



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES, SIENDO
DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:**

INDICE

I. ANTECEDENTES

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A. EN GENERAL

B. EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

IV. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO

A. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA
MUJER

B. PRINCIPIOS GENERALES DEL ANTEPROYECTO

1. Objeto y fin de la ley. Su carácter de norma integral
2. Ámbito: artículo 2
3. Principio de igualdad: igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Excepciones
4. Discriminación directa y discriminación indirecta: artículo 5
5. Conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo: artículo 6 y Disposición Adicional 26ª
6. Consecuencias jurídicas frente a la conducta discriminatoria
 - a) Indemnidad o no represalia: artículo 8
 - b) Nulidad de actos o negocios: artículo 9
7. Medidas de discriminación o acción positiva: artículo 10
8. Tutela judicial



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- a) En general, artículo 11
- b) Inversión de la carga de la prueba y prueba estadística: artículo 12.
- c) Legitimación

C. ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN GENERAL. SU APLICACIÓN AL ÁMBITO JUDICIAL

- 1. Criterios generales de actuación: artículo 13
- 2. Transversalidad: artículo 14
- 3. Interpretación y aplicación de las normas: artículo
- 4. Informes de impacto de género y estadísticas públicas: artículos 17 y 19.
- 5. Acceso a cargos y funciones públicas
 - a) Principios
 - b) Constitucionalidad de esta medida
 - c) Aplicación al ámbito judicial
- 6. Contratación administrativa: artículo 70.2

D. REFORMAS ESPECÍFICAS EN EL ÁMBITO JUDICIAL

- 1. Reforma de la LOPJ: Disposición Adicional Tercera
 - a) Título habilitante
 - b) Ingreso y promoción en la Carrera judicial
 - c) Formación Continuada
 - d) Potestad reglamentaria e impacto de género
 - e) Comisión de Igualdad
- 2. Reforma de la LEC, LJCA y LPL: Disposiciones Adicionales Cuarta, Quinta y Duodécima
 - a) De la LEC y LJCA
 - b) De la LPL
- 3. Excedencias, licencias y permisos

V. CONCLUSIONES



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

I

ANTECEDENTES

Por oficio de 27 de marzo de 2006, que tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial el mismo día, el Excmo. Secretario de Estado de Justicia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 108.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, solicitó de este Consejo la emisión de informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres.

La Comisión de Estudios e Informes de este Consejo, en su reunión del día 30 de marzo de 2006, designó ponente del presente Informe al Excmo. Sr. D. José Luís Requero Ibáñez, aprobándose el mismo en sesión de fecha 20 de abril de 2006 para su remisión al Pleno.

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A. EN GENERAL

El artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) atribuye al Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) el ejercicio de la función consultiva respecto de los anteproyectos y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente a las siguientes materias: “a) determinación y modificación de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

demarcaciones judiciales y de su capitalidad en los términos del artículo 35 de esta Ley”; “b) Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia”; “c) Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados”; “d) Estatuto orgánico de los Secretarios y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia”; “e) Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”; “f) Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario”; “g) Aquellas otras que le atribuyan las leyes.”

A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al CGPJ, el parecer que le corresponde emitir al Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

El CGPJ ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1 LOPJ y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en el citado artículo 108.1 LOPJ. En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el CGPJ debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución Española (en adelante, CE). En este punto, debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

B. EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO

Dicho lo anterior y atendiendo al objeto del Anteproyecto, extensión, amplitud y diversidad de materias y aspectos que regula, tanto en su articulado como en sede de Disposiciones Adicionales, el CGPJ considera que este Informe debe ceñirse a los contenidos referidos a las materias deducibles del artículo 108 LOPJ. Por tanto, el Informe no alcanzará a todo el Anteproyecto sin perjuicio de las oportunas referencias a cuestiones que, aunque pudieran parecer



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

desligadas al ámbito material de nuestra potestad consultiva, alcanzarán a la actuación de los jueces y tribunales o, sobre todo, a la actividad del mismo Consejo.

Desde estas premisas, serán objeto de informe el Título Preliminar (objeto y ámbito de la ley), el Título I (el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación), el Título II (políticas públicas para la igualdad) y el Título V (el principio de igualdad en el empleo público), y el art. 70.2 en cuanto el Consejo General del Poder Judicial es órgano de contratación.

El Título Preliminar por cuanto da sentido y coherencia a toda la ley. El análisis del Título I es obvio pues la tutela contra la discriminación y la protección de la igualdad desembocarán en último término, ante un órgano judicial, quedando éste, por tanto, impelido a interpretar y aplicar la ley. Y de los Títulos II y V interesan los aspectos que han de proyectarse en el ámbito judicial, así como sus eventuales modulaciones si existieren o por el contrario si no está previsto más que la regulación general.

Respecto a las Disposiciones Adicionales, se informará aquellas en las que se reforman la LOPJ así como las vigentes Leyes de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres encuentra su fundamento constitucional en la conjunción de dos preceptos que en nuestra Constitución reconocen y proclaman la igualdad, a saber, el artículo 14 que recoge la conocida como igualdad formal ante la ley, y el artículo 9.2 que, como concreción de la fórmula de Estado Social por la que se inclina el constituyente en el artículo 1.1 de la Constitución, impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sea real, y remover los obstáculos que lo impidan. Igualdad que, por otra parte, el propio artículo 1.1 CE consagra como “valor superior del ordenamiento”.

Además de este fundamento constitucional, la Exposición de Motivos refiere la recepción del principio de igualdad en los textos internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979, ratificada por España en 1983, así como las Conferencias Mundiales de Nairobi (1985) y Beijing (1995).

Pero, en la explicación de la necesidad de una norma de este tipo, adquiere, como da cuenta la Exposición de Motivos del Anteproyecto, destacada importancia la trascendencia que el principio de igualdad ha ido progresivamente adquiriendo en la Unión Europea, hasta llegar a erigirse, con el Tratado de Ámsterdam, en principio fundamental integrado entre los derechos fundamentales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

incorporados al Tratado por remisión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6 TUE), por tanto, principio inspirador del ordenamiento y praxis comunitarios, y criterio hermenéutico y de valoración al que acude el TJCE, así como el hecho de que la igualdad entre mujeres y hombres y la erradicación de las desigualdades entre ambos constituya un objetivo que debe integrar y orientar las políticas y acción de la Unión y, por ende, de los Estados miembros, como afirman las conclusiones finales de los últimos Consejos Europeos, siguiendo una tendencia inaugurada en la Agenda de Lisboa y la potenciación del empleo.

Por demás, el Anteproyecto tiene como objetivo principal incorporar al ordenamiento español las dos últimas Directivas Comunitarias en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Se trata de un texto extenso, aunque el contenido propio de la propuesta no ocupa más de 73 artículos, divididos en un Título Preliminar y ocho Títulos, dedicados, de forma sucesiva a:

1. objeto y ámbito de la ley;
2. principio de igualdad y tutela contra la discriminación;
3. políticas públicas de igualdad;
4. igualdad y medios de comunicación;



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5. derecho al trabajo en igualdad de oportunidades;
6. principio de igualdad en el empleo público;
7. igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro;
8. igualdad en la responsabilidad social de las empresa;
9. disposiciones organizativas.

El texto se completa con:

- una disposición adicional primera que incluye la definición del principio de representación o composición equilibrada;
- una pluralidad de disposiciones adicionales dedicadas a la reforma de la LOREG, LOPJ, LEC, LJCA, Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, Ley General de Sanidad, Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Estatuto de los Trabajadores, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley de Procedimiento Laboral, Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Real Decreto-Ley regulador de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de determinados contratos, Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, Ley de Empleo, Ley General de Seguridad Social, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de creación del Instituto de la Mujer;



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- nueve disposiciones transitorias que establecen el régimen jurídico transitorio aplicable a nombramientos, medidas preventivas del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, distintivo empresarial en materia de igualdad, procedimientos, deber de negociar en materia de igualdad, tablas de mortalidad y supervivencia, retroactividad de efectos para las medidas de conciliación, nuevos derechos de maternidad y paternidad, y composición equilibrada en las listas electorales;
- una disposición derogatoria única, y
- seis disposiciones finales, relativas, al fundamento constitucional, naturaleza de la ley, habilitaciones reglamentarias, incorporación de Directivas, planes de igualdad y negociación colectiva y entrada en vigor, que se fija para el día siguiente a su publicación en el BOE, salvo el artículo 66.2 y la disposición transitoria novena que se postergan hasta el 31 de diciembre de 2008.

IV

ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO

A. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER

La lucha por la igualdad está en la base de la construcción del Estado moderno. Como motor del constitucionalismo se ha ido de un reconocimiento de la igualdad formal, tributaria del constitucionalismo liberal, a su concreción en todos aquellos aspectos en donde puede



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

advertirse discriminación y al establecimiento de mecanismos de garantía.

Nuestra Constitución no se limitó a recoger el principio de igualdad formal (artículo 14), propio de esa tradición constitucionalista, ni le bastó configurarlo como derecho fundamental especialmente tutelable (artículo 53,2). Dio un paso más con el artículo 9.2. Este precepto, tomado del artículo 3.2 de la Constitución italiana, contiene un dinamismo especial al fijar, en lo que aquí interesa, el “argumento” de los Poderes Públicos en nuestro Estado social y democrático de Derecho: promoción de la igualdad, remoción de los obstáculos que impidan que esa igualdad sea real y efectiva.

Como se verá a lo largo de este Informe, tal precepto da cobertura a que el Estado escudriñe aquellos ámbitos en los que considere se dan situaciones discriminatorias, indague las causas, el por qué y, en su caso, razonabilidad, de forma que le habilita bien para imponer tratamientos iguales a situaciones de hecho también semejantes como para procurar regulaciones diferentes ante situaciones fácticas distintas. Cobra así lógica la reacción frente a situaciones de desigualdad manifiesta, persistente y continuada respecto a un grupo concreto de individuos, justificándose, por ejemplo, la adopción de medidas de acción positiva que procuren la equiparación real y efectiva de los individuos.

