



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. LOS LÍMITES ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

Paloma Durán y Lalaguna

Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense de Madrid

Diciembre 2009



La Fundación Ciudadanía y Valores como institución independiente, formada por profesionales de diversas áreas y variados planteamientos ideológicos, pretende a través de su actividad crear un ámbito de investigación y diálogo que contribuya a afrontar los problemas de la sociedad desde un marco de cooperación y concordia que ayude positivamente a la mejora de las personas, la convivencia y el progreso social

Las opiniones expresadas en las publicaciones pertenecen a sus autores, no representan el pensamiento corporativo de la Fundación.

Sobre la autora

Paloma Durán y Lalaguna es Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Profesora en las Universidades de Navarra, Valencia, Jaume I y Complutense de Madrid, así como Profesora Visitante en las Universidades de Edimburgo (Escocia), McGill (Canadá), Entreríos (Argentina), Columbia University (USA), así como en el Centro de investigación en Derechos Humanos del Consejo de Europa.

En la Administración Pública ha desempeñado diferentes cargos. Fue Directora del Departamento de Relaciones Internacionales, de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Subdirectora General de Programas (Empleo, Salud, Educación y Fondos Europeos), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Directora del Gabinete de la Secretaria General de Asuntos Sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Consejera de Asuntos Sociales en la representación permanente de España ante Naciones Unidas, Nueva York y USA.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. LOS LÍMITES ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

Paloma Durán y Lalaguna

2009 ha sido un año repleto de conmemoraciones. Naciones Unidas lo declaró Año Internacional de la Reconciliación, además de Año Internacional sobre el aprendizaje de los derechos humanos. La UNESCO convocó más de 60 conmemoraciones propuestas por los Estados Miembros. Se ha celebrado el 20 aniversario de la caída del muro de Berlín, el mismo año en el que paradójicamente se cumplen 50 años de la Revolución cubana, además de la toma de posesión del 44º Presidente de los Estados Unidos, que por primera vez en la historia mundial es un hombre negro.

No resulta baladí que estas conmemoraciones coincidan también con el 20 aniversario de la aprobación de la Convención de los derechos del niño (1989), el 30 aniversario de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1979; y el décimo del Protocolo Opcional a la Convención CEDAW, aprobado en la misma sede, el 10 de diciembre de 1999. Desde el punto de vista político, hay argumentos importantes para celebrar la protección institucional de la libertad y de la igualdad de todos los seres humanos. En ese marco, entiendo también necesario realizar una aproximación al instrumento jurídico que consagra legalmente la igualdad entre mujeres y hombres, así como la posibilidad de utilizar la iniciativa no gubernamental para reclamar el cumplimiento y respeto de dicha igualdad, que históricamente ha sido cercenada de manera impune, sometiendo a la mayor de las injusticias, que ha sido invisibilizar a la mitad de la población, es decir, a las mujeres.

En estas páginas trataré de hacer un balance sobre lo que ha supuesto el CEDAW y su Protocolo Opcional, centrándome en su acogida en el caso español, en el que por razones ideológicas –no históricas- con frecuencia se identifica la defensa de la igualdad con posiciones políticas específicas. Trataré

de mostrar que la igualdad entre mujeres y hombres es un valor social y consecuentemente no forma parte del patrimonio exclusivo de ningún partido político.

Una lectura de la igualdad y la no discriminación

La igualdad ha sido uno de los ingredientes de los procesos revolucionarios americano y francés, que han facilitado su integración en la práctica totalidad de los instrumentos jurídicos de garantía de derechos humanos.

Jefferson propuso la igualdad de todos los seres humanos como presupuesto de la Declaración americana de independencia; y su amigo Lafayette no prescindió de esa referencia en el proceso de redacción de la Declaración francesa de derechos del hombre¹, pero en ningún caso se mencionó las desigualdades entre mujeres y hombres.

La cláusula de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, se ha convertido en un lugar común de los instrumentos jurídicos de protección de derechos humanos, lo que puede considerarse como un avance importante; pero la igualdad legal no supone automáticamente la igualdad real.

En este sentido, sirve de muestra el debate planteado en el seno del Consejo de Europa. El Convenio europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, consagra en su artículo 14 el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación. En la práctica, ha sido un apunte añadido a la defensa de cualquiera de los derechos; y cuando se ha planteado la posibilidad de negociar un protocolo opcional al Convenio, reconociendo explícitamente el derecho a la igualdad, el proceso se ha paralizado argumentando que la igualdad carece de naturaleza jurídica de derecho y habría que calificarla como una aspiración, un objetivo, una cláusula “complementaria” en el ejercicio de las libertades reconocidas.

