

Ha sido para mí un honor participar en tan señalada ocasión y quiero agradecer de nuevo la invitación a participar que me cursó María Elósegui.

Agradecimiento que extiendo a Rosa Borraz, directora del Instituto Aragonés de la Mujer, y a Pilar Zaragoza, en representación de la Universidad de Zaragoza, y que personifican las instituciones que son soporte de la Revista **AEQUALITAS**

El papel de los organismos de igualdad en la efectividad del principio de igualdad



POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado especialista del Orden Social.
Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Conferencia pronunciada
el 24 de junio de 2009
con ocasión de la celebración
del X Aniversario de la revista
AEQUALITAS
en la Sala Jerónimo Zurita
del Centro Pignatelli de la
Diputación General de Aragón

Sumario

INTRODUCCIÓN

- I. LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS
Y LEYES DE IGUALDAD MODERNAS
- II. LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD
- III. LOS MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE
LA DIMENSIÓN DE GÉNERO EN
LOS PODERES DEL ESTADO
- IV. LA NECESARIA FORMACIÓN EN IGUALDAD

Abstract

INTRODUCTION

- I. CLASSICAL LAWS OF EQUALITY
AND MODERN LAWS OF EQUALITY
- II. GOVERNMENT ADMINISTRATIONS
FOR EQUALITY
- III. THE METHODS OF INTEGRATION
OF GENDER MAINSTREAMING
IN THE STATE POWERS
- IV. THE NECESSARY SKILLS ON EQUALITY

Mi exposición debe comenzar, en un acto de estas características y después de los agradecimientos de rigor, destacando el papel de las revistas feministas, y, en concreto, de las revistas feministas del Mundo del Derecho, como es **AEQUALITAS**, en el proceso de efectividad del principio de igualdad. No son muchas las revistas feministas del Mundo del Derecho en España, quizás la otra destacable sea “Artículo 14”, que publica el Instituto Andaluz de la Mujer. Pero se trata más de una revista de documentación donde se recogen las novedades legales y jurisprudenciales, con estudios doctrinales dirigidos a su comentario. Ello le permite mantener a **AEQUALITAS** su singularidad de ser la única revista feminista del Mundo del Derecho en España claramente inclinada hacia el análisis doctrinal y la opinión científica especializada. De ahí que su posibilidad de influencia en el proceso de efectividad del principio de igualdad sea aún más acusado, al ayudar de manera activa a la creación de estado de opinión.

No me resisto a hacer el parangón con lo que sucede en otros países y, singularmente, en los Estados Unidos, donde las revistas sobre igualdad se contaban, según leí en alguna ocasión, por miles, y, más concretamente, las relativas al análisis jurídico desde la perspectiva de la igualdad suponían una parte muy relevante. Al parecer, en ninguna Facultad de Derecho que se precie podía faltar una revista jurídica sobre la igualdad. Y no me cabe duda alguna de que esa existencia de múltiples revistas jurídicas sobre la igualdad ha influido no poco en la creación y en la consolidación de estados de opinión que luego han tenido reflejo en las normas jurídicas y en su aplicación judicial. Debemos destacar que, en materia de derecho antidiscriminatorio, son modélicos los Estados Unidos, donde han nacido instrumentos de la tutela de la igualdad tan trascendentales como los de igualdad de oportunidades, acción positiva o discriminación indirecta. Pero, sobre todo, allí apareció el concepto de género. Hagamos algo de Historia.

I. LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS Y LEYES DE IGUALDAD MODERNAS

Hasta las décadas finales del Siglo XX, las reivindicaciones feministas parecían ser una lista inter-

minable cuyo final no se vislumbraba. Se había reclamado, durante el Siglo XIX, el derecho de acceso a la educación, que ejercitó, por primera vez en España, la gallega Emilia Pardo Bazán. Se había reclamado el sufragio femenino, que tanta discusión generó hasta su consecución durante la II República. Y así podríamos continuar repasando la historia de otras reivindicaciones igualadoras de los derechos de las mujeres y los derechos de los hombres. Pero el modelo estaba agotado, y la igualdad material, más allá de la formal en la norma jurídica, no se había todavía alcanzado y faltaba, además, una visión de conjunto que sirviese como explicación global que permitiese nuevos avances. Tal visión de conjunto es la aportación del feminismo desde que surgió el “woman’s lib”, es decir, el popularmente conocido movimiento de liberación de la mujer.