La igualdad impregna buena parte de la Constitución. Desde su configuración como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1,1), aparte del ya citado artículo 14, se va concretando a lo largo de su articulado en el acceso a cargos y funciones públicas (artículo 23),



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el matrimonio entre hombre y mujer (artículo 32), la igualdad de los hijos (artículo 39) o, fuera ya del Título I, en válvula de seguridad del modelo territorial que instaura: igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (artículo 139,1), de ahí que sea cometido del Estado precisamente esa garantía (artículo 149.1.1ª) lo que supone un título competencial.

No es el momento de dar cuenta de la completa doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido asentado sobre la igualdad. En lo que interesa a este Informe se deja constancia de que ha entendido que el artículo 14 prohíbe al legislador que apruebe regulaciones, tratamientos jurídicos, distintos para personas que se encuentran en la misma situación (SsTC 144/1988, 68/1991, 181/2000, entre otras muchas); como no toda desigualdad vulnera el principio de igualdad, sino aquélla que es discriminatoria (STC 100/1989) ha fijado un *test de igualdad* para apreciar cuándo el trato diferente es admisible (justificación objetiva y razonable, proporcionalidad y adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos, atendidas las circunstancias de tiempo y lugar). Pues bien, conforme a este acervo doctrinal, son constitucionales las leyes dirigidas a sectores o grupos determinados (donde podría incluirse la normativa a favor de la mujer), siempre que superen, que satisfagan los requisitos exigidos en el *test de igualdad*.

Dentro de esa doctrina, y por el manifiesto interés que tiene para este Informe, debe dejarse al menos constancia de que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando lo que podría denominarse la *faz negativa* de la igualdad y que permite su formulación a través de otra forma de abordar ese derecho fundamental. Nos referimos al *derecho a la no discriminación* y, en particular, la no discriminación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por razón de sexo, que es una de las llamadas “categorías sospechosas” o ámbitos de potencial discriminación en la terminología de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. De esta forma y por citar algunos ejemplos, se ha pronunciado sobre la proscripción de esa discriminación en el trabajo [bien buscando la equiparación de los varones en supuestos de ventajas injustificadas a favor de la mujer (SsTC 81/1982, 207/1987), o de las mujeres que eran objeto de trato discriminatorio en el trabajo (SsTC 166/1988, 145/1991)], en el acceso a trabajo o profesión (SsTC 216/1991, 229/1992), como en el régimen de pensiones (STC 103/1983).

En esta lucha por la igualdad real y efectiva, luego por la no discriminación por razón de sexo, España camina al paso que desde hace tiempo ha marcado en Derecho de la Comunidad Europea del que puede decirse que, tanto en su formulación normativa (Derecho originario y derivado) como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE), se caracteriza por la progresiva profundización en el principio de igualdad tanto en el propio ordenamiento de la Unión como en la práctica de sus políticas.

Al ser la procura de la igualdad “misión” de la Unión Europea (cf. artículo 2 Tratado de la Unión), se configura como principio general inspirador y fundamental de este ordenamiento, de sus objetivos y determinante, en cuanto a su respeto y garantía por los Estados, de la concurrencia de los requisitos para nuevas incorporaciones de Estados e, incluso, ante la eventualidad de adoptar sanciones ante su desconocimiento por alguno de los Estados miembros (artículo 6 Tratado de la Unión).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

De esta manera buena parte del Anteproyecto incorpora el Derecho comunitario derivado y que ya España ha ido incorporando tanto en leyes estatales como autonómicas, como la Ley 51/03, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 62/03, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social o la LO 4/00, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social . Entre las autonómicas -referidas más en concreto a la igualdad entre mujeres y hombres- está la Ley 9/03, de 2 de abril, de la Comunidad autónoma Valenciana, para la Igualdad de Mujeres y Hombres; la Ley 7/04, de 16 de julio, gallega, para la igualdad de mujeres y hombres, y la Ley 4/05, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, aprobada por el Parlamento Vasco.

Incorporado a la Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículos 21 a 23, hoy integrados en la Constitución Europea), es el eje de la Carta Social Europea aprobada en 1989, y fundamento de las Directivas que se incorporan en el Anteproyecto informado. A su vez la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) sobre la exigua base del artículo 141 (antes 119) –referido a la igualdad entre mujeres y hombres en la retribución por el mismo trabajo- ha realizado una interpretación extensiva al entender que la discriminación estaba prohibida en el ámbito laboral en general, no sólo en materia de salarios, lo que dio pie a su inclusión, incluso ampliada, en el Tratado de la Comunidad Europea, tras el Tratado de Ámsterdam.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Conforme a lo dicho puede hablarse de tres etapas, no ya en la jurisprudencia del TJCE sino en la política de la Comunidad Europea pues ese acervo jurisprudencial va unido al desarrollo normativo. Así de una primera etapa -hasta la década de los 90- en la que abordó la igualdad de trato en el ámbito laboral (cf. Sentencias *Defrenne*) se pasa a una segunda -desde principios de los 90- de avance hacia la acción positiva de los Poderes Públicos a favor de la mujer mediante la adopción de medidas estructurales que permitan el aumento de la participación de la mujer en las diferentes actividades sociales y la igualdad real entre hombres y mujeres (cf. Sentencias dictadas en los casos *Kalanke*, *Marshall* y *Badeck*). Y la tercera etapa, la actual, aun no cuenta con jurisprudencia. Presidida por las políticas de la *transversalidad* que se inaugura con la Conferencia de Pekín de 1995, puede resumirse por «*la incorporación automática y sistemática de los problemas de género a todas las instituciones y políticas de un gobierno*».

La jurisprudencia del TJCE puede sinterizarse en los siguientes postulados:

1º La igualdad entre hombre y mujer es un principio básico del ordenamiento comunitario de forma que, como derecho fundamental de la persona, sus excepciones se interpreten restrictivamente (Sentencias *Defrenne* y *Thomas*).

2º Son admisibles las medidas de acción positiva favorables a la mujer en cuanto sexo más discriminado e infrarrepresentado en el mundo laboral.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3º Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer en caso de igualdad de méritos entre candidatos, pero no si falta este requisito en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias *Kalanke* y *Marshall*).

4º Los Tratados prohíben la discriminación directa e indirecta (Sentencias *Meyers* y *Kording*).

5º Ha anulado la prohibición de trabajo nocturno de mujeres o la fijación de edades de jubilación diferentes entre hombres y mujeres.

6º Ha insistido en la necesidad de proteger a las mujeres y sus circunstancias especiales (embarazo, lactancia, permiso de maternidad), y así ha reconocido como principio la necesidad de proteger a la mujer en su vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional (Sentencia *Gerster*).

7º Ha defendido la posición de la mujer y su especial rol en las relaciones laborales en determinadas (Sentencias *Brown*, *Hoever* y *Zachow*, *Krüger* y *Hill*), y en otras ha puesto su empeño en exigir profesionalmente de la mujer lo mismo que del varón (Sentencias *Minne*, *Boyle*, *Griesmar*, *Coot*e y *Gillespie*).

B. PRINCIPIOS GENERALES DEL ANTEPROYECTO

1. Objeto y fin de la ley. Su carácter de norma integral

Es objeto y fin de la ley (artículo 1) hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres «...mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria».

Esta amplitud de contenidos y su ambicioso ámbito de proyección (*cualesquiera ámbitos de la vida*) guarda coherencia con el no menos ambicioso horizonte trazado por artículo 9. 2 *in fine* de la Constitución y también es coherente con las Directivas que el Anteproyecto incorpora. Es el caso, por ejemplo, del nuevo artículo 8 bis de la Directiva 76/207/CEE del Consejo introducido por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

Por otra parte la intensidad de no pocas de las previsiones del texto informado tiene su lógica en que la normativa comunitaria, ya ambiciosa de por sí, es de mínimos, especialmente en cuanto a medidas de protección. Así el artículo 7 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 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, dispone que «1. *Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad entre hombres y mujeres que las previstas en la presente Directiva.*2. *La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir, en los ámbitos que ésta trata, el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros».*

Desde esta perspectiva la intensidad del Anteproyecto es de *contenidos* pero también de *ámbitos*, tanto en lo objetivo como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

subjetivo de ahí que pueda calificarse como *ley integral*, sugiriéndose la incorporación de este calificativo a su enunciado tal y como se hizo en su día con la LO 1/2004, en materia de violencia de género, si bien en la norma informada con más intensidad pues se destina a prevenir la discriminación tanto contra la mujer como contra el hombre. De esta manera el legislador no sólo incorpora las citadas Directivas a nuestro ordenamiento, sino que al abarcar los más variados aspectos en los que por la fuerza del artículo 9.2 CE se advierten potenciales situaciones de discriminación, permite pensar en una ley código, una ley integral, reguladora del conjunto de aspectos que presenta la materia objeto de regulación, esto es, la igualdad entre mujeres y hombres, destinada tanto a la organización interna de los Poderes Públicos como a los particulares.

Abunda esta vocación de ley integral que se de un trato homogéneo y general a una serie de principios ya presentes, por ejemplo, en la regulación de la igualdad de personas con minusvalía (Ley 51/2003) o en cuanto a la conciliación de la vida profesional y familiar (Ley 39/99), a lo que debe añadirse el carácter de ley básica que tiene más los diferentes títulos que invoca ex artículo 149 el legislador estatal para dictarla, lo que tiene especial relevancia respecto de las normas ya aprobadas por las Comunidades Autónomas.

2. Ámbito

En el Anteproyecto se regula tanto el ámbito objetivo (artículos 1.1 y 4. 1) como subjetivo (artículo 2). El primero ya ha sido objeto de consideración en el anterior apartado, del que se deduce la vocación integral de la norma y su aplicación tanto en el sector público como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

privado. Más interés ofrece el ámbito subjetivo, esto es, los destinatarios de la norma.

