

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

El diseño teórico, y la realización práctica, de las denominadas «garantías jurídicas» idóneas para «remover» eficazmente las múltiples desigualdades sociales y económicas que hoy siguen padeciendo las mujeres es un problema técnicamente complejo y difícil. Por tanto, siempre aparecerá como especialmente discutida y discutible la opción que el legislador siga a tal fin. Ahora bien, al mismo tiempo, no cabe duda de que representa uno de los objetivos principales de cualquier política democrática del Derecho. Este doble objetivo, técnico y político, es el que ha querido afrontar la LO 1/2004, si bien en la que todo el mundo considera hoy como la manifestación «más brutal» –y sangrienta– de la discriminación de la mujer en nuestras sociedades: la violencia de género, esto es, la ejercida por los hombres contra las mujeres por el solo hecho de ser tales. Desde luego no es ésta la única manifestación de la violencia que debe preocupar a los poderes públicos, tanto en esferas de la vida social extra-laborales como en el propio mundo del trabajo. No obstante, esta dimensión global de la violencia, que aparece hoy también como el riesgo ocupacional más grave que emerge en las organizaciones de trabajo, ha quedado fuera de una Ley que, sin embargo, se pretende a sí misma como «integral». Pero aún situados en el ámbito más restringido seleccionado para el ámbito de protección de la LO 1/2004, lo cierto es que la tutela eficaz frente a la violencia de género no puede prescindir del reconocimiento de derechos y garantías de índole laboral, de Seguridad Social, ocupacionales y de acción social asistencial. Aunque de una forma quizás excesivamente limitada para lo que cabía esperar, este catálogo de derechos aparece en la LO 1/2004. El presente estudio ofrece el primer análisis disponible al respecto sobre los aspectos o dimensión socio-laboral de la Ley de protección integral contra la violencia de género. En él se aporta un cuadro completo de todas las reformas, tanto del Estatuto de los Trabajadores –y la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública– como de la Ley General de Seguridad Social, y se evidencian los principales problemas prácticos que generará su aplicación. A la espera de una práctica o experiencia que ponga de manifiesto la verdadera dimensión de los cambios, el estudio se atreve a ofrecer las soluciones a los mismos que resultan más razonables.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Las «cuestiones de género» como horizonte de revisión transversal del «derecho social»: «derechos sexuados», acciones positivas e igualdad efectiva.
- III. Las razones de la Ley: ¿una Ley de acción social integral o una Ley de mejora de la acción judicial e institucional?
 1. Una perspectiva general de la Ley: de la solución integral a la judicialización extrema del conflicto.
 2. Caracterización general de las reformas de orden socio-laboral: un conjunto de reformas de mejora pero insuficientes.
- IV. El plano de la técnica legislativa: una estructura dual que no favorece el buscado efecto «codificador».
- V. El ámbito objetivo de protección: el concepto de violencia de género como presupuesto de la norma.
- VI. El ámbito subjetivo de los derechos socio-laborales: derechos «profesionales» pero «sexuados».
- VII. El derecho de acción social de protección integral de las víctimas: servicios sociales y ayudas económicas.
 1. El derecho a un sistema de servicios sociales especializados y eficaces.
 2. Las técnicas de ayuda: auxilios económicos y derechos preferentes de acceso a viviendas de protección oficial y residencias públicas.
- VIII. Las reformas del ET –y la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública (LMRFP)–: los nuevos «derechos de autodeterminación» profesional.
 1. Los derechos laborales a favor de las trabajadoras víctimas de la violencia de género.
 2. La forma de acreditación de las situaciones de violencia de género para acceder a los derechos.
 3. Los derechos reconocidos a las funcionarias públicas.
- IX. Las reformas de la Ley General de Seguridad Social: la facilitación del acceso a la situación de desempleo.
- X. La incidencia en la política de empleo: el derecho a la empleabilidad de las víctimas de la violencia de género.
- XI. Garantía procedimental: la «tutela institucional» a través de instrumentos especializados del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS).
- XII. Valoración final.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno patológico de la «violencia», que supone *grosso modo* el ejercicio gravemente desproporcionado de la fuerza o «poder» personal, social o institucional, atraviesa todo el tejido social de un mundo que creía haber alcanzado casi el máximo grado de «civilización». La «violencia» adopta las más diversas modalidades o formas. Unas se muestran más «sutiles», y adquieren por lo general la forma de la violencia «psíquica» y moral, otras resultan mucho más evidentes, como sucede cuando conllevan lesiones físicas, e incluso en ocasiones lamentablemente cada vez más frecuentes la violencia presenta modalidades especialmente perversas. Todas las personas estamos expuestos no sólo a padecerla sino también a infligirla, niños y adultos, hombres y mujeres, viejos y jóvenes. Asimismo, todos los ámbitos de nuestra vida, personal y social, desde luego el «familiar» pero también el «laboral», se muestran proclives para albergar o fomentar esta extrema patología social del comportamiento humano. Un repaso mínimamente exhaustivo de los medios de comunicación evidenciaría con radicalidad, casi con crueldad, lo fácilmente constatable de esta terrible afirmación de partida.

Fuera de las grandes representaciones normativas de una sociedad, contenidas en los textos constitucionales –incluido el flamante de la «Constitución Europea»– y de Derecho Humanitario Internacional, y sin perjuicio de las referencias parciales y de corte tradicional a la violencia física, en el Código Civil y en el Código Penal, los ordenamientos contemporáneos, incluso los más evolucionados, están lejos de *garantizar* una respuesta plenamente coherente, integral, adecuada y eficaz a este «emergente fenómeno». No deja de causar perplejidad esta observación, cuando se reconoce con tanta solemnidad que el respeto a los derechos inalienables de las personas, inherentes a su dignidad, y al «libre desarrollo» de su personalidad constituyen el fundamento no sólo del orden público sino de la paz social. Una vez más, y ya es la enésima, el reconocimiento del derecho fundamental no se ve acompañado de un sistema efectivo de garantías. Precisamente, lo generalizado de esta deficiencia nos lleva a saludar con afecto la promulgación de una LO que tiene como objeto específico la «*Protección Integral contra la Violencia de Género*».

La contemplación del título de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, evidencia que esta histórica Ley, no obstante haber nacido con una extraordinaria «ambición» de lucha a favor del respeto efectivo en la vida cotidiana de los derechos fundamentales y libertades públicas, no reúne las condiciones de dar respuesta «integral», inmediata y eficaz al fenómeno de la «violencia» en nuestras sociedades. En primer lugar, porque ha seleccionado básicamente sólo una modalidad de la violencia, la «*violencia de género*».

Por supuesto no discuto en lo más mínimo con esta apreciación que esta forma de ejercicio violento de una fuerza o poder no sólo personal sino social sea «*el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*», como reza la Exposición de Motivos (EM) de la LO 1/2004, votada y aplaudida con inusual unanimidad por las Cortes Generales. Las insoportables cifras de agresiones del varón «a su mujer», medie la relación afectiva que sea, son suficientemente relevantes para confirmar lo acertado de esta explosión de rechazo por parte del Parlamento español. Tampoco es mi intención terciar en la agria polémica en torno a si debió dirigirse o no, más ampliamente, contra toda forma de «*violencia doméstica*», término que reclamaba el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), so pena incluso de eventual inconstitucionalidad –como órgano colegiado que es su «voluntad» o decisión se fragua por el criterio de la mayoría, al margen de la «intrahistoria» ideológico-política que está presidiendo su actual funcionamiento– y prefirieron algunas otras leyes anteriores y vigentes ¹.

Yo sólo recuerdo que, lamentablemente, hay otras modalidades de violencia que implican el desconocimiento, por parte de las personas «agresoras», de los derechos mínimos o elementales «de libertad, respeto y capacidad de decisión» de otras personas. En este sentido, la propia LO 1/2004, en su versión definitiva, no ha podido relegar estas otras formas de violencia y a estas otras personas y colectivos, aunque quede lejos de llevar a la práctica los compromisos y programas recogidos en una Decisión comunitaria que, sin embargo, recoge en la EM, como es la *Decisión número 803/2004/CE del Parlamento Europeo –DOUE, L 143/1–, por la que se aprueba un Programa de Acción Comunitario (2004/2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres* y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II) –deberían entrar los viejos, aunque no se mencionen–.

En segundo lugar, tampoco ha abordado de forma integral la violencia de género, pese a su ampuloso título, por cuanto ha dejado fuera algunos ámbitos en los cuáles se ejerce también esa violencia, como es el caso del mundo del trabajo. La «violencia» representa hoy uno de los riesgos ocupacionales más graves que emerge en los lugares de trabajo, con efectos nefastos en el bienestar de los trabajadores y en la propia productividad de las empresas –y Administraciones y Servicios Públicos–. Pues bien, la variedad de conductas que se pueden incluir en ese concepto, y el incuestionable dato que evidencia que la violencia como riesgo profesional emergente desborda la cuestión de género, no puede llevar a ignorar o relativizar esta dimensión.

Así, entre los comportamientos y prácticas más significativos aparecen varios vinculados a cuestiones de género, como son las diferentes modalidades de acoso sufridas por la mujer en el trabajo, sea «sexual» sea «moral» en sentido amplio, incluidas otras formas de discriminación en las condiciones de trabajo ². Es cierto que, en este caso, no se trata de un «silencio elocuente», esto es,

¹ Vid. LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, «Violencia Doméstica» e Integración Social de los extranjeros; Ley 27/2003, 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las «Víctimas de la Violencia Doméstica». O sucede en otros países, como por ejemplo Uruguay, con la Ley 17.514, de Prevención, Detección temprana, y Atención y Erradicación de la «Violencia Doméstica».

² Vid. *Prevención y Respuesta a la Violencia en el Trabajo*. Informe OIT. MTAS/2004.

de un espacio deliberadamente dejado fuera de específica atención legislativa, sino de una opción por un marco regulador más especializado, en cuanto se ha preferido regular esta dimensión en la anunciada Ley especial de transposición de la Directiva 72/2003/CE. La EM es clara igualmente al respecto, en la medida en que sitúa el denominado «síndrome de la mujer maltratada» en los tres ámbitos básicos de la relación de la persona: *«maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral»* (EM, I, penúltimo párrafo).

Ahora bien, que en esta Ley no haya tenido cabida la violencia en el lugar de trabajo, sea o no por cuestiones de género, en modo alguno ha supuesto desconocer la importancia que «la(s) rama(s) social(es) del Derecho» tiene(n) en una lucha efectiva contra la violencia de género en el ámbito «extra-laboral». En línea de principio, la «violencia de género» pretende ser combatida por la Ley a través de un enfoque «integral e interdisciplinar». De ahí que, junto al «Derecho Privado», en particular «la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen agresiones», y al «Derecho Público», muy en particular a través de un reforzamiento de la «respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula» –lo que debe ser un «mensaje a navegantes», a mi juicio, para otras formas de violencia, fuera o dentro de los lugares de trabajo, que otra Ley no muy lejana deberá regular–, también el más indefinido e incierto, pero no menos relevante, «Derecho Social» se ha visto significativamente incidido y aún lo estará más cuando la Ley se aplique de modo efectivo.

Más aún. En realidad, todo el complejo entramado de reformas legales e institucionales, en el ámbito sustancial y procedimental, tienen como punto de partida la configuración de un «nuevo derecho social fundamental» de las «mujeres víctimas de violencia de género»: *el derecho «a la acción social de protección integral»*. Este derecho, de estructura compleja y de naturaleza que no dudamos en calificar de fundamental por su conexión directa e inmediata con las garantías de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, tiene su principal formulación en el artículo 19 de la LO –derecho a la asistencia social integral–, pero lo desborda.

En efecto, su correcta configuración técnico-jurídica requiere integrar el abanico de derechos de diferente contenido reconocidos en todo el Título II (*Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*). Pero también el nuevo «arsenal» de «garantías institucionales» previstas para asegurar su efectividad (Títulos III –en el ámbito administrativo– y IV –en el ámbito judicial–) y que, como veremos, en realidad constituyen el núcleo más relevante de la nueva regulación, ofreciendo tanto los aspectos de mayor novedad como también los de mayor incertidumbre, sea por los fuertes compromisos presupuestarios que requiere su puesta en marcha como por las dudas que genera la opción legislativa adoptada.

Como es obvio, en el limitado espacio de un comentario como el que aquí conviene realizar no puede abordarse el análisis, ni siquiera sucintamente, de todos los aspectos «jurídico-sociales» que incorpora esta Ley, necesaria pero compleja y de efectividad incierta. Descartado el estudio de los aspectos reguladores relativos a la intervención primaria, sea en los procesos de socialización mediante una educación en valores atenta a la «prevención» de conductas de este tipo –reformas del Derecho Educativo, además de la legislación de publicidad–, sea en los procesos de atención sani-

taria, en un momento «precoz» o previo y en el momento asistencial –reformas del Derecho Sanitario–, quedarían básicamente 4 ámbitos de referencia de particular interés para los juristas de las ramas socio-laborales. A saber:

En primer lugar, el de la moderna *acción social asistencial*, básicamente a través del reforzamiento tanto de los derechos de *prestación técnica*, esto es, de atención directa e inmediata, básica y especializada, a las mujeres víctimas de la violencia de género –técnica del servicio de acción social–, cuanto de los derechos de prestación monetaria –técnica de la ayuda económica o garantía de rentas o ingresos mínimos–. En segundo lugar, la intervención en el ámbito regulador de la relación de trabajo, de modo que a través del reconocimiento de nuevos *derechos laborales*, o mejora de los ya existentes, se facilite la posición de defensa de la mujer víctima de la violencia doméstica. En tercer lugar, también el ordenamiento regulador de las *prestaciones de Seguridad Social* en sentido estricto, y muy en particular las prestaciones de desempleo, aunque no sólo, se ve incidido en la misma dirección facilitadora de las ausencias de la trabajadora víctima de violencia doméstica, previendo su cobertura por el Sistema. Finalmente, en el también reciente ámbito del *Derecho Social del Empleo*, la LO realizará alguna referencia, insuficiente pero ilustrativa, a la *garantía del derecho de las mujeres víctimas de violencia de género a una oportunidad efectiva de empleo*, por cuenta ajena o por cuenta propia (art. 22), ampliando alguna línea de actuación que ya había tenido precedentes, en particular en el ámbito de las Rentas Activas de Inserción, esto es, en conexión con una protección social «activa».