Al margen del debate sobre si la igualdad es un derecho o no lo es, lo cierto es que la protección legal no basta de por sí para garantizarla; de modo que los

¹ Mantengo la denominación original, en la que resulta curioso constatar que un texto que reclama la igualdad de todos los seres humanos y la titularidad universal de los derechos, se refiere exclusivamente a los hombres. No se trató de una cuestión terminológica, puesto que es sabido que hubo una propuesta paralela en la que se reclamaba la aprobación de la Declaración francesa de derechos de las mujeres, que no prosperó y no fue aprobada.

instrumentos jurídicos reclaman para ser plenamente efectivos, al menos en este caso, unas políticas públicas que garanticen en la práctica la inversión de recursos personales y financieros con la misma finalidad.

En el marco europeo, las opciones que se han utilizado han sido muy variadas. Hay países, socios de la Unión Europea, que han optado por reforzar las políticas públicas de igualdad entre mujeres y hombres; en otros casos, se ha preferido reforzar la garantía legal; y en muchos de los países, la opción elegida ha sido la combinación del reconocimiento de derechos y de aprobación de políticas públicas.

Ciertamente, la mejor de las opciones no es universal, en el sentido de que cada país ha tenido –no solo en el caso de Europa- una historia, una trayectoria cultural y una evolución política y sociológica, que condiciona la opción más eficaz.

En España, como se ha dicho, la igualdad entre mujeres y hombres se ha presentado en muchas ocasiones como parte del juego político, asumiendo que dicha igualdad forma parte del patrimonio de los partidos políticos, cuando en la práctica, la igualdad es un valor social, planteado en la Constitución española de 1978 como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1,1 de dicho texto legal.

De ahí que la elaboración de instrumentos jurídicos respetuosos con la igualdad es una obligación constitucional; otra cosa diferente es el tipo de política pública por el que se pueda optar para ejercitar la igualdad en la práctica.

En España, la trayectoria histórica, especialmente desde 1978 ofrece una pluralidad de actividades, que ha dependido del juego político y de la rentabilidad que en cada caso se haya querido asumir. Por ello, entiendo que un repaso a la integración del Convenio de Naciones Unidas, CEDAW, puede ofrecer una fotografía completa del proceso español en el ámbito de la protección y garantía de la igualdad entre mujeres y hombres.

Breve historia del CEDAW

El Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en diciembre de 1979. Se cumplía así el mandato que había recibido la Organización en el n. 198 del documento final de la I Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en México, en 1975. Dicho documento recomendaba la elaboración de un texto internacional, considerándolo como una prioridad, para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres².

Aquel año, declarado por Naciones Unidas, Año Internacional de las mujeres³, suponía el punto de partida del Decenio de las Mujeres (1975/1985)⁴ y de un proceso en el que la comunidad internacional reconoció las lagunas políticas en materia de igualdad, así como las ausencias de las mujeres, no solo en los procesos de la vida pública sino incluso en la recopilación de datos estadísticos.

La Conferencia de México⁵ fue el inicio de un trayecto en el que el liderazgo de Naciones Unidas ha sido el banderín de actuación seguido en la comunidad internacional, en términos quasi universales, condicionando las políticas públicas y la legislación para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres.

Tras la aprobación del CEDAW, no puede omitirse la importancia que ha tenido la aprobación del Protocolo Opcional, en 1999⁶. Introduce dos procedimientos

² El n. 198 del documento de México señala que *se debería dar una alta prioridad a la preparación y aprobación de la convención sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres, con procedimientos efectivos para su implementación.*

³ El n.14 del texto aprobado en México afirma lo siguiente: *El objetivo del Año Internacional de las mujeres es definir una sociedad en la que las mujeres participen en un sentido real y pleno, en la vida económica, social y política y en el diseño de estrategias por las que tales sociedades puedan desarrollarse.*

⁴ La celebración del Decenio de las mujeres fue también una sugerencia de la Conferencia de México, que quedó incluida en el n. 182 del documento aprobado, en los siguientes términos: *Las Naciones Unidas deberían proclamar la década 1975-1985 como la Década de las Naciones Unidas para la mujer y el desarrollo, a fin de asegurar que durante este período se realizará una acción sostenida tanto nacional como internacional.*

⁵ Los textos aprobados en las cuatro Conferencias mundiales celebradas hasta ahora, han sido publicados por el Instituto de la Mujer, cuando formaba parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el n. 26 de su serie documentos, en 1999.

