

# Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española

## The legal impact of soft law on effective equality. the Spanish experience

Por ANA RUBIO CASTRO  
Universidad de Granada

### RESUMEN

*El objetivo principal de este trabajo es evaluar la eficacia normativa y social de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en España. Esta evaluación se realiza tomando en consideración la diversidad de técnicas legislativas empleadas por la ley para la implementación de las directivas comunitarias y el desarrollo del principio constitucional a la igualdad. A lo largo de toda la exposición se analizan además los debates doctrinales y los efectos jurídicos reconocidos en España al soft law en los diferentes ámbitos normativos y las dificultades jurisdiccionales que su aplicación está encontrando en materia de igualdad de mujeres y hombres.*

Palabras clave: *Gobernanza, igualdad efectiva, soft law, derecho antidiscriminatorio en España.*

o

*The main aim of this work is to evaluate the legal and social effectiveness of Organic Law 3/2007, 22 March, on the effective equality of women and men, in Spain. This assessment is made taking into account the diversity of*

*legislative techniques employed by the law for the implementation of European Union directives and the development of the constitutional principle of equality. Throughout the entire exposition the doctrinal debates and legal effects recognized in Spain are analysed as soft law in the different normative areas and jurisdictional difficulties that its application is finding in the field of equality between women and men.*

*Keys words: Better regulation, effective equality, soft law, antidiscrimination law in Spain.*

**SUMARIO:** 1. LA RELEVANCIA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA.—2. LA IGUALDAD EN ESPAÑA. LAS PARADOJAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.—3. LAS NUEVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS.—4. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRRES 3/2007 Y LAS DIFERENTES TÉCNICAS LEGISLATIVAS.—5. LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE *SOFT LAW* CONTENIDAS EN LA LOIEMH.

**SUMMARY:** 1. THE RELEVANCE OF THE LEGISLATIVE EVALUATION IN SPAIN.—2. EQUALITY IN SPAIN. THE PARADOXES OF ANTIDISCRIMINATION LAW.—3. THE NEW LEGISLATIVE TECHNIQUES.—4. THE ORGANIC LAW FOR THE EFFECTIVE EQUALITY OF WOMEN AND MEN 3/2007 AND DIFFERENT LEGISLATIVE TECHNIQUES.—5. THE DIFFERENT TYPES OF *SOFT LAW* CONTAINED IN LOIEMH.

## 1. LA RELEVANCIA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA

La buena gobernanza que se promueve desde Europa y desde el gobierno español obliga, cuando se evalúa la eficacia del derecho, a dar cuenta no sólo del derecho válido, sino también del derecho «real». Esta exigencia implica desvelar las nuevas modalidades y formas de producción normativa que se están desarrollando en la actualidad, sacar a la luz los vericuetos que hoy emplea el poder legislativo y el ejecutivo para regular jurídicamente la vida social, señalar los nuevos poderes normativos que el actual desbordamiento de la política ha generado y, finalmente, mostrar las nuevas racionalidades jurídicas que subyacen tras las diferentes técnicas legislativas empleadas. La complejidad que encierra el proceso de evaluación normativa abre el debate sobre la necesidad de un nuevo paradigma jurídico, de un nuevo modelo de ciencia, capaz de superar los límites que impone la dogmática jurídica a la hora de analizar el derecho real.

La calidad legislativa que el buen gobierno impone a los Estados ha desplazado la centralidad del momento de creación del Derecho a