En efecto, el artículo 2. 1. y 2 prevé quienes serán beneficiarios o titulares de los derechos que reconocidos en el Anteproyecto: las ciudadanas y ciudadanos españoles (no podía ser de otro modo, a la luz del artículo 14 CE), y en las extranjeras y los extranjeros que se encuentren en el territorio español, si bien en este caso condicionado a *«los términos establecidos en la Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación de extranjería y las demás normas de aplicación»*, condicionante que es coherente con el artículo 13 CE. Esta salvedad es compatible con el artículo 14 pues, como señala la jurisprudencia constitucional, el citado precepto no es exclusivamente aplicable a los nacionales, si bien su extensión a los no nacionales no implica que la misma tenga lugar en idénticos términos que para los nacionales.

En el artículo 2.3 se refiere como obligados por el Anteproyecto a *«toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia»*.

Tal precepto requiere concreción, luego corrección dada la escasa juridicidad de términos como “encontrarse” o “actuar” y las consecuencias tanto de obligar como de incurrir en algún ilícito administrativo. Desde su literalidad cabe deducir, como criterio relevante para aplicar el contenido de sus obligaciones, que la persona –física o jurídica- se encuentre o actúe en España. En principio, la norma cubriría cualquier posibilidad de intervención de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

persona, incluyendo tanto que físicamente esté en nuestro territorio como cuando, sin una radicación de tal naturaleza, actúe en él.

Pues bien, el primer supuesto –personas físicas- no debería plantear problemas, si bien cabe plantearse casos en los que ese *encontrarse* es esporádico; a su vez habría que concretar en calidad de qué se encuentra esa persona en España. Del contenido de todo el Anteproyecto –por razón de sus determinaciones- cabe deducir que tendría relación con alguna actividad prestacional o productiva y no de otra naturaleza, en cuyo caso habría que prever algún otro condicionante más de aplicación del precepto (por ejemplo, presencia no esporádica sino dotada de cierta continuidad).

En cuanto a las personas jurídicas, la literalidad del precepto genera más incertidumbre. Piénsese en el complejo mundo actual de relaciones económico-empresariales en el que, cada vez con mayor frecuencia se realizan transacciones a través de medios telemáticos, por citar un ejemplo. En ese ejemplo qué duda cabe que esa entidad mercantil “actúa” en España o el caso de “actuaciones” esporádicas o ajenas a la idea de radicación (por ejemplo, vehículos de una empresa de transportes extranjera que atraviesan nuestro territorio).

En consecuencia, sería recomendable que la norma sea más concreta o bien ofrezca criterios a los que se pueda acudir quien tenga que aplicarla, máxime en caso de fiscalización de su cumplimiento, sea administrativo o, en su caso, judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. Principio de igualdad: igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Excepciones.

Como se ha dicho, procurar la igualdad entre hombre y mujer es la finalidad y objetivo de la norma informada; es, además, el principio cuya aplicación transversal, ha de impulsar y regir no sólo la actuación pública, sino también la de los particulares (artículo 1).

El principio de igualdad se concreta en la igualdad de trato (artículo 3) y de oportunidades (artículo 4), preceptos que no hacen otra cosa sino incorporar las previsiones del Derecho comunitario derivado, en especial en cuanto a las definiciones de discriminación directa e indirecta que se verán en el siguiente apartado (cf. Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y 2004/113/CE, del Consejo, de 13 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).

Según el artículo 3 el *principio de igualdad de trato* supone la ausencia de cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, especialmente las derivadas de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares o del estado civil. Consecuentemente, el artículo 7 califica como discriminación directa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cualquier trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad. Recoge así el texto informado no sólo la normativa comunitaria, sino el sentido que le ha dado el TJCE a propósito de concretos pronunciamientos de los que se abstraen reglas generales. De esta manera el Tribunal ha considerado discriminatorio por razón de sexo que se impida la promoción profesional de la trabajadora con permiso de maternidad (Sentencia *Thibault*, de 30 de abril de 1998) o que se computen las ausencias por trastornos derivados del embarazo a efectos de despido (Sentencia *Brown*, de 30 de junio de 1998) o que se abone a la mujer en incapacidad laboral por el embarazo una parte del salario, mientras que a sus compañeros con incapacidad laboral general se les abona la totalidad (Sentencia *Perdersen*, de 19 de noviembre de 1999).

Por otra parte el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo (artículo 4 del Anteproyecto) ya estaba recogido en las Leyes estatales 51/03 (artículo 1), y 62/03, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [artículos 28.1.a) y 34.2)], así como en el artículo 3.2 de la Ley 4/05, del Parlamento Vasco.

En el artículo 4 del Anteproyecto se incluyen ciertas excepciones o modulaciones al principio de no discriminación en cuanto que se fijan determinados supuestos discriminatorios por razón de sexo. Esto ocurrirá «*cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinantes, siempre cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*». Tal previsión responde a las exigencias de



compatibilización y ponderación entre derechos y bienes e intereses que cada uno de ellos protege y ampara y es coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la exigencia de justificación de una medida que es excepcional, pero además supone una restricción en los derechos, en este caso, la igualdad, y en la necesaria proporcionalidad de la excepción o modulación al objetivo, que ha de ser necesariamente legítimo.

Esta doctrina tiene su correlato con la del TJCE que sostiene, por un lado, que es contrario al principio de igualdad y no discriminación que se reserven ciertas profesiones domésticas a un sexo determinado (las que tradicionalmente se han relacionado con la mujer) y, por otro, que hay ciertas profesiones (vgr. comadrona) que, dada su naturaleza y por las especiales relaciones que implican, dificultan, o cuanto menos complican, una aplicación rigurosa del principio de igualdad de oportunidades (Sentencia Comisión/Reino Unido, de 8 de noviembre).

4. Discriminación directa y discriminación indirecta: artículo 5

El artículo 5 del Anteproyecto define la discriminación directa y discriminación indirecta por razón de sexo. Se trata de unas definiciones no novedosas tal y como se deduce de la normativa tanto europea (cf. Preámbulo (12) Directiva 2002/73, artículo 2.2 Directiva 1997/80, artículo 2.2 Directiva 2000/78, artículos 2. a y b y 4.1 Directiva 2004/113) como española preexistente [cf. artículo 6. 2 Ley. 51/03; artículo 28. 1. b) y c) Ley. 62/03; artículo 2 de la Ley gallega 7/04 y el artículo 1 a) y b) de la Ley vasca 4/05].



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por su redacción abierta («*una persona*», «*personas*»), no cabe deducir que tenga como únicas posibles destinatarias a mujeres, lo que es coherente con la titulación del propio Anteproyecto, de todo lo cual se deduce que su propósito es proteger igualmente al varón que sufra o se encuentre en una situación de discriminación.

De esas definiciones, probablemente es la discriminación indirecta la que reviste mayor interés. Ciertamente la directa no plantea grandes problemas interpretativos; tampoco en puridad la interpretación del concepto de discriminación indirecta que el Anteproyecto define según la normativa y jurisprudencia comunitaria, así como los precedentes de nuestro ordenamiento interno -«*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro*»- añadiendo a esa definición una modulación o excepción acertada: «*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 necesarios y adecuados*».

Con esta definición se incorpora a nuestro ordenamiento la doctrina del TJCE que, en concreto, ha venido calificando de discriminación indirecta de la mujer aquella que se deriva de normas en principio neutras, aplicadas con independencia del sexo, pero que en la realidad afectan negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres, salvo que tal previsión esté justificada en factores objetivos y ajenos a toda discriminación (Sentencias *Meyers*, de 13 de julio de 1995 y *Van Damme*, de 1 de febrero de 1996). Un ejemplo de esta doctrina son las Sentencias *Sievers*, *Schrage* y *Schröder*, todas de 10 de febrero de 2000, que califican de discriminación



indirecta el reconocimiento por la empresa de una pensión complementaria de jubilación sólo para aquellos trabajadores que estuvieran a jornada completa, resultando que un alto porcentaje de trabajadoras optan por la jornada parcial.

Probablemente el aspecto más relevante de la discriminación indirecta se concreta en la tutela judicial frente a la misma, lo que lleva a la inversión de la carga de la prueba (artículo 12 del Anteproyecto) que se analizará más abajo [*vid infra* IV. B. 8. b)].

5. Conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo: artículo 6 y Disposición Adicional 26ª

En el Anteproyecto ambos conceptos responden a los ya fijados en la normativa comunitaria [cf. Preámbulo (8) Directiva 2002/73; artículos 2. c y 4. 3 Directiva 2004/113; artículo 2.3 Directiva 2000/78, nuevo artículo 2 de la Directiva 2002/73] e incorporados en nuestro ordenamiento interno tanto estatal [artículo 28.1.d) Ley 62/03 y artículo 2.a. Ley 51/03] como autonómico [Leyes 9/03, 7/04 y 4/05, valenciana (artículos 23 y 47), gallega (47 y ss a 54) y vasca (artículo 43) respectivamente]

Tales definiciones no plantean problema debiendo destacar que el artículo 11 sólo legitima a la víctima para actuar en los litigios sobre acoso sexual y que la Disposición Adicional 26ª expresamente dispone que las normas sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo del Anteproyecto no afectan a lo previsto en la legislación penal sobre el delito de acoso sexual; se trata, por tanto, de conceptos jurídicos distintos.



6. Consecuencias jurídicas frente a la conducta discriminatoria

a) Indemnidad o no represalia: artículo 8

Previsto en el Preámbulo (17) de la Directiva 2002/73, en el artículo 10 de la Directiva 2004/113, artículo 11 de la Directiva 2000/78 y anticipado en nuestro ordenamiento interno en el artículo 18.2 de la Ley 51/03, es ahora recogido en el artículo 8 del Anteproyecto. A estos efectos se considera como represalia *«cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, en vía administrativa o judicial, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres»*, de forma que con tal precepto se trata de garantizar la indemnidad –no en el sentido de resarcimiento- de aquella persona que reacciona frente a una conducta discriminatoria por razón de sexo.

