



Resolución del Ararteko, de 9 de julio de 2008, por la que se recomienda al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco que revise el otorgamiento de una mayor ayuda para los hombres que para las mujeres trabajadoras que se acogen a la excedencia o a la reducción de jornada para el cuidado de hijas e hijos.

Antecedentes

1. En el mes de mayo del año 2007 se recibió en esta Institución una reclamación formulada por una mujer embarazada planteando la posible discriminación en razón de su sexo con motivo de la diferente cuantía que perciben hombres y mujeres en concepto de ayudas a las personas trabajadoras que se acogen a la excedencia o a la reducción de jornada para el cuidado de hijas e hijos.

En objeto específico de la reclamación se refiere a las ayudas contempladas actualmente en el Decreto 118/2007, de 17 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, que modifica la normativa anterior (Decreto 329/2003, de 23 de diciembre, y previamente, Decreto 177/2002, de 16 de julio). Dicha norma recoge en su articulado (artículo 8 en relación con las ayudas para atender a hijos e hijas; y de igual manera en el artículo 17 respecto al cuidado de familiares en situación de dependencia) una diferenciación de cuantías a percibir en concepto de ayuda, en función del sexo de la persona solicitante, de tal modo que las ayudas destinadas a los hombres son superiores a aquellas que están destinadas a las mujeres.

2. Una vez realizada la petición de información y el oportuno requerimiento, en noviembre de 2007 recibimos contestación del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, el cual defiende esta diferencia de trato considerando que se trata de una acción positiva que pretende favorecer la corresponsabilidad de los hombres en el cuidado de hijas e hijos.

En su contestación, el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social nos ofrecía unos datos en relación con la distribución por sexos de los beneficiarios de las ayudas en los últimos años. Según las referencias del mismo Departamento, el porcentaje de varones que se han acogido a los beneficios de esta normativa ha pasado de un 5,34% en 2002, año en el que se implantaron estos beneficios, a un 6,10% en el 2006, último ejercicio del





que se tiene información. El Departamento en su misiva resalta el incremento, si bien reconoce que es “menos de lo que nos parece deseable, lo que indica la gran dificultad de cambiar esta tendencia socio-cultural”.

3. A la vista de estos antecedentes, tras analizar el planteamiento de la queja y de la contestación remitida por el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, hemos estimado oportuno remitirle las siguientes:

Consideraciones

1. El objeto de la reclamación presentada ante esta Institución es la valoración de la admisibilidad como instrumentos de acción positiva de las medidas recogidas actualmente en el Decreto 118/2007, de 17 de julio, de conciliación de la vida laboral y familiar, y en concreto, las referidas a las ayudas económicas para las personas trabajadoras que se acojan a excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos e hijas.
2. Con carácter previo al análisis en concreto del Decreto en cuestión, es oportuno dibujar unas pinceladas que permitan conocer en abstracto cuáles son los elementos característicos esenciales de la acción positiva.

En este orden de cosas, conviene señalar que en el ámbito del Derecho internacional se ha experimentado un interesante desarrollo en el reconocimiento de las medidas de acción positiva. Tal como afirmara quien fuera presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Juez Sergio García Ramírez, en su Voto Razonado con respecto a la Sentencia de la Corte en el célebre “caso Castro y Castro”, de 25 de noviembre de 2006, “a la luz de los desarrollos del Derecho nacional e internacional de los derechos humanos, pero sobre todo a la sombra de una realidad tenaz y lacerante, (es clara) la necesidad de afirmar la protección específica que requieren los derechos y las libertades de las mujeres, afirmación que constituye una pieza indispensable para la construcción integral del sistema de protección de los derechos humanos y su vigencia eficaz”. Es por ello que “se impone la adopción de medidas especiales que reconozcan características propias de las mujeres (...) y que restablezcan, introduzcan y favorezcan la igualdad entre varones y mujeres en ámbitos en los que éstas se han encontrado en situación desfavorable frente a aquéllos por consideraciones culturales, económicas, políticas, religiosas, etcétera” (Voto Razonado, párrafos 9 y 10).