Pues bien, son estos 4 ámbitos de regulación socio-laboral los que analizaré, breve pero espero que ilustrativamente, en las páginas que siguen. Desde luego, me centraré especialmente en las reformas realizadas en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en la Ley General de Seguridad Social (LGSS). Y, por supuesto, el comentario abarca todo el espectro de las *relaciones profesionales*, esto es, las relaciones de trabajo por cuenta ajena de naturaleza privada, las de naturaleza pública –funcionarias–, cuanto las de trabajo por cuenta propia, pues a todas ellas afecta, aunque con no plena uniformidad protectora, la LO 1/2004, nuevo ejemplo, este menos positivo, de la forja, gradual pero irresistible, del nuevo *Derecho Social Profesional* que venimos comentando³.

II. LAS «CUESTIONES DE GÉNERO» COMO HORIZONTE DE REVISIÓN TRANSVERSAL DEL «DERECHO SOCIAL»: «DERECHOS SEXUADOS», ACCIONES POSITIVAS E IGUALDAD EFECTIVA

Antes de afrontar la tarea comprometida, ofrecer un comentario útil de los aspectos socio-laborales más relevantes de la LO 1/2004, en particular en lo que atañe a los derechos ocupacionales, laborales y de Seguridad Social de las mujeres víctimas de la violencia doméstica, me gustaría realizar una muy breve incursión a una cuestión más general que subyace en todo el articulado y que

³ Remito a mi trabajo «Estatuto Profesional Común de los "trabajadores" del Sistema Sanitario español», en AA.VV. *Las reformas socio-laborales del final de la Legislatura*. Ed. Estudios Financieros. Madrid, 2004. Págs. 269 y ss.

está en la base, a mi juicio, de la principal polémica suscitada por esta Ley. Esta cuestión podría suscitarse, en términos sintéticos, del siguiente modo: *¿es legítimo en un ordenamiento presidido por la no discriminación por razón de sexo reconocer derechos específicos a las mujeres por el solo hecho de serlo?*

Como se sabe, en el contexto de esta Ley el problema principal ha residido en la constitucionalidad o no de una norma que agrava las sanciones punitivas, incluido el ámbito penal, cuando la persona agresora es hombre y la persona agredida mujer, creando tipos penales específicos por circunstancias atinentes al sexo, si bien en su dimensión más social y cultural que biológica relativa al «género». Los «críticos», abanderados por el CGPJ –aunque con la oposición de la minoría, expresión de esa «trágica» división de un órgano constitucional entre «conservadores» y «progresistas», entre «buenos» y «malos»–, entienden que no es legítimo recurrir a *técnicas de fomento de la igualdad efectiva, mediante la introducción de «derechos desiguales» a favor de un sexo, en el ámbito sustancial penal ni en el orgánico judicial.*

Básicamente las razones esgrimidas para defender esta posición de rechazo serían dos. Por un lado, el que no concurrirían los presupuestos necesarios para acudir a la medida de «acción» o «discriminación positiva» –*desequilibrio* social constatado de posiciones en perjuicio de uno de los sexos (o grupo beneficiario de la medida), *necesidad* de adoptar medidas para removerlo y *escasez* de los recursos para reestablecer el equilibrio formalmente definido a través de los derechos a la igualdad y no discriminación–, por otro, por no respetarse en la norma legislativa las condiciones jurisprudencialmente fijadas para determinar su legitimidad, en general vinculadas al principio de proporcionalidad –que no operen las medidas con carácter de automatismo y se establezca una limitación temporal–⁴.

En el texto definitivo se han introducido algunas reformas en la dirección advertida por el referido «sector crítico», de modo que la norma contempla la protección de los menores, más que para atender a sus derechos específicos, para «garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer» (EM, II, *in fine*). Sin embargo, conservan toda su pujanza en la LO 1/2004 los argumentos esgrimidos en contra de su constitucionalidad. Ya hemos advertido que no es misión –ni interés– mío en este momento mediar en una polémica como ésta que, sea cual sea la posición más acorde a nuestro ordenamiento, ha estado mal planteada, tanto por el CGPJ como por el Gobierno, que ni han querido ni han sabido comprenderse, con el consiguiente nuevo «escándalo institucional», bochornoso para la ciudadanía.

En realidad, lo que interesa es que el debate se ha reconducido sobre un concepto socio-laboral: la legitimidad de derechos específicos caracterizados por el sexo, o sea, «derechos desiguales sexuados». Éstos vendrían reconocidos y atribuidos no ya sólo por su diferente condición biológica –derechos de protección clásicos vinculados a la maternidad–, sino también por la diferente proyección socio-cultural del mismo, esto es, por su género. Lo más importante para mí es que todos, tanto los que vengo denominando como críticos como los promotores de la LO 1/2004, parten de la corrección jurídica de introducir el reconocimiento de estos derechos y sus necesarias garantías en

⁴ Cfr. Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO.

aras de la igualdad efectiva. Si bien los defensores del enfoque legal aceptan este planteamiento en cualquier ámbito jurídico que pueda tener incidencia en una protección más eficaz, incluido el penal y el judicial, los críticos limitan su legitimidad a su «ámbito natural»: el reparto de «bienes escasos» –empleo, protección social...–, entre los que no estaría la tutela judicial, pues este «bien», por definición –dudo de la conciencia de lo real de quien así piensa–, sería «ilimitado»⁵.

Pero sea como fuere, lo verdaderamente relevante y cierto es que parece ya haber irrumpido en nuestro ordenamiento, con radicalidad conceptual e importantes consecuencias prácticas, el derecho a un sistema de «acciones positivas» –*affirmative action*, en la terminología de la experiencia jurídica donde primero nacieron, la de EEUU–. Esto es, tengo la convicción de que con esta LO 1/2004, y quizás por la extrema trascendencia del problema abordado y por la creciente «alarma social» generada por el mismo, ha adquirido plena carta de naturaleza en nuestra experiencia jurídica, más allá de precedentes presencias nominalistas y vigencias episódicas, y «ha sido tomada en serio» la idea y la práctica del «derecho desigual» a favor del grupo social o colectivo de mujeres, paradigma conceptual y normativo para afrontar la lucha contra las demás diferencias de identidad⁶.

Tampoco pretendo aquí volver a traer el ya abundante cuerpo de estudios doctrinales en torno a este concepto. Un concepto que ha sido objeto de renovado referendo no sólo en los textos legislativos que trasponen normas de Derecho Comunitario, donde adquiere un reforzado papel –art. 141.4 TCE; art. 23 Carta de Niza, recogido ahora en el Tratado por el que se aprueba una Constitución para la Unión Europea–, sino que cuenta con un creciente favor en la jurisprudencia, constitucional y del TJCE –una vez superadas las limitaciones e incongruencias de la tristemente célebre Sentencia *Kalanke*–⁷. Aquí pretendo tan sólo introducir algunas precisiones técnicas y reclamar, al mismo tiempo, y en el plano de la política jurídica, la necesidad de iniciar una actividad legislativa –e interpretativa– mucho más seria, intensa y extensa de regulación de estas medidas, como se nos ha prometido para el futuro más inmediato, una Ley especial de transposición de la Directiva 73/2002, que reformó la histórica Directiva 76/207/CE, sobre igualdad de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en general entre hombres y mujeres.

⁵ Para el Informe, en el Anteproyecto –y ahora la LO– la mal llamada para él «acción positiva no es siquiera un caso de discriminación positiva, sino más bien una discriminación negativa». Consiste en endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo varón –esto es, por razones relativas al autor– y no por la mayor gravedad del injusto, lo que nos lleva a criterios penales que habría que entender felizmente desterrados». Sí acepta el Informe la legitimidad de estas medidas en ámbitos tales como la participación política, como sucede para el sistema de cuotas en materia electoral o de representación política (así, por ejemplo, la ley electoral belga de 24 de mayo de 1994 o la Ley 276/93, relativa a la elección del Senado de la República italiana o la Ley italiana 277/93 relativa a la elección de la Cámara de los Diputados).

⁶ Para otros colectivos puede verse, recientemente, la vaga referencia a las acciones positivas en el Capítulo III del Título II Ley 62/2003; en particular, para las personas con discapacidad puede verse el «programa» ambicioso, pero hoy poco creíble, de la Ley 51/2003. Remito a mi trabajo «Del principio al Derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria». AA.VV. *Las reformas socio-laborales... op. cit.* págs.153 y ss. En todo caso, según sucede en el ordenamiento comunitario, se asume «la diferencia de sexo, a causa de su carácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el paradigma idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares)». Vid. FERRAJOLI, [1999]: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Pág. 73.

⁷ Para la dimensión histórica de este concepto *cfr.* SIERRA, E. [1999]: *Acción Positiva y Empleo de la Mujer*. CES. Madrid.

En el primer plano, en el técnico-conceptual, conviene distinguir claramente dos conceptos que es frecuente encontrar indistintamente usados, el de «acción positiva» y el de «discriminación positiva». El primero no sólo ha sido el priorizado en las leyes españolas, y por el TCo español (STCo 128/1987), sino que entiendo que no cabe considerarlo intercambiable con el segundo, por la sencilla razón de que sólo el primero tendría legitimidad jurídica, en el ordenamiento comunitario y en el constitucional estatal. Aunque no existe unanimidad al respecto, entiendo que sólo *las acciones positivas* son una exigencia del derecho de igualdad de trato, de modo que lejos de ser una «excepción» al principio jurídico general de igualdad constituyen su garantía de efectividad más elaborada y, por tanto, más eficaz.

A mi juicio, la consecución de este derecho a la igualdad real no sólo permite –como entiende el TCo– sino que requiere –como ahora parece haber comprendido el legislador de forma sistemática, no aislada– el establecimiento de un «Derecho Desigual». Por tal, habría de entenderse la adopción de un conjunto coherente y completo de medidas orientadas, como recuerda el TCo, a «reequilibrar» las «situaciones sociales discriminatorias preexistentes» para lograr una sustancial equiparación entre la mujeres y hombres, asegurando «*el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer*» (STCo 229/1992; en el mismo sentido la 10/1993).

En cambio, cualquier medida que se entendiese como propiamente de *discriminación positiva* sí excepcionaría la igualdad de trato y por tanto quedaría al margen de la legitimidad constitucional y del Derecho Comunitario, en la medida en que parece presuponer el reconocimiento de un derecho a favor de un colectivo que presupone, como contrapartida ineludible, el perjuicio inmediato y directo hacia quienes pertenecen al grupo «contrario», en este caso los hombres. En cualquier caso, de admitirse su legitimidad, se trataría de medidas excepcionales que deben aplicarse con criterio restrictivo, con precaución y siempre de forma transitoria, conforme a un juicio especialmente estricto de proporcionalidad.

La igualdad jurídica se debe entender como «*idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes*»⁸. Por tanto, la igualdad no comporta un tratamiento uniforme de todas las personas. La igualdad jurídica se opone a la discriminación, positiva o negativa, pero no a determinados derechos diferenciados en atención al sexo y al género.

En definitiva, si las «*diferencias*» –ya sean naturales ya culturales o sociales– representan el conjunto de rasgos específicos que individualizan a las personas y que como tales han de ser valorados y tutelados por los derechos fundamentales, las «*desigualdades*» –sean económicas sean sociales– son el conjunto de disparidades producidas entre las personas por la atribución inequitativa tanto de «derechos patrimoniales» como de «posiciones de poder de sujeción». Este es el enfoque que está claramente presente en la LO 1/2004, cuando parte de la representación fáctica de la violencia de género como la expresión más dramática de un fenómeno social, no ya de una relación privada o interpersonal, como es la histórica posición de sujeción o subordinación de la mujer al hombre, en sus distintos ámbitos, incluido el de la «seguridad económica». Pero en el fondo esta desigualdad de

⁸ Vid. FERRAJOLI, L. *op. cit.*, pág. 82.

atribución de derechos patrimoniales y de posiciones de poder socio-económico es el aspecto crucial que está en la base de todas las cuestiones relativas a cualquier forma de discriminación por razón de sexo y género, de ahí nuestro afán por extraer de esta limitada Ley lecciones de mayor alcance para la comprensión del nuevo estatuto de derechos socio-laborales de las mujeres *in fieri* o en formación.

Para hacer frente, desde la atribución de derechos desiguales para garantizar la igualdad efectiva, a este objetivo será necesario comprender que las diferencias entre personas con igual dignidad jurídica –como son el hombre y la mujer– no sólo existen y son insuperables, sino que están tuteladas y amparadas por los *derechos fundamentales de libertad* o autodeterminación frente a cualquier forma de discriminación. En cambio, las desigualdades económicas y sociales entre estos sujetos y colectivos han de ser removidas, o cuando menos compensadas o reducidas por el reconocimiento, no sólo en niveles mínimos sino razonables de *derechos fundamentales de igualdad sustancial*, esto es, de derechos fundamentales de naturaleza social o prestacional. Si los primeros, los derechos fundamentales de libertad, garantizan el igual respeto de todas las «diferencias» entre personas, en especial entre las mujeres y los hombres, que es el tema que nos ocupa, los segundos, los derechos fundamentales de igualdad, han de garantizar en cambio el reconocimiento de derechos sociales que erradiquen o reduzcan las «desigualdades». En consecuencia, y entrando ya en el plano de política jurídica, *la elaboración teórica y la realización práctica de este sistema* –por su necesidad de ser completo y coherente el conjunto– *de formas de garantías* eficaces para remover las desigualdades aparece como el *principal objetivo de una política sustancialmente democrática del Derecho* ⁹.

Aunque no puede decirse que este objetivo constituya una novedad, ni en el Derecho en general ¹⁰, ni en el Derecho Social en particular, no nos cabe duda alguna de que sí estamos ante un cambio histórico en su comprensión técnica y, también, en su dimensión práctica o jurídico-positiva. Situados en el ámbito socio-laboral, afectado muy parcialmente por esta LO a la espera de una regulación específica, la dimensión de género, pues, desborda con mucho el ámbito de la «violencia», su proyección más dramática o cruel sin duda. En realidad, requiere o exige adoptar enfoques renovados, en gran medida inexplorados en la actualidad por los juristas del trabajo en nuestro país, para una multiplicidad de aspectos que inciden con intensidad en todos los sectores normativos y en todas las políticas socio-laborales –*principio de transversalidad*–. Así sucedería desde la política de empleo, hasta la política de prevención de riesgos laborales o salud laboral, pasando por la política de fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar, por citar tan sólo algunos de los ejemplos más relevantes, de modo que todos ellos requieren medidas que faciliten la instauración de un equilibrio entre sexos y géneros a través de un *estatuto jurídico regulador del trabajo a medida de la mujer*.

⁹ Vid. *ibidem*. Pág. 83.