otros momentos, entre los que cabe señalar: el proceso de preparación, información, consulta, discusión, deliberación y formulación legislativa, así como al proceso posterior de implementación y control de su cumplimiento<sup>1</sup>. En oposición a estos cambios, el modelo de ciencia jurídica en continua en España anclado en el análisis de las normas y en sus problemas técnicos de interpretación y aplicación. Un enfoque claramente insuficiente para dar cuenta de toda la complejidad de actores y escenarios que interactúan en la creación y aplicación del derecho<sup>2</sup>. La evaluación legislativa no permite presentar como inconexos los procesos de creación, ejecución y control del cumplimiento del derecho, ni tampoco desconectar la fase de la concepción y diseño de la creación normativa respecto a las políticas públicas que las diferentes administraciones desarrollan en aplicación de las leyes<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En el año 2000, la OCDE realizó una revisión de la reforma de las regulaciones en España proponiendo fortalecer la gestión reguladora española a través de una unidad especializada que supervisara el uso de los poderes reguladores en toda la administración. Su finalidad era fijar con claridad los principios de responsabilidad y los marcos para su implementación, establecer una unidad de supervisión que tuviese autoridad legal para hacer recomendaciones al Consejo de Ministros, con capacidad para coordinar el programa en toda la administración y un secretariado con recursos y capacidades analíticas para proveer opiniones independientes sobre cuestiones reguladoras. Unas actuaciones que debían acompañarse de la revisión de los cuestionarios de evaluación existentes para conformarlos con las mejores prácticas, y con un programa progresivo de implantación del análisis del impacto regulador para todas las regulaciones nuevas y las revisiones de las anteriores. Se consideraba esencial que el análisis expusiera los costes de los impactos directos y la apreciación cualitativa de los beneficios, para avanzar en la transparencia, en un registro centralizado que contuviera todos los requerimientos reguladores, con el objetivo último de fortalecer la política de la simplificación administrativa. Todos estos objetivos han sido descuidados hasta el día de hoy. OECD (2000), *Regulatory Reform in Spain*, OECD, Governance, París.

<sup>2</sup> Los análisis científicos sobre la calidad normativa, en España, continúan centrados en aspectos «científico-técnico», aunque desde los años 90 y por influencia de los análisis económicos del derecho ha crecido el interés por la calidad de la legislación como mecanismo imprescindible de un buen gobierno.

<sup>3</sup> «Asegurar la calidad de la regulación y desarrollar metodologías para evaluarla ha sido una de las preocupaciones tradicionales de los gobiernos cuando han tratado de mejorar la calidad de la acción gubernamental. La introducción del desarrollo sostenible como objetivo político holístico plantea nuevos retos a los viejos instrumentos regulatorios. La regulación, por tanto, tendrá que ser compatible con los principios y con los objetivos del desarrollo sostenible y, para valorar esta compatibilidad, será esencial disponer de un instrumento de evaluación específico y sistemático. La idea de la evaluación del impacto regulatorio no es nueva, desde finales de los años 70 del siglo pasado, y en el contexto de estrategias de reforma de la regulación se llevan a cabo evaluaciones de impacto regulatorio con objetivos diferentes en un amplio espectro de países. La herramienta de evaluación usada en estos casos ha sido la EIR (Evaluación del Impacto Regulatorio), instrumento que intenta proporcionar un análisis sistemático de los impactos positivos y negativos de las propuestas de regulación». Estas nuevas exigencias obedecen a la necesidad de adaptarse a una realidad cambiante. El hecho regulatorio y su papel como instrumento político han sufrido profundas transformaciones a lo largo del tiempo. Cataluña es uno de los territorios que más han trabajado en este sentido, estableciendo un convenio

El interés por la evaluación y calidad legislativa a nivel internacional y nacional se explica habitualmente como una reacción lógica ante el fenómeno de la «inflación legislativa» o «motorización» normativa<sup>4</sup>, pero en mi opinión, el interés por la evaluación legislativa responde sobre todo a la necesidad de evaluar los cambios sociales e institucionales que los derechos nacionales deben de realizar para acomodar la sociedad<sup>5</sup> y las instituciones a las exigencias de una economía globalizada. En otras palabras, en este momento los derechos nacionales han de responder más a las demandas e intereses de las grandes corporaciones y el capital internacional que al mantenimiento de los intereses de las ciudadanías quo nacionales. Un hecho que los informes sobre desarrollo humano vienen denunciando desde hace años, exigiendo a los Estados que desarrollen medidas de control frente al capital internacional, con la finalidad de proteger los derechos humanos y las libertades de sus ciudadanías<sup>6</sup>. Pienso que la calidad legisla-

---

de colaboración entre el Consejo Asesor para el Desarrollo Sostenible de Catalunya (CADS) y el Instituto Internacional de Gobernabilidad (IIG), firmado el 15 de junio de 2005 y con fecha de finalización de 30 de noviembre del mismo año con el fin de promover la comprensión y la evaluación regulativa en Cataluña. Los resultados de esta colaboración se recogen en: La evaluación del impacto legislativo en Cataluña, bajo la dirección de Joan Prats y coordinado por Marta Batlevell, publicado el estudio en Documentos de investigación, 10, Generalitat de Catalunya. Consell Assessor per al Desenvolupament Sostenible de Catalunya (CADS), diciembre 2006, pp. 15-17. El estudio puede consultarse en: [www20.gencat.cat/.../Desenvolupament%20sostenible/Estrategia%20per](http://www20.gencat.cat/.../Desenvolupament%20sostenible/Estrategia%20per).