⁶ El texto del protocolo, en versión castellana e inglesa fue publicado por el Instituto de la Mujer, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en 2000. Asimismo y cumpliendo con las obligaciones asumidas con su ratificación, España, a través del Instituto de la Mujer, convocó sesiones informativas sobre el Protocolo, dirigidas a las Organizaciones no gubernamentales

de presentación de comunicaciones, que permiten abrir la puerta a la iniciativa del sector no gubernamental y también al propio Comité del CEDAW cuando haya indicios de que un Estado no está cumpliendo con las obligaciones asumidas al ratificar el CEDAW.

Después de aprobado el Convenio CEDAW en 1979, España inicia casi de modo inmediato, en 1980 el proceso del trámite parlamentario para su ratificación. Acababa de aprobarse la Constitución española, en 1978, que explícitamente consagra la igualdad y la no discriminación en los artículos 1,1; 10 y 14.

El 16 de diciembre de 1983 España deposita su instrumento de ratificación del CEDAW y dos meses más tarde se convierte en Estado Parte de la Convención. En agosto de 1985, presentó su informe inicial, defendiéndolo ante el Comité del CEDAW en 1987.

El II Informe fue presentado el 4 de febrero de 1989; el III, debía haber sido presentado en febrero de 1993, pero se retrasó hasta 1995; el IV, siguiendo las fechas establecidas se presentó en 1998. Estos dos últimos fueron defendidos conjuntamente en junio de 1999, como consecuencia de la acumulación de trabajo en el Comité, que tras la celebración de la IV Conferencia mundial sobre las mujeres –celebrada en Pekín, China, en septiembre de 1995- recibió numerosos informes iniciales de los Estados que ratificaron y que en la actualidad son casi la totalidad de los Estados miembros de Naciones Unidas.

Siguiendo con el proceso cronológico, el V Informe debía presentarse en febrero de 2001, y así se hizo, aunque se remitió información adicional al finalizar el año 2002, con la idea de que la defensa del Informe iba a ser inminente, cosa que no sucedió y que llevó al Comité a convocar la defensa del V Informe en julio de 2004. El VI Informe debía presentarse en 2005, pero se retrasó hasta marzo de 2008, defendiéndose en agosto de 2009 en Ginebra.

El balance desde la presentación del informe inicial hasta el momento actual muestra un incremento de la participación de las mujeres en todas las esferas de la vida social.

así como a las personas que ejercían sus responsabilidades en este ámbito en las Comunidades Autónomas.

En el ámbito político, se pasa de una participación del 6% en las primeras elecciones democráticas después de la aprobación de la Constitución, al casi 40% en las últimas elecciones generales de 2004. Lo mismo podría decirse del ámbito educativo, donde las mujeres superan en la actualidad a los hombres en algunos sectores, como los estudios sanitarios o jurídicos.

Sin embargo, el avance en este campo no ha ido parejo al incremento del número de mujeres en los órganos de toma de decisiones. Lo que viene a confirmar que aún siendo importante visualizar los incrementos de participación de las mujeres en la vida social y laboral, en muchos casos la realidad en los ámbitos de poder no asume ni refleja el avance de las mujeres.

Con todo, se podría afirmar que el CEDAW ha supuesto sin duda un aliciente para el trabajo jurídico y político realizado en España.

El interrogante al que habría que dar respuesta es si la igualdad numérica de mujeres y hombres es sinónimo de igualdad real; si la responsabilidad de las instituciones es ofertar la posibilidad de elección para que mujeres y hombres puedan elegir su modo de vida y de participación en la sociedad o si necesariamente hay que proponer un modelo a seguir; y por último, si los cambios sociales que proponen nuevos modos de vida, de relaciones humanas y familiares tienen acomodo en las políticas públicas y en los instrumentos jurídicos que se están aprobando en España.

Los instrumentos jurídicos y las políticas en materia de igualdad entre mujeres y hombres

En España, las principales reformas legales aprobadas tienen su origen en el reconocimiento constitucional de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo.

Como se ha dicho, el artículo 1,1 de la Constitución de 1978 reconoce la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico; el artículo 10 consagra los derechos como fundamento del orden político y de la paz social; y el artículo 14 establece la cláusula de la no discriminación.

