



EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD: ORIGEN Y SIGNIFICADO

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista del orden social

Tribunal Superior de Justicia de Galicia

EXTRACTO

El feminismo ha tardado mucho tiempo en desentrañar la causa de las discriminaciones contra las mujeres y la ha encontrado en el género. No se discrimina a las mujeres por su sexo, sino por los estereotipos sociales asociados al sexo. De hecho, el concepto de sexo invisibiliza el concepto de género. Ya visibilizado, el concepto de género se ha erigido, en las últimas décadas del siglo XX, en el concepto central del feminismo.

De este modo, era necesario trasladar esa nueva perspectiva al ámbito jurídico y ello supuso un cambio radical en la concepción de las leyes de igualdad, que de ser de alcance sectorial y de pivotar sobre el sexo —leyes de igualdad clásicas—, han pasado a ser de alcance global y a pivotar sobre el género —leyes de igualdad modernas—. Tal nueva perspectiva ha cristalizado en el principio de transversalidad.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es una ley de igualdad moderna que se caracteriza por la integración de la dimensión de género en la totalidad de las normas jurídicas y de las políticas públicas, con la finalidad de convertir todas y cada una de las normas jurídicas y todas y cada una de las políticas públicas en un arma contra la discriminación por razón de género.

Quizás no estemos ante el arma definitiva —eso el tiempo lo dirá—, pero, sin duda alguna, el principio de transversalidad de la dimensión de género, con su finalidad de la eliminación de los estereotipos de dominación del sexo masculino y de sumisión del sexo femenino en la totalidad de los ámbitos de las relaciones humanas, supone un gran avance dentro la lucha por la igualdad real de trato y de oportunidades entre los sexos.

ÍNDICE

1. EL LARGO CAMINO HASTA LA PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO
 - 1.1. La Teoría Feminista del Derecho
 - 1.2. Recepción internacional
 - 1.3. El derecho comunitario
 - 1.4. El derecho español estatal y autonómico
 - 1.5. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
 - 1.6. Una lectura desde la óptica constitucional
2. EL SIGNIFICADO DE LA TRANSVERSALIDAD
 - 2.1. Universalidad subjetiva y objetiva
 - 2.2. Aspectos funcionales
 - 2.3. Aspectos orgánicos
 - 2.4. Los mecanismos para la integración de la dimensión de género
 - 2.5. La estrategia dual transversalidad/acción positiva
3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD LA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

1. EL LARGO CAMINO HASTA LA PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

1.1. La Teoría Feminista del Derecho

La discriminación por razón de sexo —o, más técnicamente, por razón de género: el género abarca las diferencias socioculturales asociadas al sexo como mera diferencia física— es, sin duda alguna, la manifestación de discriminación más extendida espacial —en todos los lugares— y temporalmente —en todas las épocas—, con la virtualidad adicional de ser una discriminación que se acumula a otras discriminaciones —como la raza: mujer y gitana; o el estado civil: madre y soltera; o la condición social: mujer y pobre—.

Sin embargo, la respuesta feminista a la desigualdad fue inicialmente ocasional, como ocasional fue, durante el Siglo XVIII, la participación de la mujer en la vida política, aunque es durante la Revolución francesa cuando aparecen las pioneras del feminismo: Théroigne de Méricourt, Claire Lacombe y, sobre todo, Olympe de Gouges. Simultáneamente, se encuentra Mary Wolstonecraft una ideóloga política inglesa perteneciente al grupo de intelectuales receptores de las ideas revolucionarias francesas.

A lo largo del Siglo XIX y los primeros años del XX, se desarrolló un movimiento feminista reivindicativo —en especial con relación al derecho del sufragio— de ideología liberal, encontrando su mejor desarrollo doctrinal en la obra de John Stuart Mill. El feminismo liberal, como todo liberalismo, otorga preeminencia a la persona individual, capaz, a través de sus actos voluntarios, de alcanzar la libertad si la ley no se lo impide, de modo que, si se alcanza la igualdad en la ley, se alcanzará la igualdad en la sociedad.

Pero el marxismo criticó ese movimiento, tachándolo de burgués, y, a partir de dispersos textos de Marx, elaboró una nueva teoría sobre la cuestión femenina, condensada por Engels. El feminismo socialista supedita la cuestión femenina a la cuestión de clase, de ahí la consideración de la mujer como sujeto de derechos sólo si pertenece a la clase trabajadora. Lo que explica la famosa cita de Rosa Luxemburgo donde califica a las mujeres sufragistas de ser los parásitos de los parásitos capitalistas.

Sin menospreciar los avances conseguidos por el feminismo liberal —en materia de derechos civiles y políticos— y socialista —en materia de derechos sociales—, lo cierto es

que, a lo menos en estos primeros momentos, ni el liberalismo individualista comprendió el determinismo social de las mujeres a través de la imposición de los roles de género, ni el socialismo realizó una lectura global de la sociedad desde la perspectiva de género debido a la sumisión de la cuestión femenina a la cuestión de clase.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el epicentro del concepto de igualdad derivó desde la igualdad formal —o igualdad en la ley— hacia la igualdad material —o igualdad en la sociedad—, generándose un importante enriquecimiento de los mecanismos de tutela antidiscriminatoria —como la acción positiva o la discriminación indirecta—. Dentro de esas coordenadas, surge, a finales de los sesenta, el «Women's lib» o movimiento de liberación de la mujer, un movimiento de una gran pluralidad ideológica.

La importancia de este movimiento radica en la identificación de la causa de la discriminación por razón de sexo. Hasta ese momento, el Feminismo aparentaba ser una lista interminable, y a veces inconexa, de quejas de las mujeres hacia la sociedad establecida. Pero, no siendo claro donde se encontraba la causa de la discriminación por razón de sexo, tampoco era claro lo que se quería conseguir, y esto determinaba, justamente, que esa lista fuese interminable y sin un denominador común.

No se discrimina —y utilizo el verbo impersonal porque quien discrimina no son necesariamente los hombres, sino la sociedad entera a través de una superestructura de dominación de las mujeres— por las diferencias físicas existentes entre mujeres y hombres, es decir, por el sexo, sino por los estereotipos sociales asociados al sexo de las personas, es decir, por el género, que es la base de esa superestructura de dominación. El género, como afirma Teresa Pérez del Río, está invisibilizado por el sexo.

Constituido el género, en las últimas décadas del Siglo XX, en el concepto central del Feminismo, era cuestión de tiempo el trasladar esa nueva perspectiva de género al ámbito de lo jurídico, y así surge la «Feminist Jurisprudence», o Teoría Feminista del Derecho, cuyas construcciones ideológicas iniciales fueron la de Carol Gilligan —su teorización se ha calificado en ocasiones como de feminismo cultural—, y la de Catherine MacKinnon —que es una confesa partidaria del denominado feminismo radical—.

La Teoría Feminista del Derecho se construye sobre la crítica de la objetividad del ordenamiento jurídico, que es característica de los Critical Legal Studies, o, como se lo conoce en la literatura española, la Teoría Crítica del Derecho, un movimiento filosófico jurídico, de gran aceptación en la década de los setenta del Siglo XX, que sostiene en síntesis que el Derecho es Poder y no Razón. El Feminismo añadió que si, desde tiempos inmemoriales, el Poder lo ostentan los hombres, el Derecho es masculino.

¿Cómo desactivar el componente masculino potencialmente inscrito en la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico? La respuesta más habitualmente aceptada es la integración de la perspectiva de género al elaborar y al aplicar la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico, una operación que se conoce como principio de transversalidad de la dimensión de género —o de la igualdad de oportunidades—, y que conlleva un auténtico cambio copernicano en la concepción de las leyes de igualdad.

1.2. Recepción internacional

A consecuencia de las críticas feministas a la objetividad del Derecho, necesitado de una revisión global crítica, y del llamamiento, sin duda a causa de lo ingente de la tarea, a

la decidida actuación del Estado —de una manera semejante a como, para resolver la cuestión social, los obreros hicieron, en el Siglo XIX, un llamamiento al Estado, determinante de la aparición del Derecho del Trabajo—, la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995) supuso el triunfo del feminismo de Estado.

En la Declaración de Beijing, los Gobiernos participantes en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, después de varias consideraciones aquí y ahora sin interés, adoptaron y se comprometieron «a aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género».

La Plataforma para la Acción se estructura en seis partes. La primera es una declaración de objetivos. La segunda se refiere al contexto mundial. La tercera contempla áreas de especial interés. La cuarta detalla objetivos estratégicos y medidas. Y las quinta y sexta contemplan disposiciones institucionales y disposiciones financieras, respectivamente.