Esta línea es la mantenida por el TJCE que considera que la prohibición de discriminación por razón de sexo, luego la tutela frente a la misma, extiende sus efectos sobre las medidas que adopte el empresario como consecuencia de la actuación judicial dirigida a exigir el respeto del principio de igualdad de trato, incluso cuando se adopten finalizada la relación laboral (Sentencia *Coote*, de 22 de septiembre de 1998).

b) Nulidad de actos o negocios: artículo 9

El artículo 9 del Anteproyecto prevé que las conductas discriminatorias provocarán la nulidad de los actos y negocios



jurídicos, que quedarán sin efecto y generarán la responsabilidad de sus autores. La responsabilidad se habrá de exigir a través de un sistema de reparación e indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales al perjuicio y, en su caso a través de un sistema de sanciones eficaz o disuasorio, que prevenga dichas conductas discriminatorias.

Esta previsión, que se encuentra en la normativa comunitaria que se incorpore con el Anteproyecto, estaba ya anticipada en la Ley 62/03 (Capítulo III relativo a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato), que establece como objeto y ámbito de aplicación del citado Capítulo el establecimiento de medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación tanto en el sector público como en el privado.

7. Medidas de discriminación o acción positiva: artículo 10

El artículo 10 del Anteproyecto introduce como norma de carácter general la habilitación para adoptar de técnicas de acción positiva frente a la discriminación por razón de sexo, regla que debe aplicarse atendiendo a la transversalidad (artículo 14) y que más abajo se analizará (*vid infra* IV.C.2). Las medidas de acción positiva del Anteproyecto se pueden sistematizar de la siguiente forma:

-Cláusula general de habilitación (artículo 10)

-Medidas concretas introducidas en el propio Anteproyecto. Es el caso, por ejemplo, de las previstas para el sector público de la mano del concepto de *representación equilibrada* [cf. artículos 16; 24. 3. e); 32. 2 y 3, etc.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

-Medidas de acción positiva destinadas al sector privado, algunas de las cuales no son imperativas si bien son objeto de fomento. Así se deduce del artículo 10.2 en relación, por ejemplo, con el Título Séptimo.

En relación a las medidas de discriminación o acción positiva, ya este Consejo se pronunció en su Informe de 23 de junio de 2004 respecto del Anteproyecto de lo que luego fue la LO 1/2004, integral frente a la violencia de género. Debe advertirse que, al margen de ésta norma, las medidas de discriminación o de acción positiva, no son desconocidas como técnica ni en nuestra legislación (cf. artículos 8 y 9 Ley 51/03, o el artículo 35 de la Ley 62/03; artículo 4 de la Ley gallega 7/04 y artículo 3. 5 Ley vasca 4/05), ni en la práctica de los Poderes Públicos. Su fundamento y justificación constitucional está en el dinamismo que imprime el ya citado artículo 9.2, luego en la obligación de los Poderes Públicos de procurar que la igualdad real entre individuos y grupos sea real y efectiva, removiendo para tal fin los obstáculos que dificulten ese objetivo.

Están, por tanto, destinadas a obtener un objetivo de transformación de la realidad social pues el objetivo último de estos instrumentos (normativos y de políticas públicas) es la consecución de una sociedad más igualitaria. Como dijo el CGPJ en el Informe antes citado, se trata de acciones dirigidas *«a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, proporcionándoles la oportunidad de conseguir el mismo nivel en cuanto al goce de oportunidades y de ejercicio de derechos que aquellos más favorecidos. A través de medidas de tal naturaleza los poderes públicos procuran elevar -para igualar- la situación de aquellos que están en situaciones de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

desventaja; se adoptan así iniciativas para eliminar el racismo, el sexismo y la discriminación contra las personas mayores o discapacitados»

Tales medidas han sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional por su compatibilidad con el artículo 14. Así lo ha considerado respecto del acceso de la mujer al trabajo (STC 128/1987), con los discapacitados (STC 269/1994) o en la admisión de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de oportunidades (STC 229/1992).

Se reconoce, de esta forma, la admisibilidad de medidas de “acción positiva” (STC 3/1993), como de “favorecimiento” (SsTC 216/1991, 28/1992), medidas orientadas a la igualdad de oportunidades, como pueden ser las reservas porcentuales de plazas en la Administración Pública (STC 269/1994), llegando a sostener que el trato diferenciado impulsado por los Poderes Públicos *«puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento»* (STC 128/1987).

Para la admisibilidad constitucional de tales medidas específicas a favor de un grupo (aquí las mujeres), el Tribunal Constitucional ha fijado los siguientes estándares:

1º Excepcionalidad. Deben responder a la necesidad real de corregir situaciones objetivas de desigualdad de hecho respecto al resto de las personas, aquí los hombres. Ya dijo el CGPJ en su Informe a la ley integral sobre violencia de género que *«como instrumento de fomento de la igualdad hombre-mujer, el Estado se*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sirve de la discriminación positiva para crear aquellas condiciones que permitan que la sociedad avance con más rapidez que lo haría por sí misma dejada a su libre evolución».

2º Coyunturalidad. Sólo se aplicarán mientras se mantenga la situación que se desea enmendar o remover.

3º Proporcionalidad. En cuanto que por ser en sí medidas discriminatorias, han de ser proporcionadas a la finalidad concreta perseguida en cada caso, esto es, a su finalidad transformadora.

4º Son contrarias a estas medidas de promoción las calificadas como “normas protectoras”, esto es, las que pese a supuesta y aparentemente, pretenden mejorar la situación de un colectivo, provocan, en la realidad, efectos negativos, pues suponen la interposición de un obstáculo que, a la postre, dificulta la obtención del fin perseguido (STC 28/1992).

A su vez, cabe añadir –como así dijo este CGPJ en el Informe en materia de violencia género- que al tratarse de medidas que en sí encierran un trato objetivamente discriminatorio, su soportabilidad exige que se apliquen restrictiva y transitoriamente, sólo cuando no exista ninguna otra posibilidad de equiparar las situaciones preexistentes de desigualdad perfectamente acreditadas.

Pues bien, estos requisitos que determinan la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva están recogidos en abstracto en el artículo 10 del Anteproyecto, por lo que no cabe formular objeción alguna sin perjuicio de lo que luego se dirá, repetimos, respecto de la aplicación a casos concretos. Así se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recoge la idea de excepcionalidad (operan ante «*situaciones patentes de desigualdad*»); coyunturalidad («*en tanto subsistan dichas situaciones*» o la previsión de un año en el caso del artículo 55.1) y proporcionalidad («*habrán de ser razonables y proporcionadas en relación al objetivo perseguido en cada caso*»).

Como se dijo más arriba, estamos ante la cláusula general habilitante, cosa distinta son las concretas medidas que ya se adoptan en la propia ley o aquellas que se prevé impulsar bajo técnicas de fomento en el sector privado. En este sentido el artículo 10,2º prevé la adopción de estas acciones positivas por los particulares, lo que se concreta en su articulado, previsiones cuyo análisis no se hará por razón de lo expuesto en cuanto al ámbito de informe del Consejo (*vid supra* II. B), pero que sí se analizarán en cuanto al sector público y, en concreto en el ámbito judicial.

Por último hay que indicar que, como no podía ser de otra forma, el TJCE admite la adopción y mantenimiento de acciones positivas. Entre sus pronunciamientos hay que destacar la Sentencia *Kalanke*, de 15 de octubre de 1995, según la cual entre esas medidas cabe optar por la fijación de cuotas flexibles a favor del colectivo femenino, pero no es posible establecer cuotas rígidas y de aplicación automática.

8. Tutela judicial

a) En general, artículo 11

Las previsiones de los artículos 9 (Directiva 2000/78) y 8 (Directiva 2004/113) tenían ya cumplido reflejo en nuestro



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ordenamiento en el artículo 53.2 CE, de forma que tampoco cabe apreciar en este punto novedad alguna pues el artículo 11,1 del Anteproyecto recoge lo previsto en el citado precepto constitucional en cuanto a la garantía y protección de los derechos fundamentales, aquí centrado en el principio de igualdad.

b) Inversión de la carga de la prueba y prueba estadística: artículo 12.

Esta regla viene impuesta por el ordenamiento comunitario [cf. Directiva 97/80 en general y, en particular, artículo 9 Directiva 2004/113, Preámbulo de la Directiva 2002/73, artículo 3.1.b) Directiva 1997/80, artículo 4 Directiva 1997/80 y artículo 10 Directiva 2000/78] ya había sido recogida en las normas estatales antes mencionadas (artículos 20 Ley 51/03 y 36 Ley 62/03) y es regla común en el ordenamiento laboral. Y ligado a la prueba de esa discriminación está que la situación de desventaja de un sexo respecto del otro sea susceptible de prueba mediante la llamada *prueba estadística*. No obstante es doctrina del TJCE que no basta con estar al dato cuantitativo -número de mujeres afectadas- sino que, además, debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país, y con la proporción entre trabajadores masculinos y femeninos (Sentencia *Regina/Secretary of Employment*, de 9 de febrero de 1999).

c) Legitimación

Con carácter general hay que estar a los artículos 9.2 y 36.2.3º de la Directiva 2000/78, al Preámbulo (20) de la Directiva 2002/73, artículo 8.3 Directiva 2004/113 y al artículo 6.3 Directiva 76/207 (reformada por la Directiva 2002/73). En cuanto a las normas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

incorporación estatales, cf. como antecedente el artículo 19 de la Ley 51/03.

El artículo 11. 2 del Anteproyecto debe conjugarse con las reformas que también introduce en la LEC y LJCA para la defensa de estos intereses, cuestión que será objeto de informe más adelante, así como con lo ya dicho respecto a la inversión de la carga de la prueba.

C. ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN GENERAL. SU APLICACIÓN AL ÁMBITO JUDICIAL

Como ya se ha dicho (*vid supra* II. B), las previsiones del Anteproyecto en cuanto a la actuación de los Poderes Públicos se analizarán en sí pero en la medida en que se han de aplicar en el ámbito judicial, lo que puede ocurrir de forma implícita como de manera explícita (reforma de la LOPJ).

1. Criterios generales de actuación: artículo 13

Los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos regulados en el artículo 13 del Anteproyecto son aplicables a todos sin excepción, luego también al ámbito del gobierno judicial; sus previsiones constituyen, además, condiciones básicas para garantizar la igualdad de los españoles a los efectos del artículo 149.1.1ª CE (cf. Disposición Final Primera.1. del Anteproyecto).

No se trata ahora de sistematizar ese precepto atendiendo a cada uno de sus apartados, baste señalar que se trata de un precepto detallado que incluye criterios de actuación, pautas de comportamiento, objetivos y obligaciones a los Poderes Públicos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Contempla este precepto como criterios generales algunos ciertamente ambiguos o de contenido indeterminado e incierta concreción en cuanto a su exigencia (así el contenido en el primer apartado, el compromiso con la efectividad del principio de igualdad); por su ámbito, unos fijan lo que serán pautas de *políticas de igualdad* (cf. no obstante rúbrica del Título Segundo), mientras que otros encierran ya criterios generales (cf. rúbrica artículo 13) que pueden ser de autoorganización administrativa (colaboración y cooperación interadministrativa) como obligaciones para los propios Poderes Públicos.

Tal precepto “pórtico”, fija el *argumento* para los Poderes Públicos en materia de igualdad en su actuación tanto *ad extra* como *ad intra* y se advierte una regulación un tanto asistemática, que agrupa contenidos distintos, con mayor o menor concreción con el consiguiente riesgo a la hora de su carácter o naturaleza y, por tanto, su correspondiente eficacia jurídica.

En efecto, como se dijo antes, la rúbrica del artículo 13 califica su contenido «*criterios generales de actuación de los Poderes Públicos*», de lo que se deduce que sus apartados no tienen eficacia directa, luego no son invocables ante los tribunales. Su valor jurídico radica en que son norma de orientación, de inspiración y de criterios de interpretación de la actuación pública que debe tender necesariamente a la consecución de estos objetivos sin perjuicio, claro está, de una eventual modulación al aplicarse a un determinado Poder Público siempre, por supuesto, que tales modulaciones estén conectadas y justificadas con la naturaleza y carácter de ese Poder Público.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. Transversalidad: artículo 14

El artículo 14 del Anteproyecto incorpora como principio informador de la política de igualdad el carácter transversal del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, principio que deben integrar las Administraciones públicas en su actuación, en la adopción y ejecución normativa, y en la definición de políticas públicas.

Este principio supone, ante todo, que hacer efectiva la igualdad y no discriminación por razón de sexo, es un objetivo que debe inspirar y estar presente en toda «*actuación de los Poderes Públicos*», luego debe impregnar toda su actividad: no es un aspecto que interese a cierto Departamento o, dentro de una organización administrativa, a cierto ámbito competencial. Cobra así sentido lo dicho respecto de la fuerza transformadora del artículo 9.2 CE y se plasma de diversa forma como, por ejemplo, la previsión de instrumentos de seguimiento de esa transversalidad (por ejemplo, en el ámbito de la Administración del Estado, Comisión Interministerial, Plan Estratégico, etc.).

La transversalidad del principio de igualdad caracteriza y protagoniza los últimos desarrollos normativos comunitarios. De hecho, las Directivas que este Anteproyecto incorpora al Derecho español no son sino concreción del principio. El empleo de esta técnica cuenta como antecedentes el artículo 2 f) de la Ley 51/03 y, en la legislación autonómica, el Capítulo II, artículos 6 a 8, de la Ley gallega 7/04.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. Interpretación y aplicación de las normas: artículo 15

La igualdad en general –ya se dijo al comienzo de este Informe– es un valor superior (artículo 1); es, además, un derecho fundamental (artículo 14 y sus concreciones *secundum materiae*) y el Anteproyecto lo considera ahora un principio informador. Estos principios pueden tener el valor de fuente del Derecho como escalón último al que acudir en búsqueda de norma aplicable (artículo 1.4 del Código Civil); pueden ser principios preconstitucionales elevados a rango constitucional (vgr. los del artículo 9.3 o del artículo 31.1); además, pueden convertirse en derechos fundamentales (vgr. la presunción de inocencia tal y como tiene dicho el Tribunal Constitucional, Ss 7 de julio de 1988, 23 de octubre de 1995, 21 de marzo de 2002 o 10 de febrero de 2003) y pueden también ser principios nacidos de la propia constitución (vgr. la autonomía local).

La idea de principio informador (cf. artículo 1.4 Código Civil) que se anuda a los principios generales lleva a la idea de aquellas máximas que animan a ciertas instituciones como puede ser la buena fe, respecto del tráfico jurídico en general o la inmediatez, audiencia, oralidad, etc. respecto del proceso. La fuerza jurídica de la igualdad por razón de sexo viene dada hoy día por su carácter de derecho fundamental. Esto es mucho, pero no lo es todo. Es mucho en cuanto que la consecuencia inmediata es que va unido a un régimen especial de tutela (cf. artículo 53. 2 CE); es mucho en cuanto que la interpretación y aplicación de las normas debe hacerse *secundum Constitutionem* (vgr. artículo 5.1 LOPJ), pero ese mandato en cierta forma difuso queda reforzado si le añade un concreto mandato de interpretación y aplicación. En puridad el artículo 15 podría calificarse de superfluo por lo ya dicho, pero también se ha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dicho que hace falta algo más, de ahí que una vez más el mandato del artículo 9. 2 CE se concrete en esta previsión dirigida a todos los Poderes Públicos.

Se trata, por tanto, de una concreción del principio de transversalidad en cuanto que los principios de igualdad de trato y de oportunidades son también *principios informadores* del ordenamiento jurídico. El objetivo es que en la operación de interpretar y aplicar una norma jurídica, la igualdad esté presente («*se integrará y [se] observará*»), luego los destinatarios de tal precepto son todos los Poderes Públicos. En el caso de la actuación de jueces y tribunales, hay que entender que tal precepto concreta otros ya vigentes que van desde el artículo 3 del Código Civil hasta el artículo 5.1 LOPJ.

4. Informes de impacto de género y estadísticas públicas: artículos 17 y 19.

Como primeros instrumentos de proyección de estos criterios de actuación de los Poderes Públicos y de los principios expuestos, el Anteproyecto regula la necesidad incorporar un informe sobre el impacto de género en el procedimiento de elaboración de los proyectos de disposiciones de carácter general que corresponda aprobar al Consejo de Ministros. La exigencia de este informe está ya presente en el artículo 24. 1. b. 2º de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno, que extiende esa previsión a la elaboración de normas con rango de ley (cf. artículo 22. 2). Se trata de una previsión por lo demás ya existente en el ámbito autonómico (cf. entre otros los artículos 7 y 8 de la Ley gallega 7/04, o en el artículo 19 de la Ley vasca 4/05).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Especial importancia tiene esa previsión para el CGPJ en cuanto que, en coherencia con la misma, se reforma la LOPJ en la Disposición Adicional Tercera. Cuatro que prevé un estudio previo de impacto de género en el ejercicio por parte del CGPJ de su potestad reglamentaria (nuevo artículo 110. 3. 2º LOPJ) que más abajo se analizará [*vid infra* IV. D. 1. d) y e)] .

Otro tanto cabe decir respecto de la elaboración de estadísticas públicas relativas a las personas físicas, que deberán ofrecer sus datos desagregados por sexo, así como en aplicación de las variables precisan a fin de evaluar el impacto de género y el desarrollo de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres (artículo 19). La relevancia de tal previsión hay que ponerla en relación con lo ya expuesto respecto de la apreciación de situaciones de discriminación indirecta y esa previsión alcanza también al ámbito judicial (cf. artículo 461. 2 LOPJ reformado por LO 19/03 en cuanto a la estadística judicial y a la Comisión Nacional de Estadística Judicial creada por ésta última).

5. Acceso a cargos y funciones públicas

Uno de los aspectos más relevantes del Anteproyecto es lo relativo al acceso a cargos y funciones públicas, singularmente a cargos directivos. La relevancia de esta materia exige que se aborden, de un lado, los principios que según el Anteproyecto han de guiar la provisión de puestos directivos en el sector público, y de otro la valoración de la constitucionalidad de estas medidas en atención, especialmente, a lo previsto en los artículos 23 y 103 .3 CE.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Hay que indicar que este Informe se ciñe a lo que en el texto informado es el sector público, si bien la proyección de los principios que se analizan alcanzan también el sector privado (cf. especialmente artículos 45,4; 70). En este caso las previsiones del Anteproyecto se confrontarán, obviamente, no con los artículos 23 y 103,3 CE sino directamente con el propio artículo 14 y no tanto en sí como respecto a las consecuencias favorecedoras que implica su asunción. Y otro ámbito concernido es el acceso a cargos políticos electivos (cf. Disposición Adicional Segunda en cuanto a listas electorales).

Estos tres ámbitos –sector público, sector privado y cargos políticos electivos-, resultan afectados por las medidas de acción positiva, pero con diferente intensidad y con distintas normas constitucionales que cabe invocar para apreciar su validez.

a) Principios

Los principios que se analizan ahora son los que el Anteproyecto incorpora y que se traducen en objetivos en la política de nombramientos de los Poderes Públicos para los cargos de responsabilidad. Se trata, por tanto, de una concreción de las medidas de acción positiva formuladas en abstracto en el artículo 10 y responde a la vocación deducible de su artículo 1 de dotar de efectividad al principio de igualdad en cuanto que –como se vio, ha de operar en *«cualquiera ámbitos de la vida»*.