Tras el reconocimiento constitucional, en España se ha llevado a cabo un importante proceso de reforma de disposiciones legales, para asegurar la

protección de la igualdad para las mujeres⁷. Junto a ello, desde la creación del Instituto de la Mujer se han aprobado diferentes Planes de igualdad que se insertan en el marco de las políticas públicas para garantizar el acceso de las mujeres a diferentes ámbitos de la vida pública.

En este *iter* histórico, ha roto el proceso la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007 que establece las pautas de igualdad de las políticas públicas; y propone una serie de medidas en el marco de los medios de comunicación; el ámbito laboral, proponiendo algunas medidas para las empresas; el empleo público, refiriéndose a la Administración del Estado; y el Ejército.

Sin pretender desmerecer el objetivo de la Ley, ésta se queda corta en su regulación y en ningún caso reemplaza el efecto de los planes que incluían fundamentalmente medidas de carácter político para la aplicación efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es necesario recordar que en el Derecho español, las disposiciones civiles han asumido la tradición romana y la germánica, de modo que las mujeres eran consideradas como personas disminuidas, que en su esfera jurídico privada estaban siempre sometidas a la autoridad de otra persona.

El apartado I de la exposición de motivos de la Ley⁸, no parece especialmente rotundo al formular el concepto de igualdad utilizado en el texto de la ley. La exposición de motivos empieza con una consideración de la fórmula del artículo 14, en términos de derecho, considerando a la igualdad con esta naturaleza jurídica. Lo que pone en cuestión el contenido del artículo 1,1 del mismo texto legal, en el que la igualdad es calificada como un valor superior del ordenamiento jurídico, junto a la justicia, la libertad y el pluralismo político⁹.

Bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que la redacción del artículo 14, al establecer que todas las personas son iguales ante la ley,

⁷ Sobre las reformas legales puede verse la monografía *Mujeres y Derecho*, que tuve el privilegio de coordinar y que editó el Ayuntamiento de Valencia, en 1999, con un balance de las principales reformas en las distintas áreas de conocimiento del ordenamiento jurídico español

⁸ Sobre el contenido y alcance de la Ley puede verse el artículo de Paloma Durán, en el Anuario de Derechos Eclesiástico del Estado, Iustel, marzo de 2009.

⁹ El texto del artículo 1,1, afirma: *España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, que implica una imposición a los poderes públicos para llevar a cabo ese trato igual, limitando de algún modo al poder legislativo y a los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. Pero al mismo tiempo, también ha recordado el Tribunal Constitucional que la igualdad ante la ley no es sinónimo de igualdad material o igualdad real y efectiva¹⁰.

Después de subrayar la proclamación de la igualdad como derecho, utilizando el artículo 14¹¹, la exposición de motivos pasa a calificarla como un principio jurídico universal, basándose en dos referencias de distinta naturaleza jurídica. La Ley se refiere a la igualdad como principio, planteada en el Convenio de Naciones Unidas sobre discriminación contra las mujeres –conocido por su acrónimo en las letras inglesas, que es el CEDAW- , y al mismo nivel que el Convenio, sitúa los avances de las Conferencias mundiales, citando solamente la de Nairobi y la de Beijing e ignorando las restantes¹².

Teniendo en cuenta que los compromisos aprobados en las citadas Conferencias son de carácter político y no tienen vinculación jurídica alguna, su naturaleza es sustancialmente diferente de las disposiciones del Convenio CEDAW. Un balance comparado de las declaraciones políticas y planes de acción aprobados en cada una de las cuatro Conferencias mundiales de Naciones Unidas sobre las mujeres, celebradas hasta ahora, confirma que la igualdad ha sido considerada siempre como un principio y no como un derecho. Y en la misma línea se manifiestan los documentos aprobados con motivo del quinto y del décimo aniversario de la IV Conferencia, que tuvo lugar en Pekín, China, en septiembre de 1995, que quedan omitidos en el preámbulo que analizamos.

¹⁰ Puede verse a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio (BOE de 4 de agosto de 1982), así como la jurisprudencia citada en la monografía de Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985, pp. 262-ss

¹¹ La exposición de motivos de la Ley empieza afirmando lo siguiente: *El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo.*

¹² El texto de la exposición de motivos afirma textualmente: *La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede recordar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.*

El texto del CEDAW confirma la naturaleza de la igualdad como principio, en términos explícitos, en su artículo 2,a)¹³, además de las menciones reiteradas al principio de igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales¹⁴.