¹⁰ La propia EM recuerda los «*avances legislativos*» en materia de lucha contra la violencia de género, LO 11/2003, Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; para la acción social, Ley 35/1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. En esta línea se mostraría también el movimiento legislativo emprendido por las CC.AA., con leyes específicas de lucha contra la violencia de género o de igualdad de oportunidades.

Por supuesto que esta tarea no es ni fácil ni puede hacerse mediante el reconocimiento de derechos socio-laborales sólo a favor de la mujer, en la medida en que podría ser contraproducente para el propio objetivo de la igualdad sustancial de trato y oportunidades, con erradicación de todas las formas de discriminación, incluidas las distintas modalidades de acoso laboral –sexual, moral, discriminatorio–. Junto a ejemplos lejanos de normas en origen protectoras que terminan siendo perpetuadoras de la discriminación social de base –normas OIT prohibitivas del acceso a determinados empleos–, encontramos otros más cercanos de la misma guisa. Así sucedería con el reconocimiento únicamente de derechos «de conciliación» a las mujeres, o de titularidad individual pero intercambiables, que lleva a perpetuar la división sexista de los tiempos de trabajo, en el mercado y en el hogar familiar, en perjuicio de las mujeres. La protección frente a las desigualdades sexistas pasará también, pues, por el reconocimiento de derechos específicos para los hombres, y no transferibles a las mujeres como garantía de efectividad de su derecho a la igualdad ¹¹.

Pero sin duda esta es otra historia –aunque no ha carecido de reflejo en el análisis de la LO 1/2004 que se ha producido en el discutido (y discutible pero no execrable o criminalizable) Informe del CGPJ, que advierte del «peligro» para las mujeres de una protección «por exceso»–. Sin duda tendremos oportunidad de seguirla cuando se presente en el Parlamento español, primero, y vea la luz, después, la referida y anunciada Ley de transposición de la Directiva 2002/73/CE. El texto definitivo de la LO no contiene ningún compromiso expreso al respecto, como sí sucedía en el Proyecto de Ley originario presentado por el Gobierno y que incomprensible, y sospechosamente, ha desaparecido (EM, *in fine*, del Proyecto y DF 10.^a) ¹²–, pero no hay razón para dudar que los reiterados anuncios de elaboración de esa Ley vayan a incumplirse, debiéndose recordar que vence el período establecido en la Directiva –junio de 2005–.

III. LAS RAZONES DE LA LEY: ¿UNA LEY DE ACCIÓN SOCIAL INTEGRAL O UNA LEY DE MEJORA DE LA ACCIÓN JUDICIAL E INSTITUCIONAL?

1. Una perspectiva general de la Ley: de la solución integral a la judicialización extrema del conflicto.

Para comprender, y valorar, el sentido y alcance de una Ley, por encima de sus proclamaciones solemnes y más allá de las expectativas abiertas por su promulgación, hay que identificar cuál es su finalidad real y comprobar o verificar luego si su contenido responde o no al objetivo confesado. El carácter ambicioso de la Ley queda evidenciado desde el mismo Título, en cuanto a que

¹¹ En realidad, más que de derechos fundamentales específicos para un sexo u otro estaríamos ante formas específicas y diferenciadas de garantía en atención a la propia especificidad de las violaciones. En realidad, algunos autores sólo reconocen como genuino derecho de género o sexuado el derecho al aborto o a la maternidad voluntaria. *Vid.* FERRAJOLI, L. *op. cit.*, pág. 85.

¹² *Vid.* BOCG, Serie A, 1 de julio de 2004, número 2/1.

adopta la ampulosa denominación de «*protección integral*» contra la «violencia de género». La dimensión pretendidamente integral del modo de afrontar esta protección se reitera con insistencia en diferentes preceptos de su articulado y que yo resumiría, para facilitar su comprensión, en 3 aspectos básicos de la acción de tutela. En primer lugar, cuando delimita los *momentos o fases de la intervención protectora*, al abarcar todo el ciclo de actuaciones de lucha contra la violencia de género –art.1.2–, cuyo orden lógico sería el siguiente:

1. «Prevenir» los hechos de violencia –*acción preventiva de la violencia*–.
2. «Prestar asistencia a las víctimas» –*acción o función asistencial*–.
3. «Sancionar» a los agresores –*acción o función punitiva o retributiva*–.
4. «Erradicar esta violencia» de las conductas de nuestras sociedades –*acción educativo-cultural o función profiláctica de la norma*–.

En segundo lugar, este carácter integral se apreciaría igualmente en los *ámbitos o disciplinas y técnicas* de protección movilizados para la intervención tutelar. Por eso esta dimensión integral se torna en una dimensión «*multidisciplinar*» de la acción de protección, por cuanto recurre a la práctica totalidad de las ramas del ordenamiento jurídico en busca de ese ambicioso objetivo tutelar. A las normas procesales e institucionales sumaría normas sustantivas, en el ámbito penal, civil y de protección social. En consecuencia, el carácter integral se manifiesta con nitidez en la descripción de «fines» ya más concretos que recoge el artículo 2 de la LO 1/2004, que de nuevo por fines pedagógicos y de síntesis podemos presentar agrupados en torno a los 4 siguientes:

1. Prevención de la *violencia de género mediante la intervención precoz en todos los procesos de socialización* de las personas, en particular mediante la educación, la atención y la comunicación basada en valores de respeto de la dignidad de las mujeres
2. Reconocimiento y garantía efectiva de un *catálogo suficiente de derechos a las mujeres víctimas de la violencia de género*, exigibles, transparentes y efectivos, tanto en el ámbito de la protección social como en el laboral –y funcional–.
3. Establecimiento de un «*sistema integral de tutela institucional*» que, en el ámbito de la Administración General del Estado, sea capaz de diseñar e implementar *políticas públicas* dirigidas a tutelar a las víctimas de la violencia de género
4. Reforzamiento del «*marco penal y procesal*» vigente para asegurar la insistida protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a los sujetos protegidos.

En tercer lugar, el carácter pretendidamente integral de la acción impulsada y ordenada por la Ley también se proyecta en los 4 «*principios de actuación*» que han de orientar –de «principios rectores» habla, si bien mezclando diversos conceptos, el artículo 2–, para garantizar la consecución de estos objetivos marcadamente institucionales, la aplicación *de las medidas protectoras*. A saber:

1. Hacer efectivo el *principio de coordinación* de todos los recursos e instrumentos, cualesquiera que sea su naturaleza y contenido, para asegurar una intervención eficaz, tanto en el momento de la prevención de los «hechos de violencia de género» como, en su caso –y de fallar aquélla, lo que lamentablemente ocurre en demasía incluso tras la famosa Orden de Protección–, en el de la «sanción» a los culpables.
2. Garantizar el «*principio de transversalidad*» de todas las medidas, de modo que cualquiera que sea el ámbito de aplicación atienda correctamente a las «necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género». Esta exigencia, típica del objetivo de la igualdad de trato entre hombre y mujer, como acredita su formulación en la Directiva 2002/73/CE, tiene importantes consecuencias teóricas y también prácticas, pero hoy sigue siendo básicamente un *desideratum*.
3. Fomentar el *principio de especialización de la atención profesional* que, en los más diversos ámbitos, requiere la implementación eficaz de esta compleja y farragosa norma legal.
4. Hacer efectivo el *principio de participación del diálogo civil* en el diseño e implementación de las políticas de lucha contra la violencia de género, mediante la promoción de la presencia de organizaciones de la Sociedad Civil en este objetivo que conlleva una auténtica «responsabilidad social»¹³.

Ahora bien, queda claro que las cosas tampoco son aquí lo que parecen, o al menos no lo son con la «ampulosidad» con que se nos vende. De ahí la necesidad, a mi juicio, de realizar análoga cautela a la efectuada respecto al alcance de las modalidades de violencia de género incluidas en la Ley –objeto de protección o *campo objetivo de aplicación*–. En este sentido, una simple comparación entre la finalidad que se dice perseguir y las «medidas concretas» introducidas para alcanzarla evidencia, con total nitidez, un importante desfase, de modo que estas últimas no sólo resultan insuficientes, sino que también, en cierta medida, evidencian un desenfoque del problema y, por tanto, de las soluciones a adoptar a un problema eminentemente social como es la violencia de género en particular y la discriminación de las mujeres en general. El carácter integral sólo como *desideratum* o aspiración no es nuevo u original¹⁴, pero lo peor es que no es tampoco real, pues *debería haber sido una norma eminentemente social*, centrada en el reconocimiento de derechos de prestación, y *estamos ante una regulación extremadamente institucional, judicializada, procesalista y punitiva*, centrada en la mejora de los derechos de defensa judicial.

Qué duda cabe de que la urgencia por dar una respuesta espectacular a un problema muy acuciante puede explicar, pero no justificar, esta incompreensión de la respuesta, confundiendo la parte

¹³ Se sigue la senda abierta por la LO 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de Asociación* en cuanto que declaró de utilidad pública las asociaciones que tengan por fin la promoción de la mujer.

¹⁴ El criterio de integridad en la regulación de la lucha contra la violencia de género quedó afirmado, si bien no realizado tampoco, por la Ley 27/2003. Señalaba su EM que «*es necesaria, en suma, una actuación integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad*».

con el todo. Coincidimos en parte con el Informe de la mayoría del CGPJ cuando aprecia, si bien con un enfoque diferente al nuestro, un exceso de judicialización del problema de la violencia de género. En este sentido, la norma centraría la ineludible reacción del Estado en la intervención básicamente de Jueces y Fiscales ¹⁵ y no, como debería ser, poniendo el acento en el Estado Social «presencial», único capaz de reestablecer sustancialmente la igualdad jurídica perdida por la muy desigual atribución social de derechos patrimoniales –derechos de seguridad económica y de oportunidades ocupacionales y de promoción social– y poderes de decisión –derechos de autodeterminación–. El reducido número de preceptos dedicado al Título de «los derechos de la mujer», a diferencia del amplio conjunto de artículos dedicados a la tutela institucional, judicial-fiscal y procesal-penal, y la debilidad de los contenidos del catálogo de derechos, especialmente los relativos a las ayudas económicas y prestaciones de Seguridad Social, y la fuerza con que se interviene en la reordenación del entramado judicial y fiscal –incluido el ámbito de los médicos forenses– para visualizar la adopción de medidas contundentes, delata con claridad este desequilibrio de tratamientos con el efecto limitador de la eficacia de la respuesta o solución fraguada.

La vocación integral se ve, pues, traicionada, incluso en cierta medida vaciada en el desarrollo de las medidas concretas. Ha primado mucho más la dimensión de la violencia de género como un conflicto o cuestión de orden público, seguridad ciudadana y salud pública, que requiere, como es natural, normas de orden procesal, orgánico judicial y penal. En cambio, ha quedado en segundo plano su dimensión como auténtico o genuino conflicto o cuestión social. Éste está basado, como paradójicamente asume el legislador en plenitud para justificar su iniciativa en la visión de la violencia de género como forma brutal de discriminación, en la ruptura de un equilibrio jurídico –el que proporciona el reconocimiento de la igualdad formal– por la práctica social discriminatoria. Por tanto, en cuanto que es fruto de una profunda desigualdad en la atribución de derechos socio-económicos –derechos patrimoniales– y poderes de decisión –derechos de autodeterminación o libertad real– su solución pasa también y a nuestro juicio, sobre todo –sin perjuicio de reconocer que la violencia de género la sufren mujeres con autonomía económica y elevada posición social–, por la redistribución de derechos fundamentales de orden social.

En definitiva, si la primera finalidad y la última extraídas del artículo 1.2 LO 1/2004 –la preventiva y la profiláctica o de erradicación social– quedan confiadas a un programa de reformas y actuaciones que, por necesidad, sólo incidirán, si son efectivas, en el medio y largo plazo y la segunda, la asistencial, tiene un escaso contenido, como veremos de inmediato, queda claro que la originaria y confesada vocación integral queda reducida a la sancionadora o punitiva. Aunque en modo alguno cabe desconocer, ni siquiera relativizar su importancia ante la barbarie que sufren miles de mujeres en nuestro país –y en otros de nuestro entorno cultural y desarrollados–, tampoco cabe ocultar que esta solución no afronta de raíz, y con una razonable inmediatez, las causas reales del problema. Amén de dudar, a la vista de las experiencias pasadas, tanto de la eficacia de las medidas como incluso de su bondad o acierto.

¹⁵ A su entender, nada descaminado, tal «opción implica judicializar un problema social mucho más diverso que lo que pueda ventilarse ante y por los jueces (...) de ahí que sea un error pensar que la solución principal está en el juez, especialmente en el ámbito penal».

Aunque la LO parece presentarse como motor de un proceso de reformas legales, no sólo estatales sino también autonómicas, orientadas a perfeccionar e innovar nuestro ordenamiento jurídico para promover la igualdad de la mujer *ex* artículo 9.2 de la Constitución, procurando el mayor nivel posible de protección en todos los ámbitos afectados, lo cierto es que viene más bien a perfeccionar nuestro ordenamiento procesal y penal para garantizar la tutela judicial en el ámbito de la violencia de género. En consecuencia, salvo en el objeto de protección –ya no es tanto la violencia doméstica cuanto la violencia de género–, mantiene una estrecha continuidad con una creciente legislación en este ámbito ¹⁶.

El jurista «socio-laboral» de nuevo quedará decepcionado y, en todo caso, emplazado para una más feliz ocasión en la que se aborde de verdad en profundidad y de forma integral el problema. Ahora procede, pues, dirigirnos al ámbito de medidas atinentes a las esferas socio-laborales aquí atendidas para conocer cuál es –y comprobar lo limitado– el alcance de estos derechos ocupacionales, laborales y de protección social, de Seguridad Social y de Acción Social asistencial. Antes de describir la estructura del conjunto de medidas y de conocer su contenido concreto, con el comentario de los problemas aplicativos más relevantes que sugiere en esta primera aproximación las reformas introducidas por la LO 1/2004, especialmente en el ET y en la LGSS, es igualmente oportuno una aproximación a la finalidad principal que se persigue con las mismas, que naturalmente habrán de estar en coordinación con las funciones y fines buscados con carácter general por la LO.