La aplicación de medidas de acción positiva a este ámbito no es novedosa pues algunos Estados de la Unión Europea desde hace tiempo incluyen entre los criterios, de aplicación última, reguladores



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de concursos públicos de acceso tanto a cargos y funciones públicas como de adjudicación de contratación empresarial, un principio de preferencia en la adjudicación para el candidato más respetuoso con el principio de igualdad.

El Anteproyecto se refiere al principio de *representación o composición equilibrada* [artículos 16, 32.2 y 3 y 46. b); rúbrica y contenido Capítulo II Título Quinto y DA 1ª], principio también invocado en el artículo 34 de la Ley gallega o en los artículos 3. 7 y 20. 6 de la Ley vasca. Pero también se emplea el de *participación equilibrada* (artículo 13.4) y de *presencia equilibrada* [artículos 22.2.d y 24.3.e)]

Se destaca esta diferente nomenclatura por razón de su significado, sentido y contenido, su interpretación y consiguiente aplicación y eventual exigencia de su cumplimiento. Como se ve el texto informado utiliza unos términos diferentes a los que cabría atribuir un significado distinto y en esa medida vincularlos con supuestos de hecho también diferenciados.

En efecto, la *composición equilibrada* parece referirse a órganos colegiados, mientras que la *presencia equilibrada* es más bien predicable del conjunto de puestos directivos unipersonales de un órgano administrativo y determinar el grado de presencia de uno y otro sexo, si bien esta idea se difumina con el artículo 16. A su vez la *participación o representación equilibrada* –éste último aparece también como sinónimo de “composición”- se remite a la previa delimitación del colectivo a representar y el nivel de representación que le corresponde, lo que exige antes decidir si el criterio definidor de la representación pretende trasladar un reflejo del porcentaje que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

representa el grupo representado sobre el total del colectivo, o si el porcentaje se ha de medir a partir de la ponderación del representado en el conjunto de la sociedad.

Por lo tanto, mientras el principio de *representación o composición equilibrada* es definido en la Disposición Adicional Primera del Anteproyecto, los de *participación equilibrada* y *presencia equilibrada*, carecen de una mayor precisión, lo que dificulta notablemente su interpretación y aplicación, suscitándose la duda de si son términos sinónimos, por responder al mismo principio o, por el contrario, tienen implicaciones y un grado de eficacia diferentes, todo lo cual condiciona su exigibilidad ya que el Anteproyecto parece dotar a estos dos últimos principios de una naturaleza programática, cuya exigibilidad resultaría de más difícil concreción.

Es aconsejable, por tanto, una mayor precisión y determinación normativa que clarifique el carácter y sentido de la norma máxime cuando la regulación que se analiza tiene vocación unificadora pues, por ejemplo y a la vista de la Disposición Final Primera, la Disposición Adicional Primera es condición básica de igualdad a los efectos del artículo 149. 1. 1ª, los artículos 22 y 24 son normas básicas.

b) Constitucionalidad de esta medida

Especial relevancia tiene apreciar la compatibilidad de estos principios con los postulados constitucionales de derecho de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (artículo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

23), y los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (artículo 103. 3).

La igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas constituye un derecho fundamental que, desde su literalidad, parece excluir la imposibilidad de criterios diferenciación en el régimen de acceso a cargos públicos fuera del mérito y la capacidad. De ser así no cabría medida alguna de acción positiva favorecedora o promotora de la igualdad en su dimensión real o material ex artículo 9 CE, sino la aplicación recta e inapelable de la estricta igualdad formal.

No obstante cabe entender que se trata de un derecho de configuración legal que permite criterios de diferenciación siempre que éstos estén justificados y sean proporcionales. Es aquí cuando cobra sentido lo antes expuesto a propósito del artículo 10 pues tales técnicas no pueden quedar anuladas por el mero recurso al artículo 14 CE. Este precepto más que prohibir toda distinción, lo que proscribe es el tratamiento distinto para situaciones iguales. Lo que vale decir, en sentido contrario, que corresponde el tratamiento diferente para situaciones diferentes que pueden encontrar justificación constitucional en la existencia de realidades muy distintas entre los individuos a la hora de ejercer sus derechos, supuesto en el que cabría incluir a la mujer frente al hombre.

Por tanto, sobre la base del objetivo constitucional de promover la igualdad que impone el artículo 9 a todos los Poderes Públicos – repárese en la fuerza de la expresión empleada: «*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*»-, cabe deducir la constitucionalidad de previsiones que, añadidas a la ineludible llamada al mérito y a la capacidad, se empleen para conseguir la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

igualdad real entre candidatos que pertenecen a colectivos tradicionalmente discriminados, en este caso, en razón de sexo.

De esta manera cohonestar el objetivo de igualdad material por razón de sexo en el régimen de condiciones de acceso a los cargos y funciones públicas, no ha de implicar de suyo la vulneración de los contenidos de los artículos 23 y 103.3 CE siempre y cuando respeten los estándares de constitucionalidad de las medidas de acción positiva. Como ya se dijo al inicio de este apartado, esto no es novedoso. Ahí están las reservas de plazas para personas con minusvalía o la reserva de un el número de plazas para la promoción interna con las que se fomenta la idea de carrera administrativa.

Se ha apelado a los estándares de constitucionalidad de las medidas de acción positiva, pues bien, la determinación de un colectivo como más favorecido, debe responder a una realidad preexistente, constatable y constatada, resultar adecuados, temporales –según el caso- e idóneos para conseguir la finalidad perseguida y proporcionales a la misma. Se trata de que el sacrificio que se impone a los derechos de ciertos ciudadanos esté justificado por la obtención de otro derecho de al menos igual valor al eventualmente sacrificado y siempre que tal afectación no vaya más allá de lo necesario para el logro propuesto, ni sea tal que suponga la desaparición del derecho (aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

De entre los estándares exigibles para la validez de las técnicas de acción positiva hay que destacar que su mantenimiento, tanto en el tiempo como en cuanto a las condiciones previstas, dependen de la permanencia de la necesidad que aconsejó su introducción. En



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

otras palabras, obtenido el objetivo no será necesario mantener medidas o instrumentos de suyo excepcionales de ahí que se aconseje de un lado, que se prevea introducir la valoración del grado o nivel de consecución de los objetivos como uno de los elementos integrantes del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades que impone a los Poderes Públicos el artículo 18. Y de otro y con carácter general, que en sede de Disposiciones Adicionales o se fije un plazo de mantenimiento -en coherencia con el artículo 10 o, en otro orden, el artículo 55.1- o que todos los Poderes Públicos, cada uno en su ámbito, procuren evaluar periódicamente si se mantienen «*situaciones patentes de desigualdad*» para, en caso contrario, proceder a su progresiva eliminación si es que esas situaciones ya no subsisten por cuanto se ha interiorizado el principio de igualdad.

Se trata, en definitiva, desde un medido empleo de las posibilidades y mandatos que encierra el artículo 9. 2, de no confundir entre lo que es ayudar a que se interioricen principios, valores y derechos cuya consecución se entiende prioritaria al constatarse que un sector de la población está de hecho discriminado y lo que son medidas de dirigismo social que pueden generar nuevas y diferentes situaciones de discriminación negativa. En este sentido esa tarea puede ser más acuciante en el sector privado que en el público debido a que éste queda sujeto a un régimen estatutario en donde los criterios de selección son objetivos y objetivables, excepción hecha de la libre designación para cargos directivos, puestos de trabajo de especial confianza o de carácter representativo.

En consecuencia, se trata de buscar un equilibrio pues ni la introducción de criterios de preferencia pueden suplantar, ni siquiera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mermar ni dejar al margen, los principios constitucionalizados en los artículos 23 y 103.3 CE pero tampoco la aplicación de éstos debe significar la imposibilidad de introducir criterios de promoción. Lo que sí impiden esos preceptos constitucionales es que los principios recogidos en el Anteproyecto sean el criterio único, preferente y determinante de la elección, excluyente de la valoración del resto de los candidatos. Esto último es lo que sostuvo el TJCE en los casos *Kalanke* y *Marshall* y es lo que puede deducirse de la reciente sentencia de 16 de marzo de 2006 del Consejo Constitucional francés.

Como ya se ha dicho, los principios analizados forman parte del Derecho comunitario de manera que el Anteproyecto no hace sino proceder a su recepción en nuestro ordenamiento interno. De hecho, el Tribunal de Justicia admite la adopción y mantenimiento de acciones positivas como la fijación de cuotas flexibles a favor del colectivo femenino, pero con arreglo a las siguientes pautas:

1ª No caben cuotas rígidas y de aplicación automática (Sentencia *Kalanke*).

2ª Si bien son admisibles normas discriminación positiva que favorezcan la promoción profesional de la mujer en los sectores de la administración en que se encuentra menos representada, esta normativa debe garantizar que, en cada caso concreto, habrá una valoración objetiva entre candidatos, es decir, que en los supuestos de candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, serán objeto de apreciación objetiva atendiendo a todos los criterios de los candidatos de ambos sexos (Sentencia *Marshall*).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3ª No es posible otorgar el puesto de trabajo a un candidato mujer cuyos méritos o capacitación sea menor que la de otro candidato varón. Sólo cabrá establecer ese criterio para determinar la concesión de la plaza a favor de un candidato femenino, cuando se encuentre en iguales condiciones meritorias que el candidato masculino (Sentencias *Anderson*, de 6 de julio de 2000, y *Badeck*, de 28 de marzo de 2000).

c) Aplicación al ámbito judicial

Fuera de la Disposición Adicional Tercera.Sexto, no hay en texto informado una previsión específica que aplique los principios analizados al ámbito judicial, luego habrá que estar a lo ya expuesto y entender una vinculación implícita del CGPJ por ser un Poder Público. Sin embargo desde el momento en que será criterio general de actuación de esos Poderes, entre otros, «*la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones*» y que deberán procurar que ese principio esté presente «*en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan*» (artículos 13.4 y 16, respectivamente, del Anteproyecto) se suscitan algunas dudas.