El art. 3.5 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres se refiere a la "acción positiva" señalando que "para promover la consecución de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, los poderes públicos deben adoptar medidas específicas y temporales destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho por razón de sexo existentes en los diferentes ámbitos de la vida".

Este mandato se corresponde en el ámbito internacional de los derechos humanos con el art. 4.1 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés), ratificada por España en 1984, el cual recuerda que "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, máximo intérprete y garante de la CEDAW, hizo pública en el año 2004 su Recomendación General nº 25, por medio de la cual definió con detalle los caracteres y la exigencia jurídica de las medidas de acción positiva para todos los Estados Partes de la Convención.

Así, el Comité señaló que "el alcance y el significado del párrafo 1 del artículo 4 deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad de jure y de facto entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos. Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir este derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto de jure como de facto respecto del hombre" (párrafo 4).

En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También





deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer” (párrafo 8).

En coherencia con este planteamiento, el Tribunal Constitucional español desde sus primeros años de actividad viene sosteniendo que “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987, FJ 7º). De hecho, la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que el tratamiento diverso de situaciones distintas “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 34/1981, FJ 3º, y STC 3/1983, FJ 3º, entre otras).

En adición a lo anterior, hay que tener presente también que “el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida” (STC 200/2001, FJ 4º, y toda las Sentencias allí destacadas).

A este respecto, especialmente ilustrativa resulta la referencia que realiza el Comité de la CEDAW en su Recomendación General nº 25 respecto a la finalidad de las medidas de acción positiva, al considerar que la misma consiste en “acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. *El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales*” (párrafo 18; la cursiva no está en el original).





Es conocida la intensa labor desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la formulación de la acción positiva como instrumento fundamental en la lucha contra la discriminación tanto directa como indirecta por razón de género. Esencialmente, ha sido el área del Derecho laboral la que ha contado con una actividad normativa y jurisprudencial más fértil en el marco del Derecho comunitario. Así, uno de los primeros pasos de mayor relevancia en el marco de la Unión Europea fue la Directiva 76/207/CEE, reformada por medio de la Directiva 2002/73/CE, en cuyo art. 2.4 establecía que “la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”, esto es, en la igualdad de trato en el acceso al empleo, incluida la promoción, y en la formación profesional, así como en las condiciones de trabajo y en la seguridad social.

El Tribunal de Luxemburgo ha interpretado tal precepto subrayando la coherencia con el principio de no discriminación de toda medida adoptada por los poderes públicos “en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, *favoreciendo especialmente a las mujeres*, estén destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres” (STJUE 17-X-1995, “caso Kalanke”, apartado 19; la cursiva no está en el original).

De esta forma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que la acción positiva es un instrumento para la igualdad en cuya formulación se exige la adopción de medidas que “favorezcan especialmente a las mujeres”. En esta línea, el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que ha incorporado en el ordenamiento jurídico el acervo comunitario en la materia, dispone que “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán *medidas específicas en favor de las mujeres* para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”, para continuar señalando que “tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso” (la cursiva no está en el original).

En lo señalado hasta el momento puede apreciarse que dos de los requisitos que una medida necesariamente ha de respetar para ser considerada como acción positiva son la instrumentalidad, en tanto en cuanto hablamos de medios que deben tender a la consecución final de una igualdad real y efectiva,





y la proporcionalidad. A su vez, hay que tener en cuenta que la utilización de las medidas de acción positiva “sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada” (STC 128/1987, FJ 8º).

Esta regla de la transitoriedad es reafirmada por el Comité de la CEDAW, el cual recuerda que “conforme se vayan adoptando medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, sus necesidades pueden cambiar o desaparecer o convertirse en necesidades tanto para el hombre como la mujer. Por ello, es necesario mantener en examen continuo las leyes, los programas y las prácticas encaminados al logro de la igualdad sustantiva o de facto de la mujer a fin de evitar la perpetuación de un trato no idéntico que quizás ya no se justifique” (Recomendación General 25ª, párrafo 11).