<sup>4</sup> Sin embargo para Esteve Pardo no es ésta la razón sino el reforzamiento de la autorregulación privada como consecuencia del reforzamiento de los poderes en manos de la sociedad. El carácter policéntrico de sociedad articulada a partir de diferentes sistemas, con sus propios sistemas de valores, hace difícil al derecho, en la actualidad, penetrar en algunos contextos sociales, especialmente en los que se encuentran sometidos a importantes cambios tecnológicos e incertidumbres, por este motivo se promueve la autorregulación. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación, génesis y Efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 25-35.

<sup>5</sup> El fenómeno de la gobernanza desvela la nueva relación que se trata de establecer entre sociedad y economía quebrando el tradicional contrato social que legitimaba la acción de gobierno de los Estados. DE SOUSA SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (edits.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Antrhopos, 2007, pp. 11-14.

<sup>6</sup> En un mundo globalizado, las obligaciones por la justicia han de centrarse en el Estado, si bien la responsabilidad se extiende también a los actores no estatales y al Estado más allá de sus fronteras, tal y como se enuncia en el Informe de Desarrollo Humano del año 2000. Situar al Estado en el centro de la protección a los derechos humanos y establecer también las responsabilidades de los actores a escala mundial –la Organización Mundial del Comercio, la instituciones de Bretton Woods, las empresas de alcance mundial, las redes mundiales de ONG, las grandes agencias de comunicación y a las normas a escala mundial en materia de comercio y medio ambiente– permita dejar claro que en un mundo globalizado la responsabilidad es de todos, tanto de los sujetos privados como de los públicos. Se denuncia que no se tengan datos sobre las actuaciones de las empresas e instituciones multilaterales, ni de cómo los Estados defienden los intereses mundiales y no los propios nacionales, que deberían ser su prioridad. A todo esto hay que sumar que los acuerdos comerciales firmados debilitan los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos de las

tiva exigida nada tiene que ver con el número de normas creadas por los Estados, es más no implica menos normas jurídicas, sólo implica menos normas jurídicas estatales *hard law*, con el objetivo de dejar abierto un amplio campo de negociación a los diferentes sujetos normativos implicados. Por consiguiente, la calidad de la regulación<sup>7</sup> lo que exige es una legislación proporcionada, orientada y diseñada para satisfacer los fines consensuados por los diferentes actores con la mayor eficiencia y eficacia, lo que supone una legislación accesible y transparente para los administrados, aplicada con los menores costes posibles y en la que se debilita la responsabilidad de la administración al endosar a instancias privadas la responsabilidad de su autorregulación en el logro de los fines establecidos. El objetivo principal de esta nueva técnica de regulación es incrementar la legitimidad de lo decidido y reducir a mínimos las resistencias sociales que implicar su aplicación. Es en un contexto de crisis de legitimidad del Estado y de dificultad del mismo para regular con eficacia la complejidad social y económica en el que cobra significado y protagonismo el *soft law*, como técnica regulativa, así como la necesidad de los informes técnicos que han de acompañar a la elaboración de las leyes<sup>8</sup>.

Si bien en España, desde la ley 50/1997, de 27 de noviembre, se exige que «las normas y proyectos de ley vengan acompañadas de un estudio o memoria económica de lo que supone su impacto». y que «la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar» ...

---

ciudadanas. Si bien la preocupación por los riesgos que genera la globalización de la economía está muy presente en todo el documento, se echa en falta que en el mismo no se hubiese prestado la misma atención a la segregación de los datos por sexo, al afectar de modo más grave a las mujeres. Informe Desarrollo humano 2000, Naciones Unidas, Sinopsis, punto 3, pp. 8-9; punto 4, p. 9.

<sup>7</sup> La UE está fuertemente comprometida con la política de Mejora de Regulación, *Better Regulation*, y la ha incluido como prioridad en la Renovada Agenda de Lisboa (2001), al considerarla indispensable dentro de las medidas encaminadas a aumentar la competitividad y a promover un crecimiento sostenible. Contribuciones como el Informe Mandelkern (2000), y el Libro Blanco de la Comisión sobre Gobernanza Europea (2001) suponen un ambicioso plan de mejora de la legislación europea. Un compromiso por la eficacia normativa que ha sido asumido explícitamente por el Gobierno de España, tal y como lo demuestran la ley de igualdad 3/2007 y la ley integral 1/2004, antes citadas.