2. Caracterización general de las reformas de orden socio-laboral: un conjunto de reformas de mejora pero insuficientes.

En una presentación de síntesis como la que pretendemos en este apartado, los objetivos concretos buscados en los diferentes ámbitos socio-laborales por la LO 1/2004, siempre en conexión con la finalidad general de la norma legal, pueden resumirse como sigue. A saber:

En primer lugar, y haciendo gala de la evidenciada –aunque luego diluida o reducida– vocación integral y de coordinación eficaz de los recursos disponibles, se reconoce ***el derecho a la acción social asistencial integral*** a favor de las mujeres víctimas de la violencia de género. Con esta formulación de síntesis pretendo configurar unitaria y coherentemente, por encima de las deficiencias técnicas de la sistemática legal, un *complejo sistema de garantías sociales de efectividad de los derechos fundamentales de libertad* de estas personas, en particular, como expresa el artículo 17.2 LO 1/2004, de los derechos «*a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo*». El legislador adopta un marcado enfoque garantista, con las

¹⁶ Se remontaría a la LO 2/1989 de reforma del Código Penal, y se avanzaría con leyes ya citadas, como son la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* o de la Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*.

consecuencias teóricas y prácticas –de técnica jurídica y de política del derecho– que evidenciamos en el apartado II de este comentario. El contenido de este derecho queda concretado tanto en el ámbito de los servicios de información en general sobre los recursos disponibles a favor de las titulares del mismo (art. 18), cuanto en el de los servicios sociales, básicos y especializados (art. 19), así como en el de la «asistencia jurídica» (art. 20).

En segundo lugar, se procede al reconocimiento de determinados *derechos laborales* y a *prestaciones de Seguridad Social* que permitan facilitar, a partir del *reconocimiento de un mayor margen de autodeterminación en el desenvolvimiento de la prestación laboral y de cobertura de los períodos de ausencia en el lugar de trabajo*, las decisiones adoptadas por las mujeres víctimas de la violencia de género. En este sentido, las reformas operadas a tal fin en las dos principales leyes de la «rama social» del Derecho tienen la finalidad de justificar, desde un punto de vista socio-laboral, las decisiones modificativas o vicisitudes de la relación provocadas por el sufrimiento de situaciones o procesos de violencia de género por parte de la mujer trabajadora y facilitarlas, acompañando o facilitando el proceso de defensa judicial, así como las decisiones de «huída» o de salida del foco de agresión. Por supuesto, estos derechos se reconocen, siguiendo la senda que iniciara la legislación relativa al fomento de la conciliación de la vida familiar y profesional, allá por 1989, tanto a las mujeres asalariadas –Capítulo II del Título II–, cuanto a las funcionarias –Capítulo III–.

Más concretamente, por lo que hace a la revisión del estatuto jurídico-laboral, la LO pretende facilitar:

- La adopción de medidas novatorias de la prestación de servicios sin que afecte a la continuidad del contrato de trabajo, como pueden ser las estrictamente modificativas en lo funcional y en lo geográfico, o las suspensivas.
- La justificación de ausencias del puesto de trabajo de las víctimas.

Por otro lado, y coherentemente, se persigue que esas decisiones no sólo sean más fáciles por su régimen jurídico-laboral, sino que el coste de las mismas no revierta o recaiga en las víctimas, tampoco plenamente en los empresarios, de ahí la llamada a la Seguridad Social. Así se busca igualmente facilitar:

- La extinción del contrato de trabajo mediante la generación de una situación legal de desempleo. A tal fin se adapta el concepto de «voluntariedad» exigido para estar en situación legal de desempleo a las situaciones de violencia de género, de modo que se facilite, como hemos visto, el acceso a la protección por desempleo en los momentos de suspensión o extinción del contrato.
- El período de suspensión con reserva de puesto de trabajo mediante su tratamiento «como si» –presunción– se tratara de un período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, IP, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo.

- El cese temporal en la actividad, por parte de las trabajadoras por cuenta propia, mediante la suspensión de la obligación de cotizar durante un período de 6 meses para las obligadas a cesar en la actividad para hacer efectiva la protección o derecho a la asistencia o acción social integral. Este período tiene la consideración de situación de asimilación al alta y cotización efectiva a los efectos de Seguridad Social (art. 21.5).

Si para las «víctimas» se busca un *régimen de facilidades y ventajas*, laborales y de Seguridad Social, para los «agresores» se introduce un limitado *régimen o sistema de «castigos» de carácter social*, al privarles de determinadas prestaciones o beneficios. Así, se restringe o excluye el acceso de los «verdugos» a las prestaciones de muerte y supervivencia. En el primer caso, se prevé que quien fuese condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio o lesiones contra su cónyuge o ex cónyuge pierda su condición de beneficiario de la pensión de viudedad, que pudiera corresponderle salvo que mediara reconciliación. Por otro lado, también se priva de la condición de beneficiario o administrador de la pensión por orfandad que pudieren percibir sus hijos a quien haya sido condenada por la comisión de un delito de asesinato doloso, de homicidio o de lesiones, graves o muy graves, contra su cónyuge o ex cónyuge.

En tercer lugar, y como concreción particular del derecho a la acción social integral, en su dimensión de *derecho a la inserción socio-laboral* o «*inserción por una actividad económica*» de las víctimas de violencia de género, aparece un mandato dirigido al Gobierno de la Nación para que, «en el marco del Plan de Empleo del Reino de España», se incluyan programas específicos de fomento de empleo para este colectivo. Estos programas no sólo se dirigirán al fomento del empleo por cuenta ajena de las demandantes de empleo víctimas de violencia de género, sino también a la promoción de actividades económicas por cuenta propia (art. 22).

En cuarto lugar, y como otra manifestación singular del referido derecho a la asistencia social integral, se recoge un catálogo de «*derechos económicos*» para *atender a concretas situaciones de necesidad de las mujeres víctimas* de la violencia de género (Capítulo IV). Una vez más, la ambición del nombre no se corresponde con lo limitado del contenido, pues no es propiamente un conjunto coherente y abierto de prestaciones asistenciales, económicas y técnicas, sino la previsión de dos concretas medidas de intervención para situaciones de especial necesidad.

La primera consiste en una *técnica de ayuda económica*, para el caso en que las mujeres víctimas de violencia de género carezcan de rentas superiores al 75 por 100 del SMI –umbral de pobreza– (art. 27). En cierta medida, como luego veremos con mayor detenimiento, el reconocimiento de este derecho parece estar condicionado por la efectividad del derecho a la empleabilidad reconocido en el artículo 22 LO 1/2004. La segunda constituye un *derecho de preferencia para el acceso* de las mujeres víctimas de violencia de género sea a «viviendas protegidas» sea a «residencias públicas para mayores», si bien siempre en los «*términos que determine la legislación aplicable*». Ambas materias corresponden a competencias transferidas a las CC.AA., como sucede con la asistencia social «externa» a la Seguridad Social.

Finalmente, situados en el ámbito de lo que se llama «Derecho Reflexivo» o «Derecho Procedimental», y con un alcance más general, conviene hacer una mínima referencia a los instru-

mentos predispuerto por la Ley para organizar y mejorar la denominada «Tutela Institucional» –Título III–. En particular, llamamos la atención sobre la creación, en el ámbito del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), sea de una «*Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer*», responsable del diseño e implementación, así como de la coordinación, de las políticas públicas en esta materia (art. 29), sea del «*Observatorio Estatal de Violencia Sobre la Mujer*», con funciones de asesoramiento, evaluación, estudio y propuesta en materia de violencia de género (art. 30). La primera instancia de gobierno y tutela administrativos sí es una novedad –si bien en línea con lo que sucede en materia de extranjería e inmigración–, la segunda es recurrente en estas materias de especial complejidad.

Por lo que refiere a este ámbito, que aquí no corresponde analizar, tan sólo reclamaremos la atención sobre una línea de tendencia que me parece interesante y que se ha producido a raíz del cambio de Gobierno, por lo que inicia una nueva línea de política del Derecho, si bien con resultados inciertos. En efecto, la ubicación de estas nuevas instancias administrativas no en el seno del Departamento Ministerial de Interior o de Justicia –como hubiera sido lo habitual en la situación anterior–, sino en el Departamento Ministerial de Trabajo y Asuntos Sociales, viene a confirmar un cierto proceso de «laboralización» o «socialización» de ciertos fenómenos sociales especialmente relevantes que, en precedencia, habían sufrido de un exceso de «gubernamentalización», dominando el prisma de la seguridad pública sobre la atribución de derechos socio-laborales. Un ejemplo claro al respecto, que confirma el alcance general de este cambio, es lo sucedido con las estructuras de gobierno en materia de extranjería e inmigración que, como se verá en el comentario realizado a la nueva regulación, también se ha reubicado en el seno del MTAS, sustrayéndolo en buena medida del otrora onnipotente y omnipresente Ministerio de Interior.

El lector atento y avezado podrá llegar a la conclusión de que con esta advertencia puedo incurrir en contradicción, pues precisamente más arriba he reprochado a la nueva norma una descompensación de tratamientos entre «lo social» en la lucha contra la violencia de género y «lo gubernamental» o lo «judicial». Entiendo, sin embargo, que no sucede tal contradicción, por cuanto estas previsiones de reordenación del Gobierno público de la lucha contra la violencia de género siguen quedando en un segundo plano si se compara con la intervención, radicalmente reestructuradora, realizada en el plano judicial, incluyendo también la Fiscalía (Título V), así como, en el ámbito sustancial, la Tutela Penal (Título IV).

IV. EL PLANO DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA: UNA ESTRUCTURA DUAL QUE NO FAVORECE EL BUSCADO EFECTO «CODIFICADOR»

Una vez presentadas –y valoradas– las razones de la norma, su alcance, el «oficial» y el «real», su sentido de política jurídica, conviene hacer lo propio, ya en el plano de la técnica legislativa, con la estructura que presenta la LO 1/2004. La caracterización de la misma nos permitirá tener una imagen más precisa, aunque panorámica, de su contenido. Formalmente la LO consta de una EM, un Título Preliminar, 5 Títulos (que suman 72 artículos), 20 disposiciones adicionales, 2 transitorias,

una derogatoria y 7 disposiciones finales. El Proyecto de Ley incluía un «Índice Legal» que, no habitual, aquí hubiera resultado de especial utilidad dado lo extenso, heterogéneo y, sobre todo, abigarrado de la estructura de la norma.

Básicamente, y *grosso modo*, la regulación se estructura en torno a los siguientes temas:

1. Fijación de los *ámbitos de aplicación*, objetiva y subjetiva, de las medidas de protección, esto es, los presupuestos objetivos y subjetivos de la norma.
2. Reconocimiento del catálogo de *derechos y garantías de efectividad* para hacerlos reales, en el plano de la tutela sustantiva –sobre todo en el ámbito penal– procesal e institucional, sea administrativa sea sobre todo judicial. Al reconocimiento del derecho –garantía primaria– le seguiría, en el orden lógico, el establecimiento de las garantías para su exigibilidad y actualización –garantías secundarias–, pues sólo de este modo resulta mínimamente creíble o real.
3. Un catálogo o secuencia de «*cláusulas de cierre*» de la regulación que, especialmente extenso y heterogéneo, pretende asegurar la coherencia del entero ordenamiento jurídico con el «nuevo» sistema de derechos y garantías introducido. A tal fin se incorpora un amplio «paquete» de *reformas de las diferentes leyes implicadas* en la acción «integral» de tutela.
4. *Cláusulas relativas a los compromisos de financiación* de una norma que se presenta como especialmente costosa en términos financieros, además de compleja en términos de implementación legal e institucional. Además de la DA 14.^a, relativa a los Informes sobre financiación –no puede ignorarse que el segundo gran problema suscitado con esta Ley es la sospecha de las CC.AA. de que no contarán con todos los fondos necesarios para «dar vida» a esta norma, con el consiguiente riesgo de quedarse «en papel mojado»–; por lo que a este trabajo atañe es especialmente destacable la dotación de un Fondo para coadyuvar la financiación del derecho a la acción social asistencial integral recogido básicamente en el artículo 19 LO (DA 13.^a).

Una estructura tan clara, sin embargo, luego se concreta técnicamente de un modo difícilmente comprensible. Aquí comentaremos muy brevemente los elementos principales que integran cada Título y Capítulo de la LO 1/2003.

La grandilocuente –como todas las de esta guisa– *EM* se divide en tres partes en las que se analiza el fenómeno de la violencia ejercida sobre la mujer y la necesidad de que los poderes públicos se impliquen en la lucha contra la misma, adoptando medidas suficientes para hacer reales y efectivos los derechos a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, todo ello desde un pretendido enfoque global, tal y como recomiendan los organismos internacionales. Por ello se insiste en abarcar aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, sin perjuicio de la tutela penal y judicial.

El *Título Preliminar* se ocupa en sus dos artículos del objeto de la Ley –art. 1– y de los fines y principios que la inspiran –art. 2 –. El *Título I (Medidas de sensibilización, prevención y detec-*

ción) regula las medidas de sensibilización. Además de comprometer la elaboración y puesta en marcha, «con la consiguiente dotación presupuestaria», de un «*Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género*» (art. 3), se incide para este aspecto de alcance eminentemente cultural, por tanto de largo plazo, en el ámbito educativo (Cap. I, arts. 4 al 9), el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación (Cap. II, arts. 10 a 14) y el ámbito sanitario (Cap. III, arts. 15 y 16).

El *Título II* recoge los «*derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*». En el Capítulo I, una vez establecida la seriedad y efectividad de la «*garantía de los derechos de las víctimas*» (art. 17.2), reconoce el derecho a la información (art. 18), el derecho a la asistencia social integral (art. 19) y la asistencia jurídica (art. 20). El Capítulo II regula «*los derechos laborales y de seguridad social*» (art. 21), un programa específico de empleo en el marco del Plan de Empleo del Reino de España (art. 22) y la acreditación de las situaciones de violencia ejercida sobre las trabajadoras (art. 23), cuestiones que serán objeto de especial comentario en este trabajo. El Capítulo III (arts. 24 a 26) se ocupa de los *derechos de las funcionarias públicas* en términos análogos a las trabajadoras asalariadas, entre los que se incluye el derecho de traslado y a la excedencia voluntaria, derecho a la adaptación del tiempo de trabajo y acreditación de las situaciones de violencia ejercida sobre las funcionarias. Por último, el Capítulo IV regula «*los derechos económicos*» en los que se incluyen ayudas sociales para las víctimas sin recursos económicos (art. 27) y el derecho de prioridad para el acceso a la vivienda (art. 28).

El *Título III* se refiere a la **Tutela Institucional**, si bien en el ámbito estrictamente administrativo. En él se prevé la creación de la referida *Delegación del Gobierno contra la violencia sobre la mujer* (art. 29) y el *Observatorio Nacional de violencia sobre la mujer* (art. 30). Asimismo, en aplicación del enunciado *principio de especialización profesional*, se prevé la creación de «unidades especializadas» en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la prevención de la violencia de género y el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas. Igualmente, ahora en *aplicación del principio de coordinación*, se prevé la técnica de la promoción de actuaciones de las Policías locales en cooperación y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 31), así como la elaboración de planes de colaboración entre las distintas administraciones competentes (art. 32).

