

"Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género."

Teresa Pérez del Río
Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Cádiz.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen derechos fundamentales de esencial importancia. Son recogidos en todas las declaraciones internacionales de derechos y en todas las constituciones de los Estados democráticos; además el de igualdad es un derecho complementario de todos los demás calificables como fundamentales que deben ser ejercitables por todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Nuestra Constitución los recoge en acepción formal en el Art.14 y en su acepción esencial o real en el 9.2.

Como se ha puesto reiteradamente de manifiesto, **tanto el principio de igualdad como la prohibición de discriminación constituyen conceptos dinámicos, cuya interpretación ha evolucionado y aún lo sigue haciendo.** Son además conceptos autónomos, la discriminación no es el envés de la igualdad. En otras palabras: no todo tratamiento desigual es discriminatorio.

En un primer momento el principio de igualdad fue entendido como **igualdad formal en la ley y ante la ley.** El reconocimiento del principio de igualdad en esta forma ha significado la superación, por lo menos en las democracias occidentales, de situaciones anteriores de negación absoluta de las demandas de igualdad planteadas por las mujeres.

En un primer momento, las demandas de igualdad de las mujeres se analizan desde esta óptica y por tanto con sus limitaciones¹ la mas

¹.- LOUSADA AROCHENA, F. "Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa" La Ley N°6-092 23-9-2004 págs.1 ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO M. "El informe sobre el

importante de ellas es que **al no incidir sobre la desigualdad social real, ésta se perpetuaba** bajo una apariencia de igualdad, generando una bilateralidad en la protección legal que determina la paradójica extensión a los hombres de algunos beneficios de las mujeres, aparentando que ellos fueran los discriminados. Como ejemplo de los resultados de esta configuración parcial del principio de igualdad y sus resultados se podría citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983 de 22 de noviembre sobre la pensión de viudedad que tantas críticas doctrinales suscitó en su momento² y a la que se llegó a llamar *Sentencia del viudo discriminado*.

El principio de igualdad formal considera, de manera más o menos explícita, la situación de los hombres como el *modelo de comparación* para determinar la situación de desigualdad de las mujeres, lo que origina un tratamiento excepcional de lo no masculino que pasa a considerarse una excepción al principio de igualdad³. Sería mucho más correcto y coherente con la realidad de que más de la mitad de la población está constituida por mujeres, la creación de un nuevo modelo en el que participen ambos sexos⁴.

impacto de género en la elaboración de las disposiciones normativas” Aequalitas N°15 2004, págs.31 ss.

².- Una crítica a esta sentencia en LÓPEZ TARRUELLA, VIQUIERA PÉREZ “La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” Relaciones Laborales 1990 V.II págs.458 ss.

³.- Por ejemplo, respecto de la maternidad, el artículo 4 de la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o el originario artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 sobre prohibición de discriminación en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

⁴.- Aplicado al mismo ejemplo, este cambio de modelo conduciría a un cambio de la óptica en que se fundamenta el régimen jurídico de protección de la maternidad que, de constituir una excepción al principio de igualdad, pasaría a ser un derecho de la mitad de la población, como la paternidad es un derecho de la otra mitad, lo que llevaría a profundizar en estrategias de actuación tales como la socialización de la maternidad o el reparto con el padre de las cargas parentales. Ver este concepto más desarrollado en LOUSADA AROCHENA, F. *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Serie Estudios, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.

Posteriormente, el principio de igualdad pasó a interpretarse como *igualdad esencial o real*, apareciendo y perfilándose conceptos jurídicos tan esenciales como el de *discriminación indirecta* y el de *acción positiva*.

La *discriminación indirecta*, nacida históricamente a inicios de la década de los setenta asimismo en los Estados Unidos de América, implica que ya no serán considerados como discriminatorios solo los tratamientos formalmente desiguales: supone la ampliación de la prohibición de discriminación a aquellos actos, normas o medidas **aparentemente neutros, cuya aplicación práctica, produce un impacto adverso sobre el colectivo femenino**, siempre que resulten **carentes de justificación suficiente, probada, proporcional y ajena al sexo**, es decir, **carentes de razonabilidad**. Una vez demostrado el impacto adverso, aún cuando la medida resultase justificada, proporcional y ajena al sexo, **debería ser además necesaria para conseguir el objetivo** propuesto pues de existir medios alternativos para conseguir el objetivo, con menor efecto adverso, esta es la que debería ser adoptada.

