

1. INTRODUCCIÓN

Rosa Giles Carnero
Universidad de Huelva

En la Exposición de motivos de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* se hace expresa referencia al contexto internacional y comunitario en el que hay que incluir esta norma. En particular, la Ley proclama como principio jurídico universal el de igualdad entre mujeres y hombres y se remite para ello a su reconocimiento en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, y en las Conferencias Internacionales sobre la Mujer celebradas en Nairobi en 1985 y en Pekín en 1995.

Asimismo hace referencia a la reforma operada en el Derecho Comunitario originario por el *Tratado de Ámsterdam* de 1997, a partir de la cual el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre sexos quedó configurado como uno de los objetivos a desarrollar en todas las políticas y las acciones tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembros. En esta exposición de motivos, la Ley se declara transposición del acervo comunitario desarrollado con base al *Tratado de la Comunidad Europea* en las últimas décadas. A lo que añade, de forma más concreta, que el articulado de esta norma incorpora al ordenamiento español dos Directivas concretas relativas a igualdad de trato: la *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/2007/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*; y 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 de bienes y servicios y su suministro.

La propia Ley señala, por tanto, el contexto en el que debe interpretarse y desarrollarse, pero en el que también supone un nuevo modelo para el avance en el objetivo de una igualdad material entre los sexos. La proclamación misma de la universalidad y juridicidad del principio de igualdad entre sexos sitúa a este texto en una línea de argumentación jurídica internacional desarrollada ampliamente por la perspectiva feminista del Derecho Internacional Público y recogida, como la propia norma indica, en diversos foros internacionales de negociación. En el ámbito del Derecho Comunitario la contextualización de la norma española tiene, si cabe, más significado por cuanto que aporta un modelo concreto de cumplimiento del objetivo de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y del principio de transversalidad proclamado en el sistema jurídico comunitario.

La propia norma se autodefine como Ley-Código de la igualdad entre mujeres y hombres de forma que tiende a ocuparse de los aspectos generales del principio de igualdad, al tiempo que deja a la labor sectorial, tanto de carácter nacional como autonómico, la concreción de aquellos aspectos que sean necesarios. Supone ésta una solución que no es desconocida en el entorno europeo y que parece coincidir con la tendencia misma del Derecho Comunitario derivado. La nueva *Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación* supone la refundición de diversos textos anteriores, tratando de introducir en el sistema comunitario derivado un cierto grado de sistematización en lo que se refiere a la normativa sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres¹. Aunque el plazo de transposición de esta norma no expirará hasta el 15 de agosto de 2008, no cabe duda de que la nueva Ley de Igualdad puede considerarse como uno de los instrumentos que aseguran la

¹ Conforme a este nuevo texto quedan derogadas la *Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*; la *Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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*; la *Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social*; y la *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*.

incorporación de la nueva reglamentación comunitaria al sistema jurídico español.

Mediante la introducción de normas generales de carácter transversal se dota al derecho antidiscriminatorio de género de una serie de principios y elementos rectores y, con ellos, se introduce una cierta coherencia en un sistema jurídico que intenta traspasar la distancia entre la igualdad formal y la material entre hombres y mujeres. Desde este punto de vista, la nueva Ley supone un instrumento que, por un lado, recoge la evolución operada no sólo en el seno del ordenamiento jurídico español, sino sobre todo en el sistema jurídico comunitario, al tiempo que supone un nuevo ejemplo para la transposición de la normativa originaria y derivada de Derecho Comunitario en materia de igualdad de sexos.

En este ámbito, debe recordarse que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los Estados miembros disponen de una amplia discrecionalidad a la hora de elección de los medios más adecuados para la correcta transposición de las Directivas comunitarias. En particular, el Tribunal ha señalado que no existe la obligación de utilizar un medio como el de leyes de bases para esta transposición, quedando a juicio del Estado el diseño más apropiado para el cumplimiento de los objetivos prefijados. En relación a la elección de los medios para hacer efectivo el principio general de la igualdad material entre sexos, no cabe duda de que prevalece plenamente esta capacidad de elección. Una Ley como la española supone un ejercicio de selección en este sentido, optando por un sistema de Ley-Código mediante el que trata de darse una integridad y coherencia al sistema. La experiencia futura de esta norma dará un elemento de evaluación de esta técnica que, sin duda, podrá ser aprovechada no sólo en el ámbito del sistema jurídico español, sino que además será de utilidad para el diseño de nuevas soluciones por parte de los socios comunitarios y del Derecho Comunitario.

Conforme a su naturaleza de Ley-Código, la Ley Orgánica de Igualdad va a suponer un instrumento en el que aparece con claridad la operatividad del principio de transversalidad. Ya se ha señalado que este principio fue plenamente introducido en el sistema comunitario por la reforma operada en el *Tratado de Ámsterdam*. En el ámbito de la Comunidad Europea, el principio de igualdad entre hombres y mujeres había recibido tradicionalmente un desarrollo a través de la regulación

del principio de igualdad de retribución, de acceso y de promoción en el empleo. El sector laboral había sido, por tanto, el escenario en el que se había desarrollado la principal labor comunitaria de promoción de la igualdad entre sexos, lo que era consecuente con un contexto comunitario en el que la libre circulación de personas se situaba como una de las piedras angulares del proceso de integración. Sin embargo, la entrada en vigor del *Tratado de Ámsterdam*, el 1 de mayo de 1999, convirtió a la igualdad entre hombres y mujeres en uno de los objetivos de la Unión Europea de forma que debía pasar a impregnar todas las actuaciones comunitarias tanto generales como específicas.