No nos corresponde aquí analizar en profundidad la Plataforma para la Acción. Únicamente destacar que, al detallar los objetivos estratégicos y medidas, se enumeran, debajo el título de «los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres», los tres siguientes Objetivos Estratégicos:

- 1.º «Crear o establecer los mecanismos nacionales y otros órganos gubernamentales» —Objetivo Estratégico H.1, apartado 203—.
- 2.º «Integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos» —Objetivo Estratégico H.2, apartados 204 y 205—.
- 3.º «Elaborar y difundir datos desagregados por sexo, así como información destinada a la planificación y la evaluación» —Objetivo Estratégico H.3, apartados 206 a 209—.

Sin duda alguna, la novedad más destacada es el Objetivo Estratégico H.2, conocido como transversalidad, traducción libre al siempre dúctil idioma español del neologismo inglés *mainstreaming* —«mainstream» es un vocablo inglés, con función de sustantivo, cuya traducción es, según el Diccionario Oxford, «corriente dominante, línea central»—.

1.3. El derecho comunitario

Sin despreciar la existencia de algún antecedente de integración de la dimensión de la igualdad en las políticas comunitarias —la igualdad de oportunidades aparece referida, desde 1993, en la normativa de los Fondos Estructurales—, el principio de transversalidad se consolidó, en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, a través de la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). La finalidad del programa se denomina expresamente con la terminología anglosajona de «mainstreaming» y dicha finalidad es —de conformidad con lo establecido en su artículo 2— el «promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias».

Ha sido elevado este principio, en el Tratado de Amsterdam, al derecho originario, aunque limitándolo a las políticas comunitarias. Al definir los fines de la Comunidad, el

artículo 2 incluye, entre otros, la «igualdad de trato entre el hombre y la mujer». Para alcanzar esos fines, el artículo 3, en su apartado 1, contiene una larga enumeración de acciones, donde no aparece ninguna específica referida al fin de la igualdad. No se trata de un olvido, sino de algo bien distinto. En el apartado 2 del artículo 3, se dice que «en todas las acciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones tendentes a los fines de la Comunidad.

Como no podía ser de otro modo, la Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), se sustenta en la transversalidad, y al respecto se establece —artículo 2— que «el Programa es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres».

Partiendo de todos los anteriores presupuestos, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005), pretende hacer más operativa y consolidar «la integración del objetivo de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres», aunque se añade que «la persistencia de desigualdades sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres», para acabar diciendo que «la estrategia marco propuesta se basa en este enfoque dual». Al hilo de estas afirmaciones, se explica, de manera bastante adecuada, el significado de lo que supondrá la transversalidad: «en el diseño y aplicación de todas las políticas hay que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres».

Tras la implantación del principio de transversalidad en las políticas comunitarias, la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, 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, muy probablemente a la vista de la no implantación del principio de transversalidad en las políticas nacionales, obliga a su implantación en su ámbito de aplicación. Por ello, se establece —en el nuevo apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE— que «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1».

La Directiva 2006/74/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), ha refundido el ámbito de aplicación de diversas directivas sobre igualdad, entre ellas la 76/207/CEE, y establece, en su artículo 29 sobre «transversalidad de la perspectiva de género», que «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres

y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva».

Obsérvese que, como ocurría en el texto del apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE, en la redacción de la Directiva 2002/73/CE, el principio de transversalidad se sigue limitando, como no puede ser de otro modo, a los ámbitos de competencia de la Unión Europea, y que se mantiene la expresión «de manera activa» demostrativa de una evidente correlación con el enfoque dual de transversalidad / acción positiva. Pero, a diferencia de lo que ocurría en el texto del apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE, en la redacción de la Directiva 2002/73/CE, el Consejo ha superado el horror terminis, y se habla ya de «género», aunque sólo sea usado en la titulación del artículo 29 de la Directiva 2006/74/CE.

1.4. El derecho español estatal y autonómico

El legislador estatal español sigue las tendencias propias del derecho antidiscriminatorio moderno, y, significativamente, la transversalidad, aunque hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —en adelante, la LOI—, no lo había hecho con la generalidad y con la decisión con la cual, sin embargo, lo habían hecho algunos legisladores autonómicos. Ciertamente, el planteamiento de transversalidad afloraba ya en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Mas su afloramiento era muy tímido. Se asumía el aspecto de universalidad de la igualdad —de ahí se afectasen múltiples leyes—, pero no plenamente sus contenidos —y, en concreto, los derechos de conciliación más parecían dirigidos a facilitar a las mujeres cumplir con las cargas familiares, y, en consecuencia, perpetuaban el statu quo, que a implicar a los hombres, y, en consecuencia, caminar hacia una auténtica igualdad real—.

Será 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, la primera ley estatal decididamente transversal, aunque se encontraba ausente el componente de generalidad. En efecto, su contenido es bastante parco, aunque también es verdad que es un contenido de gran carga transformadora. La norma se limita a exigir, en los procesos de elaboración de leyes y reglamentos, la realización de un informe de impacto de género. Que se haga correctamente ese informe —lo cual, desgraciadamente, no siempre es así, quizás debido a las dificultades iniciales que siempre acarrearán una nueva forma de actuación administrativa— sí puede determinar una gran transformación normativa.

Después de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, el legislador español ha acometido otra ley decididamente transversal y con un mayor ámbito de generalidad en sus modificaciones legales, que es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuya regulación no me detendré, aunque sí destacaré que afecta, no sólo al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, sino además a otros numerosos campos normativos, y, en especial, contiene unas muy interesantes normas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social buscando conseguir una efectiva protección integral de las víctimas de la violencia doméstica que les permita recuperar su proyecto de vida.

Con simultaneidad a este proceso legislativo estatal, que culminará con la LOI, se han dictado, antes incluso de esa Ley Orgánica, diversas leyes autonómicas de igualdad con reconocimiento expreso del principio de transversalidad. Fueron las primeras de escaso contenido, y sin referencia expresa al principio de transversalidad. La Ley Castellano Manchega 5/1995, de 23 de marzo, para promover el derecho de ciudadanía, la igualdad de oportunidades y la integración social de todos los ciudadanos en Castilla La Mancha, dedica unos pocos artículos a la «solidaridad con las mujeres» —artículos 3 a 7—. Y en la Ley Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sólo encontramos dos artículos muy generales.

Más contenido encontramos en la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, donde ya se enumeran, en su artículo 3, como «principios que informan la actuación administrativa», el de transversalidad, el de planificación y el de coordinación —característicos de las leyes de igualdad modernas—, agregándose que «la Transversalidad ... comporta aplicar la perspectiva de género en las fases de planificación, ejecución y evaluación de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones Públicas».

Recorriendo esta línea de mayores contenidos y reconocimiento expreso de la transversalidad, se sitúa la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, en cuyo artículo 3, y con la denominación «principios rectores de la acción administrativa», se establece que «las distintas Administraciones Públicas adoptarán una estrategia dual basada en el principio de complementariedad de medidas de acción positiva y las que respondan a la transversalidad de género».

La Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, supone un salto en cuanto a una mayor concreción normativa, alejándose cada vez más de una mera legalización de planes de igualdad, lo cual se aprecia cuando, con relación al principio de transversalidad, se establece, en su artículo 6, sobre «significado de la transversalidad y criterios de actuación», que «con la doble finalidad de promover la igualdad y eliminar las discriminaciones entre mujeres y hombres, la Xunta de Galicia integrará la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones desarrolladas en el ejercicio de (sus) competencias», enumerando seis criterios generales de actuación «en la aplicación de ese principio de integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades».

La Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, declara «la integración de la perspectiva de género» como uno de los principios generales de actuación de los poderes públicos vascos, quienes «han de incorporar la perspectiva de género en todas sus políticas y acciones, de modo que establezcan en todas ellas el objetivo general de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres», entendiéndose «por integración de la perspectiva de género la consideración sistemática de las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, incorporando objetivos y actuaciones específicas dirigidas a eliminar las desigualdades y promover la igualdad en todas las políticas y acciones, a todos los niveles y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación» —según se dispone en su artículo 3—.

Y la Ley Balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, hasta el momento la última ley autonómica general de igualdad —aunque hay más específicas sobre violencia de género o sobre trabajo de las mujeres—, contempla —en su artículo 2— el principio de

transversalidad que, con los principios de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y acción positiva, constituyen los principios generales para regir y orientar cualquier actuación en materia de igualdad entre hombres y mujeres, y que se define como «la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las actividades y en la planificación, la ejecución y el seguimiento de todas las políticas y en todos los ámbitos».