El *Título IV* regula la priorizada **Tutela Penal**. Este Título está compuesto por 9 artículos (del 33 al 42), básicamente dirigidos a introducir modificaciones en el Código Penal, bien para restringir o dificultar –agravar en definitiva– el régimen de beneficios relativos a la *suspensión* –arts. 33 y 34– y *sustitución de penas* –art. 35–, bien para agravar la responsabilidad penal de los agresores cuando se trate de actuaciones de violencia de género. En este sentido, el artículo 36 (*protección contra las lesiones*) modifica el artículo 148 del CP, el artículo 37 (*protección contra los malos tratos*) modifica el artículo 153 CP, el artículo 38 (*protección contra las amenazas*) reforma el artículo 171, el artículo 39 (*protección contra las coacciones*) reforma el artículo 172, el artículo 40 (*quebrantamiento de condena*) el artículo 468 CP y el artículo 41 (*protección contra las vejaciones leves*) el artículo 620 CP. Finalmente, el artículo 42 (*Administración Penitenciaria*), en relación con la DF 5.^a, que obliga al Gobierno a introducir reformas en la regulación reglamentaria en el plazo de

6 meses desde la entrada en vigor de la LO, establece el mandato de realizar programas específicos de reeducación para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género, con eventual proyección en el régimen de concesión de permisos

No cabe duda de que lo más destacado es, como se sabe, la creación de «*tipos penales específicos agravados por razón del sexo del agresor*» –tipos penales sexuados–, tanto de coacciones como de lesiones. Casi a modo de «pregón», el Parlamento quiere hacer saber solemnemente a «la ciudadanía», a los colectivos de mujeres y a las personas que sufren esas agresiones que la Ley, desoyendo las voces críticas, se compromete al máximo con «una respuesta firme y contundente».

El Título V se ocupa de la no menos predominante **Tutela Judicial**. Está integrado por 5 Capítulos con el siguiente contenido. El Capítulo I se dedica a la configuración de una nueva instancia judicial, que también ha sido objeto de severas críticas por el Informe del CGPJ, como es la de los «*Juzgados de violencia sobre la mujer*»¹⁷. Por supuesto no es de mi «competencia» analizar en profundidad esta determinante novedad, pero sí creo obligado evidenciar cómo se está produciendo en los últimos años un exacerbado proceso de «especialización jurisdiccional», con fundamento y consecuencias más que inciertas, como sucediera, en este caso con incidencia en lo laboral, para la materia concursal con los juzgados de lo Mercantil.

El Capítulo II reordena las *normas procesales civiles*, con modificaciones de la LEC (pérdida de competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer –art. 57–); mientras que el Capítulo III hace lo propio con *las normas procesales penales, en la LECriminal* (competencias en el orden penal –art. 58–, competencia territorial –art. 59–, competencia por conexión –art. 60–). El Capítulo IV recoge las *medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas* (disposiciones generales –art. 61–, orden de protección –art. 62–, protección de datos y limitaciones a la publicidad –art. 63–, medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones –art. 64–, medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores –art. 65–, del régimen de visitas –art. 66–, del derecho a la tenencia, porte y uso de armas –art. 67–, garantías para la adopción de las medidas –art. 68– y mantenimiento de las medidas cautelares –art. 69–). Finalmente, el Capítulo IV, en coherencia con la opción de política de organización judicial realizada en el Capítulo I y en aplicación del principio de especialización profesional una vez más, se crea la figura del **Fiscal contra la violencia sobre la mujer**, incluyendo Secciones contra la violencia sobre la mujer en la Fiscalía de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores (art. 71), así como los «Delegados de la Jefatura de la Fiscalía» (art. 72).

¹⁷ Comprende las siguientes materias: organización territorial –art. 43–; competencia –art. 44–; recursos en materia penal –art. 45–; recursos en materia civil –art. 46–; formación –art. 47–; jurisdicción de los Juzgados –art. 48–; sede de los Juzgados, en la capital de partido –art. 49–; planta de los juzgados de violencia sobre la mujer –art. 50–; plazas servidas por Magistrados –art. 51–; constitución de los Juzgados –art. 52–; notificación de las sentencias dictadas por Tribunales –art. 53–; especialidades en supuestos de juicios rápidos –art. 54–; notificación de las sentencias dictadas por Juzgado de lo Penal –art. 55–; especialidades en el supuesto de juicios rápidos en materia de faltas –art. 56–.

Finalmente, en las cláusulas de cierre o parte «extravagante» de la LO, especialmente nutrida en este caso, aparecen las **Disposiciones Adicionales**. Como se advirtió, en esta extensa secuencia de preceptos se procede a una profunda –en el ámbito laboral y de seguridad social no tanto– reforma del ordenamiento jurídico para adaptar las normas vigentes al marco regulador introducido por la LO 1/2004. En vez de regular toda la materia en una macro-norma como ésta, se ha preferido la técnica legislativa de llevar a cada Ley específica la concreción del derecho recogido en la LO 1/2004, como veremos ha sucedido, por lo que aquí más interesa, en el ET y en la LGSS. En consecuencia, *se trata de una norma de coordinación o armonización y no de «codificación» del sistema* de derechos y garantías de protección frente a la violencia de género.

Concretamente, las 20 Disposiciones Adicionales previstas regulan:

- Las restricciones al mantenimiento de la pensión de viudedad y determinadas Ayudas asistenciales –DA 1.^a–.
- Los protocolos de actuación global en casos de violencia elaborados por unidades de valoración forense integral –DA 2.^a–.
- La modificación de la LO reguladora del Derecho a la Educación –LO 8/1985–, LOGSE LO 1/1990, LOCE –LO 10/2002– (DD.AA. 3.^a a 5.^a).
- Modificación de la LG de Publicidad – Ley 34/1988– (DA 6.^a).
- Modificación de LET – DA 7.^a–, LGSS – DA 8.^a– y LMRFP –DA 9.^a–.
- Modificación LOPJ –DA 10.^a–.
- La evaluación de la aplicación de la Ley –DA 11.^a–.
- Nuevas modificaciones de la LECr, ya modificada en el texto articulado –DA 12.^a–.
- La dotación del fondo para el funcionamiento de la asistencia social integral –DA 13.^a– e Informe sobre Financiación –DA 14.^a–¹⁸.
- Promoción de los convenios en materia de vivienda –DA 15.^a–.
- Coordinación de los Servicios Públicos de Empleo –DA 16.^a–.

¹⁸ En la *Memoria Económica* que acompaña esta Ley aparece la estimación del coste de las medidas que afectan a las competencias de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, de Educación y Ciencia, del Ministerio de Justicia y del Ministerio del Interior. En el apartado relativo a la estimación del coste de las medidas que afectan al Ministerio de Justicia, se analiza la planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los costes estimados de creación de los nuevos Juzgados y de adaptación de los ya existentes, el impacto económico que supone la extensión de la Asistencia Jurídica Gratuita, de la creación de la figura del Fiscal Delegado Contra la Violencia de Género, del Servicio de Traducción al lenguaje de signos y de la creación de Unidades de Valoración Forense Integral de la Violencia.

- Garantía de escolarización inmediata de los hijos en el supuesto de cambio de residencia –DA 17.^a–.
- Planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, añadiendo un Anexo XIII a la Ley 38/1998, cuyo texto se incluye como Anexo de la LO –DA 18.^a–.
- Remisión a una ley específica que cree el Fondo de Garantía de pensiones de alimentos impagados –DA 19.^a–.
- Cambio de apellidos –DA 20.^a–.

Las **Disposiciones Transitorias** regulan la aplicación de medidas y la competencia de los órganos que actualmente conocen de los procesos civiles o penales relacionados con la violencia sobre la mujer. La primera mantiene la competencia de los actuales órganos judiciales hasta la conclusión por sentencia firme y la segunda les permite adoptar las medidas previstas en el Capítulo IV del Título V. La Disposición Derogatoria única acude a la cláusula de derogación tácita –cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la Ley–.

Por último, las **Disposiciones Finales** –que en versiones anteriores de la norma regulaban lo que ahora las Disposiciones Adicionales– se ocupan de:

- Coordinar la regulación vigente procesal con la nueva regulación, de modo que las *referencias normativas* a los Jueces de Instrucción se entiendan hechas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en la materia propia de su competencia –Primera–.
- De declarar cuál es la *habilitación competencial* para introducir este conjunto abigarradísimo de regulaciones –Segunda–.
- Delimitar los *preceptos que son de naturaleza orgánica* y aquellos que no lo son –Tercera–.
- *Habilitación normativa* al Gobierno para desarrollar normativa e institucionalmente lo necesario para que actúen los nuevos Juzgados y Fiscales especializados en Violencia de Género –Cuarta–.
- El mandato para las modificaciones reglamentarias en el ámbito penitenciario se recogen en la DF 5.^a, y
- La modificación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en la DF 6.^a.

Finalmente, la entrada en vigor de la LO se fija en la DF Octava – a los 30 días de su publicación, salvo los Títulos IV y V, que lo harán a los 6 meses–. Como se señaló, incomprensiblemente, ha desaparecido la Disposición Final que comprometía la transposición de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Para finalizar esta visión panorámica en el plano estructural y de técnica legislativa, y ante la imposibilidad – e innecesariedad– de analizar tan prolija regulación, sólo quiero realizar una

doble observación. Por un lado, de nuevo lamentar la anarquía reguladora del legislador, lo que tiene efectos prácticos en orden a la pérdida de seguridad jurídica de tan arbitrario proceder. Por otro, y más importante, también desde esta perspectiva queda claro que la vocación integral es más una proclamación que una realidad. En este sentido, también coincido con la mayoría del CGPJ cuando recordaba «que la Ley integral debería tener el valor "codificador" de una normativa ya existente en las distintas ramas del ordenamiento jurídico; ahora bien, lejos de identificarse lo "integral" con una vocación refundidora, con el texto informado proliferarán regímenes procesales distintos sobre una misma materia, con riesgo cierto de solapamientos, interferencias y todo bajo la idea de precipitación».

V. EL ÁMBITO OBJETIVO DE PROTECCIÓN: EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO PRESUPUESTO DE LA NORMA

El *presupuesto* para la aplicación de los derechos socio-laborales reconocidos por la LO 1/2004, y garantizados a través de las correspondientes reformas legislativas y remisiones reguladoras y de acción pública, se concreta, como no podía ser de otro modo, en la constatación de una situación de «*violencia de género*». Para su delimitación es determinante conocer la delimitación legal del artículo 1, no obstante sus múltiples insuficiencias técnicas –deficiencias- y de política jurídica –lagunas–.

El polémico concepto legal quedaría delimitado por 4 criterios básicamente:

- *Teleológico*: la violencia objeto de protección es la que se ejerce «*como manifestación de la discriminación*» y de la «*situación de desigualdad*» generada por la «*relación de poder de los hombres sobre las mujeres*» (art. 1.1).
- *Objetivo*: esta violencia comprendería «*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*» (art. 1.3).
- *Subjetivo*: se trata de una conducta ejercida *por los hombres contra las mujeres*, por lo que queda descartada la violencia ejercida, también como expresión de relaciones de poder de sujeción o dominación, contra otros grupos de riesgo o especialmente vulnerables, como son los menores –salvo en su conexión con las garantías de tutela efectiva de las mujeres de las que dependen–, los jóvenes o los viejos.
- *Situacional o relacional*: con las que *se ha mantenido o una relación matrimonial o análoga relación afectiva*, lo que implica una mínima duración –no, por tanto, contactos puntuales o aislados en una interpretación literal de la norma–, si bien no necesariamente «*convivencia*».

En síntesis, para la norma legal, la violencia objeto de protección por esta norma es *cualquier acto de agresión, sea física sea psíquica, que, como manifestación de la situación desigual de poder*

existente, ejerza un hombre contra una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación afectiva de cierta duración, implique o no convivencia. Aunque la versión final depura, o cuando menos matiza, algunos de los inconvenientes detectados por el CGPJ a la misma, mantiene algunas otras deficiencias que dificultarán su aplicación. Es evidente, por lo que a la aplicación de los derechos laborales y de protección social refiere, que la norma ha querido ofrecer una tutela amplia, desde un plano objetivo, de ahí lo inadecuado de toda práctica administrativa y /o judicial orientada a restringirlo. El que no se identifique la violencia con una situación ambiental, más o menos prolongada, o con un proceso de agresiones y/o intimidaciones, sino que baste un único acto de este tipo, revela esta opción de política jurídica expansiva, por más que pueda resultar criticable en un plano de técnica jurídica ¹⁹.

En todo caso, lo que sí hay que entender corregido es la exigencia de cualquier elemento intencional, característico de lo tipos penales. En versiones precedentes al Proyecto de Ley, y por supuesto al texto definitivo, el eje del concepto legal de violencia de género se hacía residir en un elemento teleológico evidente. La protección se produciría frente a esta forma de violencia cuando se utilizara «como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». La actual redacción sólo refiere a que se trata de «una manifestación de discriminación», por lo que está sin duda presumiendo *iuris et de iure* que toda agresión del hombre a la mujer expresa esa histórica posición de dominio y, por tanto, de subordinación de ésta a aquél. Cualquiera que sea la opinión que se tenga al respecto en el ámbito «principal» de aplicación de esta norma, el judicial penal, lo cierto es que para el ámbito socio-laboral esta presunción normativa y este concepto amplio no debe generar problema alguno ²⁰.

Finalmente, lo que queda igualmente claro es que la norma legal, aún presentándose como perfeccionamiento del proceso de reformas legales realizado en la última década para ampliar los medios legales e institucionales de lucha contra el maltrato de la mujer, se separa en parte del concepto utilizado en esta legislación, lo que genera ciertos problemas de coordinación. En efecto, si la legislación todavía vigente había evitado la concepción de la violencia exclusivamente como violencia llamada «de género», sobre la base de que la realidad criminológica ponía de manifiesto varios tipos de «violencia doméstica», por afectar a otros sujetos integrantes de la unidad familiar –menores, viejos; menos contra hermanos y/o ascendientes–. El dato estadístico, que evidencia que la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1% de los

¹⁹ Entiendo que lleva razón el Informe de la mayoría del CGPJ cuando entiende que «Conceptualmente la violencia se presenta como un estadio más avanzado de la agresividad. No hay violencia, en sentido técnico, por una agresión aislada, esporádica, sino que esa agresión debe producirse en un contexto de sometimiento de la víctima. El agresor –sujeto dominante– se mueve en un contexto en el cual la víctima se encuentra subordinada. Ello se produce paulatinamente en un contexto de continua agresión y correlativo deterioro de la personalidad de la víctima. Por ello, en última instancia todo se reconduce a una violencia moral. En este contexto puede hablarse de relaciones de dominación».