Junto a las consideraciones de la igualdad como derecho y como principio jurídico fundamental, la exposición de motivos de la Ley la considera también un principio fundamental de la Unión Europea, para traducirlo después en uno de los objetivos que debe integrarse en todas las políticas de la Unión¹⁵.

Tras el recorrido mostrado, el artículo 1 de la Ley afirma que el objeto de la misma es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer.

Sin embargo, esta ambigüedad e incluso contradicción en la definición de la igualdad no es un hecho aislado. Los apartados II y III de la exposición apelan a dos planteamientos que resultan difíciles de armonizar. En el apartado II se constata que la igualdad formal, aún siendo un avance, no resulta suficiente, constatándose que aún existen ámbitos en los que hay claras diferencias en el tratamiento a mujeres y hombres.

Amparándose en esas diferencias, el apartado II justifica la necesidad de una acción normativa para poder combatir las discriminaciones por razón de sexo, tanto directas como indirectas, así como la supresión de los obstáculos para la igualdad.

Sin embargo, esta rotundidad respecto a la necesidad de la acción normativa parece amortiguada en el apartado III, en el que se señala que la mayor novedad de la Ley es la “prevención” de conductas discriminatorias, sin que se

¹³ El artículo 2,a) del Convenio CEDAW afirma: *Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y con tal objeto, se comprometen a:*

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.

¹⁴ La versión del Convenio en castellano e inglés fue publicada por el Instituto de la Mujer, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en su colección de documentos n. 25, Madrid 2000.

¹⁵ En este sentido, la exposición de motivos afirma: *La igualdad es, asimismo, un principio fundamental de la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.*

explique el contenido de la prevención conjugada con la erradicación a la que se refiere el apartado II.

A ello hay que sumar los debates vividos respecto a las competencias estatales y autonómicas. Por una parte, las competencias en el ámbito social están transferidas a las Comunidades Autónomas; por otra parte, la exposición de motivos insiste en que la Ley afecta a las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales, en aplicación del mandato constitucional.

Pero sin embargo, cuando la misma exposición hace referencia a la ejecución de las medidas propuestas en la Ley, afirma textualmente que los instrumentos básicos se plantean en el ámbito de la Administración General del Estado. La Ley se refiere a la elaboración de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades y a la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad, pero nada se dice –por razones obvias- de los modos de ejecución y aplicación de la Ley en el marco de las Comunidades Autónomas.

La Ley se presenta como una “ley-código”, cuya naturaleza jurídica no se explica, señalando la exposición de motivos que el texto obedece a la complejidad del alcance horizontal del principio de igualdad; de manera que en el articulado se plantea la proyección general del principio de igualdad, y en los anexos se concretan las modificaciones pertinentes¹⁶.

Esa propuesta de “ley-código” no parece excesivamente compatible con la integración de la perspectiva de género, a la que también se refiere la exposición, puesto que la transversalidad de la igualdad implica una estrategia política que directamente aparca la consideración de la igualdad como un sector específico objeto de políticas públicas. En este sentido, no queda suficientemente claro en la exposición, la aproximación operativa que pretende la Ley.

Pero además, estas disfunciones, se confirman cuando se analizan los términos utilizados en cada uno de los Títulos del mismo texto.

¹⁶ La exposición afirma, en la parte III, tercer párrafo: *La complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. Ésta se ocupa en su articulado de la proyección general del principio en los diferentes ámbitos normativos y concreta en sus disposiciones adicionales la correspondiente modificación de las muy diversas leyes que resultan afectadas. De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres.*

Se apela en casi todos ellos a la igualdad como un principio, lo que plantea la primera de las incoherencias respecto al propio objeto de la Ley explicitado en su artículo 1, que como hemos dicho, pretende hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

La Ley está estructurada con un Título preliminar, ocho Títulos y las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales.

El Título preliminar, establece el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, abriendo el debate sobre las dos cuestiones cruciales, a las que me he referido. En primer lugar, el objeto, que es garantizar un derecho no existente en el ordenamiento jurídico español, al menos con esa naturaleza jurídica, como es el denominado por la Ley, derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. A este dato hay que añadir el de la diferencia terminológica del propio texto legal, que alude en todos sus Títulos al principio de igualdad, pero no al derecho de igualdad.

En segundo lugar, la Ley establece como ámbito de aplicación toda persona física o jurídica que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o residencia.