Una evolución normativa de la legislación estatal y, paralelamente, de la legislación autonómica, que estaban propiciando la aprobación de una ley orgánica estatal de igualdad, a la cual las leyes autonómicas han servido como una evidente avanzadilla en muchas cuestiones y, como una de ellas, en el reconocimiento del principio de transversalidad —otro ejemplo es la inversión alfabética de la referencia a mujeres y hombres contenida en la denominación de la ley orgánica estatal de igualdad, que encuentra su antecedente en la denominación de las leyes autonómicas—.

1.5. **La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

El reconocimiento explícito del principio de transversalidad es un rasgo esencial de las leyes de igualdad modernas, y, como no podía ser de otro modo en una ley que quiere ser una ley de igualdad moderna reconoce explícitamente el principio de transversalidad. Ya en su Exposición de Motivos, III, se reconoce «la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto». Concordando con estas afirmaciones, el artículo 15, contenido dentro de los «principios generales» de las «políticas públicas para la igualdad» —regulados en el Capítulo I del Título II de la LOI, Capítulo que comprende sus artículos 14 a 22—, y rubricado «transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres», establece este principio.

De conformidad con lo establecido en ese artículo 15 de la LOI, «el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos», añadiendo de seguido que «las Administraciones Públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

Así las cosas, una comprensión general del principio de transversalidad de la dimensión de género nos llevaría a considerarlo el fundamento último de toda la LOI en la medida en que ésta integra la igualdad en la totalidad de los ámbitos jurídicos. Pero eso sería algo impreciso. Utilizando una comprensión más estricta, es el fundamento de los demás artículos contenidos en el Capítulo I del Título II de la LOI —artículos 14 a 22—, y algunos otros de la LOI. Nuestro estudio, sin perjuicio de referencias a las demás normas concordantes, se ceñirá al análisis de esos artículos, que son los que, en suma, nos permitirán desentrañar hasta qué punto el principio de transversalidad de la dimensión de género se encuentra plasmado, con todas sus consecuencias, en la LOI. Haremos antes el análisis del amparo constitucional de la transversalidad.

1.6. Una lectura desde la óptica constitucional

Una interpretación originalista de la Constitución española nos conduciría a una respuesta negativa a la pregunta de si el principio de transversalidad encuentra amparo constitucional. Resulta evidente que, cuando se elaboró nuestra Constitución, la teorización sobre el principio de transversalidad era simplemente inexistente, y no sólo en España. Pero esta interpretación sería contraria a la vocación de permanencia de los mandatos constitucionales a pesar de los cambios derivados del progreso humano. De ahí que, en no pocas ocasiones, nuestro el Tribunal Constitucional haya ampliado los contenidos y la eficacia de los derechos fundamentales más allá de lo que los constituyentes habían previsto e incluso habían podido prever. Lo que no chirría ni siquiera en el plano de la legalidad ordinaria donde la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse es un criterio de interpretación de las normas admitido en el artículo 3 del Código Civil.

Superado este escollo más teórico que real, es evidente, a la vista de nuestra Carta Magna, el fundamento constitucional de la transversalidad, en la medida en que, de un lado, se establece, en el artículo 14, que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... sexo», y, de otro lado, se establece, en el artículo 9.2, que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». No ofrece duda que la amplitud normativa ampara el significado del principio de transversalidad.

Más discutible es si el principio de transversalidad se encuentra en el contenido esencial del principio de igualdad —artículo 14 de la CE— o en su contenido promocional —artículo 9.2 de la CE—, con la consecuencia de que, si es esencial —como la prohibición de discriminación—, su aplicación no exige una intermediación normativa, y si es promocional —como la acción positiva—, sí exige una intermediación normativa. Probablemente, la solución más adecuada sea una solución no maximalista, sino ecléctica.

Algunos aspectos del principio de transversalidad claramente se incluyen en el contenido esencial del principio de igualdad. Por ejemplo, su vocación de totalidad se compadece con la colocación sistemática del artículo 14 de la CE, como pórtico del Capítulo Segundo sobre «Derechos y libertades», facilitando la integración de la dimensión de la igualdad en la totalidad de los derechos, libertades y deberes de los/as ciudadanos/as, y, desde esta perspectiva, los artículos 23.2 —el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos—, 32.1 —el derecho al matrimonio del hombre y la mujer en plena igualdad jurídica— y 35.1 de la CE —la prohibición de discriminación por razón de sexo en orden al derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente— integran esa dimensión de la igualdad en diversos ámbitos donde la igualdad es especialmente necesaria.

Por el contrario, es más dudoso que el aspecto de género, esto es la erradicación de las normas y/o las aplicaciones de las normas transmisoras y/o perpetuadoras de prejuicios contra las mujeres, se incluya con la totalidad de sus consecuencias en el contenido esencial del principio constitucional de igualdad de sexos. Un permiso de paternidad, por ejemplo, pretende romper el estereotipo de asignar a las mujeres el cuidado de los/as hijos/as, aunque es dudoso sea contenido esencial del principio de igualdad, a lo menos en la actua-

lidad, y sin descartar una evolución futura. Donde sí no se ofrece duda es en su inclusión en el contenido promocional del principio constitucional de igualdad de sexos a consecuencia de los amplios términos del artículo 9.2 de la CE. No en vano el género es un obstáculo de los que pueden impedir o dificultar la plenitud del individuo.

De este modo, la transversalidad, en cuanto supone una perspectiva más profunda —eliminación de perjuicios— en la comprensión del principio de igualdad, debe ser reconocida en una norma infraconstitucional, y a esa finalidad responde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de su artículo 15, sobre «transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres», situado entre los «principios generales» de las «políticas públicas para la igualdad» —del Capítulo I del Título II de la LOI—.

Tal reconocimiento normativo expreso nos permite un replanteamiento del contenido esencial del principio de constitucionalidad de la dimensión de género, de modo que, aunque el aspecto de género no sea incluíble atendiendo a su propia naturaleza en el contenido esencial del principio constitucional de igualdad de sexos, una vez se ha reconocido en la legalidad ordinaria, podemos entender —y no sería nada descabellado— que constituye un contenido esencial adicional, un contenido adicional de libre configuración por el legislador ordinario —y, en este sentido, su vulneración por el legislador ordinario no fundamentaría un recurso o una cuestión de constitucionalidad—, pero que, a través de su reconocimiento legal, adquiere la condición de contenido esencial —y, en este sentido, su vulneración sí que fundamentaría un recurso de amparo constitucional—.

Hemos de esperar, si llegase el caso, a lo que resuelva el Tribunal Constitucional, aunque, a lo largo de toda su jurisprudencia, ha demostrado siempre un activismo expansivo del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación que ha enriquecido constantemente y que ha recreado profundamente lo establecido en el artículo 14 de la Constitución. Recientemente nos ha ofrecido algunos datos que apuntan más claramente hacia la integración de la dimensión de género a través de la constatación de discriminación sexista indirecta. Es el caso de la STC 3/2007, de 15 de enero. Se trataba del ejercicio por una trabajadora de la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años. La sentencia concede el amparo y destaca «la dimensión constitucional de ... todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores», con amparo en artículos 14 y 39 de la CE.

2. EL SIGNIFICADO DE LA TRANSVERSALIDAD

2.1. Universalidad subjetiva y objetiva

El principio de transversalidad de la dimensión de género o se aplica por todos los Poderes Públicos —es lo que denominamos universalidad subjetiva— y en todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico —es lo que denominamos universalidad objetiva—, o su eficacia quedará en entredicho. Reconoce la LOI —como no podía ser de otro modo a la vista de lo expuesto— tanto (1) la universalidad subjetiva como (2) la universalidad objetiva.

(1) La LOI aplica la transversalidad a todos los Poderes Públicos, lo que supone admitir la denominada universalidad subjetiva. Su artículo 15 afirma que «el principio de

igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos». Y su artículo 14, que complementa al 15, se refiere a los «criterios generales de actuación de los Poderes Públicos».

Una alusión inclusiva del Poder Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial. Ahora bien, la transversalidad no transforma la esencia de cada Poder, y su aplicación se acomodará al principio de representatividad popular del Poder Legislativo y a los principios de independencia y sumisión a la ley de Poder Judicial. Sin embargo, cuando se trata del Poder Ejecutivo, nada hay que, en un principio, limite o matice su aplicación.