La explicación global de las discriminaciones a las mujeres en todos los lugares y en todos los tiempos se encontró en el género, un concepto que, como gráficamente afirma Teresa Pérez del Río, ha sido invisibilizado por el concepto de sexo. El sexo es un concepto que, en sentido propio, alude a las diferencias físicas entre mujeres y hombres. También se ha utilizado en sentido amplio como abarcador de las diferencias físicas más las socialmente adquiridas –por ejemplo, cuando, como actividades de las mujeres, se expresaba “las propias de su sexo”, incluso en documentos oficiales–. Pero faltaba una palabra referida a las diferencias socialmente adquiridas, que son, justamente ellas y no las diferencias físicas, las causantes de la discriminación contra las mujeres, y de su manifestación más reprobable, la violencia contra las mujeres. Y esa palabra es el género.

Al aplicar el concepto de género al Derecho, surgió la Teoría Feminista del Derecho. En un planteamiento muy característico de los Movimientos Críticos del Derecho, que tanto éxito tuvieron durante la década de los setenta en la Filosofía del Derecho, y, en particular, en los Estados Unidos, se parte de que el Derecho es fruto del Poder, y no de la Razón. El Feminismo añadió algo más: si el Poder lo han ejercido siempre y en todos los sitios, los hombres, debemos concluir que el Derecho tiene un componente de masculinidad. No expresa el derecho una Razón universal, sino, simplemente, la Razón de los que tienen el Poder, y si quienes lo tienen son los hombres, expresarán la Razón de los

hombres. A través del ejercicio masculino del Poder, el Derecho se ha impregnado de estereotipos de género, que aparecen doquiera a lo largo del ordenamiento jurídico.

La aplicación del concepto de género al Derecho ha marcado la transición de las leyes de igualdad clásicas a las leyes de igualdad modernas. Siguiendo el método de las leyes de igualdad clásicas, cada reivindicación feminista era examinada desde una perspectiva comparativa entre la situación del hombre y la situación de la mujer. Cuando el resultado de la comparativa era una diferencia irrazonable, era necesaria la igualación, no, si era razonable. Y se consideraba razonable, cuando la diferencia se justificaba en un rasgo diferencial, como era la maternidad, que, desde esta perspectiva, era una situación merecedora de protección. Pero el test clásico presenta importantes carencias, que resumiré en las tres siguientes:



1ª

En primer lugar, porque la solución depende, en gran medida, de la configuración concreta del principio de igualdad que, en un momento inicial, se configuró como una igualdad formal en la ley, lo cual sin duda supuso un gran avance respecto a una situación anterior de negación de derechos en la misma ley –como el acceso a la educación y a determinados trabajos, el derecho de voto o la patria potestad, que se negaban a las mujeres–. Pero, aún sin negar ese gran avance, esta configuración de la igualdad se mostró insuficiente, ya que, como no incidía sobre la desigualdad social, ésta se perpetuaba bajo la apariencia de igualdad legal.

Además, esa configuración de la igualdad genera una bilateralidad en la protección determinante de la paradójica extensión a los hombres –como si ellos fueran los discriminados– de algunos beneficios de las mujeres sustentados en viejos estereotipos sociales. Es conocido el ejemplo de la pensión de viudedad. La legislación española la concedía a los hombres sólo si eran incapaces y a las mujeres siempre –con una perversa lectura: porque éstas son siempre incapaces–. Nuestro Tribunal Constitucional optó por extender la pensión a todos los varones –una igualación por arriba–, lo que ha supuesto un lastre a la hora de afrontar la reforma de la viudedad.

La transición de la igualdad formal, o igualdad de trato, a la igualdad material, o igualdad de oportunidades, determinó la aparición de conceptos tan trascendentales como la acción positiva o la discriminación indirecta. Aunque, si hemos de ser sinceros, la acción positiva depende de la voluntad política del legislador y en sus formas más incisivas –como es el régimen de cuotas– está sometida a un continuo debate doctrinal. Y la discriminación indirecta encuentra difícil acreditación y su justificación se ha sometido a vaivenes interpretativos. Es necesario, en consecuencia, profundizar más en esas instituciones para alcanzar su plena efectividad.

2ª

En segundo lugar, porque el principio de igualdad consideraba, de manera más o menos explícita, la situación de los hombres como el modelo objeto de comparación, de ahí el tratamiento excepcional

de lo no masculino, como la maternidad que, aún en textos normativos trascendentales, se considera una excepción al principio de igualdad. Sin embargo, no es asumible un modelo donde la normativa sobre maternidad, que es un hecho biológico susceptible de ser predicado de la mitad de la ciudadanía, sea considerada una excepción, debiéndose configurar como un mecanismo de consecución de la igualdad a través de la construcción de auténticos derechos de maternidad cuyo ejercicio no conlleve ningún perjuicio en contra de la trabajadora –ni, añadimos, en contra de la empresa, lo que, a la postre, produciría el indeseable efecto boomerang–. Será, en consecuencia, el Estado quien deberá asumir los costes de la maternidad a través de una estrategia de socialización de todas sus cargas.