En cuarto y último lugar, junto con la instrumentalidad, la proporcionalidad y la temporalidad, la efectividad de la medida ha de ser justificada por los poderes públicos como condición previa a la admisibilidad de cada acción positiva concreta. Así, el Comité de la CEDAW ha manifestado respecto a los Estados Partes (siendo estas exigencias reivindicables con respecto a todos los poderes públicos de dichos Estados Partes) que éstos “deberán explicar las razones de la elección de un tipo de medida u otro. La justificación de la aplicación de dichas medidas deberá incluir una descripción de la situación real de la vida de la mujer, incluidas las condiciones e influencias que conforman su vida y sus oportunidades, o de un grupo específico de mujeres que sean objeto de formas múltiples de discriminación, cuya situación trata de mejorar el Estado Parte de manera acelerada con la aplicación de dichas medidas especiales de carácter temporal. Asimismo, deberá aclararse la relación que haya entre dichas medidas y las medidas y los esfuerzos generales que se lleven a cabo para mejorar la situación de la mujer” (Recomendación General 25ª, párrafo 28). Reclama igualmente el Comité que los mismos poderes públicos “también deberán describir en sus informes los resultados de las medidas especiales de carácter temporal y evaluar las causas de su posible fracaso” (Recomendación General 25ª, párrafo 33).

Una concreta acción positiva puede ser (ha de) de utilidad para afrontar los efectos de una realidad de partida que pone al descubierto una desigualdad de oportunidades manifiesta entre los hombres y las mujeres, pero no se trata de la fórmula idónea para atajar el contexto social discriminatorio de raíz. Sin





duda, como manifiesta el Comité de la CEDAW, “las medidas especiales de carácter temporal deberán adoptarse para acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales y actitudes y comportamientos estereotípicos que discriminan a la mujer o la sitúan en posición de desventaja” (Recomendación General 25ª, párrafo 38), si bien “la situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos y determinados históricamente” (Recomendación General 25ª, párrafo 10).

3. Tal como se ha querido reflejar en el apartado anterior, todo análisis de la adecuación de una medida de acción positiva al principio de la igualdad y no discriminación ha de superar, pues, un cuádruple filtro: el de la instrumentalidad, el de la proporcionalidad, el de la temporalidad y el de la eficacia de la medida para los fines perseguidos.

Como ya se adelantó previamente, en este punto corresponde pasar por el tamiz de ese cuádruple filtro las ayudas contempladas inicialmente en el Decreto 177/2002, posteriormente en el Decreto 329/2003, y actualmente en el Decreto 118/2007, reguladores todos ellos de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. Dicha normativa viene recogiendo en su articulado invariablemente en lo sustancial una diferenciación de las cuantías a percibir en concepto de ayuda, en función del sexo de la persona solicitante, de tal modo que las ayudas destinadas a los hombres son superiores a aquellas que están destinadas a las mujeres.

La Exposición de Motivos del Decreto 118/2007 destaca entre sus objetivos “los de facilitar la incorporación de la mujer a la vida laboral y el desarrollo de su carrera profesional, fomentar la corresponsabilidad de mujeres y hombres en el ámbito familiar, en particular en el cuidado y educación de los hijos e hijas, y facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales”.

Si bien no puede menos que aplaudirse los propósitos que inspiran esta regulación, probablemente la duda que se plantea de inicio se centra en el colectivo al que directamente se está favoreciendo. En atención a la base teórica de las medidas de acción positiva, parece difícilmente sostenible la admisibilidad de una medida que en la práctica consiste en una acción positiva a favor del hombre. Como se ha señalado con anterioridad las medidas de





acción positiva han de ser instrumentos válidos para la consecución de la igualdad que “favorezcan especialmente a las mujeres” (STJUE 17-X-1995, “caso Kalanke”, y en el mismo sentido el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007). Siendo esto así, la incertidumbre sobre la conveniencia de la fórmula seguida por estos Decretos es inevitable desde la evidencia de que, aun siendo loable la finalidad perseguida, es a los hombres, que estructuralmente gozan de un estatus económico de por sí más privilegiado con respecto a las mujeres, a quienes se les está otorgando un mayor beneficio económico por una misma conducta. No se puede olvidar, a este respecto, que además de ser deseable la finalidad pretendida han de ser proporcionales los medios a seguir, extremo que no resulta del todo acreditado en este caso.