De su parte la *acción positiva*, nacida históricamente a mediados del siglo pasado en los Estados Unidos de América, consiste en la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres⁵.

Para una mejor comprensión de este segundo tipo de actuación igualatoria, es necesario partir de la base de que la igualdad presenta dos

⁵ .- SÁEZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo: Las discriminaciones directas e indirectas* CES, Madrid, 1994. SIERRA HERNÁNIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, ver en este último la importante selección bibliográfica que se adjunta.

vertientes: de un lado la denominada *igualdad formal*, que se concreta en el principio *todos los ciudadanos son iguales ante la ley* de otro el de *igualdad esencial o real* que complementa al primero y que podría definirse en la forma contraria al anterior, es decir, *los desiguales han de ser desigualmente tratados por la ley para conseguir su igualación* lo que nuestro TC denomina *derecho desigual igualatorio*.

Es mayoritariamente compartida la concepción de la *acción positiva* como **el conjunto de medidas que tienen por finalidad garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres y corrigiendo situaciones de victimización tradicionales**⁶. Este tipo de medidas son denominadas por alguna doctrina "*discriminación positiva*" (o "*reverse discrimination*" en terminología anglosajona).

Esta denominación es rechazada de plano por un sector doctrinal que afirma que es imposible la convivencia entre los términos "*discriminación*" y "*positiva*" ya que la primera se concibe como una situación o actuación caracterizada por su resultado desfavorable, lo que resulta contradictorio con la posibilidad que al tiempo pueda tener un significado de favorabilidad.

Para los defensores de la segunda denominación, la "*discriminación positiva*" constituye un instrumento de acción positiva especialmente incisivo, que consiste en una medida diferenciadora encaminada a privilegiar a los integrantes de un colectivo tradicionalmente victimizado. En definitiva, no solo se propone conseguir la igualdad de oportunidades sino la igualdad de resultados: en este caso, la medida de acción positiva se propone la consecución de un resultado igualitario y garantiza dicha consecución.

⁶ .- SIERRA HERNÁIZ, E. Op.cit. sobre todo Capítulo IV y bibliografía allí citada.

La compatibilidad del principio de igualdad con las medidas de acción positiva e incluso la necesidad de adoptarlas si se quiere hacer realidad el principio de igualdad, es decir, convertir el principio de igualdad formal en una realidad social, ha sido ampliamente reconocida y justificada en el ámbito del Derecho Internacional. La "Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" aprobada el 18 de diciembre de 1979, señala que no deben entenderse discriminatorias "aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer".

Por lo que se refiere al Derecho comunitario el **Art.141.4 del Tratado de Amsterdam** señala:

"Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

Al respecto han sido adoptadas otras normas de menor eficacia vinculante como la **Resolución del Consejo de 12-7-1982 sobre "Promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer"** y la **Recomendación del Consejo de 13-12-1984 sobre "Promoción de acciones positivas en favor de la mujer"**.

Cabe además hacer referencia al **Art.16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989** donde se señala

"Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular en el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar mas fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares".

El **Art.23 párrafo 2º de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000** señala *"El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado"*

Finalmente la **D/2002/73/CEE que modifica la D/1976/207** relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referido al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo, en el N° 14 de su Exposición de motivos, señala que *"Los Estados miembros podrán, de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado la realización de una actividad profesional o para impedir o compensar las desventajas que sufran en relación con su carrera profesional. Dada la situación actual y teniendo en*

cuenta la Declaración 28 del Tratado de Ámsterdam⁷, los Estados miembros deben en primer lugar, tomar como objetivo la mejora de la situación de la mujer en la vida laboral”. Añade en el Art.2.8 que “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”. Además en el Art.2.3 señala: “.....los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del Art.141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración n° 28 anexa al Acta final del Tratado de Ámsterdam”.

Queda clara la **voluntad del legislador comunitario no solo de declarar compatible la acción positiva con la prohibición de discriminación, sino incluso la de incentivar la adopción de este tipo de normas.** Ciertamente, de esta disposición no deriva una obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva pero sí una cierta compulsión moral ya que parecería poco aceptable que en el preceptivo informe cuatrianual algún Estado miembro hiciese constar que no ha adoptado medida alguna.