²⁰ Como sostiene el Informe respecto del Anteproyecto, la comprobación de cualquier elemento de intencionalidad plantea siempre problemas en el caso concreto. Ahora bien, «si en realidad lo que se hace es presumir que toda agresión contra una mujer viene presidida por esa presunción normativa de que se agrede con esos fines o por razón de esos objetivos, entonces en lo penal se está recreando un *Derecho Penal de autor* y en lo orgánico judicial se está volviendo al sistema de *jurisdicciones especiales*, superado a finales del siglo XIX, propio del Antiguo Régimen pues se está creando una jurisdicción especial, privativa de las mujeres, basada en el sexo de la víctima y en la intención del agresor».

casos), sería suficiente razón para el legislador en orden a excluir, como sujetos directamente titulares de la protección, a otros sujetos y colectivos especialmente vulnerables y sometidos a poderes de dominación o subordinación. Quizás sea excesivo, la polémica seguirá abierta.

VI. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES: DERECHOS «PROFESIONALES» PERO «SEXUADOS»

Por un lado, coherente con esta polémica, aunque decidida, opción de política jurídica –proteger sólo a las mujeres, y a los menores en cuanto inciden en la protección de la mujer– y de técnica normativa –hacerlo mediante el reconocimiento de derechos sexuados como garantía de efectividad–, el artículo 17.2 garantiza los derechos reconocidos en esta Ley a «todas las *mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». Se reconocen, así, *garantías jurídicas especiales* sólo a las mujeres (*derechos-garantía sexuados*) para hacer más efectivos derechos fundamentales de libertad (art. 17.2 LO 1/2004), éstos sí reconocidos a todas las personas formalmente por igual. Precisamente por ello, la apertura de la protección a toda mujer tiene un sentido puramente declarativo, pues era una ineludible exigencia tanto del reforzado ordenamiento comunitario de lucha antidiscriminatoria, recientemente transpuesto a nuestro Derecho Interno (Ley 62/2003), como del ordenamiento constitucional (art. 14 CE). Por supuesto, ha de entenderse comprendida también la cláusula de indiferencia de la nacionalidad de la mujer víctima, de modo que también las mujeres inmigrantes, cualquiera que sea su situación jurídico-administrativa, han de ser sujetos de la protección.

Por otro, los derechos de protección social tienen un *carácter universal*, naturalmente sólo para las mujeres víctimas –y para los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de éstas (art. 19.5)–, pues no quedan condicionados a ningún otro requisito para acceder a él –art. 19–, si bien los que se concretan en ayudas económicas sí se vinculan a la «prueba de necesidad», por lo que tienen un carácter neta, y discutiblemente, *asistencial*. Finalmente, por lo que refiere a los «derechos laborales» y de Seguridad Social, tienen como ámbito subjetivo de aplicación no sólo a las trabajadoras por cuenta ajena sino también, como ya se indicó, a todas aquellas que mantienen una relación profesional, por tanto a las funcionarias públicas –Cap. III– y a las «trabajadoras por cuenta propia» –art. 21.5–. Se trata también, pues, de *derechos profesionales específicos*. En definitiva, estamos, según se advertía igualmente, ante una regulación que sigue la senda de otras orientadas a delimitar un estatuto profesional «común» si bien, en este caso, se trata de una situación especialmente negativa o dramática, como es el sufrir situaciones de violencia de género.

En realidad, una vez más, esta ampliación del ámbito de protección a todas las trabajadoras, cualesquiera que sea la relación de servicios que tengan, es directa consecuencia de estar afectados derechos fundamentales de libertad, que como tales son aplicables a todas las personas. La predisposición de garantías de efectividad de los mismos a través de específicos derechos sociales ha de

reflejarse, si bien en los estrictos términos que prevea cada legislación específicamente aplicable –según remisión expresamente efectuada por la LO 1/2004, que ha autolimitado el alcance de los derechos proclamados en la misma–.

VII. EL DERECHO DE ACCIÓN SOCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS: SERVICIOS SOCIALES Y AYUDAS ECONÓMICAS

1. El derecho a un sistema de servicios sociales especializados y eficaces.

La finalidad asistencial que proclama el basilar artículo 1.2 de la LO 1/2004 tiene su manifestación más genuina en los derechos reconocidos en el Capítulo I de la misma. Más en particular en «*el derecho a la asistencia social integral*» (art. 19), junto al derecho a la información (art. 18) y a la asistencia jurídica (art. 19), incluido el reconocimiento del beneficio de la gratuidad en los términos previstos en la Ley específica –la Ley 1/1996, art. 10.1, modificada por la DF 6.ª LO 1/2004 para eximir a las mujeres víctimas de la violencia de género de la acreditación previa de la ausencia de recursos económicos, sin perjuicio de la obligación de abonar los honorarios del abogado si luego no se le reconoce pese a haber sido solicitado–. Aunque de una forma excesivamente vaga o genérica, según fórmulas típicas de la legislación de asistencia y servicios sociales autonómicos, la norma no sólo pretende garantizar una prestación especializada y eficaz de «servicios sociales» –dimensión funcional–, sino también una estructura organizativa igualmente especializada para su mejor prestación –dimensión orgánica–.

Las reglas más importantes ordenadoras del derecho pueden agruparse así:

a) Delimitación de los *sujetos titulares del derecho* a la asistencia social integral.

Como se ha indicado en el apartado anterior, la atribución de este derecho no se hace sólo a las «mujeres víctimas de violencia de género» sino también a «*los menores*» dependientes de ellas, esto es, que se encuentren bajo su responsabilidad –sea en ejercicio de la patria potestad sea en cualquier forma de guardia o custodia–. Esta ampliación es coherente con una clara realidad, pues está claro que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan muy incisivamente a los menores que se encuentren en su entorno familiar, por lo que siempre son víctimas de la misma, directa o indirectamente. De ahí, que esta forma de tutela proteja en sí mismos considerados a los menores, pero también a la mujer.

b) Contenido exigible del derecho.

El alcance del derecho se concreta en el acceso a «servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y recuperación integral». Esta dimensión global y multidisciplinar, exi-

gida por la evidenciada vocación integral de toda la Ley, se precisa aún más en el apartado 2, al recoger una suerte de contenido mínimo y prioritario de esta acción de los servicios sociales. A saber:

- Información a las víctimas –este derecho se solapa o yuxtapone con el reconocido en el artículo 18, que contempla un abanico de servicios, organismos u oficinas más amplio como sujetos pasivos u obligados a realizar esta tarea informativa–.
- Atención psicológica.
- Apoyo: social a la víctima, educativo a la unidad familiar y ocupacional –derecho a la empleabilidad–.
- Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer.
- Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.

c) Reglas de carácter organizativo.

El legislador no se contenta sólo con delimitar, en términos generales pero determinables y exigibles, el alcance del derecho, sino que fija los «*principios*» que han de regir la actuación y reclama la adopción de concretas «*fórmulas organizativas*» de los servicios sociales que garanticen la efectividad de tales principios y, en última instancia, del derecho a la protección de la víctima, auténtico razón inspiradora de todo el entramado legal e institucional impulsado. Los principios son los de «atención permanente», «actuación urgente», «especialización de prestaciones» y el principio de «multidisciplinariedad profesional». El servicio social, que naturalmente se constituirá en el ámbito de las CC.AA. pues tienen asumida esta competencia en atención al título de la «asistencia social», habrá de estar compuesto, pues, por personal especializado e integrar en su actuación todas las acciones contempladas como facetas exigibles del Derecho. En este sentido, y aunque no se menciona expresamente en este ámbito, no cabe duda que también deberá estar en condiciones de garantizar la accesibilidad a todas las mujeres, en especial a las que tengan alguna discapacidad y a cualquier otra que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor dificultad para el acceso –interpretación sistemática en relación al art. 18.2 y 3 LO 1/2004–.

d) Reglas de gestión coordinada con otros servicios y Administraciones Públicas.

Las múltiples instancias implicadas en la lucha contra la violencia de género imponen una llamada constante –quizás porque se sabe que se desatiende en demasiadas veces, con efectos trágicos– al deber de actuación coordinada de todas ellas. El apartado 4 reclama a estos servicios sociales especializados en la atención de mujeres –también de menores– víctimas de la violencia de género que actúen coordinadamente, y en colaboración, «con los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente».

A tal fin, se reconoce *una legitimación especial* a los servicios sociales especializados para que puedan solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias ²¹. Aunque, ciertamente, no cabe confundir esta posibilidad de que los servicios sociales pongan en conocimiento del juez la situación detectada, así como la necesidad de adoptar medidas con carácter urgente, con la legitimación procesal para la solicitud de las medidas, tampoco es posible relativizar esta «competencia», confundiéndola con el simple deber general de denuncia – art.262 LECr– o haciéndola depender estrictamente de la actuación procesal de la víctima, que en muchos casos no estará en condiciones de tomar la decisión con plenitud de conocimiento y autodeterminación. Por eso, entiendo que no ha de considerarse esta facultad o potestad de forma subsidiaria de la solicitud procesal de la víctima o a título de mera colaboración con su iniciativa ²².

Aunque no aparece recogido en este apartado, está igualmente clara la necesidad de coordinación con los Servicios Públicos de Empleo, tal y como se recoge, para las ayudas de carácter económica, en el artículo 27.3 LO 1/2004. La preferencia a otorgar a la integración social de estas personas mediante el derecho a una actividad económica que proporcione suficiencia de medios, por tanto, seguridad y autonomía económicas, evidencia la necesidad de fomentar esta faceta de cooperación que, siendo hoy línea de tendencia de la legislación en diferentes ámbitos, habitualmente ha quedado relegada.

e) Las reglas relativas a *compromisos y formas de financiación* del Derecho.

El aspecto más delicado –y más incierto– de esta regulación es garantizar la disponibilidad de recursos financieros suficientes para afrontar los altos costes de este derecho. El reconocimiento de garantías realizado en la norma, especialmente en el artículo 17.2 al configurarlo como derecho exigible, se tornan papel mojado si no cuentan las Administraciones competentes con los recursos necesarios. A tal fin, y consciente el legislador tanto del elevado gasto que generará su puesta en marcha efectiva como la responsabilidad asumida por las CC.AA. –y Corporaciones Locales, al ser materia de su competencia, se han previsto dos «compromisos de financiación».

Por un lado, el artículo 19.6 recurre a la técnica de los convenios de colaboración entre Administración General del Estado (AGE) y CC.AA., que es una de las formas más utilizadas para

²¹ Una posibilidad ya recogida en la Ley 27/2003, de 31 de julio, para la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

²² El Informe del CGPJ era extremadamente crítico con esta posibilidad de reconocer una legitimación propia. Así, partiendo de que «la solicitud corresponde a la víctima o las personas destinatarias de las medidas de protección, sin perjuicio de la colaboración de los servicios sociales», descartaba cualquier «justificación razonable» a una lectura del precepto como equivalente a la atribución de legitimación a los servicios sociales para solicitar del Juez las medidas urgentes. Proponía como fórmula más adecuada la del artículo 21 de la Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género de Canarias, que atribuye la función de denunciar ante las autoridades competentes las situaciones de violencia de que tuvieran conocimiento, previa conformidad de la víctima y de colaborar con las autoridades competentes en la adopción de medidas asistenciales que tengan por objeto la protección de la víctima ante futuras situaciones de violencia de género, o la aportación de medios probatorios relacionados con la comisión de actos de violencia. Ya hemos criticado en el texto esta posición minimalista y disfuncional.

ordenar un ejercicio compartido en estas materias de las respectivas potestades de gasto. En ellos deberá aparecer expresamente el referido *compromiso de aportación de fondos, por parte de la AGE*, para hacer frente a la prestación de los servicios sociales especializados a las mujeres víctimas de violencia de género.

Por otro lado, «con el fin de coadyuvar a la puesta en funcionamiento» de estos servicios, así como para «garantizar la equidad territorial» en su implantación, se ha previsto la «dotación de un Fondo», conforme a lo que dispongan las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (DA 13.^a). Los criterios de reparto o distribución se fijarán conforme a lo acordado en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Para las CC.AA. del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra no será aplicable este Fondo, sino que se regirán, a tales efectos financieros, por sus regímenes especiales de Concerto Económico y Convenio respectivamente.

La ordenación difícilmente puede ser más incierta, inestable y coyuntural. De una parte, la dotación no será inmediata, en la medida en que se marca un plazo de dos años para hacerlo – «durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se dotará...»–. Por otro, queda al albur de lo que en cada momento pueda establecer cada Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE).

f) Evaluación y seguimiento.

Como toda política pública que aspira a ser no sólo efectiva en su aplicación sino eficaz en su capacidad de resolver los problemas para los que nace, también para este ámbito se fija un compromiso de seguimiento de su evolución y de valoración de sus resultados. Sin duda, ésta es una asignatura pendiente en nuestra experiencia, tan invocada como incumplida, que difícilmente podrá superarse con la perpetuación de fórmulas tan vagas y genéricas como las que se utilizan –«*Los organismos de igualdad orientarán y valorarán los programas y acciones que lleven a cabo y emitirán recomendaciones para su mejora*» (art. 19.7)–.

2. Las técnicas de ayuda: auxilios económicos y derechos preferentes de acceso a viviendas de protección oficial y residencias públicas.

Bajo la pretenciosa denominación de «derechos económicos», el Capítulo III (arts. 27 y 28) contiene dos concreciones más de esta *acción social asistencial*, ahora no a través de los servicios sociales sino de *ayudas económicas* para las personas que carecen de rentas suficientes y de *programas de facilitación del acceso* a las mujeres víctimas de violencia de género a viviendas y residencias públicas. En el primer caso se regula «*una ayuda de pago único*» equivalente a la cantidad correspondiente al pago de *6 meses de subsidio por desempleo, y que van a cargo de los Presupuestos Generales del Estado*. Esta cantidad no es única, sino que varía en atención a condiciones personales, como son la discapacidad y la existencia de responsabilidades familiares. Así:

- Será de 12 meses de subsidio cuando la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía superior al 33 por 100 (art. 27.2), y de 24 meses si tiene además responsabilidades familiares.

- Será de 18 meses si la víctima tiene responsabilidades familiares, sin concurrir situación de discapacidad alguna, o de 24 meses si bien ella o bien cualquiera de los familiares que conviven tienen una discapacidad superior al 33 por 100 (art. 27.4 LO 1/2004).