<sup>8</sup> Tal y como afirmaba Helmut Willke, el actual protagonismo de la sociedad tiene a su principal víctima en el Estado. Las leyes y los reglamentos se centran cada vez más en el procedimiento y menos en los aspectos sustantivos, lo que obliga, a la hora de aplicar las normas jurídicas, a tomar en consideración las normas técnicas de aceptación general elaboradas por las instancias privadas y por los grupos de expertos. Un hecho que desplaza el poder de decisión del Estado a la sociedad en materia normativa en ámbitos de gran relevancia social y económica. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación, génesis y efectos, cit.*, pp.23-27.

(art. 24), ha sido la estrategia de la gobernanza y el programa europeo «*better regulation*», los que han reforzado el valor de los análisis económicos del Derecho (AED), al mostrarlos como una herramienta útil en el diseño, evaluación y el seguimiento normativo (El libro Blanco europeo (Bruselas 25.72001, COM (2001) 428 final). Pero no sólo los informes económicos se han hecho imprescindibles, también cobran relevancia los análisis de impacto de género, como instrumentos necesarios para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato del principio de igualdad que figura en la Plataforma de Acción de Beijing, y que el Tratado de Ámsterdam incorpora<sup>9</sup>. Con este objetivo nace en España la ley 30/2003<sup>10</sup>, en la

<sup>9</sup> En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un Programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), destacando que se debe articular la evaluación del impacto en función del sexo en los distintos ámbitos de intervención (vida económica, social, vida civil, roles, etc.).

<sup>10</sup> La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995 renovó el compromiso de la comunidad internacional en la igualdad entre los sexos, así como el desarrollo y la paz. En la misma se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a *integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones*. No obstante, el proceso ha sido lento y errático, las preocupaciones sobre la mujer aún tienen una prioridad secundaria. Por ello, del 5 al 9 de junio de 2000, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General a fin de hacer una evaluación quinquenal, conocida como Beijing+5, cuyo tema fue *La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI*, en el que se analizaron los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción, reiterando la necesidad de aplicar de manera completa y rápida dicha Plataforma. En el ámbito de la Unión Europea, con la entrada en vigor el día 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam, se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europea, especialmente, en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este contexto la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas y la eliminación de las desigualdades constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión Europea. En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), en la que se incluye la evaluación del impacto en función del sexo en los distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa. Además, la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, aprobó una comunicación sobre la transversalidad (*mainstreaming*) como un primer paso hacia el logro del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias, para lo que elaboró una *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género* diseñada para integrarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejo-

que se exige que los anteproyectos de ley y los reglamentos se acompañen en sus memorias de un informe de impacto de género, que evalúe la situación de desigualdad de género en la sociedad y el impacto que la ley o reglamento tendrá en ella para modificarla. Esta obligación sería ampliada por el artículo 19 de la ley de igualdad 3/2007, extendiéndola además a: «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género». Sin embargo, esta obligación es incumplida por las administraciones, o, peor aún, solventada de forma ridícula al confundir la ausencia de impacto de género con la utilización de un lenguaje jurídico general y abstracto<sup>11</sup>. Las sentencias generadas por el incumplimiento de esta exigencia, en 2010, demuestran que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo no consideran vicio de nulidad la inexistencia de estos informes<sup>12</sup>. Reseñar este dato es relevante porque muestra los impedimentos que existen para llevar a cabo evaluaciones legislativas en materia de igualdad de género.

Una vez expuesta la importancia de la evaluación legislativa y su recepción en España, el paso siguiente es evaluar la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, 3/2007, de 22 de marzo, para determinar su nivel de eficacia y las resistencias que impiden o dificultan su aplicación. En esta evaluación se tomará en cuenta el contexto *ex ante* –derecho antidiscriminatorio español–, para pasar posteriormente al análisis de la eficacia de la ley de igualdad a través de su aplicación jurisdiccional.