Conforme a esta idea, el artículo 2 del *Tratado de la Comunidad Europea* establece entre los objetivos de la Comunidad el de promover la igualdad entre el hombre y la mujer, a lo que se añade la previsión del artículo 3.2 que establece que en todas las políticas comunitarias la Comunidad “fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. El mismo planteamiento ha sido seguido en el nuevo *Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* de 2004, de forma que sus artículos I-2 y I-3 incluyen el principio de igualdad entre mujeres y hombres tanto en el catálogo de valores que fundamentan la Unión Europea como entre sus objetivos. A estas previsiones, el artículo III-116 añade que, en todas las acciones decididas en el ámbito comunitario, “la Unión tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y promover su igualdad”.

La prescripción comunitaria de la transversalidad queda plenamente cumplimentada en la nueva Ley Orgánica de Igualdad, ya que supone uno de sus planteamientos esenciales. Esta norma se caracteriza por una naturaleza multisectorial, de forma que incide en todos aquellos ámbitos en los que se considera necesario introducir una perspectiva de género. Una naturaleza que también hemos querido incluir en esta obra al optar por un enfoque multidisciplinar que permita abarcar algunos de esos sectores que incorpora la nueva Ley. Mientras que se incluye un trabajo desde la óptica del Derecho del Trabajo y que, por lo tanto, incide en uno de los sectores en los que tradicionalmente se ha incluido una perspectiva de género y se ha analizado la incorporación de las normas pertinentes de Derecho Comunitario; el resto de los trabajos de las investigadoras que han colaborado en esta obra se ocupa de aspectos de Derecho Público en

los que el principio de igualdad entre sexos ha irrumpido con fuerza en los últimos años.

Si el principio de transversalidad supone la orientación general y primordial de la nueva Ley de Igualdad, no queremos dejar de destacar la importancia que atribuye a un instrumento como es el sistema de promoción de la representatividad paritaria que también ha sido objeto de regulación comunitaria en los últimos años. La propia Ley va a destacar el hecho de que incluye un marco general para la adopción de acciones positivas que aseguren la consecución de una igualdad material entre mujeres y hombres. Por supuesto, en este sentido, la norma también recoge los condicionamientos necesarios para garantizar el adecuado funcionamiento de la llamada “discriminación positiva” y que, necesariamente, tendrán que tomar como referencia la normativa comunitaria y, en particular, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El *Tratado de Ámsterdam* añadió un nuevo apartado al artículo 141 relativo a igualdad de retribución, mediante el cual se reconoce la posibilidad de adoptar medidas de discriminación positiva al permitir a los Estados “mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de las actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. De esta forma, se recogía expresamente en el Derecho Comunitario originario una práctica cuya legitimidad había sido ya admitida por la jurisprudencia comunitaria anterior.

En el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, la pertinencia de las medidas de discriminación positiva ha quedado plenamente reconocida en el marco de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, configurada como Parte II. Este texto recoge en su catálogo de derechos fundamentales el principio de no discriminación por razón de sexo en el artículo II-81, a lo que se añadirá que este reconocimiento debe interpretarse conforme al artículo II-83, el cual precisa que el principio de igualdad no impide “el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas favor del sexo menos representado”.

Además de su configuración en el derecho originario, el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las medidas de acción positiva y ha precisado algunas consideraciones. En particular, ha destacado la necesidad de que las medidas de discriminación

positiva no impidan que se produzca una valoración objetiva entre las candidaturas, al tiempo que ha señalado que no es posible admitir sistemas de cuotas rígidas o de aplicación automática a favor de un colectivo². Conforme a este contexto, la interpretación de la Ley Orgánica de Igualdad tendrá que tener en cuenta en este ámbito la interpretación que de esta noción ha realizado el Tribunal de Justicia, así como aquellas medidas que puedan servir de desarrollo en el sistema comunitario.

La Ley de Igualdad supone, por tanto, un modelo de aplicación del principio de transversalidad y de cumplimiento del Derecho Comunitario que apuesta por el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio de género coherente e integrado. Conforme a esta idea, su camino no ha hecho más que empezar y en ese camino resulta interesante el desarrollo de estudios de carácter multidisciplinar que puedan abordar el análisis sectorial de la norma sin abandonar una visión de conjunto de los principios inspiradores y del contexto que le sirven de base. En este marco esperamos que sea de utilidad la presente obra, a la que dotan de contenido los trabajos de las investigadoras que han colaborado en ella y que analizan algunos de los elementos más novedosos de la nueva Ley de Igualdad.

² En particular las Sentencias en el asunto C-158/97, Badeck y otros, de 10 junio de 1999; y en el asunto C-470/98, Abrahassom y Anderson, de 6 julio de 2000.