Esta fórmula plantea a su vez dos cuestiones no menores. La primera es que falta señalar explícitamente que la Ley obliga a las personas en todo aquello que afecte a las competencias estatales, puesto que como ya se ha dicho, las competencias para ejecutar y aplicar las políticas sociales son las Comunidades Autónomas y no el Estado, salvo en algunos ámbitos sectoriales. La segunda parte es que obliga a toda persona, al margen de su nacionalidad, domicilio o residencia, lo que abre también un interesante debate sobre el foro de aplicación de las normas jurídicas, los Tribunales competentes y en su caso, la posibilidad o no de plantear una preferencia de jurisdicciones, según los sectores sociales a los que nos estemos refiriendo.

Junto al Título preliminar, la Ley incluye un Título I, dedicado al principio de igualdad y tutela contra la discriminación. A estos efectos, la Ley establece varios conceptos.

En primer lugar, el significado del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres –que el artículo 3 califica como principio y no como derecho- que concreta en la ausencia de discriminación por razón de sexo y especialmente

como consecuencia de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Pero además, de modo inmediato, en el artículo 4, la misma Ley señala que la igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará en la interpretación y aplicación de las normas.

Aunque aún considerándolo como un principio, el artículo 12 señala que cualquier persona podrá recabar de los Tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, según lo establecido en el artículo 53,2 del texto constitucional.

Estos artículos avalan la ambigüedad a la que me vengo refiriendo respecto al propio concepto de igualdad y a la naturaleza jurídica que se le asigna.

Por otra parte, en este Título I la Ley también incluye una propuesta conceptual respecto a las acciones positivas. El artículo 11 de la Ley las considera como medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones de desigualdad de hecho respecto a los hombres.

La Ley establece como único requisito para la utilización de las acciones positivas que sean razonables y proporcionadas, sin hacer mención alguna de su permanencia o temporalidad, lo que cuestiona la propia concepción de las acciones positivas para las mujeres, que en todas las Organizaciones Internacionales son consideradas desde la perspectiva de la temporalidad¹⁷. El Convenio del CEDAW, en su artículo 4, sin denominarlas acciones positivas plantea que se trata de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad¹⁸. Y en el comentario n. 25 del Comité del CEDAW, explicita que una de las condiciones de la legitimidad y legalidad de estas medidas es precisamente la temporalidad, ausente en el texto de la Ley española.

¹⁷ Sobre la cuestión, puede verse P. Durán y Lalaguna, *Las acciones positivas para las mujeres en las Organizaciones Internacionales*, La Ley, Madrid 2008.

¹⁸ El artículo 4 del Convenio CEDAW afirma textualmente: *1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.*

El Título II está dedicado a las Políticas públicas para la igualdad, distribuyendo el articulado en dos secciones: una, dedicada al establecimiento de principios generales, y la segunda a la acción administrativa para la igualdad.

En el primer caso, los criterios generales proponen la efectividad del derecho constitucional de igualdad, junto a la integración del principio de igualdad de trato y oportunidades, además de una serie de actuaciones que integran la erradicación de la violencia contra las mujeres en sus diferentes formas, la participación equilibrada en las candidaturas electorales y en los procesos de toma de decisiones, la protección de la maternidad, el lenguaje no sexista y otras, no menos importantes, en las que incluye el establecimiento de medidas para la conciliación.

Planteados los criterios genéricos, el artículo 15 establece también el principio de igualdad de trato con carácter transversal en todas las actuaciones de los Poderes Públicos, aunque no se establece ningún mecanismo de seguimiento para hacer efectiva la realidad de este compromiso.

Para las materias que son competencia del Estado, éste elaborará un Plan Estratégico, que en la práctica sustituiría a los tradicionales Planes de Igualdad de Oportunidades, vigentes hasta 2006, a los que me he referido en el epígrafe anterior.

De hecho, en 2008 fue distribuido el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011, organizado sobre cuatro principios rectores: la redefinición del modelo de ciudadanía; el empoderamiento de las mujeres; la transversalidad de la perspectiva de género; y la innovación científica y tecnológica como una de las principales fuerzas de cambio social.

El desarrollo de esos principios rectores se lleva a cabo a través de 12 ejes de actuación, que incluyen: participación social y política; participación económica; corresponsabilidad; educación; innovación; conocimiento; salud; imagen; atención a la diversidad e inclusión social; violencia de género; política exterior y de cooperación al desarrollo; y tutela del derecho a la igualdad.