---

rar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias. Estos objetivos están recogidos en la Exposición de motivos de la Ley 30/2003, de 13 de diciembre, cuyo artículo primero, que modifica el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, dice así: 2. *El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.* Artículo segundo. Modificación del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Se añade también un segundo párrafo en el apartado 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, con la siguiente redacción: *En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.*

<sup>11</sup> Un error que difícilmente cabe imputar sólo al desconocimiento de lo que es la igualdad de género, a la luz de lo establecido en la nota anterior.

<sup>12</sup> GIL RUIZ, J., *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 12-13; y «Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española» (92), 2012, pp. 17-55.

## 2. LA IGUALDAD EN ESPAÑA. LAS PARADOJAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINARIO

La igualdad en España como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), posee una triple función: sirve de fundamento a las normas jurídicas, es una guía y orientación en la aplicación del ordenamiento jurídico, y, puede y debe ser utilizado como crítica o parámetro de valoración de lo que una norma puede o no ser, e incluso de la interpretación que sobre ella se haga (Pérez Luño<sup>13</sup>). De conformidad con esta dimensión del principio de igualdad constitucional toda desigualdad deviene, en principio, una violación al sistema de valores que defiende el proyecto de justicia que encierra la CE. Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha defendido, desde hace más de dos décadas, que no todo trato desigual es injusto, sino sólo aquellos que no superan el test de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que el principio de igualdad exige a cualquier trato diferencial para considerarlo justo y compatible con el mandato de igualdad y de no discriminación.

El examen o escrutinio para determinar cuando un trato desigual es discriminatorio o no, depende del contexto y de las circunstancias que concurren. Este test se hace más estricto cuando concurren algunas de las circunstancias que el artículo 14 CE enuncia como específicamente prohibidas, al recaer sobre ellas una interdicción reforzada. Respecto a la dimensión material de la igualdad recogida en el artículo 9.2 CE, la doctrina constitucional ha interpretado que este mandato impone al Estado la obligación de actuar socialmente promoviendo la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados, con el fin de alcanzar el proyecto de justicia social que la Constitución presupone. De este artículo no deriva un Derecho subjetivo a la igualdad real, pero sí impone a todos los poderes del Estado el compromiso de erradicar todos aquellos obstáculos que la impidan, así como el desarrollo y la protección de determinadas condiciones socio-económicas mínimas o institucionales que garanticen el ejercicio real de los derechos de mujeres y hombres, en igualdad<sup>14</sup>. Esto supone reconocer que el artículo 9.2 además de dar fundamento al desarrollo de políticas públicas en materia de igualdad que remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio real e igualitario de los derechos individuales, da cobertura a la inconstitucionalidad de normas que supongan un retroceso respecto a las condiciones materiales conquistadas y garantizadas en materia de igualdad. Esta dimensión de control legislativo del artículo 9.2,

---

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2.ª edición, 2004; y *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>14</sup> Esta materialización del derecho promovida por el Estado genera tensiones en el interior del paradigma jurídico tradicional, obligando el desarrollo de nuevas técnicas de regulación, como ya se ha expuesto.



menos desarrollada jurisprudencial y doctrinalmente, supone una garantía para la ciudadanía frente al poder establecido, en materia de igualdad<sup>15</sup>.

Cuando afirmamos, con base en el articulado de la CE, que la igualdad es un principio, un derecho y un valor, estamos reconociendo que el proyecto de justicia que recoge la constitución española tiene entre sus elementos constitutivos un mandato de igualdad complejo. Un mandato del que deriva la responsabilidad de todos los poderes del Estado en la promoción de la igualdad y en el desarrollo de políticas públicas que promuevan la igualdad de oportunidades y de resultados entre los individuos y los grupos sociales en los que se integran. Por todo ello, la tutela antidiscriminatoria a favor de los grupos sociales subordinados encontró en el TC, hace ya algunos años –en la STC 145/1991, de 31 de mayo, teniendo como ponente a Rodríguez-Piñero–, un amplio respaldo jurisdiccional a las acciones positivas, que se ha mantenido hasta las últimas sentencias de 2008 y 2009 relativas a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>16</sup>. De esta larga jurisprudencia cabe destacar, para el tema que nos ocupa, la argumentación fluctuante que el TC ha realizado al fundamentar unas veces el mismo en el artículo 9.2 y otras en el artículo 14, la constitucionalidad del derecho antidiscriminatorio a favor de la igualdad de mujeres y hombres<sup>17</sup>. Esta alternancia supone utilizar unas veces una fundamen-

