

TEMA 1

LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: TÍTULO I: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.

TÍTULO V: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: TÍTULO II: DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. TÍTULO III: TUTELA INSTITUCIONAL.

1. LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

1.1. INTRODUCCIÓN

1.2. TÍTULO I: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

1.2.1. Introducción

1.2.2. El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

1.2.3. 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

1.2.4. Discriminación directa e indirecta

1.2.5. Acoso sexual y acoso por razón de sexo

1.2.6. Discriminación por embarazo o maternidad

1.2.7. Indemnidad frente a represalias

1.2.8. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias

1.2.9. Acciones positivas

1.2.10. Tutela judicial efectiva

1.2.11. Carga de la prueba

1.3. TÍTULO V: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

1.3.1. Introducción

1.3.2. Criterios de actuación de las Administraciones Públicas

1.3.3. Principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en órganos directivos de la Administración

1.3.4. Medidas de igualdad en el empleo

2. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

2.1. INTRODUCCIÓN

2.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

2.3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

2.4. TÍTULO II: DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

2.4.1. Derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita

2.4.2. Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social

2.4.3. Derechos de las funcionarias públicas

2.4.4. Derechos económicos

2.5. TÍTULO III: TUTELA INSTITUCIONAL

- 2.5.1. Consideraciones generales
- 2.5.2. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia de la Mujer
- 2.5.3. El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer
- 2.5.4. Las Unidades Especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- 2.5.5. Los planes de colaboración

1. LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

1.1. Introducción

La Constitución Española de 1978 acoge abiertamente el principio de igualdad en varios de sus preceptos, y así, entre otros, propugna la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1), recoge el principio de igualdad material, real y efectiva (art. 9.2), proclama el principio formal de igualdad de todos ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo (art. 14), declara que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32.1), establece el derecho de los trabajadores a percibir una remuneración suficiente sin que, en ningún caso, pueda hacerse discriminación por razón de sexo (art. 35.1) y encomienda a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2).

El único supuesto de desigualdad por razón de sexo que la Constitución permite es el previsto en su art. 57 referido al orden de sucesión a la Corona y en el que se establece la preferencia del hombre sobre la mujer. Por esta razón, al ratificar España la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 formuló la siguiente reserva: *«la ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española»*. Dicha reserva se mantiene en la actualidad aunque de manera anacrónica sobre todo cuando se compara con otras monarquías de nuestro entorno que han procedido a eliminar de sus constituciones las disposiciones de similar naturaleza (Suecia en 1980, Holanda en 1983, Noruega en 1990 o Bélgica en 1991), sin embargo España, Mónaco y Reino Unido son las tres únicas monarquías europeas que mantienen en la actualidad la preferencia del varón en la sucesión de la Corona. No obstante, cabe señalar que en el año 2005 el Gobierno solicitó un informe al Consejo de Estado para que se pronunciara sobre una reforma parcial de la Constitución que suprimiera la preferencia del varón en la sucesión al trono. El Consejo de Estado emitió su informe señalando que la supresión requeriría una sencilla modificación del art. 57.1 de la Constitución que contaría con el pleno respaldo de la sociedad española.

En el ámbito laboral, los arts. 4.2 y 17 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores regulan con un alcance genérico la igualdad por razón de sexo: el primero, contempla como derecho básico de los trabajadores *«no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo»*; el segundo, constituye el precepto marco en materia de prohibición de discriminación en las relaciones laborales. Además, otros preceptos del mismo texto legal hacen hincapié en aspectos más concretos, como intermediación en el mercado de trabajo, clasificación profesional, promoción profesional y ascensos, acceso al empleo, igualdad salarial (arts. 16, 17.3, 22.4, 24.2 y 28).

En la primera década de este siglo, los sucesivos gobiernos han reforzado su compromiso con la defensa del principio de igualdad de género a través de

varias disposiciones legales que regulan aspectos específicos relativos a esta materia, así, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. A éstas leyes acompañan otras normas que de manera indirecta han regulado la igualdad de género en sus respectivos ámbitos de actuación, como la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que regula como uno de los objetivos prioritarios de la Política de Empleo garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación (art. 2.a); y la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que establece un nuevo derecho, el de las personas dependientes, cuyo cuidado mayoritariamente ha venido recayendo en las mujeres, todo ello acorde con las exigencias del Derecho Comunitario.