Sobre la justificación y límites de la acción/discriminación positiva y su compatibilidad con el principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de sexo, han recaído cinco importantes sentencias de TJCE (A.

⁷ .- Que señala “Al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del Art.141 del Tratado constitutivo de la CE, los Estados miembros deberán en primer término aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral”.

Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamson y Lommers y Briheche) que ha fijado su postura en los siguientes términos⁸:

- la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse una excepción al principio de igualdad de trato;

- dicha excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar la adopción de medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social;

- en el acceso al empleo o en una promoción, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas;

- por el contrario, tal preferencia está justificada si no es automática y si la medida nacional en cuestión garantiza a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación será objeto de una valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurran en los candidatos, independientemente de su sexo.

Es no obstante necesario tener en consideración que **todas estas sentencias han sido adoptadas sobre la base de la D/76/207/CEE que contemplaba la posibilidad de adoptar medidas de acción/discriminación positiva como una excepción a la regla general del tratamiento igualitario. No parece muy aventurado señalar que probablemente la postura del Tribunal cambiará sobre la base del Art.141.4 del Tratado de Ámsterdam y de la propia Directiva de 1976 una vez modificada por la D/2002/73/CEE en la cual la óptica de tratamiento varía radicalmente; de considerarse una excepción la**

⁸ .- Todas estas Sentencias se encuentran citadas en el Punto 2.3 de la Exposición de Fundamentos de la Propuesta de modificación de la D/1976/207/CEE presentada por la Comisión el 7-junio-2000 COM (2000) 334 final 2000/0142 (COD).

acción positiva pasa a ser no solo admitida expresamente como compatible con el principio de igualdad sino incluso se incentiva su adopción que además se controla cuatrianualmente.

Sin embargo, si el principio de igualdad, interpretado y configurado como igualdad formal en la ley, se mostró claramente insuficiente para terminar con una situación de discriminación arraigada durante siglos, el principio de igualdad, entendido como igualdad real o esencial, no se acaba de mostrar como suficiente para conseguir ese objetivo a causa de la difícil aplicación de las nuevas instituciones antidiscriminatorias.

De un lado la discriminación indirecta exige, en primer lugar, la **acreditación y prueba del impacto adverso** lo que no resulta ni mucho menos fácil, y en segundo, la determinación de la suficiencia de la justificación alegada para salvar el carácter no discriminatorio de la norma o medida que lo produce, lo que por cierto ha sido objeto de interpretaciones diversas e incluso contradictorias⁹.

De otro, la acción positiva depende de la voluntad política del legislador y, en sus formas más incisivas denominadas discriminación positiva, que garantiza la consecución de los resultados prefijados, por ejemplo el régimen de cuotas, ha estado y sigue estando sometida a un continuo debate.

Aunque las evidentes dificultades que ha planteado la aplicación de estas instituciones han tratado de ser resueltas mediante las últimas

⁹ .- Ver al respecto en la jurisprudencia del TJCEE S.13-5-1986 A. Bilka 170/84; S.1-7-1986 A. Rummler 237/85; S. 13-7-1989 A. Rinner-Kühn 171/88; S.13-12-1989 A. Ruzius 102/88; S. 27-6-1990 A. Kowalska 33/89; S.27-9-1993 A. Enderby 127/92; S. 24-2-1994 A. Roks 343/92 en contraposición con Ss. 14-12-1995 A. Megner-Scheffel 444/93 y A. Nolte 317/93. Muy importante por su claridad la S.9-2-1999 A- Seymour-Smith y Pérez 167/97.

aportaciones normativas en el ámbito comunitario con el objetivo de hacerlas más efectivas para la tutela antidiscriminatoria (por ejemplo la D/2002/73/CEE), la realidad estadística muestra que la efectividad de los instrumentos adoptados hasta el momento para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo insuficiente.

Sobre esta base se ha intentado superar las carencias apreciadas respecto del principio de igualdad entendido tanto en su significación formal como en su significado real, mediante la acuñación de un nuevo concepto, **el de transversalidad de género**, que a partir de la **IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995)** deviene esencial en la lucha contra la discriminación de las mujeres.