---

<sup>15</sup> La difícil relación entre el poder constituyente (pueblo soberano) y el poder constituido (legislador virtuoso) se hace visible en este precepto. Aunque la tradición constitucional estatalista (Fioravanti) trata de restar valor al poder constituyente, una vez aprobada la constitución, lo cierto es que el mismo se mantiene latente, como poder soberano, para controlar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el proyecto constitucional. La dimensión negativa del artículo 9.2 CE, responde a este control. Si se privará al artículo 9.2 CE de esta dimensión negativa, se estaría debilitando el sistema de garantías de la ciudadanía respecto a sus derechos fundamentales. La reforma de la constitución realizada el 27 de septiembre de 2011, en concreto, en el artículo 135 para situar el control del déficit público por encima del compromiso social que impone el 9.2; o el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que permite a las empresas negociar condiciones de trabajo ignorando lo establecido en los convenios, son dos buenos ejemplos de cómo ha sido ignorado el artículo 9.2. CE, por más que se aleguen razones de urgencia nacional para aportarles legitimidad constitucional.

<sup>16</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo; STC 12/2008, de 29 de enero, y STC 13/2009, de 19 de enero. En todas estas sentencias destaca el desarrollo del contenido del principio y el derecho a la igualdad que la Constitución española permite.

<sup>17</sup> El análisis de esta jurisprudencia fue presentado en el Seminario Internacional sobre discriminación por razón de sexo y procedimiento jurídico, organizado por la Defensoría para la Igualdad del País Vasco, los días 3 a 5 de septiembre de 2008. El título de la ponencia es: «La discriminación indirecta y el orden patriarcal», el texto puede ser consultado en [http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Ana\\_Rubio.pdf](http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Ana_Rubio.pdf).

tación política y otras una fundamentación jurídica. Si bien parece decantarse en los últimos años por una fundamentación jurídica<sup>18</sup>.

A la luz de este desarrollo jurídico y jurisprudencial no había razones *a priori* para prever fuertes resistencias sociales o doctrinales respecto a la ley de igualdad efectiva 3/2007; sin embargo, las resistencias, frente a todo pronóstico, han sido muy importantes, tanto a nivel social como doctrinal. Sirvan como ejemplo los más de 400 recursos de inconstitucionalidad que se interpusieron frente a la ley contra la violencia de género, a pesar de haber sido aprobada por consenso en el parlamento español, o las más de 800 sentencias que han generado las disciplinas *educación para la ciudadanía*, deteniéndose muchas de ellas en la negación de la igualdad de hombres y mujeres. La igualdad de género es considerada por muchos recurrentes y algunos ponentes de las sentencias analizadas como «ideología de género», al considerar que la desigualdad entre hombres y mujeres es lo natural, y la igualdad de género promovida una distorsión de la verdadera naturaleza humana. Aunque el TS se opuso a este tipo de argumentos y unificó doctrina a favor de la igualdad de género<sup>19</sup>, el nivel de conflictividad que desvelan las sentencias, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, desvela el contexto social y doctrinal en que se aplica y desarrolla la ley de igualdad efectiva.

Bajo el argumento de que los nuevos instrumentos jurídicos creados al amparo de la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres violan la igualdad de trato constitucional, entendida ésta como indiferenciación, han hecho dudar de la legitimidad del Derecho antidiscriminatorio y han promovido confusión respecto al mismo<sup>20</sup>. Para ciertos sectores sociales y doctrinales esta nueva realidad jurídica

<sup>18</sup> Creemos que esta opción responde a la destrucción paulatina que en España se está realizando en los últimos años del Estado social.

<sup>19</sup> RUIZ RESA, J. D., «Un Análisis en torno a la educación para la ciudadanía y la ideología de género», *Revista Vasca de Administración Pública* (91) 2011, pp. 193-229.