Así la *representación o composición equilibrada* definida en la Disposición Adicional Primera, por referirse a órganos colegiados, deberá alcanzar a la composición del CGPJ. Más duda arroja si también alcanza a la formación de las Comisiones pues, a la hora de concretar tal extremo, el Anteproyecto sólo lo prevé para la nueva Comisión de Igualdad que crea (cf. Disposición Adicional Tercera.Sexto).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Para el resto de los nombramientos discrecionales cabe entender que habrá que estar a ese “procurarán”, lo que implica una especial inspiración en el ejercicio de su política de nombramientos, lo cual no es novedoso. Piénsese, por ejemplo, que este Consejo ha sido el primero que ha designado mujeres magistradas del Tribunal Supremo o a la primera mujer Presidente de un Tribunal Superior de Justicia.

Lo que sí que parece claro es que pese a referirse el artículo 16 del Anteproyecto a cargos de responsabilidad –y todos los judiciales lo son-, fuera del ámbito gubernativo, tal principio no puede alcanzar a los destinos de provisión reglada, en concreto órganos colegiados ni órganos unipersonales para procurar por ejemplo, que haya una representación equilibrada de jueces de ambos sexos en cada población con varios juzgados o en órganos colegiados.

Más problema tiene la aplicación de este principio en la conformación de los órganos de gobierno interno, en especial Salas de Gobierno. A la duda de cómo vayan a quedar configuradas tras las reformas de la LOPJ en trámite –sí es que siguen existiendo- hay que añadir, en cuanto a los miembros electivos, que son elegidos hoy por hoy mediante un procedimiento electoral basado en listas abiertas. A su vez la elección de los natos puede condicionar la composición final de la Sala de Gobierno, pero no dejan de ser cargos unipersonales.

Como se acaba de indicar, lo dicho se refiere a la actual regulación de las Salas de Gobierno, con lo que quiere significar que si se lleva a cabo la creación -hoy en trámite parlamentario de reforma de la LOPJ- de los Consejos de Justicia, la previsión del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo 16 deberá tener su reflejo tanto respecto de los miembros electivos como para designados por las Asambleas legislativas.

En definitiva, se está ante cuestiones que el Anteproyecto hace bien en no abordar de ahí que se limite acertadamente a fijar unas pautas generales y deje su efectividad al “caso a caso” que tenga que ventilar cada Poder Público y a los criterios generales que se vayan fijando en su política de nombramientos.

6. Contratación administrativa: artículo 70. 2

El objetivo procurar la igualdad de la mujer alcanza al sector privado acudiendo a diversas técnicas que van desde las de fomento hasta las sancionadoras. En este Informe nos centraremos en las primeras en cuanto a la contratación pública cuya relevancia radica para el CGPJ en que como órgano de gobierno ejerce esa potestad. Se deja fuera de este análisis el artículo 28 referido no a la adjudicación del contrato, sino a la posibilidad de introducir condiciones de ejecución que permitan promover la igualdad en el contrato ya adjudicado y el artículo 29 al referirse exclusivamente a la Administración General del Estado.

En principio no sería necesario hacer unas observaciones mayores que las efectuadas respecto al acceso a cargos y funciones públicas. Ciertamente, los argumentos anteriores resultan aplicables y extensibles a estos supuestos. No obstante sí parece necesaria una observación.

En ese precepto el Anteproyecto se remite a futuras concreciones pues prevé que para la adjudicación de un contrato público *podrán*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

introducirse cláusulas que den preferencia a empresas en los que la composición de sus Consejos de Administración garanticen el principio de composición equilibrada entre hombres y mujeres, con un mínimo anual de 10%.

Se trata de una medida de fomento añadida para procurar la eficacia de otra de acción positiva que exige gran cautela a la hora de su incorporación a los pliegos y condiciones de contratación para que no provoque un efecto perverso: esto es, que resulte beneficiado un candidato que ofrece peores condiciones o menores garantías para el interés público que se pretende conseguir. Recuérdese que es la satisfacción del interés público el principio que preside la contratación pública, y tal fin no desentona –es más, coadyuva a él– con la exigencia de señas de seriedad o probidad en el contratista (estar al corriente de sus obligaciones fiscales, de la seguridad social, etc.).

La cuestión es que esa composición equilibrada se instrumentalice para lograr la adjudicación de un contrato público, lo que podría perjudicar al interés público, al principio de concurrencia en régimen de igualdad y, en último extremo, a la dignidad de las mujeres. Por esta razón la remisión a los criterios de la Disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), es válido pero insuficiente. En efecto dicho texto prevé que *«los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación».

El último inciso es el que garantiza la prevalencia del interés público, pero ese inciso no es en puridad un criterio de prevalencia, sino de garantía de igualdad y de ese interés público, con lo cual el artículo 70.2 lo que parece es que da a la cuota de minusválidos en plantilla más prioridad que a la de mujeres en los consejos de administración. Parece, por tanto, más aconsejable que en el artículo 70.2 se añadiese sin más ese inciso final, esto es, que tendrá preferencia la empresa que cumpla con lo establecido en el artículo 70. 1 siempre que sus proposiciones *«iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación»*

D. REFORMAS ESPECÍFICAS EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Hasta aquí el Informe se ha centrado en los principios generales y en las políticas de igualdad que se encomienda a los Poderes Públicos. Se trata de previsiones que, obviamente, son trasladables al ámbito judicial. Lo mismo ocurre el artículo 46 al prever criterios de actuación para las Administraciones públicas. Tal precepto podrá ser aplicado supletoriamente en defecto de norma específicamente aplicable al ámbito judicial para lo cual la Disposiciones Adicionales Tercera a Quinta, en especial la primera, introducen ya concretas reformas, de manera que serán estas las que a continuación se informarán.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En este sentido la reforma de la LOPJ no hace otra cosa sino concretar en el ámbito judicial lo establecido en el Anteproyecto para los Poderes Públicos, con algunas especificidades que bien pueden responder a la naturaleza del propio Poder Judicial y del CGPJ como órgano constitucional de gobierno del mismo.

1. Reforma de la LOPJ: Disposición Adicional Tercera

a) Título habilitante

La Disposición Final Primera.3.3º se remite al artículo 149.1.6 CE para determinar el título habilitante de esta reforma. Tal precepto constitucional se refiere a la legislación mercantil, penal, penitenciaria, y procesal, sin perjuicio de las especificidades de las Comunidades Autónomas que posean Derecho sustantivo propio.

Es evidente que la invocación de tal título es errónea. En efecto, el artículo 149.1.6 CE no puede ser el título competencial que sirva de habilitación al legislador estatal para la reforma de la LOPJ pues no es una ley procesal, sino la ley orgánica que ex artículo 122.1 CE está dotada de una reserva material específica, situada y configurada en la misma Constitución con una especial, específica, exclusiva y excluyente posición normativa en el ordenamiento.

En consecuencia, la competencia constitucional del legislador estatal para reformar la LOPJ no se encuentra en el precepto invocado por el Anteproyecto sino en el mismo artículo 122.1. CE. razón por lo que se aconseja eliminar de la citada Disposición Final Primera. 3.3º la referencia que hace a la Disposición Adicional Tercera.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) Ingreso y promoción en la Carrera judicial

El primer apartado modifica el actual artículo 310 LOPJ para imponer que en las pruebas selectivas de ingreso y promoción en la Carrera judicial se contemple el estudio del principio de igualdad, con la inclusión de las medidas contra violencia de género y su aplicación de carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional.

Tal previsión legal no deja de ser la incorporación a la LOPJ de una previsión que es habitual en la actuación del CGPJ. En cuanto a las pruebas de selección para el ingreso en la Carrera Judicial por vía de Oposición libre, las reformas legales siempre tienen su lógico reflejo en el Temario, de forma que atendiendo a la relevancia de la materia, ese reflejo será de mayor o menor intensidad.

Y en cuanto al plan de formación inicial en la Escuela Judicial, ya en la actualidad se imparte formación sobre estas materias, tanto desde el Derecho Constitucional –en donde se estudian las sentencias del TJCE más relevantes, como materia monográfica. La reforma, de hecho, no viene a innovar si bien no es ya el propio CGPJ, sino el legislador quien insiste en esa línea con las consecuencias oportunas en cuanto a su relevancia.

Por lo que se refiere a las pruebas selectivas para la promoción, del Anteproyecto se desprende que sus contenidos afectan a la jurisdicción de los jueces civiles, mercantiles, de lo contencioso-administrativo y de lo social, de forma que sus previsiones deberán incorporarse con mayor intensidad al tratarse de unas pruebas de especialización, tanto a los contenidos de las pruebas selectivas como a los cursos teórico prácticos que siguen.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) Formación Continuada

Se añade un apartado 5 al artículo 433 bis, para que el Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemple la formación de Jueces y Magistrados en el principio de igualdad y la perspectiva de género. En otro ámbito, se incorpora un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 434, para que otro tanto se haga en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia respecto de fiscales, secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

En puridad no se está ante una reforma novedosa pues ya el artículo 47 de la LO 1/2004 prevé que *«el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas»*. Al respecto nos remitimos a lo informado por el CGPJ al entonces Anteproyecto.

Por otra parte, el Pleno de CGPJ de 22 de junio de 2005 interesó de la Comisión de Escuela Judicial que procurase hacer presente el principio de igualdad no ya en cuanto a contenidos, sino en cuanto a la designación de Ponentes y participantes en las diferentes actividades que programa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

d) Potestad reglamentaria e impacto de género

Más novedoso es el nuevo párrafo que se añade al artículo 110.3, para que en el ejercicio de su potestad reglamentaria, el CGPJ elabore un estudio previo de impacto de género.