La Plataforma para la Acción contra la discriminación de las mujeres elaborada en esa conferencia¹⁰ enumera, entre “*los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres.....la integración de la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*”. **En otras palabras, se exige de los poderes públicos que se comprometan en la integración de la dimensión de género en la totalidad de sus ámbitos de actuación.**

La relativa novedad de este concepto, exige dos aclaraciones previas: en primer lugar, el significado del término *género*, en segundo el significado del término *transversalidad*.

Por lo que respecta al primero, este término hace referencia al conjunto

¹⁰.- Tanto la Declaración de Beijing y como su Plataforma para la Acción, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), han sido publicadas en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, Madrid, 1996.

de atributos, actitudes y conductas culturalmente asignados, que definen el rol social de cada sujeto desde hace siglos en función de su sexo, y que de modo explícito e implícito son transmitidos a las nuevas generaciones a través de diferentes agentes y medios entre ellos, y en absoluto desdeñable, el lenguaje¹¹.

Los roles asignados en función del sexo son diferentes y tienen distinta valoración social. El valor otorgado por la sociedad al rol femenino, ha sido, y es actualmente, inferior al del rol masculino, y ello ha determinado una posición socio-económica discriminatoria de las mujeres y una situación asimétrica de poder respecto de los hombres que se manifiesta en los datos estadísticos publicados por instituciones y organismos tanto internacionales como europeos y españoles. El término género tiene por objetivo hacer visibles las causas de la posición asimétrica de poder entre hombres y mujeres, realidad invisible en el término sexo, de connotaciones mucho más biológicas que culturales.

El enfoque de género identifica y pone de manifiesto las desigualdades de los papeles asignados a hombres y mujeres en perjuicio de estas y persigue la igualdad como situación objetiva en la que hombres y mujeres puedan desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital sin las limitaciones impuestas por los estereotipos tradicionales.

¹¹.- Ver entre otras publicaciones al respecto SALTZMAN, J. *Equidad y género: Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, Universidad de Valencia e Instituto de la Mujer, Ed. Cátedra, Madrid, 1992; VIGARA TAUSTE, A. y JIMÉNEZ CATALÁN, R. *Género, sexo, discurso*, Ed. Laberinto, Madrid 2002; MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004, pág.26 ss.; GAGO HERRERA, C. "Psicología y género: de la identidad de sexo a la identidad de género", en *Género e intervención social*, VVAA (Jiménez Carrasco y Lorente Molina coordras.), Centro Universitario de Estudios Sociales de la UCA, Cádiz, 2003 y la bibliografía referente al tema citada en págs.214 ss

La doctrina¹² analiza la que se denomina *nueva dimensión de la igualdad de género* y señala que este nuevo tipo de igualdad, que constituye el objetivo a perseguir cara al futuro, “...pone el acento en el carácter adquirido, variable y artificial de la mayor parte de las diferencias de roles establecidas en función del sexo, que crean compartimentos sociales que inciden y conforman estructuras sociales que reflejan un desigual acceso y control de los recursos económicos, culturales y sociales entre hombres y mujeres en perjuicio de estas, afectando tanto en su dimensión individual como colectiva a la dignidad de la mujer en cuanto persona desigual..”.

Permítasenos añadir además las implicaciones en cuanto al propio significado y alcance del concepto discriminación, ya que resulta imposible comprender el concepto de *discriminación indirecta* si no es con referencia al género, a la diferente situación social en que los roles asignados han colocado a hombres y mujeres y que produce como resultado que normas, prácticas o medidas, aparentemente neutras, impacten de manera desfavorable en amplios colectivos de individuos caracterizados por su sexo (generalmente femenino).

Por lo que se refiere al segundo, **la transversalidad constituye el concepto esencial de las políticas comunitarias de igualdad de oportunidades. Acuñado en la Plataforma de acción de Beijing aprobada en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, Septiembre de 1995 e importado al Derecho Comunitario constituye el enfoque esencial adoptado por la Comisión CE en su Comunicación de**

¹² .- RODRÍGUEZ-PIÑERO M. “Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho* (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos), Nº 44, 2001, número monográfico sobre *Cambio social y transición jurídica (veinte años de jurisprudencia constitucional)*, págs.234 y ss.