<sup>20</sup> En opinión de Giménez Cluck, el error de identificar acciones positivas con todo tipo de intervención que tenga como finalidad promover la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integra, sin especificar qué características presentan, deja la puerta abierta a su cuestionamiento. Por esta razón considera importante distinguir entre –medidas de compensación de la inferioridad social. Medidas que toman en consideración rasgos humanos que de no existir discriminación, deberían ser indiferentes a las leyes y las políticas públicas. Medidas cuyo objetivo es mejorar la posición social del grupo, y cuya temporalidad depende de este hecho. Esta argumentación implica aceptar que la igualdad indiferenciada debe ser la norma y el trato diferencial la excepción discriminatoria coyuntural. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, 1998. En esta misma línea se sitúa Fernando Rey. REY, F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *ACFS*, núm. 45, 2011, pp. 167-182. Sobre los dilemas que presenta actualmente el derecho antidiscriminatorio, véase: AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», ponencia presentada en las *Jornadas Integración y derechos en crisis*, 15 de noviembre 2012. La ponencia está recogida en: [http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III\\_Encuentro\\_files/Maria\\_jose\\_anon.pdf](http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III_Encuentro_files/Maria_jose_anon.pdf).

representa el reconocimiento de un estatuto jurídico privilegiado para las mujeres, que se legitima desde el victimismo y el radicalismo del feminismo oficial<sup>21</sup>.

Una vez presentadas las tensiones políticas o ideológicas que en los últimos años han envuelto y marcan, tanto a nivel teórico como práctico, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio en materia de igualdad de género, el paso siguiente es entrar a analizar las técnicas legislativas que la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (a partir de ahora LOIEMH) ha utilizado para implementar el derecho comunitario y desarrollar el mandato constitucional a la igualdad de mujeres y hombres.

Por las mismas razones que otros ámbitos del derecho público han desarrollado la autorregulación y el *soft law*, la LOIEMH introduce la técnica del *soft law* junto a la técnica del *hard law*, en la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta coexistencia de técnicas legislativas muestra hasta qué punto las viejas fronteras entre la sociedad y el Estado, lo privado y lo público y las diferentes administraciones se han diluido hasta hacer del derecho un sistema de regulación complejo, plural, poliédrico, ambiguo y ambivalente<sup>22</sup>, que se

---

<sup>21</sup> Aunque desde hace décadas la doctrina viene defendiendo que la igualdad básica que hay que garantizar para el ejercicio igualitario de los Derechos no se limita tan sólo a la igualdad formal, exigiendo el estado social la redistribución equitativa de bienes materiales e inmateriales como son: el poder, la autoridad o el reconocimiento social, son muchas las voces críticas que todavía envuelven a esta dimensión del principio de igualdad. Se defiende que las políticas redistributivas de bienes inmateriales suponen un desvío o un exceso del Estado, que pone en riesgo las libertades individuales. Se argumenta que la función del Estado, y por consiguiente la del derecho, debe limitarse a establecer las condiciones institucionales necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Otros sectores doctrinales, por el contrario, consideran la función redistributiva insuficiente para garantizar la justicia social, demandando cambios más radicales como una nueva ontología social y un nuevo proyecto de justicia social. Véase: YOUNG, I., «La justicia y la política de la diferencia», cátedra, 2000; *La responsabilidad por la justicia*, Ediciones Morata, 2011.

<sup>22</sup> Teubner Gunther hablaba de tres etapas de evolución del derecho, el derecho formal tejido en torno a las relaciones intersubjetivas; el derecho sustantivo o regulador desarrollado en torno a la intervención autoritaria de los poderes públicos y el derecho reflexivo; y, por último, un derecho orientado a promover la intervención activa y responsable de los propios poderes y de los sistemas sociales. Partes muy importantes de la ley de igualdad responden a este último tipo de derecho. A través del derecho reflexivo se busca capacitar a los sujetos para que puedan regular por cuenta propia sus conflictos. En este contexto las normas se justifican y se legitiman no desde la autonomía privada o la regulación legal del comportamiento, sino por el desarrollo de una autonomía reglada que busca una regulación sistémica a través de normas de organización y del diseño de determinados procedimientos. Se busca estructurar y reestructurar ámbitos en los que poder desarrollar distintos tipos de discursos y procedimientos, haciendo coexistir la integridad del sistema jurídico y la lógica de los subsistemas que regulan cada uno de los diferentes contextos sociales. El derecho reflexivo depende de normas procesales que regulan procesos y asignan derechos y competencias, mediante el control indirecto y abstracto de las acciones sociales, como resultado de establecer un sistema que sólo determina las premisas

acerca bastante a lo que Zagresky denominaba derecho dúctil. Un derecho que se caracteriza por su capacidad para absorber la diversidad y adaptarse al cambio<sup>23</sup>.