En 2007 se da un paso más en este proceso de evolución a través de una ley, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, quizás la norma más importante de las medidas de impulso de la igualdad de género, por su contribución al avance en la lucha por la igualdad en todos los ámbitos de la sociedad y su intención de modificar los comportamientos culturales y laborales de nuestro país, que impiden alcanzar la igualdad real. Se trata de una Ley de desarrollo de los preceptos constitucionales en materia de igualdad a su vez enriquecida por los avances del Derecho Comunitario.

Esta Ley surge con la intención de cubrir las carencias de las medidas emprendidas hasta el momento, en el entendimiento de que la lucha contra la discriminación de género debe abordarse desde otra perspectiva, tal como exigen las últimas Directivas Comunitarias. Así, pretende no solo prevenir las conductas discriminatorias tradicionales en los distintos ámbitos en los que se constatan, sino regular acciones concretas que procuren la igualdad real entre mujeres y hombres en todas las esferas de la sociedad ante la persistencia de una desigualdad manifiesta. Por ello, el avance respecto de la situación anterior viene determinado fundamentalmente por su marcado carácter transversal, en orden a garantizar el interés y tratamiento de los problemas de género en todas las instituciones y políticas. Para ello se propone la modificación de disposiciones normativas que regulan aspectos que afectan de manera importante al mantenimiento de situaciones discriminatorias.

Además la Ley pretende dar un paso más en la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres aplicando el principio de corresponsabilidad. Este nuevo planteamiento tiene especial incidencia en el ámbito del trabajo, pues deja paso a las políticas específicas dirigidas solo a las mujeres, para instaurar un modelo más igualitario, que contempla las situaciones de ambos, hombres y mujeres, proponiendo medidas, como los planes de igualdad en las empresas o los permisos de paternidad, que junto a las acciones positivas y la transversalidad, dibujan un nuevo escenario de compartición de responsabilidades.

1.2. Título I: El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación

1.2.1. Introducción

El Título Primero de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo (en adelante LOIEMH) tiene como rúbrica “*El principio de Igualdad y la Tutela contra la discriminación*” y en el mismo se definen, siguiendo las indicaciones de las Directivas europeas de referencia, los conceptos y categorías jurídicas básicas relativas a la igualdad, como el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

1.2.2. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres

La LOIEMH dispone en su artículo 3 que “*el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*”. En el mismo sentido su artículo 4 señala que “*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”.

Se proclama de esta manera como principio básico el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El principio de igualdad que la nueva ley consagra tiene la consideración de principio informador del ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, ha de integrarse y ser observado en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

1.2.3. 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

El artículo 5 de la LOIEMH establece que “*el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo 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 determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

El acceso al empleo viene garantizado en condiciones de igualdad (“*se garantizará en los términos previstos en la normativa aplicable*”), con lo que está dando por hecho que esa regulación insuficiente deberá adaptarse a la mayor amplitud de miras de esta Ley, delimitando con claridad lo que constituye y lo que no constituye discriminación en la entrada al mercado de trabajo. Así, como diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo, entendida ésta como un requisito esencial y determinante, no habrá de ser valorada como un peor trato en el acceso al empleo, siempre que tal acto persiga un objeto legítimo y ese requisito exigido sea proporcionado (art. 5 párrafo 2).

1.2.4. Discriminación directa e indirecta

El art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas definió en 1979 la discriminación por razón de sexo como «*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*». Esta definición comprende toda diferencia de trato que, con intención o sin ella, sea desfavorable para cualquier persona por razón de su sexo, siendo un obstáculo para que goce y ejerza plenamente sus derechos en cualquier ámbito, sea público o privado. Esta definición implica, además, efectos de carácter colectivo: las personas integrantes de los grupos discriminados son objeto de discriminación no como individuos, sino por su pertenencia al grupo. Así, el tratamiento peyorativo que recibe se hace extensivo a todas las personas integrantes del mismo y a todos los aspectos de la vida social, de tal manera que la marginación, inconscientemente, tiende a perpetuarse sin que necesariamente afecte individualmente.

El concepto de discriminación referido a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha sido definido por el Tribunal Constitucional en la STC 324/2006 como «*una lesión directa del artículo 14 de la Constitución a través de una conducta que tenga un resultado peyorativo para la mujer que la sufre, en tanto que ésta ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por el hecho de ser mujer, sin que concurra ninguna causa justificativa y legítima para ello*». Por otra parte, la STC 3/2007, de 15 de enero, reconoce que «*la discriminación también comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan en la concurrencia de razones o circunstancias que tienen una conexión directa e inequívoca con el hecho de ser mujer*», como sucede con el embarazo. Por eso afirma que, para hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres en el mercado laboral, es necesario tener en cuenta las desventajas que, a la hora de incorporarse al trabajo o permanecer en él, sufren las mujeres por motivo del embarazo.