21 de febrero de 1996 *“Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias”*¹³ y se reitera en la *“Estrategia marco comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005”* y en la *“Hoja de ruta para la igualdad entre hombres y mujeres 2006-2010”*.

En todos estos programas de actuación se señala que la finalidad que se persigue es establecer un marco de acción en el que **todas las actividades comunitarias puedan contribuir a alcanzar el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres.** Basándose en el principio de que **la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión Europea, afirma que su plena realización requiere que toda la ciudadanía, mujeres y hombres, participe y esté representada de forma igualitaria** en la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil. Reconoce que se han hecho progresos considerables en cuanto a la situación de la mujer en los países miembros de la UE, si bien, en la vida cotidiana, dicha igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan, en la práctica, de los mismos derechos. La subrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, pone de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razones de género. Entiende que la única forma eficaz de hacer frente a esta situación es **la integración del objetivo de la igualdad de género en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas sobre la ciudadanía.** Señala que en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, hay que tener en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres.

¹³.- COM (96) 67 final.

Parece interesante destacar los ámbitos de intervención a los cuales debe aplicarse el principio de transversalidad, a los que hace referencia la normativa comunitaria:

1°. **El ámbito económico y social**, concibiendo estrategias para fomentar la integración de la igualdad en **todas las políticas que tengan repercusiones sobre la mujer en materias como la política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social, la estrategia europea de empleo, utilización de los fondos estructurales para promover la igualdad.**

2°. El de **la participación y representación en los órganos de decisión** mejorando el equilibrio ente hombres y mujeres en la toma de decisiones políticas y socioeconómicas.

3°. El del **acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres, mejorando el conocimiento y vigilando la aplicación de la legislación existente en el ámbito social en materia de contratos atípicos, condiciones de trabajo y conciliación.**

4°. El de la **concepción aplicación y evaluación de las políticas y actividades que tienen una repercusión en la vida diaria de mujeres y de hombres, como la política de transporte, la salud pública, las relaciones exteriores, incluidas las políticas de derechos humanos y el programa comunitario de lucha contra la discriminación por causas**

diferentes al género, es decir, la que se ha venido a denominar *discriminación cruzada*¹⁴.

5°. En general la vida civil procediendo al seguimiento difusión y control de aplicación de la legislación y la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres; reconociendo y promoviendo el reconocimiento de los derechos específicos de la mujer como derechos humanos universales; luchando contra la violencia sexista y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

Esta nueva óptica **obliga a realizar modificaciones de varios tipos en el proceso normativo**, es decir el proceso de adopción de decisiones que tengan por objetivo el desarrollo de las políticas públicas¹⁵.

Cuando se hace referencia a la **adopción de decisiones**, se quiere aludir tanto a los **actos normativos, como a los ejecutivos, y, en cuanto los fiscalizan, a los actos judiciales**. En definitiva, **se incluye todo y cualquier acto tanto del poder legislativo, como del ejecutivo o del judicial**. Pero también a cualquier acto o decisión de todo y cualquier poder social con potestad normativa creadora como, en nuestro sistema de relaciones laborales, **los interlocutores sociales**, en tanto de su actividad comercial resultan los convenios colectivos, que posteriormente pasarán a

¹⁴ .- Al respecto la recientemente adoptada D/2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a los bienes y servicios y su suministro (DOC 21-12-2004 373/37)

¹⁵ .- RODRÍGUEZ-PIÑERO "El informe sobre impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas" cit.pág.36 ss. LOUSADA AROCHENA "El informe sobre impacto de género en la elaboración normativa" cit. pág.39 ss.

incluirse en el marco de las fuentes del Derecho del Trabajo con eficacia normativa.

El principio de transversalidad, obliga a realizar **modificaciones funcionales** al variar la forma de actuar en todas las fases de adopción de decisiones: la transversalidad exige **en la fase previa a la adopción de cualquier decisión**, la realización de un **estudio previo sobre su impacto previsto respecto de hombres y mujeres, el denominado *informe sobre impacto de género*** y en la **fase de evaluación** exigirá un **reexamen periódico de los efectos que cada decisión haya tenido sobre el colectivo femenino**.