Si quedaba mucho por hacer en el aspecto de la igualdad de oportunidades, de la acción positiva y de la discriminación indirecta, también ocurre lo propio con los derechos de maternidad. No voy a entrar en un análisis amplio. Pero no me resisto a ofrecer un ejemplo que, de manera significativa, nos demuestra lo que aún falta por conseguir. Me refiero a la protección social del aborto, que, aún hoy día, se reconduce a la incapacidad temporal, suponiendo una pérdida de derechos de la trabajadora –y también de la empresa– si la comparamos con la protección social de la maternidad. Y eso que el aborto es algo que solo sufre la mujer.

3ª

Y, en tercer lugar, porque el principio de igualdad operaba como una norma sectorial de equiparación general de mujeres y hombres, lo cual, incluso si se recogía en una norma del mayor rango jurídico constitucional, es un importante handicap. No se alcanza la igualdad equiparando a las mujeres con los hombres si la igualación se realiza a los efectos de un ordenamiento jurídico impregnado con unos estereotipos de género que sitúan al hombre y a los valores socialmente asociados al sexo masculino por encima de la mujer y de los valores socialmente asociados al sexo femenino. Y es que las leyes de igualdad sectoriales se encuentran imposibilitadas de desactivar el ingrediente de género que puede existir –y normalmente existe– en cada una de las normas del ordenamiento jurídico.

De lo que se trata es de desactivar ese ingrediente de género para conseguir que el ordenamiento jurídico satisfaga las aspiraciones, las necesidades y las preocupaciones de las mujeres en la misma medida en que satisface las aspiraciones, las necesidades y las preocupaciones de los hombres. Y ello no sólo obliga a actuar en el proceso de elaboración de las normas, sino además en el de su aplicación, considerando en esos procesos la existencia de estereotipos de género que deben ser neutralizados para alcanzar una auténtica igualdad en el ordenamiento jurídico. Sin duda alguna, es una tarea vastísima, que, en el momento actual, estamos simplemente iniciando.

Tal integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación– de la totalidad de las normas, y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos–, se denomina transversalidad –que es una traducción libre a la siempre dúctil lengua española del neologismo inglés “*mainstreaming*”–, y su reconocimiento es trascendental

1 porque su reconocimiento explícito es el reconocimiento implícito de la masculinidad del ordenamiento jurídico, lo cual justifica su revisión crítica; y

2 porque el principio de transversalidad, fundamento de una revisión global del Derecho, demuestra la insuficiencia a los fines de la igualdad de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria –basados en el sexo y de alcance no global–.

Ideas éstas a las que responden, cada vez más claramente, nuestras leyes de igualdad, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. A nivel estatal, la transversalidad afloraba tímidamente en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Será 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, la primera ley estatal de-

cididamente transversal –aunque le falta un componente de generalidad–.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya presenta un mayor componente de generalidad, afectando, no sólo al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, sino además a otros campos normativos, como el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, auténtico código general de la igualdad, la que plenamente satisface la generalidad, al ser una ley que afecta a la totalidad de los ámbitos del ordenamiento jurídico.

II. LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD

Aquí es donde entran en juego los organismos de igualdad públicos, que no surgen por fruto de la ca-



sualidad, sino por una consecuencia lógica del principio de transversalidad. Y es que, sin duda debido a lo vasto de la tarea, la transversalidad se ha acompañado históricamente de un llamamiento al Estado con la finalidad de superar la desigualdad de las mujeres, surgiendo entonces el llamado Feminismo de Estado, que ha triunfado en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, Beijing 1995. En la Plataforma para la Acción se enumeran, entre “*los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres*”, tanto

1

el “*crear o establecer los mecanismos nacionales y otros órganos gubernamentales*”, como

2

el “*integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*” –en los párrafos H.1 y H.2–.