Como se vio más arriba, el informe previo de impacto de género se establece con carácter general en el artículo 50 del Anteproyecto y si bien no es una novedad en la elaboración tanto de proyectos de ley como de disposiciones generales por las Administraciones públicas, sí que lo es para el CGPJ.

A continuación nos referiremos a este estudio en relación con la competencia de informe de la nueva Comisión de Igualdad.

e) Comisión de Igualdad

Una importante novedad del Anteproyecto es la creación de la Comisión de Igualdad, lo que se hace en dos momentos: en el artículo 122.1 LOPJ, a continuación de Comisión de Calificación y al añadirse un artículo 136 bis, que integrará la nueva Sección 7ª del Capítulo IV, Título II, Libro II, reguladora de esa nueva Comisión.

Conviene indicar que este Consejo en cierta forma se adelantó a la idea que late tras la reforma, creando en el Pleno de 9 de febrero de 2005 la *Comisión para la Igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en la Judicatura*.

Con independencia de lo expuesto hay que destacar dos aspectos: composición y competencias de esta nueva Comisión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por lo que se refiere a la composición cabe hacer dos observaciones. La primera es que las previsiones en este punto del Anteproyecto parecen más bien propias del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este órgano que de la LOPJ, por lo que parece más adecuado que ese régimen de sustitución lo arbitre el propio CGPJ desde su potestad de autoorganización. De no aceptarse esta sugerencia y entrando en la previsión del texto en él se exige para la elección de sus miembros la misma mayoría cualificada prevista para la formación de las otras Comisiones legales (Permanente, Disciplinaria y de Calificación), si bien incorpora ya el principio de representación equilibrada definido en el Disposición Adicional Primera del Anteproyecto, lo que significa que el reparto entre sexos de sus miembros será de tres a dos. Por lo que se refiere a la sustitución temporal de sus miembros por la Comisión Permanente y no por el Pleno, parece que tal previsión obedece a que en esa Comisión siempre se garantice la representación equilibrada de forma que al ser ausencias temporales, no se difiera al Pleno. No obstante, como toda decisión que por motivos de urgencia realiza la Comisión Permanente, sería aconsejable que se prevea para este caso su ratificación por el Pleno.

Respecto su competencias, vienen establecidas en el nuevo artículo 136 bis. 3º. Tal precepto configura esta Comisión sobre la base de tres bloques competenciales:

-Asesoramiento al Pleno sobre las medidas necesarias o convenientes para integrar activamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de las atribuciones del CGPJ.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

-Elaboración de informes previos sobre impacto de género de los reglamentos.

-Mejora de los parámetros de igualdad en la Carrera Judicial.

Al respecto hay que hacer las siguientes observaciones. Ante todo y con carácter general que si bien parece que se trata de una Comisión cuyo ámbito competencial viene determinado por la materia, sería aconsejable una mayor precisión para coordinar sus competencias con las de otras Comisiones a fin de evitar solapamiento en el ejercicio y valoración de los mismos objetos.

Por otra parte, la función de informe no coincide con la reforma del artículo 110.3 ya vista y que se refiere a “estudios previos”. Ciertamente este Consejo tiene experiencia acreditada para diferenciar entre informes y estudios, pero sería conveniente aclarar si en materia de impacto de género en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, lo exigible es un estudio previo, un informe o ambas cosas, al margen de cual órgano sea el competente, si la nueva Comisión o la de Estudios.

Por último, la tercera de las competencias –que alude a funciones ejecutivas- requiere una mayor concreción, máxime por lo antes expuesto de riesgo de solapamiento de competencias con otras Comisiones (por ejemplo, Calificación, Escuela, Informática, Modernización) o Vocalías delegadas, por ejemplo, la encargada de la elaboración de Memoria anual.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En este sentido ya se ha dicho que la vinculación de todos los Poderes Públicos al Anteproyecto implica también el CGPJ, lo que supondrá que por razón de la materia y en lo organizativo se tenga que ir a *algo más* que a la inserción de la Comisión de Igualdad en el organigrama del CGPJ, de forma que algunas de sus previsiones exigirán la reforma de nuestro Reglamento de Organización y Funcionamiento. Piénsese, por ejemplo, en que para el CGPJ no hay previsión de remisión anual de información sobre la valoración de la aplicación efectiva del principio de igualdad que se establece en el artículo 58, o la previsión de un Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (artículo 57). En definitiva, hay materias que pueden servir de base en lo competencial para engrosar las atribuciones de la nueva Comisión sin acudir a fórmulas abiertas como la expuesta o bien, tal redacción puede eliminarse y sin más apoderar al Pleno para que le atribuya las competencias que estime pertinentes.

Por último se aconseja la reforma del artículo 109.1 para que en la Memoria Anual se prevea un capítulo sobre el impacto de género en el ámbito judicial.

2. Reforma de la LEC, LJCA y LPL: Disposiciones Adicionales Cuarta, Quinta y Duodécima.

a) De la LEC y LJCA

Se añade a la LEC un nuevo artículo 11 bis y un apartado 7 al artículo 217, y a la LJCA, a la que añade la letra i) al apartado 1 del artículo 19, y un apartado 7 al artículo 60.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ambas reformas tienen el denominador común de extender la legitimación para la defensa del derecho de igualdad de trato y a la inversión de las reglas de la carga de la prueba. Responden, por tanto, a la incorporación a nuestro ordenamiento de lo previsto en la Directiva 2002/73 (artículo 6), y que ha recogía la anterior 97/80 [artículos 3.1.b) y 2)].

Al margen de tales Directivas, se trata de novedades ya presentes en el proceso laboral (artículos 95 y 96 LPL) en cuanto al informe de organismos e inversión de la carga de la prueba, a raíz de la citada Ley 60/03.

Si bien ambas reformas no presentan objeciones sustanciales, sí conviene señalar que la referencia en ambos casos [nuevo artículo 11 bis LEC y nueva letra i) del artículo 19.1 LJCA] a las asociaciones con implantación en todo el territorio del Estado es una previsión que debe reconsiderarse en lo que hace al ámbito de esa implantación, pues puede dificultar el objetivo de la norma ya que pueden darse casos que legitimen y que, sin embargo, interesen a entidades de implantación autonómica o local.

b) De la LPL

En el ámbito del procedimiento laboral, tres son las reformas que introduce el Anteproyecto:

-Inserción de las posibilidad de resarcimiento en caso de que se aprecie la conculcación de derechos fundamentales a los que se refiere el texto informado [nuevos artículos 27,2; 146,d), 1º y artículo 181.2º)



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Se introduce un nuevo caso de procedimiento incoado de oficio (nuevo artículo 146).

Al margen de las especificidades del procedimiento laboral, si bien en la LEC es siempre el procedimiento del juicio ordinario el aplicable a los casos de tutela civil de los derechos fundamentales, sí que sería aconsejable que al menos en la LJCA y a los efectos de la tutela contencioso-administrativa de los mismos (cf. Capítulo I, Título V) se englobase el acoso. Ciertamente todo trato discriminatorio es acoso (artículo 6. 3 del Anteproyecto), pero no al revés, con lo cual sería aconsejable para el contencioso-administrativo una previsión semejante a la que ya había en el artículo 181,1 LPL.

3. Excedencias, licencias y permisos

En estos puntos, la LOPJ contiene un régimen específico para los miembros de la Carrera Judicial, si bien se prevé que en lo no expresamente regulado se aplique la normativa general de la función pública, que es objeto de reforma en la Disposición Adicional décimo novena.

Pues bien, contrastando ambas regulaciones, se deduce:

1º Que el Anteproyecto establece la posibilidad de excedencia hasta 3 años para cuidado de un familiar a su cargo, hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Pues bien, la LOPJ [artículo. 356 e)] prevé esta excedencia en los mismos supuestos pero hasta 1 año, razón por la que se aconseja reformar la LOPJ en los mismos términos.

2º Se introduce una nueva excedencia por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria. Tal excedencia no está prevista en la LOPJ, por lo cual se hace la misma sugerencia.

3º En cuanto a permisos, se modifican diversos apartados del artículo 30 de la Ley 30/84, afectando la reforma a los permisos y licencias y reducción de jornada por razón de parto, adopción o acogimiento; lactancia; cuidado de hijos menores o disminuidos y para el cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público o personal, al que se añade «*y deberes derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral*»

La LOPJ (artículo 373) en cuanto a las licencias por parto, adopción o acogimiento, se remite, en lo que respecta a duración y condiciones, a la legislación general en la materia, por lo que hay que entender que esas novedades serán aplicables a la Carrera Judicial, mediante la adaptación reglamentaria, como dispone el art. 373.2.

Los permisos, licencias y reducciones de jornada por las otras razones antes dichas no se contemplan en la LOPJ aunque sí se prevé en el Reglamento de la Carrera Judicial licencias por asuntos propios de hasta tres meses.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

V

CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, se cabe concluir señalando:

- 1º Que gran parte de los preceptos el texto informado, en lo que ha sido objeto de informe, son traslado fiel, casi literal en ocasiones, de los contemplados en las Directivas comunitarias sobre la materia.
- 2º Que parte de sus previsiones estaban ya incorporadas a nuestro ordenamiento interno, tanto estatal como autonómico en lo que hace a los ámbitos que este Consejo ha informado.
- 3º Se trata, por tanto, de una exigencia del Derecho comunitario puesto en relación con el artículo 9,2 CE.
- 4º Que el Anteproyecto presenta algunas cuestiones que precisan ser reconsideradas, pero no como objeciones estructurales sino para lograr una mayor precisión y clarificación normativa.
- 5º En materia de excedencia, licencias y permisos, se entiende oportuno incluir en la LOPJ las previsiones que el texto informado introduce en la legislación de funcionarios, en todo aquello que sea más favorable, con la finalidad de compatibilizar la vida familiar y de trabajo de los miembros de la Carrera Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

6º El CGPJ entiende que el Anteproyecto informado no plantea duda alguna sobre su constitucionalidad.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a veintiséis de abril del año dos mil seis.