Quizás sea esa mayor efectividad del principio de transversalidad frente al Poder Ejecutivo lo que explica que el Título II de la LOI se refiera a «políticas públicas para la igualdad» y que, en su artículo 15, se obligue muy especialmente a las Administraciones Públicas a integrar «de forma activa» el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en la totalidad de sus ámbitos objetivos de actuación.

Constituida España en un Estado Autonómico, y existiendo otras Administraciones Públicas diferentes a la Administración General del Estado, es conveniente precisar que el principio de transversalidad que se reconoce en los artículos 14 y 15 y se desarrolla genéricamente en el Capítulo I del Título II de la LOI, se aplica a la totalidad de las Administraciones Públicas, ya se trate de la Administración General del Estado, ya se trate de otras Administraciones, como las Administraciones Autonómicas o Locales, y, por supuesto, a la Administración Institucional.

Hemos de acudir a la Disposición Final 1.ª, apartado 1, de la LOI para comprobar que, efectivamente, «los preceptos contenidos en el ... Capítulo I del Título I ... de esta Ley constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.º de la Constitución».

(2) El artículo 15 de la LOI habla sin límite alguno de «la actuación de todos los Poderes Públicos», lo cual supone incluir todas sus actuaciones en todos los ámbitos de sus competencias, o sea la universalidad objetiva del principio de transversalidad. Y, al referirse más concretamente a Administraciones Públicas, el artículo 15 de la LOI alude a (1) «la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas», a (2) «la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos», y a (3) «el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

Cómo se concreta en cada actuación pública la dimensión de la igualdad depende de las especificaciones de cada actuación pública. Esto explica que, dentro del Título II, y además del Capítulo I dedicado a «principios generales», se sitúe un Capítulo II sobre «acción administrativa para la igualdad», en el cual se establecen unas normas jurídicas que bajan un peldaño en su nivel de concreción con relación a determinadas materias, que se supone exigen especial atención legislativa.

Pero los contenidos del Capítulo II del Título I de la LOI no agotan las posibilidades de aplicación de la igualdad. De hecho, la LOI establece en sus demás Títulos unas normas jurídicas que concretan la aplicación de la dimensión de la igualdad —a veces más que un solo peldaño— con relación a otros aspectos de actuación de los Poderes Públicos, como competencias sobre los medios de comunicación —Título III—, sobre las relaciones laborales —Título IV—, sobre el empleo público —Título V—, o, en fin, sobre el mercado de bienes y servicios —Título VI—.

Valga esta enumeración para un par de reflexiones. La primera es la de que, a pesar de la vasta amplitud de competencias públicas contempladas para establecer medidas específicas de integración activa de la dimensión de la igualdad, la LOI no agota ni las competencias públicas susceptibles de ser implicadas en la integración activa de la dimensión de la igualdad, ni las medidas específicas a adoptar. No podemos caer en el error de pensar que, fuera de esas medidas y fuera de esos ámbitos, a nada más se obliga en la LOI a los Poderes Públicos.

Más bien la perspectiva resulta algo diferente. La LOI establece medidas específicas en ámbitos de actuación donde considera necesaria la intervención legislativa —por ejemplo, siendo bajos los parámetros de integración sociolaboral de la mujer, se incide en medidas laborales—. Pero eso no quiere decir que se agoten con esas medidas las obligaciones de los Poderes Públicos. Serán los operadores jurídicos —y especialmente los servidores públicos— a quienes se encomienda esa labor de concreción más allá de esas medidas específicas y/o más allá de esos ámbitos de actuación.

La segunda es la de que, en todos y cada uno de los ámbitos específicamente tratados, la realización de la igualdad es algo que va más allá de la mera enunciación de un principio general de no discriminación. Ese algo más allá es algo que tendremos que aplicar asimismo en los ámbitos no contemplados específicamente, y que, con carácter general, se explica en el Capítulo I del Título II de la LOI, sobre «principios generales» de las «políticas públicas de igualdad». Nos corresponde ahora apuntar —en los dos siguientes Epígrafes— cómo se ha concretado ese algo.

2.2. Aspectos funcionales

El principio de transversalidad puede ser entendido de dos maneras radicalmente diferentes. Puede ser entendido de una manera restringida sólo como un instrumento de técnica jurídica dirigido a llevar el principio de igualdad a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo cual supondría, de un lado, reconocer la universalidad subjetiva y objetiva del principio de igualdad, y, de otro lado, obligar a los poderes públicos a determinados cambios organizativos consecuencia de la necesidad de efectividad de la universalidad subjetiva y objetiva del principio de igualdad. O puede ser entendido de una manera más completa también como portador de un contenido funcional que, dicho resumidamente, pretende acabar con la subordinación femenina, es decir con aquellos condicionantes de género que impiden a las mujeres un grado de libertad igual al de los hombres.

Si el principio de transversalidad fuese entendido sólo como un instrumento de técnica jurídica de poco nos serviría. La prohibición de discriminación por razón de sexo, y más en nuestro ordenamiento jurídico en que aparece recogida en los textos constitucionales, ostenta vocación de universalidad, de ahí que, aún sin reconocimiento expreso del principio de transversalidad, la prohibición debe llegar a todo el ordenamiento jurídico. Y si la única consecuencia realmente palpable del principio de transversalidad fuesen sus aspectos organizativos —y aún reconociendo la importancia para la efectividad de la igualdad de los aspectos organizativos de los Poderes Públicos—, deberíamos concluir —si se nos permite aquí utilizar una expresión popular— que para alcanzar ese objetivo no eran en absoluto necesarias unas alforjas como las del principio de transversalidad.

Por ello, y desde una perspectiva funcional, lo coherente con el enorme esfuerzo que, en el ámbito internacional y en el ámbito comunitario, se ha realizado para su plasmación es entender que el principio de transversalidad incorpora un contenido de dimensión de género que obliga a una determinada forma de actuación de los poderes públicos tendente a acabar con la subordinación femenina. De ahí, justamente, la denominación de principio de transversalidad de la dimensión de género —o principio de transversalidad de la igualdad de oportunidades, una expresión equivalente, aunque preferida por los textos jurídicos positivos—, que nos indica que la transversalidad no es sólo un instrumento de técnica jurídica, sino que añade un concreto contenido funcional al contenido esencial de la prohibición de discriminación sexista.

Ahora bien, lo anterior sería sólo una mera elucubración doctrinal si no tuviera sus apoyos en el derecho positivo. El artículo 15 de la LOI apunta a un contenido del principio de transversalidad más allá de su consideración como técnica jurídica de vinculación universal del principio de igualdad. Ciertamente, su rubrica de «transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres» no es al respecto tan expresiva, al referirse literalmente a la igualdad de trato, y no a la igualdad de oportunidades. Pero sí cuando, ya dentro de sus mandatos normativos, se alude al «principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres», y cuando, en lo que respecta en concreto a las Administraciones Públicas, se afirma que esa integración de la igualdad se realizará «de forma activa».

Más explícito aún es lo afirmado en la Exposición de Motivos, III, donde, después de afirmar que «la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto», afirma algo más adelante que «la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio». Tanto el lenguaje utilizado —con referencia expresa a la perspectiva de género y a la integración activa del principio de igualdad—, como el significado del texto —con alusión al establecimiento de los criterios de actuación de todos los poderes públicos—, resultan decisivos.

La enumeración de esos «criterios de actuación de todos los poderes públicos» se acomete en el artículo 14 de la LOI, que, justamente, se rubrica «criterios generales de actuación de los Poderes Públicos», y donde se detalla lo que supone en concreto la aplicación de la transversalidad, o sea, y dicho en otros términos, lo que significa la dimensión de género, a los efectos de la actuación de los Poderes Públicos:

1. «El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres».
2. «La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarcan el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico».
3. «La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades».

4. «La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones», debiéndose entender como participación equilibrada —en la interpretación auténtica de la Disposición Adicional 1.^a de la LOI— «la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».
5. «La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo».
6. «La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los Poderes Públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva».
7. «La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia».
8. «El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia».
9. «El fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas».
10. «El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares».
11. «La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas».
12. «Todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo».

¿Carácter exhaustivo o sólo ejemplificativo del artículo 14 de la LOI? Nos resulta muy evidente el carácter no exhaustivo. El principio de igualdad ha conocido una importante evolución doctrinal, y paralelamente legislativa, que, desde la Segunda Guerra Mundial, ha caminado hacia la igualdad de oportunidades, y, en las últimas décadas del Siglo XX, integrando la dimensión de género. Sería ilusorio pensar que la evolución ha culminado. La consecución de la igualdad y la erradicación de la discriminación es una lucha constante, que, como la lucha por el progreso de la humanidad, por los derechos humanos o por la erradicación de los delitos, acaso no tenga fin, pero eso no debe suponer su abandono. Y si la lucha no se abandona es difícil imaginar que no surjan nuevos mecanismos para mejorar progresivamente.