El Feminismo de Estado –y utilizo el término en sentido amplio abarcador de la totalidad de los entes públicos– se concreta orgánicamente en los organismos de igualdad públicos. Sin que baste su existencia, sino que, para no consistir en meros “floreros” dentro de una organización política y administrativa inmune a la igualdad, deberán reunir unas exigencias internas relativas a suficiente poder político, rango administrativo, disponibilidad presupuestaria y personal cualificado, y unas exigencias externas relativas a la relación con otros del organismo de igualdad, que se concretarían –me refiero a las exigencias externas– en dos grandes brazos:

1º

Un primer brazo debe estar destinado a facilitar la coordinación entre las distintas Administraciones Públicas y de los distintos órganos entre sí de cada Administración Pública. La dispersión de los esfuerzos en la tutela de la igualdad puede conducir a un derroche de medios para un resultado pírrico. De ahí la importancia de órganos de coordinación interdepartamental dentro de cada Administración Pública que estuvieran al máximo nivel administrativo y político posible y presididos por la persona responsable del organismo de igualdad –o, directa-

mente, por la máxima autoridad de cada Administración Pública, vg. el Presidente del Gobierno–.

No basta, con todo, la existencia de órganos de coordinación entre el organismo de igualdad y los distintos departamentos, sino que, además, se debe garantizar la efectiva implicación de todos los departamentos en la consecución de la igualdad. Para ello, se hace necesaria la implantación de unidades administrativas de igualdad –o, cuando menos, una persona responsable– dentro de cada departamento administrativo, que, aún dependiendo orgánica y funcionalmente de su departamento de adscripción, se encuentren en un permanente contacto con el organismo de igualdad.

A su vez, los organismos de igualdad de cada Administración Pública deberían procurar instaurar medidas de coordinación, a través de conciertos, convenios u otras formas de colaboración interadministrativa, con los organismos de igualdad o con los órganos con competencias en materia de igualdad de las demás Administraciones Públicas. La igualdad obliga a coordinar esfuerzos a todos los niveles territoriales: local, comarcal, provincial, autonómico, estatal, europeo e internacional. Y, en este aspecto, son importantes las relaciones con los organismos de igualdad europeos –el recién creado Instituto Europeo de Igualdad de Género–.

2º

Un segundo brazo debe estar destinado a facilitar la colaboración de la sociedad, y, en concreto, la colaboración de las asociaciones de mujeres. Si me permitís un paréntesis, esto se relaciona con el llamado método feminista. Y es que las reivindicaciones de las mujeres nacen de la propia percepción de la realidad en la que viven, plagada de estereotipos de género que condicionan sus aspiraciones, sus necesidades y sus preocupaciones de manera diferenciada a cómo condicionan las de los hombres. Por ejemplo, a los hombres, si queremos ser padres, esos estereotipos no nos condicionan en iguales términos que a las mujeres si quieren ser madres.

La constatación empírica de la desigualdad es lo que hace nacer las reivindicaciones feministas. Por ello, son tan importantes los grupos de mujeres para la adquisición de la conciencia de la discrimina-

ción y para la lucha por la igualdad en todos los ámbitos. De ahí también la necesidad de los Poderes Públicos de oír a los grupos de mujeres, y de hacerlo de una manera institucionalizada para evitar que la integración de la dimensión de género en las políticas públicas quede al albur de la mayor o menor sensibilidad que, en cada momento, tenga el responsable político de turno.

Y esa institucionalización se concreta en los llamados consejos de participación de las mujeres, que pueden ser particulares –con competencias en un determinado ámbito, por ejemplo, la violencia de género o el empleo femenino– o generales –con competencias en todos los ámbitos–, en los cuales –sean particulares o sean generales– tomarán parte las asociaciones de mujeres que reúnan unos requisitos que garanticen la correcta funcionalidad del consejo de participación: el compromiso en la tutela de la igualdad entre las mujeres y los hombres; su legal constitución; y una representatividad suficiente en el ámbito del consejo de participación.

También han proliferado, dentro de la organización de la igualdad de los distintos Poderes Públicos, los llamados observatorios, que son más difíciles de encuadrar porque nacen muy influidos por sus concretos contextos. A veces solo integran responsables administrativos y/o políticos –aproximándose a órganos de coordinación–. Y a veces también integran representantes de las asociaciones de mujeres –aproximándose a órganos de participación–. En líneas generales, sus competencias son consultivas y de vigilancia, aunque a veces debajo del nombre de observatorio se esconden competencias ejecutivas propias de una unidad administrativa de igualdad.

III. LOS MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO EN LOS PODERES DEL ESTADO

La efectividad del principio de transversalidad de la dimensión de género no opera de manera uniforme para la totalidad de los Poderes Públicos, sino que se adapta a las peculiaridades de cada Poder Público. De esta manera, los mecanismos de efectividad del principio de transversalidad de la dimensión de género, que están configurados tomando como referente el Poder Ejecutivo, se adaptan –como no

puede ser de otro modo– a la representatividad popular –esto es a la soberanía– del Poder Legislativo y a la sumisión a la Ley y a la independencia del Poder Judicial. Estudiaremos a continuación cuáles son concretamente esos mecanismos de efectividad para el Poder Legislativo, para el Poder Ejecutivo y para el Poder Judicial.