Excede del objeto de este trabajo el estudio detallado de estos ejes, pero resulta significativa la inclusión de varias áreas en las que el Estado carece de competencias puesto que han quedado transferidas a las Comunidades Autónomas.

En este sentido, el artículo 21 “autoriza” la aprobación de planes y programas conjuntos de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, en el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer. De modo similar a como el artículo 22 “permite” que las Corporaciones locales aprueben planes municipales de organización de tiempos de la ciudad, para fomentar un reparto equitativo de tiempos entre mujeres y hombres.

En este contexto, se explica que el capítulo II del Título II incluya en la acción administrativa para la igualdad, una serie de pautas en materia de educación, producción artística e intelectual; salud; sociedad de la información; deporte; desarrollo rural; ordenación territorial y vivienda; cooperación al desarrollo; y contratos y subvenciones públicas.

El Título III está dedicado a la igualdad y los medios de comunicación. Junto a las propuestas específicas para la Corporación RTVE y la Agencia EFE, el artículo 39 de la Ley propone que en los medios de comunicación de titularidad privada, se aprueben acuerdos de autorregulación para garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de igualdad.

En materia de publicidad, la Ley reitera la legislación vigente, si bien omite la exigencia de crear herramientas e instrumentos para promover y garantizar la publicidad y la imagen no sexista.

En el ámbito laboral, la Ley diferencia el trabajo en las empresas y en el ámbito público. En el primer caso, el Título IV está dedicado al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades. Incluye disposiciones relativas a la conciliación, la empleabilidad de las mujeres, la negociación colectiva con criterios de igualdad, así como las disposiciones relativas a los Planes de igualdad que deberán elaborar las empresas, aunque con diferente grado de obligatoriedad según sean mayores o menores de 250 personas trabajadoras. Asimismo, el último capítulo del Título IV establece las disposiciones para la tramitación del distintivo empresarial en materia de igualdad.

En el caso del empleo público, el Título V regula algunas cuestiones, dentro de las competencias estatales, que hacen referencia a la Administración general del Estado y a los organismos vinculados a ella, así como a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por último, el Título VI regula la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro; y el Título VII la igualdad en la responsabilidad social de las empresas.

El Título VIII define cuestiones organizativas, en las que incluye la Comisión Interministerial de Igualdad; las unidades de igualdad; y el Consejo de participación de la mujer. Sin cuestionar en ningún caso, la coordinación del trabajo y mandato entre estas estructuradas y las ya existentes, que son, como en el caso del Instituto de la Mujer, las que tienen presupuesto y personal para ejecutar las políticas aprobadas y las disposiciones legales vigentes.

La Ley no prevé un mecanismo de seguimiento de todas las disposiciones aquí incluidas, de modo que la ejecución y aplicación de la misma se diluye, a pesar de haberla propuesto como una “ley-código” en la exposición de motivos.

La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no es pionera en el marco legislativo. La primera de las leyes para el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres fue la Ley foral 33/2002, de 28 de noviembre.

La iniciativa Navarra, que subraya el arco competencial de las Comunidades Autónomas, fue seguida de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, aprobada en el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Castilla-León.

Con una diferencia escasa de 30 días, la Generalitat Valenciana aprobó la Ley 9/2003 de 2 de abril, para la igualdad de mujeres y hombres.

En 2004, fue el Parlamento gallego el que aprobó la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad. Y en 2005, en el País Vasco quedó aprobada la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad entre mujeres y hombres.

La opción por un texto legislativo no ha privado de la aprobación de Planes de Igualdad. Hay Comunidades Autónomas en las que se ha optado por combinar ambos mecanismos, como es el caso de la Comunidad Valenciana, País Vasco, Galicia y Navarra. En otros casos, como el de Castilla-León, se ha optado por dar prioridad a la legislación; y en otros, como Cataluña, Cantabria, Extremadura o Baleares, se ha preferido el Plan de Igualdad.

Las diferentes preferencias y modos de actuar abren el debate teórico sobre la eficacia de la legislación y de las políticas públicas, aunque por razones obvias de tiempo y forma no entraré en ello¹⁹.

Al final, el balance remite a los efectos que esa legislación y esas políticas tienen en la vida de las mujeres y en definitiva en la vida de una sociedad, y en ese ámbito, las respuestas no pueden ser universales ni homogéneas. Cada Comunidad Autónoma tiene un perfil ciudadano diferente, condicionado por sus recursos, su historia, sus necesidades. Y de lo que se trata es de ofertar medidas, políticas o jurídicas, que den respuesta a los reclamos de cada sociedad.