Sin embargo, la experiencia acumulada durante décadas de intervención institucional contra la discriminación por razón de sexo, por un lado, y la persistencia de situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral, por otro, ha venido demostrando que la discriminación por razón de sexo no va desapareciendo, sino que se va haciendo cada vez más sutil. Ello ha motivado la necesidad de avanzar también en la definición del concepto de discriminación distinguiendo principalmente entre dos tipos de formas que puede adoptar a las que se ha denominado «*discriminación directa*» y «*discriminación indirecta*».

1.2.4.1. Discriminación directa

El concepto de discriminación directa alude, en general, al trato desigual de ciertos grupos de personas o personas en base a algunos de los motivos expresamente prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico: sexo, raza, religión, etc... Las discriminaciones directas por razón de sexo, se expresan de forma clara y explícita, atentan contra el ordenamiento jurídico vigente, y, por ello, son cada vez menos frecuentes.

El concepto de discriminación directa se recoge en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres de la siguiente manera «*se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*».

De acuerdo con las anteriores definiciones serían discriminaciones directas: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, el condicionamiento de un derecho o expectativa de derecho a la aceptación de una situación de acoso por razón de sexo o sexual, todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad o cualquier trato adverso o efecto negativo, que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, dirigida a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

1.2.4.2. Discriminación indirecta

Paralelamente a la discriminación directa, se han generado recientemente otras modalidades de discriminación mucho menos visibles, más sutiles y difíciles de detectar, en la medida en que no se pueden observar a través de actitudes o comportamientos sino a través de los efectos que ciertas actuaciones o mecanismos de intervención producen. Para recoger todo este tipo de actuaciones, aparentemente neutrales, pero que tienen como resultado la reproducción o el agravamiento de las desigualdades entre mujeres y hombres, se ha acuñado el concepto de discriminación indirecta.

El Tribunal Constitucional ya en su Sentencia 41/1999 expresaba que «*debe insistirse en la idea de que tanto la discriminación directa como la indirecta, puede ser manifiesta o encubierta, pero mientras la primera, denota intencio-*

alidad, admitiendo como única excepción, la citada «buena fe ocupacional», la segunda no se define nunca por su intencionalidad sino por su resultado, siendo siempre colectiva y surgiendo cuando se aprecie un efecto negativo que actúe como impacto adverso».

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres recoge este concepto de discriminación indirecta en su art. 6.2 cuando dice que *«se considera discriminación indirecta por razón de sexo 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, 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».*

En el ámbito laboral se pueden observar situaciones de discriminación indirecta cuando en la selección de puestos de trabajo se permite el acceso solo a hombres o cuando el salario siendo igual en una misma categoría, se verifica que en las categorías peor remuneradas predominan las mujeres.

1.2.5. Acoso sexual y acoso por razón de sexo

Un requerimiento sexual a una mujer en la calle, en un centro educativo o en el lugar de trabajo era hasta mediados de los años setenta algo que entraba dentro de lo normal, de lo esperado de la naturaleza de los hombres; constituía una muestra más de su hombría o masculinidad que —incluso se entendía— debía ser recibida con satisfacción por las propias mujeres, en tanto muestra de reconocimiento o valoración de su feminidad.

Sin embargo, este tipo de prácticas sociales dejaron de ser naturales o incuestionables cuando su lectura se realizó a través de su vinculación con un sistema de poder que discrimina a las mujeres. Desde ese momento, esas prácticas dejaron de interpretarse de manera anecdótica y aislada para politizarse, pasando de ser consideradas algo *«natural»* o *«biológico»* a convertirse en una forma de violencia contra las mujeres sistémica y socialmente reprochable.

Comienza entonces a perfilarse el concepto de acoso en su vertiente sexual como una forma de discriminación y violencia contra la mujer que afecta a sus derechos morales de autonomía y de privacidad. Así, de acuerdo con Ehrenreich, el daño más importante del acoso sexual es un daño dignitario: por humillar, intimidar, atormentar, presionar, o burlar a las mujeres en sus lugares de trabajo, el acoso sexual es un insulto a la dignidad, la autonomía y la personalidad de cada víctima; tal acoso viola el derecho de cada persona a ser tratada con el respeto y la consideración que le es debida como ser humano pleno e igualmente valioso.

La primera definición de acoso sexual se establece en la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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, donde se hace referencia expresa al acoso sexual definiéndolo como