Respecto de la metodología y la forma de realización de los *informes sobre impacto de género* ha sido elaborada por la Comisión UE una **“*Guía para la evaluación del impacto en función del género*”**¹⁶, cuyo ámbito formal de aplicación es la propia Comisión pero que puede actuar como punto de referencia o, si se quiere, como modelo para la realización de este tipo de informes.

Sin perjuicio de recomendar la lectura íntegra de la Guía, parece conveniente centrarse en los dos subepígrafes incluidos en los apartados III y IV, donde se resumen las fases a realizar en la evaluación del impacto de género.

¹⁶.- http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/gender/gender_es.pdf.

También Institut Català de la Dona *Informe respecto de la valoración del impacto de género de las normas previsto en la Ley Catalana 4/2001 de 9 de abril*.
http://www.unidadgenero.com/documentos/ponencia_Angels_Gensana.pdf.

En primer lugar, resulta necesario comprobar si es necesaria su realización en un caso concreto (lo que en la Guía se denomina *pertinencia* de la evaluación) respecto a lo cual señala que en un proceso de integración de la perspectiva de género en una determinada medida, norma o decisión, es necesario disponer previamente de datos desagregados por sexo, estudiarlos y plantearse si existen en el ámbito de aplicación de la medida a analizar diferencias entre las mujeres y los hombres por lo que se refiere a los derechos, el acceso a los recursos y la participación en las decisiones. Si la respuesta es positiva, se hace necesario evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres en función de las diferencias constatadas. En otras palabras, se hace necesario el *informe de impacto de género*. Por el contrario, si de los datos estadísticos desagregados por sexos no se deduce la existencia de diferencias en la situación de hombres y mujeres en el ámbito de aplicación de la norma, medida o decisión, el informe no será necesario o *pertinente*.

Según la guía, el análisis estadístico debe referirse a determinadas cuestiones.

En primer lugar las diferencias entre hombres y mujeres en el acceso a los recursos: debe analizarse la distribución de recursos cruciales como tiempo, espacio, información, ingresos, poder político y económico, educación y formación, trabajo y carrera profesional, oportunidades de acceso a las nuevas tecnologías, servicios de asistencia sanitaria, vivienda, medios de transporte y ocio.

En segundo lugar, debe analizarse el nivel de participación y de representación de mujeres y hombres en los puestos de toma de decisiones.

Finalmente debe considerarse la suficiencia del nivel de reconocimiento de derechos para hacer frente a la discriminación directa o indirecta, el nivel de respeto de los derechos humanos y los obstáculos en el acceso a la justicia y a los procedimientos de tutela y garantía antidiscriminatoria.

A continuación es necesario **elaborar los criterios de actuación**, que responderían al interrogante de cómo pueden las políticas, las normas o las medidas que desarrollan los objetivos establecidos políticamente, contribuir a eliminar las desigualdades constatadas entre hombres y mujeres y promover su igualdad en cuanto a las tasas de participación, la distribución de los recursos, las prestaciones, tareas y responsabilidades en la vida pública y privada, la consideración y la atención que se prestan al hombre y a la mujer, a las características masculinas y femeninas.

Por lo que se refiere a ejemplos, en la Guía se alude a tres pero personalmente me parece muy didáctico el referido al **sector transporte**, un sector aparentemente neutro en óptica de género, respecto del que un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales en la relación de mujeres y hombres con el mismo en cuanto a las modalidades de utilización y acceso a los medios de transporte públicos y privados ya que está demostrado que las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos; esta consideración en materia presupuestaria debería influir en la decisión sobre invertir más en carreteras o autopistas o en mejorar los transportes públicos.

La integración de la dimensión de género en la elaboración normativa produce algunas importantes consecuencias sobre la aplicación de las normas. La primera de ellas es que el informe sobre el impacto de género de las medidas establecidas en la norma legal o reglamentaria, (en su caso convencional) se incorpora al expediente normativo y, en consecuencia, se configura como uno de *motivos* de adopción de la norma que **pasa a constituir un elemento esencial para la interpretación de la misma**. Conviene matizar que el valor como fuente interpretativa del informe sobre el impacto de género depende, en primer lugar, de si se ha realizado consciente y seriamente o si simplemente se pretende cubrir un trámite formal, a veces con el objetivo de negar la existencia de impacto alguno. En segundo lugar dependerá de si, aún suponiendo la corrección del informe, éste ha influido en el texto final de la norma, ya que se trata de un trámite preceptivo pero no vinculante.