En todo caso, los términos literales con los cuales se redactan los artículos 14 —en especial, números 1.º y 2.º— y 15 de la LOI nos permiten concluir que, aunque fuesen exhaustivos, son de tal amplitud que sería difícil no integrar en ellos nuevas elaboraciones siempre que, naturalmente, se dirijan hacia la erradicación de la discriminación sexista, la igualdad de oportunidades y la integración de la dimensión de género tendente a la eliminación de todas las formas de subordinación femenina.

2.3. Aspectos orgánicos

La organización de los poderes públicos, aunque aparenta una cuestión interna que no parece afectar a los derechos y a los deberes de las mujeres y los hombres, es, al contrario, una cuestión de una extrema importancia a los efectos de la mayor efectividad de los derechos y de los deberes de las mujeres y los hombres, y, por lo tanto, es una cuestión de una extrema importancia a efectos de conseguir la igualdad de oportunidades. Toda norma jurídica con contenido organizativo es instrumental con respecto al cumplimiento de las finalidades de los Poderes Públicos y, por lo tanto, la adecuación de la estructura organizativa a esas finalidades es una garantía de que se cumplan de la mejor manera posible y en los términos exigidos por la sociedad. Y la igualdad de oportunidades es una finalidad primordial de los Poderes Públicos y una exigencia social.

Consciente de lo anterior, el artículo 14 de la LOI enumera, entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, en su número 3.º, «la colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades», y, en su número 9.º, «el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas».

Más específicamente sobre la colaboración administrativa, el artículo 21 de la LOI, que se titula «colaboración entre las Administraciones Públicas», afirma lo siguiente:

- a) Que «la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación», y que «en el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad».
- b) Que «las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones Públicas». Una colaboración con una concreción específica en el artículo 22 de la LOI, que se rubrica y regula «actuaciones de planificación equitativa de los tiempos».

Tanto la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, como con los agentes sociales, las asociaciones de mujeres u otras entidades privadas, se puede realizar a través de organismos al efecto constituidos, o a través de otros cauces. Por ejemplo, la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas se realizará —como dice el artículo 21.2 de la LOI— a través de la Conferencia Sectorial de la Mujer.

Igualmente, la colaboración con los agentes sociales —en materia de igualdad y en toda materia social— se canaliza a través de organismos de participación institucional sobradamente conocidos —como el Consejo Económico y Social del Estado o de algunas Comunidades Autónomas, o los consejos de relaciones laborales de algunas Comunidades Autónomas—.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no conocía, hasta la LOI, un organismo de participación de las asociaciones de mujeres, una laguna muy destacable. Pensemos que la construcción androcéntrica del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas invisibiliza aquellos problemas que no sean los de los hombres, aunque, por un largo pro-

ceso de abstracción, aparenta que ordenamiento jurídico y políticas públicas dan una adecuada respuesta a los problemas reales tanto de hombres como de mujeres.

Basta una visión retrospectiva de las últimas décadas para comprobar como se debió romper con una abstracta concepción de la intimidad familiar para poder luchar contra la violencia de pareja. O con una abstracta concepción de la libertad para poder tipificar como delito el impago de pensiones matrimoniales. O con una abstracta concepción de la libertad sexual para superar una exagerada valoración de la negativa de la víctima en los delitos sexuales. De este modo, los principios generales estaban actuando como una forma de opresión sobre los derechos reales de las mujeres.

¿Cómo podemos saber cuando esos principios abstractos chocan con los derechos reales de las mujeres? La vía más adecuada debe ser la de oír a las propias mujeres. De hecho, el método feminista de conocimiento es un método básicamente empírico, derivado de la experiencia de las propias mujeres, y que rechaza elaboraciones a partir de conceptos abstractos que tienen el riesgo de que pueden encubrir prejuicios de género. Es un método subjetivo, aunque no más ni menos subjetivo que el imperante basado en la lógica masculina. Solo conjugando ambos se alcanzará la verdadera objetividad.

Los órganos de participación de las mujeres se erigen así como una fórmula idónea para visibilizar las aspiraciones, las necesidades y las preocupaciones reales de las mujeres, y debe subrayarse lo de reales, porque muchas veces los hombres hacemos lo que pensamos que es bueno para las mujeres, pero son éstas quienes deben decidir si es bueno o malo. Es la mejor manera de que las necesidades y las preocupaciones reales de las mujeres sean satisfechas por el ordenamiento jurídico con la misma intensidad que las necesidades y las preocupaciones reales de los hombres.

Utilizando un distinto rasero para la Administración General del Estado —que actuará ejemplarmente— y para las demás Administraciones Públicas —para respetar sus competencias—, la LOI se limita a obligar, con carácter general, a «el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y ... las asociaciones de mujeres» —artículo 14.9.º—, mientras, con respecto a la Administración General del Estado, crea un novedoso «Consejo de Participación de la Mujer», en los siguientes términos legales y en espera de su reglamentación —artículo 78—:

a) Se define como «órgano colegiado de consulta y asesoramiento con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la lucha contra la discriminación por razón de sexo» —según el apartado 1 del artículo 78—.

b) Aunque «su régimen de funcionamiento, competencias y composición» se deja al reglamento, se garantizará «la participación del conjunto de las Administraciones Públicas y de las asociaciones y organizaciones de mujeres de ámbito estatal» —según el apartado 2 del artículo 78—, lo cual supone reconocer un derecho de participación institucional de las asociaciones y las organizaciones de mujeres estatales.

2.4. Los mecanismos para la integración de la dimensión de género

La efectividad del principio de transversalidad de la dimensión de género no opera de manera uniforme para la totalidad de los Poderes Públicos, sino que se adapta a las pecu-



liaridades de cada Poder Público. De esta manera, los mecanismos de efectividad del principio de transversalidad de la dimensión de género, que están configurados tomando como referente el Poder Ejecutivo, se adaptan —como no puede ser de otro modo— a la representatividad popular —esto es a la soberanía— del Poder Legislativo y a la sumisión a la Ley y a la independencia del Poder Judicial. Estudiaremos a continuación cuáles son concretamente esos mecanismos de efectividad (1) para el Poder Ejecutivo, (2) para el Poder Legislativo y (3) para el Poder Judicial.

(1) Mecanismos para la integración de la dimensión de género en el Poder Legislativo. 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, ha tenido el mérito de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, no sólo el principio de transversalidad, sino además su concepto esencial, la dimensión de género. Tal Ley alude, en su Exposición de Motivos, al «principio de transversalidad», y, tanto en esta como en su contenido dispositivo, utiliza, en vez del concepto de «sexo» —término referido a las diferencias físicas entre hombres y mujeres—, el de «género» —término referido a las diferencias sociales asociadas al sexo—.

Además de un correcto uso del lenguaje técnico, se normativiza una aplicación fundamental del principio de transversalidad, como es la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa, tanto legal como reglamentaria, haciéndolo en los términos a continuación expuestos —y con una entrada en vigor «el día siguiente al de su publicación en el BOE», Disposición Final Única—:

- 1.º En cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas legislativas a propuesta del Gobierno, se modifica el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley ... se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por ... un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo».
- 2.º En cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias emanadas del Gobierno, se añade un segundo párrafo al apartado 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo».

Tal normativización de la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa se fundamenta, en la Exposición de Motivos, en fuentes muy significativas: «la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995 ... (el) Tratado de Amsterdam ... la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad de hombres y mujeres (2001-2005) ...».

Hasta aquí los aspectos positivos de la norma. Pero, sin empañar esa crítica general positiva, sí quedan algunos flancos abiertos: ¿Qué ocurre con las normas aprobadas antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2003, de 13 de octubre? ¿Se limita la evaluación del impacto de género a las disposiciones normativas o se debiera extender a actos administrativos de trascendencia general? ¿Por qué no se alude a las proposiciones de ley, que, como

es sabido, no las presenta el Gobierno, sino el Congreso o el Senado? ¿Acaso no se podía implicar a otros órganos legiferantes, como los de las Comunidades Autónomas vía artículo 149.1.1.º y 18.º de la Constitución?