Para acceder a estas ayudas hay que reunir los dos *requisitos* siguientes, que evidencian su carácter asistencial y condicionado. A saber:

- Prueba objetiva de necesidad. Sólo se reconoce a quienes carezcan de rentas inferiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del SMI.
- Presunción de inempleabilidad atendidas las circunstancias personales y profesionales. Asimismo, se condiciona el reconocimiento de esta ayuda a quienes se presume que, por la edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrán especiales dificultades para obtener un empleo y, por tanto, no participarán en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional (art. 27.1).

Aunque, como hemos visto, la financiación corresponde a la Administración General del Estado, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y por tanto de naturaleza claramente asistencial y competencia estatal, *la gestión se atribuye a las CC.AA. como Administración ahora competente* en materia de servicios sociales. En su tramitación debe concurrir un Informe del Servicio Público de Empleo – ya también transferido a la CA, salvo el caso del País Vasco –, para determinar el grado de empleabilidad que tienen estas personas y, sobre todo, la incidencia de los programas de empleo en la mejora del mismo. La acreditación de la situación de violencia remite al comentado artículo 23 LO 1/2004 –Orden de Protección o Informe del Fiscal–.

Por lo que hace al *régimen de compatibilidades*, expresamente se afirma la concurrencia con las ayudas asistenciales previstas en la Ley 35/1995, artículo 11.12, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la Libertad Sexual. En principio, y aunque no se advierta nada en la norma legal –salvo tácitamente, en relación al umbral de pobreza o recursos económicos insuficientes–, habrá de entenderse que *son incompatibles* con el acceso al programa de *renta activa de inserción –RAI–*, derecho a una ayuda social del que son titulares quienes reúnen la «*condición de víctima de violencia doméstica*» [art. 2.2, c) RD 945/2003]. Ahora bien, la exigencia de que en este segundo caso sí tengan posibilidad de inserción profesional, formalizada a través del compromiso de actividad, evidencia que estamos ante colectivos diferenciados, no ya por el distinto presupuesto de violencia utilizado –la de género y la doméstica, que incorporaría también a otras personas que conviven en el hogar familiar, no sólo a las mujeres–, sino porque el supuesto del artículo 27.1 descarta la empleabilidad de la víctima, mientras que en la RAI se presupone.

A estas ayudas se suman la previsión de dar preferencias a las víctimas en el acceso a viviendas de protección oficial y residencias públicas para mayores (art. 28). Por tratarse de competencias autonómicas de nuevo, la actuación del Gobierno se remite a Convenios de Colaboración (DA 15.^a).

VIII. LAS REFORMAS DEL ET – Y LEY DE MEDIDAS DE REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA–: LOS NUEVOS «DERECHOS DE AUTODETERMINACIÓN» PROFESIONAL

1. Los derechos laborales a favor de las trabajadoras víctimas de la violencia de género.

Aunque la violencia en general, y la violencia de género en particular, ha quedado fuera de la regulación legal cuando se produce en el «ámbito de las relaciones de trabajo», no obstante una breve referencia en la EM y el formalmente suprimido compromiso expreso de atención en el marco de la Ley de transposición de la Directiva 2002/73/CE, no cabe duda que la existencia de una relación de prestación de servicios profesionales puede verse alterada, y dificultar, el ejercicio del derecho a la protección contemplada en la LO 1/2004. En consecuencia, la proclamada –y disminuida en su concreción normativa– vocación integral de esta normativa no podía dejar completamente fuera el mundo del trabajo. Así, el Capítulo II contempla el reconocimiento de algunos *derechos de autodeterminación novatoria, modificativa o extintiva, de la prestación* de servicios profesionales para las trabajadoras por cuenta ajena, incluido el carácter justificado de sus ausencias debidas a esta situaciones, haciendo lo propio el Capítulo III para las funcionarias públicas. En coherencia con esta reconocimiento de derechos especiales de garantía de carácter laboral se reformará tanto el ET cuanto la LMRFP (DD.AA. 7.^a y 9.^a, respectivamente), leyes a las que se remite para concretar, en sentido poco generoso en mi opinión, la garantía de efectividad del derecho reconocido en la LO 1/2004.

Por lo que refiere al primer grupo o colectivo de trabajadoras, las «asalariadas», el artículo 21 LO 1/2004 reconoce los siguientes derechos, cuya concreción –*cláusula de remisión autolimitadora del alcance de la garantía* concedida para la efectividad del derecho– se deja, como acabamos de indicar, a la legislación específica, que se reforma en tal sentido:

a) *El derecho a la reordenación del tiempo de trabajo*, bien mediante la reducción de la jornada bien mediante su redistribución.

Para precisar –acotar– el alcance de este derecho se introduce un nuevo apartado 7 al artículo 37 ET. Esta nueva regulación consta básicamente de dos tipos de reglas. Una regla de conducta, en virtud de la cual se reconoce y atribuye un derecho a la trabajadora víctima de violencia de género; y otra regla de organización, en virtud del cual se determinan las fuentes de regulación apropiadas o competentes para precisar o concretar el alcance del derecho. En virtud de la primera, la atributiva de un derecho, el ET reconoce a la trabajadora víctima un derecho estrictamente instrumental –es un medio o útil para hacer realidad algo– a la efectividad de «*su protección o su derecho a la asistencia social integral*» frente a la violencia de género que sufre. Esta garantía laboral de efectividad del derecho a la protección se concreta en el «*derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa*».

Para delimitar el concreto alcance de este derecho, que deliberadamente la norma legal renuncia a establecer para confiar esta tarea reguladora a la autonomía de la voluntad, se remite a una triple fuente:

- A los convenios colectivos.
- Los acuerdos colectivos entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
- Al acuerdo directo e individual entre la empresa y la trabajadora afectada.
- A la libre decisión de la trabajadora, en defecto de la existencia de convenio, acuerdo colectivo o pacto contractual individual, y sin perjuicio de la facultad del empresario de acudir, en caso de desacuerdo, al procedimiento de solución de discrepancias al respecto previsto en el artículo 138 bis de la LPL, en los mismos términos que lo previsto por el artículo 37.6 para los conflictos derivados de la concreción horaria y la determinación del disfrute del permiso de lactancia y reducción de jornada por responsabilidad familiares (art. 37.5 LET).

Ante una regulación tan abierta es difícil hacer una valoración seria de su eficacia para coadyuvar a una defensa eficaz de la trabajadora víctima, pues va a depender de la concreta práctica realizada en sede convencional o contractual. Naturalmente, se vislumbran algunos problemas en parte coincidentes con los que viene planteando este derecho a la reducción de jornada por razones de «conciliación» de responsabilidades familiares, y que está en la base de su extremada ineficacia práctica a juzgar por las relativamente pocas personas que se acogen a él.

Como es obvio, el problema más relevante es que este derecho corre a cargo fundamentalmente de la trabajadora, pues la reducción de jornada se acompaña de reducción proporcional de salario, en los términos previstos con carácter general para todas estas situaciones. Naturalmente, la negociación colectiva –o el pacto individual– podrá orillar esta dificultad, si bien la experiencia previa dice que esta posibilidad difícilmente se materializará.

Respecto a la ordenación de fuentes, queda claro que existe una relación de subsidiariedad entre la autonomía colectiva y el pacto individual con respecto a la decisión unilateral de la trabajadora –que en todo caso habrá de ejercer conforme a las exigencias de la buena fe, en particular el preaviso previsto en el art.37.6 LET–, pero en cambio no existe tal relación defectiva entre la autonomía colectiva y la autonomía contractual, de modo que ambos son tratados, para este caso, al mismo nivel. Por lo mismo, tampoco existe esa relación de subsidiariedad entre los convenios colectivos y los acuerdos colectivos –acuerdos de empresa–, de modo que unos y otros son llamados en el mismo plano para ordenar esta situación.

Queda claro en este supuesto que estamos más que ante «acuerdos de regulación» a «*acuerdos de participación en la gestión*» de situaciones individuales, por tanto, más que de regular se trata de participar colectivamente en la toma de decisiones que, individuales preeminentemente, tienen un indudable relieve social y colectivo. Precisamente por ello, en la práctica, este tipo de situaciones parecen más propicias o para el acuerdo directo entre trabajadora y empleador, primando las

razones de la trabajadora ante la gravedad de la situación, o del acuerdo colectivo de empresa. Éste adquiere así una renovada vitalidad en el plano legal, pasado el fervor de las reformas del 94 y habiendo tenido un extraordinario éxito en la práctica, muchas veces desconocido «oficialmente» por la falta de publicación en la mayor parte de los casos.

b) El derecho a la novación modificativa del lugar de prestación, bien mediante el ejercicio de un derecho a la movilidad geográfica en sentido estricto –incluye cambio de residencia– bien del derecho a cambiar el centro de trabajo –sin cambio de residencia–.

La DA 7.^a, en su apartado Dos, introduce igualmente un nuevo apartado 3 bis) en el artículo 40 LET, regulador de la movilidad geográfica, para facilitar esta modificación del lugar de trabajo a la mujer víctima de violencia de género. Este precepto regula tanto el supuesto de hecho de la norma, cuya concurrencia permite acogerse a esta garantía, como el contenido de la garantía y condiciones básicas de ejercicio.

El supuesto de hecho de la norma que contempla esta nueva garantía es que aquélla «se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral». El contenido de la garantía de efectividad laboral se concreta en la atribución de un derecho de preferencia para ocupar otro puesto equivalente –mismo grupo profesional o categoría equivalente–. La condición es que exista, como es obvio, una vacante en cualquier otro centro de trabajo de la empresa, por lo que se trata de una preferencia a ocupar una vacante preexistente y no de un derecho a la reubicación exigible por voluntad o decisión individual de la trabajadora. El empleador sí queda obligado, en aras de un ejercicio de buena fe, a comunicar a la trabajadora la existencia de tales vacantes –actuales o en el futuro–.

Por lo que refiere a las condiciones de ejercicio y contenido del derecho, se limita la duración inicial del derecho. Así, el «traslado» –cambio de centro con cambio de residencia– o «cambio de centro de trabajo» –no implica cambio de residencia– tendrá una duración de 6 meses, durante los cuales la trabajadora tiene garantizado el puesto, pues es obligación empresarial la reserva del mismo, a todos los efectos se entiende. Finalizado ese período mínimo inicial –que podría alterarse en mejora, entiendo, de la regulación legal tanto por la autonomía colectiva como por la autonomía individual–, a la trabajadora se le reconoce un derecho de opción bien entre el regreso a su puesto de trabajo o continuar en el nuevo desempeñado. Pero, aquí está el inconveniente y la limitación de la garantía reconocida, en tal caso ya decae la obligación de reserva. En todo caso, hay que entender que sí sigue vigente el derecho a ocupar con preferencia una vacante que pueda existir, en su caso, en el lugar originario de trabajo.

c) El derecho a la suspensión de la relación de trabajo con reserva del puesto de trabajo [nueva letra n) del art. 45.1 LET].

Como nueva causa de suspensión del contrato de trabajo se considera la «*decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género*» [art. 45.1. n) LET, en la redacción de la DA 7.^a.Tres]. Las condiciones de ejercicio se fijan en el nuevo apartado 6 del artículo 48 LET, que establece una duración inicial máxi-

ma de 6 meses –en el caso anterior este período era fijo, salvo mejora colectiva o individual–, sin perjuicio de posibilidad de ser prorrogado por períodos de 3 meses hasta un determinado período máximo (18 meses), por decisión judicial.

Esta posibilidad de prórroga, pues, queda condicionado a la concurrencia de dos requisitos. Uno causal, relativo a la necesidad de proseguir en situación de suspensión para la mayor efectividad de la «tutela judicial» solicitada por la víctima –directamente o de oficio por la Fiscalía– y en curso. Otro institucional, relativo a la necesidad de que sea el Juez el que determine o decida tal prórroga, que habrá de realizar por períodos de 3 meses y hasta un máximo de 18, como se ha dicho. Dado el componente de orden público de esta regulación, parece que en estos supuesto no hay margen ni para la mejora colectiva ni para la mejora individual. La autonomía individual jugará tan sólo en la fijación del período inicial, que aparece abierto por la Ley, que sólo fija un máximo. Aunque no se explicita en la norma laboral, entiendo que el Juez a que hace referencia es el que está conociendo de la causa, por lo que en principio será el nuevo Juez de Violencia de Mujer, con lo que de nuevo la ordenación de las relaciones laborales se abre a otro juez que no es el social –como el juez contencioso, el civil, el del concurso, y ahora el de violencia de género...–.

d) El derecho a la extinción del contrato de trabajo en situaciones de violencia de género.

Asimismo, como nuevo supuesto de extinción del contrato por decisión unilateral de la trabajadora está la de sufrir una situación de violencia de género tal que la «fuerce» –«se vea obligada»– a abandonar el puesto de trabajo [nuevo art. 49.1. m) LET]. No obstante, ha sido técnicamente correcta la decisión legislativa de incluirlo como nuevo supuesto y no considerarlo como un supuesto especial de «dimisión del trabajador» [letra d) LET].

En efecto, aunque el fundamento mediato o directo de esta extinción reside en la decisión de la trabajadora, a diferencia del clásico supuesto de extinción «por voluntad del trabajador», en estos casos la decisión viene inducida o motivada por la conducta agresiva de otra persona –su pareja–. En realidad, el presupuesto no es propiamente la «voluntariedad», pues el propio precepto recoge la fórmula de «verse obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo», sino la concurrencia de esta singular «causa de fuerza social mayor», sin que sea necesario el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar. Aunque la redacción legal parece presumir que el acudir a la extinción es siempre una *última ratio* que presupone la suspensión previa –habla de «abandonar definitivamente su puesto...»–, entiendo que no ha de entenderse rígidamente esta regulación, dejando la decisión con amplia autonomía a la estrategia de defensa de la mujer víctima de violencia de género. Por el mismo principio de favor a la autodeterminación de la trabajadora, ha de entenderse que no es de aplicación la regla del preaviso, que además puede ser, en determinados casos, contraproducente para la protección eficaz global.

e) El derecho a la indemnidad por el ejercicio de sus derechos de «conciliación» de la protección como víctima de violencia de género con su situación laboral.