Una segunda y más profunda consecuencia sobre la aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género llevaría a la conclusión de que se está asumiendo la transversalidad como una finalidad buscada por todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico (incluidos los convenios colectivos), que, sin distinción alguna, se aplicarán desde la perspectiva de género. Mediante el reconocimiento del principio de transversalidad de género, **la totalidad del ordenamiento jurídico aparece impregnado del objetivo de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, de modo que, cada norma jurídica, ostentará la finalidad adicional de conseguir ese objetivo. En otras palabras, todas y cada una de las normas jurídicas han de convertirse en mecanismo de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres**¹⁷.

¹⁷ .- LOUSADA AROCHENA, J.F. "Informe sobre el impacto de género en la elaboración

Merece la pena poner finalmente de manifiesto que una correcta realización de los informes sobre impacto de género constituiría una medida de esencial importancia preventiva en términos de tutela antidiscriminatoria ya que garantizaría que la norma, medida o decisión analizada, carecería de impacto adverso sobre un colectivo integrado esencialmente por personas de un mismo sexo, carente de justificación razonable, suficiente, objetiva y proporcional, ajena al sexo, es decir, que no sería una norma, decisión o medida *indirectamente discriminatoria* y por tanto, impugnable.

Este cambio de óptica en la elaboración y aplicación de las normas, resulta perfectamente compatible con la adopción de medidas de acción positiva. Según señala la Comisión Europea, la persistencia de desigualdades por razón de género sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres y la *Hoja de ruta para la igualdad entre hombres y mujeres 2006-2010*, se basa en este **enfoque dual: de un lado, exige la integración de la óptica de género en todas las políticas y en las normas que las desarrollan, de otro se incentiva, promueve y financia la adopción de medidas específicas de acción positiva.**

Conclusiones.

Se puede concluir de lo señalado que la transversalidad de género y la acción positiva constituyen los dos instrumentos esenciales en el ámbito

normativa" cit. pag. 43.

comunitario para la erradicación de la discriminación por razón de género. Se trata de instrumentos complementarios, en absoluto excluyentes. Sin duda nos encontramos ante conceptos complejos, poco conocidos, sobre todo el primero y muy debatidos, sobre todo el segundo, cuya aplicación precisa sobre todo que los poderes públicos y los interlocutores sociales asuman realmente la voluntad política de erradicar una situación de discriminación incompatible con el principio esencial de los Estados Sociales de Derecho, el derecho fundamental a la igualdad.

El Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres recoge ambos instrumentos, ofreciendo una definición jurídica de los mismos.

En el Art.4 señala que *“La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*

En su Art.11 establece *“1.- Con el fin de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas que resultarán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrá de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo a conseguir en cada caso. 2.- También las personas físicas o jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”*.

Sin lugar a dudas se trata de un importante avance pero no se puede olvidar que el principio de transversalidad de género fue introducido en

nuestro ordenamiento por una Ley 30 de 2003 y que un interesante estudio presentado al XVIII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas celebrado en Almería en noviembre de 2005 demuestra documentalmente lo siguiente :

Del total de los 52 Proyectos de Ley presentados en la VIII legislatura

- seis no iban acompañados del preceptivo informe de impacto de género.
- 21 de los 46 restantes consisten prácticamente en una aseveración de que las medidas o disposiciones contenidas en la norma en cuestión carecen de impacto de género.
- 18 hacen referencia expresa a que las medidas o disposiciones no introducen, suponen, generan, contemplan discriminación alguna por razón de género, sexo o entre hombres y mujeres.
- 4 informes ponen de manifiesto que la aplicación de la norma supondrá un impacto positivo desde la perspectiva de género.

Por lo que se refiere a planes o programas de acción positiva, el vigente es el IV y tiene un periodo de aplicación entre 2003 y 2006, si se analizan pormenorizadamente se puede observar que se ha propuesto generalmente la adopción de medidas de gran impacto mediático, escaso coste económico (lease los 100 € para guarderías).

Espero y confío en que la situación varíe una vez adoptada la Ley Orgánica de Igualdad.