Quizás la Ley 30/2003, de 13 de octubre, debió ser más ambiciosa y dar respuesta adecuada a esos flancos abiertos. Afortunadamente, algunas respuestas se han derivado de posteriores intervenciones legislativas. Por ejemplo, muchas Comunidades Autónomas — y no está de más decirlo, de todas las tendencias políticas— han implantado los informes de impacto de género en la elaboración de sus normas —Cataluña 2001, Extremadura 2002, Andalucía 2003, Galicia 2004, País Vasco 2005, o Baleares 2006—.

También la LOI ha ampliado el ámbito de los informes de impacto de género cuando, en su artículo 19, señala que «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género». Por lo tanto, no sólo se exigen en la elaboración normativa, sino además en los planes generales de especial relevancia.

Con todo, el flanco más abierto a la crítica no se deriva del contenido normativo de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, y menos aún de su reforzamiento a través de las leyes autonómicas y, en el ámbito estatal, de la LOI, sino de sus dificultades aplicativas, derivadas en gran medida de la inercia administrativa y de los obstáculos existentes para implantar nuevas prácticas. La Asociación de Mujeres Juristas Themis presentó en el XVIII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas (Almería, 11/13.12.2005) un informe muy desolador al respecto.

De los 52 proyectos de ley estatal analizados, 6 no iban acompañados del informe de impacto de género, y de los restantes 46, unos se limitaban a excluir sin mayores explicaciones la existencia de ningún impacto de género, otros afirmaban la ausencia en la norma proyectada de discriminaciones entre hombres y mujeres, y sólo 4 explicaban en qué afectaba positivamente la norma proyectada a la dimensión de la igualdad.

Crear unidades de género en todos los ministerios y elaborar una guía de evaluación del impacto de género eran propuestas que ayudarían a aplicar la Ley 30/2003, de 13 de octubre. La LOI, avanza en ese sentido. Por un lado, crea unidades de igualdad en todos los ministerios —artículo 77—. Y, por otro lado, establece —en su Disposición Transitoria 10.ª— que «el Gobierno, en el presente año 2007, desarrollará reglamentariamente la Ley de Impacto de Género con la precisión de los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración de dicho informe».

Por lo demás, la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa determina algunas importantes consecuencias en las operaciones de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas. Una consecuencia se alcanza sin demasiado esfuerzo argumental: el informe sobre el impacto por razón de género de las medidas establecidas en la norma legal o reglamentaria se incorpora al expediente normativo y, en consecuencia, se configura como uno de «los antecedentes ... legislativos» que, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, es un elemento de la interpretación.

Conviene matizar que, como antecedente legislativo, el valor hermenéutico del informe sobre el impacto de género depende (1) de si el informe se sustenta en una correcta evaluación del impacto en función del género o si se ha realizado con ligereza, simplemente cubriendo un trámite formal a veces con el expediente de negar la existencia de impacto alguno, y (2) de si, aún supuesta la corrección del informe, éste ha influido en el

texto final de la norma, ya que, aunque se trata de un trámite preceptivo, el informe nunca se puede considerar de carácter vinculante debido a la soberanía del Poder Legislativo.

Aún hay otra más profunda consecuencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa: si el legislador eleva la dimensión de género a un elemento a considerar en la elaboración normativa, está asumiendo la transversalidad como una finalidad buscada y, además, como una finalidad buscada por todas y por cada una de las normas del ordenamiento jurídico, que, sin distinción alguna, se aplicarán desde la perspectiva de género.

Por ello, la interpretación y la aplicación de todas las normas debe buscar el objetivo de la igualdad de los sexos, examinando no sólo lo asépticamente jurídico, sino, y como elemento básico de la interpretación, el resultado de la aplicación sobre la realidad del género con la finalidad de erradicar los estereotipos que —como superestructura de dominación— comprimen la libertad de las personas —especialmente las mujeres—, y esto se convierte en «espíritu y finalidad» de todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico, lo que, según el artículo 3, apartado 1, del Código Civil, es otro elemento de la hermenéutica jurídica.

Tal conclusión ostenta un carácter general, al margen de la corrección de la evaluación del impacto en función del género y de la influencia del informe sobre la norma definitivamente aprobada, e incluso al margen de si la norma ha sido elaborada con o sin ese informe sobre el impacto por razón del género, permitiendo la aplicación del criterio finalista incluso a las normas jurídicas aprobadas antes de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, lo cual nos conduce, en suma, a que la totalidad del ordenamiento jurídico aparezca impregnado del objetivo de la igualdad de los sexos, y cada norma jurídica, aparte de cuál sea su concreta finalidad, ostente la finalidad adicional de consecución de ese objetivo de la igualdad de los sexos, o, dicho más sencillamente, todas y cada una de las normas jurídicas —no sólo las tradicionales normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas— se convertirán —y justamente aquí se encuentra la esencia de la ley de igualdad moderna— en mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. No en vano la universalidad objetiva es característica del principio de transversalidad de la dimensión de género.

Si esto se derivaba implícitamente de lo establecido en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, aparece ya de manera expresa en la LOI, que, en su artículo, rubricado «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», establece 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». La letra de la norma aplica aquí la eficacia característica de los principios generales del derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 1, apartado 4, del Código Civil, y esa eficacia conecta sobre todo con el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas que se establece en el artículo 3, apartado 1, del Código Civil. De este modo, la totalidad de los operadores jurídicos deberán aplicar e interpretar las normas, si hay varias opciones, de la manera más adecuada a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, sea cuál sea la norma jurídica —universalidad objetiva del principio de transversalidad—.

(2) Mecanismos para la integración de la dimensión de género en el Poder Ejecutivo. Cuando se trata de actos administrativos, la efectividad del principio de transversalidad de

la dimensión de género se canaliza a través de un *modus operandi* expresado en tres etapas lógicas: el diagnóstico de la realidad / la planificación de la actividad / el control de la efectividad.

El diagnóstico de la realidad es la etapa inicial de la integración de la dimensión de género en cualesquiera actos de cualesquiera Poder Público y, especialmente, en los actos administrativos de la Administración Pública. A estas alturas, el lector o la lectora ya habrán apreciado la importancia de la estadística en la aplicación de la transversalidad. De hecho, «elaborar y difundir datos desagregados por sexo, así como información destinada a la planificación y la evaluación» aparece como un Objetivo Estratégico —el H.3— de la Plataforma para la Acción de la Declaración de Beijing.

Así las cosas, el artículo 20 de la LOI se ocupa de regular la «adecuación de las estadísticas y estudios», y lo hace con la doble finalidad, según así se declara en su inciso inicial, «de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en (la) actividad ordinaria (de) los Poderes Públicos». No merece, en suma, mayor comentario el enlace directo entre la transversalidad y las estadísticas desagregadas por sexo.

Hecha esa declaración en su inciso inicial, el artículo 20 de la LOI establece una serie de criterios técnicos que deberán utilizar los Poderes Públicos «en la elaboración de sus estudios y estadísticas»:

- a) «Incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo».
- b) «Establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que permitan un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar».
- c) «Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención».
- d) «Realizar muestras lo suficientemente amplias como para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable de sexo».
- e) «Explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención».
- f) «Revisar y, en su caso, adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres».

Por lo demás, el artículo 20 de la LOI añade que «sólo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas». En tal caso, debería optarse, si fuese ello posible, por la aplicación de otros criterios técnicos alternativos que, en defecto de los enumerados, sirviesen para diagnosticar la realidad.

La planificación de la actividad es la segunda etapa en la integración de la dimensión de la igualdad característica de las Administraciones Públicas. En efecto, la soberanía del Poder Legislativo y la independencia del Poder Judicial eluden la idea de planificación. Sin embargo, las especialidades de funcionamiento y organización de las Administracio-

nes Públicas aconsejan que, para integrar la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas, se utilice la planificación. Algo que no es novedoso, sino que la elaboración y la aprobación de los planes de igualdad resulta, desde hace muchos años, una práctica habitual a todos los niveles administrativos —el Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales—.

De este modo, la LOI se limita a legalizar, y a imponer al Estado, una práctica administrativa sobradamente utilizada y, en su artículo 17, que se rubrica «Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades», establece que «el Gobierno, en las materias que sean competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo».

Conviene hacer ahora una precisión. La planificación es una garantía mínima de integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas, pero esa integración, que es lo exigido en los artículos 14 y 15 de la LOI, no se agota con la planificación. No basta con planificar, ni con ejecutar lo planificado, para el cumplimiento de la transversalidad. Es más, la integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas es algo que, en su grueso, se deberá hacer en el día a día de la práctica administrativa, al margen de lo planificado. Resumiendo, la planificación es necesaria para la aplicación de la transversalidad en las actuaciones administrativas, pero no es suficiente.

La integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas no es una actividad de ejecución instantánea, sino permanente. Es necesario una constante revisión de la actuación para proceder a corregir defectos y a mejorar, y esta es la tercera etapa de la integración de la igualdad. Dentro de este contexto, el artículo 18 de la LOI, rubricado «informe periódico», establece que, «en los términos que reglamentariamente se determine, el Gobierno elaborará un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres», y «de este informe se dará cuenta a las Cortes Generales».

Por lo demás, la LOI no obliga a que la integración de la igualdad en todas las actuaciones administrativas adopte una forma determinada, salvo «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros», que «deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género» —artículo 19—. Esta disposición amplía la exigencia del informe, que, en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, se circunscribe a disposiciones normativas, a tales planes. Fuera de estos casos, no se exige una forma determinada, aunque nada impide que, si fuere oportuno, se acuerde, en algún caso, el realizar un informe.

Ahora bien, se formalice la integración de la igualdad en todas las actuaciones administrativas a través de un informe de impacto de género, o de otra forma cualquiera, e incluso se haga de modo informal, lo que resulta evidente es que si una actuación administrativa no integra la igualdad puede ser declarada nula si supone una discriminación directa o indirecta por razón de sexo —artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26.11—, o nula o anulable, según corresponda —artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26.11—, si la ausencia de integración de la igualdad o, cuando sea exigido, la ausencia del informe de impacto de género, supone cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder.

(3) Los mecanismos para la integración de la dimensión de género en el Poder Judicial. La independencia del Poder Judicial determina la imposibilidad de sumisión de los órganos judiciales a órdenes, criterios o instrucciones de otros Poderes del Estado, e incluso de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial —artículo 117.1 de la Constitución y artículos 1, 12, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, lo cual convierte en aberración la posibilidad de planificación de la igualdad, que es habitual en las Administraciones Públicas, en el ámbito de actuación del Poder Judicial.

Únicamente están sometidos al Imperio de la Ley —artículo 117.1 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, y, especialmente, a la Constitución, aplicando las leyes y los reglamentos conforme a la Constitución, inaplicando los reglamentos contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, y garantizando la tutela de los derechos e intereses legítimos, en particular los derechos fundamentales —artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—.

De este modo, no con órdenes, criterios o instrucciones, sino con leyes a cuyo imperio se someten los órganos judiciales, es como se integrará la dimensión de la igualdad en las actuaciones judiciales. Consciente de esa circunstancia, la LOI contiene una norma clave que refuerza lo establecido de modo general sobre sumisión a la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial: la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas —artículo 4 de la LOI—.

El artículo 4 de la LOI, rubricado «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», establece 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». Ya aludimos más arriba al significado de esta norma, y ahora sólo nos queda añadir su importancia trascendental cuando el intérprete sea juez o jueza.

Por otro lado, y caracterizadas las actuaciones judiciales por su formalismo, no basta, para integrar activamente la dimensión de género en las actuaciones judiciales, con incidir en el momento de la decisión judicial a través de la sumisión al imperio de la ley, sino que es necesario posibilitar esa decisión sin que el formalismo judicial se erija en valladar inexpugnable, de ahí que las exigencias de la tutela antidiscriminatoria en materia judicial destinadas a conseguir el examen de la cuestión en el ámbito de un litigio se sitúen en la línea de flexibilización de los procedimientos —legitimaciones ampliadas, facilidad representativa, inversión de la prueba, o actuaciones de oficio—, dando lugar a las llamadas cláusulas de protección jurisdiccional efectiva que son el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad.

La LOI reconoce, de una manera novedosa en el ordenamiento jurídico español, el derecho a la tutela judicial efectiva del principio de igualdad al afirmar —en su artículo 12.1— que «cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación». Esta norma es transposición del artículo 17.1 de la Directiva 2006/54/CE, que, a su vez, recoge lo establecido en normas anteriores —y, especialmente, el artículo 6.1 de la Directiva 76/207/CEE, en redacción de la Directiva 2002/73/CE—.

¿Cuál es la virtualidad de una norma que, si bien se mira, se limita a reiterar en el ámbito del principio de igualdad de los sexos el derecho a la tutela judicial efectiva que se

reconoce con carácter general para todo derecho subjetivo e interés legítimo en el artículo 24 CE? Aparte de transponer las normas comunitarias, el artículo 12.1 LOI refuerza la importancia de la tutela judicial en el ámbito del principio de igualdad, sirviendo de recordatorio a los operadores jurídicos de la necesidad de flexibilizar las formas procesales para resolver las pretensiones materiales. Mucho más que con relación a otros derechos e intereses, una adecuada tutela judicial de la igualdad revertirá en una adecuada tutela sustantiva.

No es el momento de analizar con la atención que requieren las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad, pero sí destacar que, en este aspecto, la LOI ha supuesto importantes avances, resultando especialmente significativos los dos siguientes:

- 1.º La atribución de «la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho ... a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos», dejando la puerta abierta a la legitimación de sindicatos, de organismos públicos competentes y de asociaciones para la promoción de la igualdad, aunque «la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo» —artículo 12, apartados 2 y 3—.
- 2.º La flexibilización de la prueba —salvo en juicios penales— en el sentido de que, «de acuerdo con las leyes procesales, en aquéllos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad», añadiendo —lo que es trascendental para poder allegar datos estadísticos dentro del ámbito de un proceso judicial— que «el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes» —artículo 13—.

2.5. La estrategia dual transversalidad/acción positiva

La estrategia dual transversalidad / acción positiva, que apareció inicialmente en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005), pretende conjuntar los beneficios de la transversalidad, cuya finalidad es erradicar en la totalidad de los ámbitos y de manera permanente los prejuicios de género en la medida en que limitan la libertad de las personas, y de la acción positiva, cuya finalidad es corregir de un ámbito puntual una situación de desigualdad sin incidir de manera directa sobre la erradicación de los prejuicios de género. Finalidades que son complementarias a la finalidad última de una auténtica igualdad, y ello justifica la estrategia dual transversalidad / acción positiva, determinando que, si no diéramos aquí unas pinceladas sobre la acción positiva, quedaría incompleto nuestro análisis sobre el principio de transversalidad.

De entre todos los aspectos de la tutela antidiscriminatoria, la acción positiva, y, más concretamente, los regímenes de cuotas, son, sin duda alguna, los más polémicos. Existe un amplísimo consenso político y social sobre la erradicación de las discriminaciones —

medidas de tutela antidiscriminatoria— y sobre la consecución de la igualdad de oportunidades —medidas de igualdad de oportunidades—. Pero cuando se trata de establecer medidas de acción positiva, y, más concretamente, cuando se trata de establecer regímenes de cuotas, el consenso casi de inmediato desaparece, a pesar de la amplia configuración que ostenta el principio de igualdad entre mujeres y hombres al paraguas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

Empieza la polémica con la misma definición. Muchas veces se habla de acción positiva en un sentido amplio, comprensivo de todas las medidas de mejora de la situación de las mujeres. Sin embargo, no todas las medidas de mejora de la situación de las mujeres se pueden considerar acciones positivas. Las medidas de acción positiva presentan una serie de características definitorias, a saber, y siguiendo las opiniones más seguras:

(1) Se dirigen a mujeres, o genéricamente a un sexo que, en un determinado ámbito civil, político, económico, social, o cultural, está infrarrepresentado. Por lo tanto, son, desde un punto de vista individual, excepciones al principio de igualdad formal con la finalidad de conseguir, desde un punto de vista colectivo, la igualdad material. Al preferir la igualdad material colectiva sobre la igualdad formal individual, se corre el riesgo de que no necesariamente se beneficie a la totalidad de las víctimas de la discriminación, e incluso se beneficie a quien no fue discriminado, ni necesariamente se perjudique sólo a quienes causaron dicha discriminación.

(2) Las medidas de acción positiva son imperfectas porque no pretenden de una manera directa corregir la causa de la discriminación, sino que se dirigen a corregir sus efectos. De ahí la necesidad de acompañarlas con otras medidas que incidan sobre las causas y la necesidad y la conveniencia de la estrategia dual transversalidad / acción positiva.

(3) Medidas no permanentes o de carácter temporal. Al ser medidas dirigidas sólo a las mujeres y considerando su carácter imperfecto, se explica que sólo se debieran mantener durante el tiempo imprescindible para conseguir un específico objetivo de igualdad entre mujeres y hombres.