Ciertamente la Ley introduce factores positivos, como el informe de impacto de género previo a las iniciativas legislativas; o las propuestas de Plan de Igualdad en las empresas.

Pero también, hay lagunas importantes, como la distribución de los recursos económicos y humanos; la reestructuración de todos los ámbitos organizativos creados por razones políticas en los últimos años, a los que se añade las propuestas de la Ley, pero cuyas competencias aparecen en ocasiones duplicadas y por ello, menos eficaces.

Por último, la Ley ha sido preparada en términos unitarios, con una lectura homogénea de la igualdad que puede no reflejar la pluralidad de la sociedad española.

Los términos genéricos para la interpretación de la igualdad, la no discriminación y la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones son más uniformes, pero hay un abanico amplio de interpretaciones de la igualdad en el campo de la salud, de la educación o de la política que son igualmente legítimas. Si se prefiere, hay estrategias de actuación para conseguir la igualdad, que pueden diferir en los modos y procedimientos, aunque se persiga el mismo objetivo. Una parte importante de la versión democrática es precisamente garantizar y asegurar para cada persona la libertad de opción en estas áreas, salvando esos básicos que antes señalaba y que hacen referencia al principio de no discriminación.

¹⁹ Puede verse sobre este tema, P. Durán y Lalaguna, *La perspectiva de Naciones Unidas en el tratamiento de los derechos sociales*, Thompson & Aranzadi, Cizur, 2007.

En este sentido, la Ley no responde a esos reclamos plurales y seguramente esa es una de las razones por las que ha sido criticada.

Por último, la integración del principio de igualdad en términos transversales, no parece suficientemente garantizada. Ciertamente, las Organizaciones Internacionales y muy especialmente la Unión Europea han propuesto últimamente las denominadas políticas combinadas. Es decir, el mantenimiento de políticas de igualdad respecto a los colectivos de mujeres que siguen reclamando medidas específicas para ellas; y al mismo tiempo una estrategia de integración transversal, que en algunos casos europeos ha tenido el riesgo de diluir o menoscabar la importancia de la igualdad entre mujeres y hombres como objetivo social y político.

Como se ha dicho, la Ley apela en más de una ocasión a la transversalidad, pero las propuestas son insuficientes. Es necesario estructurar mecanismos adecuados para fomentar esa transversalidad; y lo más importantes, para aplicarla, se hace necesario elaborar una estrategia y una metodología adecuada, que esté exenta de lecturas exclusivamente ideológicas y que responda a la necesidad de que cualquier política pública que se proponga lleve consigo una análisis de su impacto de género. Resulta muy positiva la necesidad de un informe previo a cualquier iniciativa legal, pero no es suficiente. Sobre todo como se acaba de señalar parece necesaria la metodología, las herramientas y la formación en ese perfil, del que por razones históricas y políticas hay grandes deficiencias en España.

Desde el punto de vista político, en el ámbito estatal, el Instituto de la Mujer fue creado por Ley 16/1983, de 24 de octubre. El artículo 2 de la ley citada establecía que el mandato prioritario del Instituto era la promoción de las condiciones para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Se han aprobado cuatro planes y actualmente está en vigor el Plan estratégico previsto en la Ley orgánica de igualdad, de 2004.

Sin embargo, las expectativas de la Ley han impedido la inversión en programas políticos que se han revelado eficaces durante el periodo de los cuatros Planes de Igualdad, en los que las políticas públicas han fomentado cambios en la sociedad española que difícilmente pueden prometerse con la ley.

Con todo hay que reconocer que ha habido avances importantes en la participación de las mujeres en todos los sectores de la vida pública; pero el reto pendiente es el de contestar a las cuestiones esenciales. Cuál es el modelo que se está proyectando desde las instituciones públicas; y más que el modelo, el tema esencial es si debe o no proponerse un modelo, máxime cuando el mandato de las autoridades públicas no es mostrar una sola vía de actuación para las mujeres, sino ofrecer la posibilidad de elegir, que al fin y al cabo es el camino para subrayar la libertad de cada persona, el distintivo del ser humano, que lo perfila como racionalidad instrumental, y lo diferencia de los animales y las cosas.

La conclusión, en el ámbito político y en el jurídico, no pasa por proponer modelos de conducta sino más bien por asegurar la pluralidad y la libertad de elegir, que implica también un compromiso importante por parte de los poderes públicos.