También en el ámbito del despido, pero ahora situado el legislador en la posición inversa, la de la trabajadora que puede verse como «víctima» de un despido como consecuencia de ausencias derivadas de su situación de violencia de género, se han operado otras reformas orientadas a «blindar» o reforzar su puesto frente a eventuales decisiones de este tipo. Así, por un lado, no se compu-

tarán como faltas de asistencia cuando se deban al padecimiento, físico o psíquico, generado por situaciones de violencia de género –nuevo artículo 52 d) LET, en coherencia con el artículo 21.4 LO 1/2004–. Para acreditar esta situación, se establece la competencia sea de los servicios sociales sea de los servicios de salud. Tales bajas no han de comunicarse de inmediato, si bien sí se exige, no en la norma estatutaria sino en la LO 1/2004, que se haga por la trabajadora «a la mayor brevedad».

Por otro lado, también se garantiza la indemnidad de la posición contractual de la trabajadora víctima de la violencia de género frente al eventual despido disciplinario que pueda sufrir a raíz del ejercicio de los derechos concedidos por la nueva regulación. La modificación a tales efectos del artículo 55.5, letra b) supone considerar como nula tal decisión, con los consiguientes efectos de restitución y reparación.

De este modo, se equipara el tratamiento protector dado al ejercicio de estos derechos al dado tanto a las trabajadoras embarazadas como a los trabajadores que ejerciten los derechos de «conciliación» de la vida laboral y profesional. En realidad, la protección habría de extenderla a cualquier decisión empresarial que perjudique la posición profesional de la trabajadora por el ejercicio de estos derechos reconocidos en situaciones de violencia de género, de modo que habría que predicar la nulidad de las mismas por atentar a derechos fundamentales, como son la integridad física y moral, la libertad y la no discriminación.

2. La forma de acreditación de las situaciones de violencia de género para acceder a los derechos.

Para acreditar las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento y ejercicio de los comentados derechos laborales, remite bien a la Orden de Protección a favor de las Víctimas, prevista en el artículo 62 LO 1/2004 –a dictar por el Juez de Violencia o por el Juez de Guardia, que la dictarán en los términos del art. 544 ter LECr– y ya recogida en la Ley 27/2003 o, en su defecto, si bien de forma excepcional, el Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia sobre la mujer. Esta remisión, en principio coherente con la preeminente judicialización de la tutela brindada a las mujeres víctimas de la violencia de género, abre un enorme abanico de problemas, por cuanto deja irrumpir en el ámbito laboral –y de Seguridad Social– toda la complejidad existente en una regulación «extralaboral», como es la procesal penal en materia de Violencia de Género, con dificultades y riesgos ya advertidos por el Informe del CGPJ ²³.

En este sentido, quizás hubiese sido más correcto, técnica y políticamente, abrir la vía a otras formas de acreditación, en particular los Informes o Certificados correspondientes de los Servicios Sociales.

3. Los derechos reconocidos a las funcionarias públicas.

El Capítulo III garantiza un conjunto de derechos análogos a las funcionarias públicas, si bien su concreción se lleva, como es natural en estos momentos, mediante la reforma de la LMRFP (Ley 30/1984). Estos derechos de facilitación de la protección efectiva se encuentran en las modificaciones de tal Ley operada por la DA 9.ª LO 1/2004.

²³ El CGPJ advertía de los riesgos de instrumentalizar la vía penal con miras a litigios de carácter laboral.

Esta regulación, que forma parte de las bases del régimen estatutario de la Función Pública –nuevo art. 3.1 LMRFP–, contiene las siguientes previsiones:

a) Derecho a ocupar con preferencia otro puesto de trabajo propio de su Cuerpo o Escala o de análogas características, que se encuentre vacante y sea de necesaria provisión [art.20.1 letra i) LMRFP, en la redacción DA 9.ª LO].

Este derecho no está condicionado temporalmente, a diferencia de lo que sucede con las trabajadoras asalariadas, lo que hace pensar que estamos ante una movilidad definitiva, como confirma la exigencia de que sea necesaria su «provisión», no sólo que exista la vacante. En todo caso, la reforma incorpora un compromiso de atender con especial interés, en el marco de los Acuerdos de movilidad de funcionarios entre diferentes Administraciones Públicas (AA.PP.), a las funcionarias víctimas de violencia de género, con vista a facilitar su movilidad geográfica en aras de la efectividad de su protección (nuevo art.17.3 LMRFP).

b) Derecho a la excedencia por razón de violencia sobre la funcionaria (nuevo art. 29.8 LMRFP).

Se trata de una regulación equivalente al derecho reconocido a la trabajadora asalariada de suspender el contrato durante 6 meses con derecho a la reserva. En versiones iniciales se contemplaba esta situación como un supuesto especial de «excedencia voluntaria por interés particular». En el texto definitivo, con mayor corrección, se contempla como supuesto distinto, dadas las especiales características de esta forma de excedencia que no queda sometida ni a un tiempo mínimo previo de prestación de servicios ni a plazo de permanencia alguno, y que durante los seis primeros meses da derecho a la reserva del puesto de trabajo, del mismo modo que se regula en número aparte, el 4 del artículo 29, la excedencia por cuidado de hijos. Por tanto, se trata de un período computable a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. Como mejora de la situación de la funcionaria pública respecto de la trabajadora asalariada se contempla un período de prórroga –por 3 meses y máximo de 18 meses–, cuando sea aconsejable o conveniente para el buen fin de las actuaciones judiciales iniciadas, que también genera derecho a la reserva y tiene los mismos efectos en materia retributiva y de derechos pasivos.

c) Derecho de la funcionaria a la reordenación del tiempo de trabajo y a la consideración como ausencias justificadas las que deriven de la situación de violencia de género (*nuevo art. 30. 5 LMRFP*).

La regulación es sustancialmente equivalente a la vista para las trabajadoras asalariadas. Sin duda, la diferencia más notable, en este caso en perjuicio de las funcionarias respecto de las asalariadas, es que el sujeto competente para determinar los términos en que puede disfrutarse este derecho de reordenación del tiempo de trabajo es la Administración Pública empleadora, sin que haya margen reconocido para la autonomía individual. Sin duda, el principio de legalidad que domina la ordenación de la función pública está en la base de esta remisión a la decisión unilateral de la empleadora mediante su potestad administrativa de ordenación del tiempo de trabajo, pero seguro que el proclamado compromiso con las «acciones positivas» a favor de las mujeres que sufren estas situaciones dejaba un margen de maniobra mayor, introduciendo la posibilidad de acuerdos. De nuevo, una cosa es lo que se pide a los empleadores «privados» y otra cosa lo que se está dispuesto a hacer con las «propios empleados» –aquí «empleadas víctimas» de violencia de género–.

IX. LAS REFORMAS DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL: LA FACILITACIÓN DEL ACCESO A LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO

Un análisis realista de la protección de las víctimas de violencia de género, según la línea que orienta todo el texto en términos de garantía de efectividad del entramado de derechos reconocidos, requiere atender a los costes de las medidas que se incorporan. Y si está claro que en nada conviene trasladarlos, al menos en su integridad, a los empleadores, que se perciben como «terceros» ante esta situación, más allá de sus propios compromisos en el marco de la moderna «responsabilidad social de la empresa», aún más cierto es que no se pueden desplazar a las propias víctimas. En este tradicional o clásico dilema, el sujeto llamado en causa para establecer un ordenación «equilibrada» suele ser el Sistema de Seguridad Social, como ya ocurriera, por ejemplo, respecto de la maternidad o el riesgo biológico durante el embarazo. Desde esta perspectiva, no puede extrañar que la LO 1/2004 también instrumente la Seguridad Social y sus prestaciones, al menos en una cierta –mínima desde luego– parte, al servicio de la protección efectiva de las mujeres víctimas.

En consecuencia, los derechos a tal fin reconocidos a favor de este colectivo en el artículo 21 LO 1/2004 tendrá su reflejo en las correspondientes modificaciones de la LGSS. Estas reformas se contienen en la referida DA 8.^a. Son diferentes los preceptos afectados, como la modificación, *en el marco de la relación de cotización*, del artículo 124 LGSS. A éste se añade un apartado 5 para considerar que el período de suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, recogido en el nuevo artículo 48.6 LET, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social –jubilación, IP, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo–.

Pero sin duda, el aspecto más relevante es la *consideración como situación legal de desempleo* tanto del *período de suspensión* referido –artículos 45.1 n) y 48.6 LET– como la *extinción del contrato* en estas situaciones –artículo 49.1 m) LET– [letra e) art. 208.1.1 LGSS]. Y debe entenderse –por la modificación de la letra e) del apartado 1.1 y por la modificación del apartado 1.2 del artículo 208 de la LGSS–. No cabe duda que esta reforma modaliza aún más el supuesto del artículo 50 LET en el concepto de «voluntariedad» exigido como presupuesto de la prestación de desempleo.

En esta misma línea facilitadora del acceso de la mujer víctima a la situación de desempleo se introducen otras dos reformas. A saber:

- *Período de Cotización computable*. El período de suspensión del contrato derivado de la situación de violencia de género, y que hubiese dado lugar a obtener la prestación por desempleo, *no se considerará como disfrutado anterior o previamente* al reconocimiento del nuevo derecho a prestaciones. En consecuencia, se podrán tener en cuenta para la determinación del período de ocupación cotizada necesario para el nuevo disfrute (art. 210.2 LGSS, en la nueva redacción dada por la DA 8.^a). Sí se computarán, en este caso, las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la Entidad Gestora o la empresa
- *Compromiso de Actividad*. Se atemperarán las obligaciones asumidas, mediante el correspondiente compromiso de actividad, por la mujer víctima de violencia de género, a apreciar por el Servicio Público de Empleo (nuevo art. 231.2 LGSS).

- Forma de Acreditación. La acreditación de la situación legal de desempleo se realizará, además de por las vías previstas en el artículo 23 LO 1/2004 –Orden de Protección y, excepcionalmente, Informe del Fiscal–, mediante «comunicación escrita del empresario sobre extinción o suspensión temporal de la relación de trabajo» (nueva DA 42.^a LGSS).

Finalmente, como ya se constató, también encontramos otras previsiones relativas a las prestaciones públicas del Sistema de Seguridad Social –y otras de carácter asistencial reguladas fuera de la LGSS–, que conforman un régimen de «sanciones» o restricciones en castigo del agresor, opuesto por tanto al de «premios» o «facilidades» otorgadas para la protección de la víctima. Este régimen que priva de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, salvo que medie reconciliación, al agresor, o la de gestor de la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos, se contiene en la DA 1.^a. En todo caso se exige que medie sentencia firme por la comisión de delitos dolosos relativos a la violencia de género, y que no medie reconciliación previa. También afecta a la pérdida eventual de la condición de beneficiario, a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, relativas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

X. LA INCIDENCIA EN LA POLÍTICA DE EMPLEO: EL DERECHO A LA EMPLEABILIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

No cabe duda que uno de los mejores instrumentos para luchar contra las causas profundas de la violencia de género es garantizar la seguridad y autonomía económicas de las mujeres víctima. Para conseguir esa autonomía la medida más eficaz sigue siendo el acceder a un empleo de calidad, por eso, la LO 1/2004 no ha olvidado mencionar la necesidad de que se diseñen, en garantía de efectividad tanto del derecho al empleo de las víctimas como de su derecho a la inserción socio-profesional, programas de fomento de empleo específico para este colectivo. En el ámbito del trabajo por cuenta ajena pero también, con especial mención, en el trabajo por cuenta propia. Así aparece en el artículo 22 LO 1/2004. La redacción, sin embargo, adolece de una extrema programaticidad, por cuanto sólo establece el mandato de incluir tales programas en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, por lo que habrá que esperar a la concreción del próximo Plan para evaluar el alcance de esta central cuestión.

No es, desde luego, la única referencia a las políticas de empleo que se incluyen en esta LO. En este sentido, la DA 16.^a también hace una llamada a la Coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, en especial cuando se produzcan situaciones de movilidad geográfica que impliquen el cambio de Comunidad Autónoma. La presencia de los Servicios Públicos de Empleo también se contempla en el marco del proceso de gestión de las ayudas económicas previstas en el artículo 27 y en los términos ya indicados, orientados a garantizar que las titulares de estas ayudas verdaderamente carezcan de un grado de empleabilidad razonable que las hiciera titulares de programas de empleo y no de ayudas existenciales.

A medio camino entra la política de empleo y la política laboral de apoyo a la protección de las víctimas puede contemplarse el nuevo supuesto de «cuota 0» de Seguridad Social contemplado

en el artículo 21.3 LO 1/2004. Este precepto prevé la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales, por contingencias comunes, a los empleadores que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan ejercido su derecho de suspensión o de movilidad locativa.

XI. GARANTÍA PROCEDIMENTAL: LA «TUTELA INSTITUCIONAL» A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS ESPECIALIZADOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (MTAS)

Muy brevemente, por no ser un instrumento socio-laboral específico, aunque sí se ubica en el órgano de gobierno de las políticas socio-laborales, el MTAS, recordamos aquí la creación, como garantía procedimental, de nuevas instancias de «tutela institucional». Nos referimos, como ya se dijo, en el plano del diseño y responsabilidad de las políticas públicas de protección de las víctimas, a la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer (art. 29), y en el plano consultivo y de propuesta, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (art. 30).

XII. VALORACIÓN FINAL

No sería correcto infravalorar la importancia que la LO 1/2004 presenta para avanzar sustancialmente en la lucha eficaz contra la violencia de género, aunque su aplicación haya venido precedida de múltiples polémicas y haya importantes dudas sobre su efectividad aplicativa. En este sentido, quizás lo más relevante es que inaugura una nueva etapa en la política sustancialmente democrática del Derecho, orientada a predisponer efectivas garantías de efectividad para asegurar que los derechos más elementales, los de integridad, los de libertad, la igualdad, sean de uso común en todas las esferas de la vida social y no sólo grandes palabras de vigencia más documental que real.

Ahora bien, por eso mismo, le era exigible una mayor capacidad de reflexión y una mayor «valentía» a la hora de plantear tanto el problema como sus soluciones. Que no haya situado en el centro del sistema de intervención las políticas socio-laborales de lucha contra la violencia de género, reconociendo un contenido más amplio a los derechos laborales, de prestación de Seguridad Social y de acción social asistencial en general, o que haya expulsado de su ámbito de aplicación el tratamiento de la violencia de género en el mundo del trabajo, renunciando incluso a un compromiso formal de desarrollo específico, como sí hizo el Proyecto de Ley, son datos del Debe que no admiten fácil justificación.

En todo caso, prefiero quedarme con el nuevo horizonte abierto por esta Ley tanto para la técnica legislativa como para la política del Derecho. Aguardaremos impacientes al momento de la publicación de tan anunciada y ansiada «Ley de Derecho Desigual» a favor de la plena igualdad de trato y oportunidades de las mujeres en general, y no sólo de ese momento tan dramático como es la violencia – sea de género, sea doméstica, sea de persecución...–.