(4) No suponen el mantenimiento de regulaciones separadas. La existencia de regulaciones separadas —una especie de apartheid— sería contrario a la mismísima esencia de la igualdad. Nos encontramos, en consecuencia, ante medidas concretas, y nunca ante regulaciones separadas.

(5) Tampoco existe ningún ámbito donde se encuentren excluidas las medidas de acción positiva, lo cual se explica por su teórica adaptabilidad a cualquier ámbito, aunque, en el ámbito del Derecho Penal, la discusión doctrinal es bastante virulenta por el posible compromiso del principio de culpabilidad, de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Si son medidas de acción positiva sólo las que reúnen esas características definitorias, debemos concluir que muchas veces se denominan como acciones positivas las que son medidas de igualdad de oportunidades, que no dejan de serlo por ser dirigidas a un solo sexo. Por ejemplo, las medidas de coste cero de la maternidad, o bonificación de las cotizaciones de la trabajadora en situación de licencia de maternidad, no son acciones positivas. ¿O acaso nos olvidamos el riesgo, si se derogasen, de que los empresarios se retrajesen en la contratación de las mujeres?

Algo semejante se puede decir de la licencia de paternidad. No se trata de una excepción formal al principio de igualdad, sino de un derecho reconocido por una cualidad sólo

masculina —la paternidad—, y que tiende en consecuencia a conseguir la corresponsabilidad y una igualdad real.

Igualmente son medidas de igualdad de oportunidades, y no de acción positiva, las destinadas a proteger determinadas situaciones en las cuales se encuentran preferentemente mujeres. Por ejemplo, las medidas destinadas a favorecer las familias monoparentales son medidas de igualdad de oportunidades, y no de acción positiva, salvo, naturalmente, si sólo están dirigidas a familias monoparentales cuyo cabeza de familia sea una mujer.

Tras estas precisiones conceptuales, debemos llegar a la conclusión de que, antes de la LOI, la polémica sobre las acciones positivas era más de Política del Derecho que de Derecho Positivo. Las medidas vigentes de acción positiva prácticamente se limitaban —y prácticamente se siguen limitando en tanto no se desarrolle la LOI— a las reconocidas como tales en la jurisprudencia constitucional —un plus de guardería, STC 128/1987, de 16 de julio, y un permiso de lactancia, STC 109/1993, de 25 de marzo—, y a las ayudas para la contratación de mujeres dentro del Programa de Fomento del Empleo que se aprueba cada año en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Una situación de penuria que contrasta con el elevado rango en el cual se reconoce la acción positiva. El artículo 4.2 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979) admite «la adopción ... de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer ... pero de ningún modo entrañarán, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas ... (y) cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato».

Y, en el ámbito normativo comunitario, la acción positiva se encuentra reconocida al más alto rango desde el Tratado de Amsterdam, que añadió un apartado 4 al artículo 141 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, donde se establece que, «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

La LOI regula un marco de adopción de medidas de acción positiva que concreta las abstractas normas internacionales —el artículo 4.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer—, comunitarias —el artículo 141.4 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, versión Amsterdam— y constitucionales —los artículos 9.2 y 14 de la Constitución—.

Al respecto, su artículo 11, apartado 1, establece que «con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres (y) tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

No se trata de una habilitación de adopción de medidas de acción positiva dirigida a los Poderes Públicos. Éstos las «adoptarán». Se trata, en consecuencia, de una norma jurídica de carácter obligatorio. Una obligación que —siguiendo sustancialmente la caracterización doctrinal de las acciones positivas— se desenvolverá dentro de determinadas exigencias:

- 1.^a Se acordarán «con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad», esto es actuarán sobre los efectos.
- 2.^a Las acciones consistirán en «medidas específicas», es decir no supondrán regulaciones completas separadas para hombres y para mujeres.
- 3.^a Como es característico de las medidas de acción positiva, se acordarán de manera unilateral —no bilateral— «a favor de las mujeres».
- 4.^a El presupuesto de hecho de las medidas son «situaciones patentes de desigualdad de hecho (de las mujeres) respecto de los hombres».
- 5.^a Implícitamente se deriva su temporalidad de la circunstancia de que «serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones».
- 6.^a Al suponer perjuicio para personas individuales, serán «razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

Por lo demás, el artículo 11, apartado 2, establece que «también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley». Mientras las acciones positivas públicas —las del apartado 1— se sujetan a unos límites más generales, las privadas —las del apartado 2— exigen una habilitación legal expresa que operará conforme a unos límites de carácter más concreto. De este modo, las acciones positivas privadas se sujetan al principio de legalidad de una manera más estricta que las acciones positivas públicas.

Aunque las acciones positivas privadas son voluntarias, la LOI establece algunas normas de fomento de esas acciones positivas privadas por los Poderes Públicos: las preferencias en la contratación administrativa —artículos 33 y 34—, las subvenciones públicas —artículo 35—, el apoyo para implantar planes voluntarios de igualdad en las empresas —artículo 49—, o el distintivo empresarial en materia de igualdad —artículo 50—. Los desarrollos reglamentarios y los compromisos presupuestarios nos demostrarán de verdad hasta donde llega el compromiso de las Administraciones Públicas.

¿Qué medidas de acción positiva se pueden adoptar en concreto? En la LOI aparecen ejemplos doquiera a lo largo de su articulado: la promoción específica de las mujeres en la cultura, la ayuda a la creación y producción artística e intelectual de las mujeres y la adopción de medidas de acción positiva —artículo 26.1.a), b) y e)—; la promoción específica de la salud de las mujeres —artículo 27.2.a)—; la promoción de los contenidos creados por mujeres en el ámbito de la Sociedad de la Información —artículo 28.3—; la promoción del deporte femenino —artículo 29.2—; la mejora del nivel educativo y de formación de las mujeres rurales y la promoción de nuevas actividades que favorezcan su trabajo —artículo 30.2 y 3—; o el acceso a la vivienda de las mujeres en situación de necesidad o en riesgo de exclusión, o de víctimas de violencia de género —artículo 31.2—.

Ya en el ámbito del empleo privado, destacan las posibilidades de destinar acciones formativas prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres —artículo 42—, y de establecer en la negociación colectiva medidas para favorecer el acceso de las mujeres al empleo —artículo 43—, además de toda la regulación de los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad que pueden contener acciones positivas —artículos 45 a 49—.

No se trata de seguir con los ejemplos legales, y más que deberían surgir de ahora en adelante en el ordenamiento jurídico y en la negociación colectiva a consecuencia del nuevo marco regulador de la LOI, sino, simplemente, de comprobar la importancia de las ac-



ciones positivas dentro del sistema normativo de la LOI. Como ha afirmado María Elósegui Itxaso, las acciones positivas son la columna vertebral de la LOI.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD LA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

¿Alcanzará el principio de transversalidad su finalidad de erradicar la desigualdad o se manifestará insuficiente? ¿Es una arma más o es la arma definitiva? No podemos todavía saberlo. Lo que sí sabemos es que supone un avance, un importantísimo avance, y por los dos siguientes motivos:

- (1) Porque el reconocimiento explícito del principio de transversalidad es el reconocimiento implícito de la masculinidad del ordenamiento jurídico, lo cual permite comprender la trascendencia del problema, y, adicionalmente, justifica una revisión crítica del ordenamiento jurídico.
- (2) Porque el principio de transversalidad, fundamento de una revisión global del Derecho, demuestra la insuficiencia en la consecución de la igualdad de oportunidades entre los sexos de los mecanismos tradicionales de la tutela antidiscriminatoria —basados en el sexo y de alcance no global—.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha apostado claramente por el principio de transversalidad de la dimensión de género como elemento central de toda su regulación. Hemos comprobado a lo largo del estudio como la transversalidad es el hilo explicativo de toda la regulación de la LOI. A través de la transversalidad, la LOI se cataloga, y cataloga a la totalidad del ordenamiento jurídico, entre las leyes de igualdad modernas.

Resumiendo, no sabemos si es el definitivo, pero sí es un paso adelante, sintetizador de las diversas propuestas surgidas a partir de la Teoría Feminista del Derecho. Y, desde luego, es un paso adelante cuya virtualidad erradicadora de los prejuicios de género en cuanto limitan la libertad de las personas aún no se ha comprobado hasta donde alcanzará. Cuando la LOI ha apostado por el principio de transversalidad de la dimensión de género, sin duda no se ha equivocado en el rumbo a seguir.