Los principios de temporalidad y eficacia se encuentran estrechamente ligados en las medidas de acción positiva, de tal suerte que una medida será jurídicamente admisible siempre y hasta cuando su efectividad resulte suficientemente acreditada. Una de las características esenciales de las medidas de acción positiva, como se ha señalado con anterioridad, es precisamente el de su instrumentalidad. Esto es, las medidas que favoreciendo especialmente a las mujeres de manera proporcionada y temporalmente limitada busquen materialidad la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres no constituyen fines en sí mismos sino que han de responder satisfactoriamente a tales objetivos igualitarios, a riesgo de tornarse discriminatorias de no cumplir con las funciones que se les presuponen de inicio. Aquí reside un escollo importante para la adecuación de la regulación en la Comunidad Autónoma Vasca de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar a los requisitos de la acción positiva.

Los datos proporcionados por el mismo Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco señalan que el porcentaje de varones que se han acogido a los beneficios de esta normativa ha pasado de un 5,34% en 2002, año en el que se implantaron tales beneficios, a un 6,10% en 2006, último ejercicio del que se ha recibido información.

Frente a esta realidad, la autoridad competente en la materia, en este caso, el Gobierno Vasco, ha de acreditar la conveniencia y utilidad, esto es, la efectividad de la medida. Si bien es cierto que el número total y porcentual de hombres que se han acogido a esta medida ha crecido en los últimos años, este crecimiento, fundamentalmente en términos relativos, ha sido prácticamente testimonial y muy poco significativo, por lo que no es posible





atribuir claramente tal incremento a la entrada en vigor de esta regulación normativa o a cualquier otra causa.

Constituye una obligación para los poderes públicos, como se afirmó anteriormente, acreditar suficientemente la oportunidad de la medida concreta y su necesidad para la consecución del fin pretendido. Este requisito de la efectividad de la medida constituye un requisito de obligado cumplimiento que, de no cumplirse, invalida por sí solo la medida en su conjunto, al no quedar demostrada su proporcionalidad y correspondencia con los fines perseguidos.

Por último, a lo dicho hasta el momento hay que añadir un elemento de especial preocupación para el Ararteko, cual es el trato materialmente más perjudicial de que pueden ser objeto algunas mujeres en especial. Se trata de la situación de discriminación que está regulación puede generar para aquellos modelos de familia que no encajan en el modelo tradicional de hombre y mujer, como son las familias monoparentales compuestas sólo por una madre (la mayoría de ellas) respecto a aquéllas compuestas sólo por un padre (muy pocas en la práctica). Otro tanto sucede en el caso de las familias compuestas por dos mujeres, respecto a las compuestas por dos hombres. En este último supuesto se estaría privilegiando, sin ninguna justificación (ya que el objetivo de fomentar la corresponsabilidad de los hombres pierde todo sentido en el contexto de parejas compuestas por lesbianas) a las parejas o matrimonios compuestos por dos varones. En consecuencia, la posibilidad de ejercitar los derechos reconocidos por el Decreto 118/2007 sólo se ofrecería a las parejas heterosexuales o parejas homosexuales masculinas, que quedarían, en consecuencia, injustamente favorecidas por esta medida.

En conclusión esta Institución considera que, con base en los requisitos de instrumentalidad, proporcionalidad, temporalidad y eficacia propios de las medidas de acción positiva, no resulta adecuadamente justificado el diferente tratamiento dado a hombres y mujeres a la hora de acogerse a excedencia o a reducción de jornada para el cuidado de sus hijos e hijas.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11.b) de la ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta Institución, se eleva la siguiente:





RECOMENDACIÓN 15/2008, de 9 de julio, al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco

Que someta a un proceso de evaluación lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 118/2007, de 17 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, y que, considerando los argumentos que se exponen en esta resolución, revise las diferencias en las cantidades que perciben hombres y mujeres en concepto de ayudas a las personas trabajadoras que se acogen a la excedencia o a la reducción de jornada para el cuidado de hijas e hijos previstas en el artículo 8 del Decreto 118/2007, de 17 de julio.

