en este sentido muy importante lo proporciona la STC 166/1988, recurso de amparo interpuesto por una trabajadora del INSALUD que ha sido despedida en periodo de prueba por no adaptarse a su puesto a causa de su embarazo. La propia jurisprudencia del TC había considerado que el contrato de trabajo podía extinguirse en periodo de prueba sin necesidad de motivación, pero el hecho del embarazo constituye un hecho diferenciador determinante de que no estamos ante el mero análisis de un precepto legal (14.2 ET), sino ante un precepto constitucional que exige la valoración del cumplimiento de la igualdad. Así la consideración del embarazo como una interdicción de la finalización del periodo de prueba constituye un hecho diferenciador que justifica la elevación a categoría constitucional de una situación que en principio, de no tratarse de un embarazo, se enjuiciaría desde la legalidad.

Y lo mismo ocurre con la STC 19/1989, que basándose en esos criterios ya fijados, da un giro importante a la igualdad por arriba que había venido manteniendo en las condiciones laborales de los trabajadores. A las primeras sentencias en que el Tribunal extendía los privilegios de la legislación franquista sobre nocturnidad u horas extras, suceden luego otras en las que ya no hace

³⁷ Razonamiento del TC siguiendo la línea del voto particular de la STC 103/1983, permitiendo las medidas de discriminación positiva.

extensivos esos derechos por ser privilegios de las mujeres que deben extinguirse con el tiempo.³⁸

En esta segunda etapa el TC conoce ya de asuntos muy diversos que se caracterizan:

- En primer lugar porque las solicitudes de amparo rebasan la consideración histórica de la reparación de daños (Excedencias de la legislación preconstitucional, seguridad social, etc.) y se adentran en la legislación postconstitucional y las posibilidades de control de constitucionalidad de las normas laborales aprobadas en la etapa democrática pero que pueden contener trato discriminatorio.

- En segundo lugar porque surgen situaciones específicas de género que no se relacionan para nada con las condiciones de trabajo de los hombres, como son el embarazo y la maternidad, y por tanto exigen respuestas específicas del género.

- En tercer lugar porque el avance legislativo somete al TC a un control de normas que también precisa la construcción de un concepto de igualdad material, dado que el TC tiene que validar la constitucionalidad de las leyes que establecen medidas de discriminación positiva a favor de colectivos socialmente marginados del mercado laboral.

Esta etapa no tiene una evolución lineal sino que se producen retrocesos y avances que terminan sin embargo imponiéndose a lo largo de los noventa.

La STC 207/1989 explica bien esas aparentes contradicciones. En la misma se concede el amparo a un grupo de varones que piden la aplicación de un mejor derecho que sus compañeras de trabajo. El TC vuelve a equiparar por arriba a este grupo, en una línea de razonamiento alejada de la STC 128/1987, pero lo hace en base a la siguiente razón principal: El antiguo Tribunal Central de Trabajo desestimó el derecho de los reclamantes argumentando como consideraciones que el retiro anticipado que disfrutaban sus compañeras estaba basado en que la mujer “por sus condiciones físicas aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de auxiliar de vuelo, una presencia atractiva que demanda el personal receptor de estos servicios y, por lo tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan el cese de la mujer en tal servicio”. Y el TC al ser la base de la discriminación tan burda, optó por equipararles en derechos a fin de no mantener una discriminación basada en elementos tan humillantes para la mujer y dado que no podía perjudicar a éstas en su derecho adquirido.

En la década de los noventa se rompe, definitivamente, con esa equiparación en derechos de los hombres, manteniéndose posiciones favorables a

³⁸ STC 19/1989 desestima el amparo de un solicitante de pensión por jubilación que interesa su equiparación a la mujer en las reducciones de prestación por jubilación, que son porcentualmente menores. El TC razona que esa escala porcentual menor tiene como razón la compensación de un contexto normativo perjudicial para la mujer y no puede seguirse ahora una equiparación del hombre por ser el marco legal incomparablemente más favorable.

la mujer que no se hacen extensivas a los hombres. El TC considera que las posiciones de ambos en el sector productivo son diferentes y que esas acciones positivas compensaban las desigualdades reales.

Las notas características de esta segunda etapa se resumen en la existencia de una cierta perspectiva de género entendido como consideración de la desigualdad realmente existente; importante influencia del derecho europeo; antiformalismo respecto del derecho a la igualdad que se concibe desde su óptica material; distinción entre medidas protectoras y medidas de acción positiva.

La consolidación de una perspectiva de género en la jurisprudencia del TC, que permita las políticas activas de protección de la mujer, reconociendo la constitucionalidad de estas diferenciaciones para paliar la situación de desigualdad social; junto con la legislación en la materia, a veces impulsada por la influencia de los tribunales, otra con origen natural en la voluntad popular a través de los órganos con representatividad directa o indirecta (Legislador y Gobierno) ha supuesto el paso del 20% de población activa femenina en época preconstitucional, a un actual 51%.

A pesar de esto, continúan existiendo sorprendentes y trágicas desigualdades de género en una sociedad avanzada como la nuestra, como por ejemplo la brecha salarial, una escasa existencia de altos cargos femeninos, altos niveles de violencia contra la mujer, etc. Puntos todos ellos en los que debe continuar trabajándose y protegiendo los derechos constitucionales de manera que la evolución en materia de igualdad sea cada vez más favorable.

V. CONCLUSIONES

Gracias al esfuerzo y participación de los alumnos del Máster Universitario en Derecho, el éxito de la Jornada celebrada estuvo asegurado, destacando en todo momento, como se ha puesto de manifiesto en las Ponencias aquí transcritas, que queda mucho por hacer en materia de igualdad.

Independientemente del ordenamiento jurídico en el que nos movamos, el objetivo a perseguir es común en todos ellos. En materia de igualdad debemos ir más allá de las cuestiones sociológicas, culturales o económicas propias de cada Estado, y son los poderes públicos los que deben fomentar todas aquellas medidas necesarias para hacer efectivo este derecho universal.

En este sentido, la puesta en común de las Ponencias reflejó el carácter interdisciplinar de la materia objeto de estudio y la necesidad de adoptar una perspectiva de género desde todos los ámbitos del Derecho, evidenciando la necesidad de medidas conjuntas por parte de todos los sectores implicados.