Para el Poder Legislativo el mecanismo de efectividad es el informe de impacto de género en la elaboración de la totalidad de las normas jurídicas, sean de rango legal sean de rango reglamentario, que debiera ser implantado en todas las Administraciones Públicas con competencias normativas –incluyendo, en consecuencia, a las Comunidades Autónomas–. Además de su establecimiento, es necesaria su efectividad. En el Estado se encuentra desde 2003 implantado y, sin embargo, su efectividad es bastante decepcionante. No se entiende sino como se han restringido las pensiones de viudedad



de separadas, divorciadas o con matrimonio anulado en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

En todo caso, el principio de transversalidad de la dimensión de género respeta la esencia de los Poderes Públicos, de ahí que, siendo soberano el Poder Legislativo, el preceptivo informe de impacto de género no es vinculante –aunque difícilmente quien legisla lo desconocerá, en especial si denuncia una desigualdad, de ahí la importancia de su correcta realización–.

Para el Poder Ejecutivo el mecanismo de efectividad es la planificación de la actividad, previa la realización de un diagnóstico de la realidad y siempre con un control permanente de su efectividad. Mecanismo característico del Poder Ejecutivo porque la soberanía del Legislativo y la independencia del Judicial eluden la idea de planificación. Sin embargo, las especialidades de funcionamiento y organización de las Administraciones Públicas aconsejan que, para integrar la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas, se utilice la planificación. Algo que no es novedoso, pues la elaboración y la aprobación de los planes de igualdad resulta, desde hace muchos años, una práctica muy habitual a todos los niveles administrativos.

Conviene hacer ahora una precisión. La planificación es una garantía mínima de integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas, pero esa integración no se agota, ni mucho menos, con la planificación, ni con la ejecución de la planificación. No basta con planificar, ni con ejecutar lo planificado, para el cumplimiento de la transversalidad. Es más, la integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas es algo que, en su grueso, se deberá hacer en el día a día de la práctica administrativa, al margen de lo planificado. Resumiendo, la planificación es necesaria para la aplicación de la transversalidad en las actuaciones administrativas, pero no es suficiente.

Y para el Poder Judicial, y siendo éste un poder independiente sólo sometido al imperio de la ley, y actuando de modo formal a través de un procedimiento, la integración de la dimensión de género opera en dos líneas que no alteran la esencia del Poder Judicial: de un lado, obligando a integrar la di-

mensión de género en la aplicación de las normas; y de otro lado, evitando que las reglas de procedimiento se erijan en valladar inexpugnable de la tutela de la igualdad, de ahí que las exigencias de la tutela antidiscriminatoria en materia judicial destinadas a conseguir el examen de la cuestión en el ámbito de un litigio se sitúen en la línea de flexibilización de los procedimientos –legitimaciones ampliadas, facilidad representativa, inversión de la prueba, o actuaciones de oficio–, dando lugar a las técnicamente llamadas cláusulas de protección jurisdiccional efectiva.

IV. LA NECESARIA FORMACIÓN EN IGUALDAD

La integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de las actuaciones de los Poderes Públicos, sobre todo si consideramos su complejidad técnica más allá del compromiso que a todos y a todas se nos supone con el principio de igualdad, depende, en gran medida, de la formación de las personas en quienes estos se encarnan. Por ello, nuestras leyes de igualdad, y, en particular, la LOPIVG y la LOIEMH, prestan tanta atención a la formación del personal de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes de ella, y, muy especialmente, de las Carreras Judicial y Fiscal, Cuerpo de Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

Y es que la formación de todos los operadores jurídicos, públicos y privados, es lo que realmente garantizará la eficacia de la transversalidad. Lo cual me permitirá rematar volviendo a cómo he comenzado. Habíamos hablado de la importancia de las revistas jurídicas sobre igualdad de los sexos en la creación y en la consolidación de estados de opinión que luego han tenido reflejo en las normas jurídicas y en su aplicación judicial. La formación de los operadores jurídicos necesita de esas revistas jurídicas, y de ahí el papel tan importante que *AEQUALITAS* tiene en nuestro panorama editorial, sobre todo si consideramos que, como hemos dicho más arriba y como aquí y ahora debemos repetir, se trata de una revista única en España.

Por ello, y con esto acabo, me permito decir que sigáis así, sin cambiar ni siquiera una coma, manteniendo vuestro estilo editorial tan identificativo.