### 3. LAS NUEVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Los ensayos políticos que hoy impone la globalización a los Estados como modelos ideales del buen gobierno han hecho nacer una nueva retórica jurídica representada por la contraposición entre el *hard law* y el *soft law*. Estas dos técnicas legislativas se presentan doctrinalmente como dos paradigmas regulativos distintos y opuestos, como complementarios o como una forma híbrida de regulación. Quienes defienden el *hard law* y el *soft law* como dos modelos regulativos distintos, argumentan que el *soft law* representa un modelo regulativo, deliberativo y participativo, que fomenta e incentiva compartir información y aprendizaje mutuo entre los diferentes actores implicados, en la regulación y experimentación de nuevas estrategias de cooperación y negociación. Desde este enfoque los actores se convierten en unidades constituyentes que aprenden desde sí y entre sí, poniendo en cuestión las tradicionales y rígidas fórmulas de regulación<sup>24</sup>. Para otro sector de la doctrina, no son dos técnicas legislativas contrapuestas, sino dos técnicas complementarias entre sí, en tanto el *soft law* es valorado como normas de *lege ferenda* o como criterios interpretativos que han de guiar la aplicación e interpretación del *hard law*. Por último, están quienes matizan las dos anteriores afirmaciones y defienden que a pesar de ser dos técnicas legislativas distintas, ambas concluyen muy eficazmente en la resolución de determinados conflictos de alta complejidad social, los cuales demandan una fuerte especialización<sup>25</sup>. Una vez presentadas las relaciones que la doctrina ha esta-

---

organizativas y procesales de las acciones futuras. Estas tesis han sido recogidas y desarrolladas por Reich Norbert. Un cierto sector de la doctrina ha criticado el planteamiento de Teubner al estimar que su propuesta tiene el riesgo de reforzar aún más las tendencias corporativas de las sociedades actuales. TEUBNER, G., «Substantive and reflexive elements in modern law», en *Law and Society Review*, New Jersey, volumen 17, núm. 2, 1983, p. 240, 255. REICH, N., «Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo de la teoría jurídica», en *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; DODDS BERGER, D. A., «Paradigmas del Derecho, reflexión y derechos sociales», *Derecho y Humanidades*, núm. 19, 2011, Universidad de Chile, pp. 99-111.

<sup>23</sup> MERCADO P., «Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46 (2012), pp. 46-48.

<sup>24</sup> MERCADO, *ob. cit.*, pp. 54-56.

<sup>25</sup> Esta sería mi opinión en el caso de los supuestos de violencia estructural, como es el caso de la discriminación contra las mujeres. Esta técnica pretende superar, en los supuestos de igualdad efectiva de mujeres y hombres, las dificultades que ciertas decisiones unilaterales por parte de la administración podrían generar en sec-

blecido entre una y otra técnica legislativa, debemos adentrarnos en la conceptualización del *soft law*, por tener esta técnica una presencia relevante en la LOIEMH.

Al ser el término *soft law* un término creado por la doctrina a partir del análisis del derecho real, es lógico que los primeros debates se centraran en su dimensión, o no, de fuente del derecho y en sus caracteres propios. La primera dificultad a la hora de determinar qué debía entenderse por *soft law* y qué elementos lo caracterizan era la diversidad de instrumentos jurídicos de *soft law* –resoluciones, códigos de conducta, códigos deontológicos, normas técnicas, guías técnicas, buenas prácticas, etc.– que, como Sarmiento defiende, se incluyen bajo esta etiqueta. Una inclusión que en ocasiones sólo responde al hecho de no encajar en la estructura tradicional del derecho. Este dato ha conducido al error de entender al *soft law* como un derecho «débil o suave», restándole importancia jurídica y valor normativo respecto al *hard law*. Pero calificar como débil a un derecho que alcanza en ciertos sectores un nivel de aplicabilidad cercano al 100% (sector energético), es claramente erróneo además de incorrecto, pues el *soft law* es el único derecho en ciertos sectores y en otros amplía las formas de regulación jurídica. Además, está el hecho de ser aplicado por los tribunales y negociarse y litigarse bajo su protección y, cada vez en mayor medida, condicionar la interpretación del *hard law*. «En definitiva, son normas que no son normas, pero nadie se atrevería a afirmar que su existencia va desnuda de efectos jurídicos»<sup>26</sup>. Las dificultades conceptuales que existen para su correcta comprensión y aplicación obedecen a la incapacidad de las actuales teorías jurídicas para integrarlo en sus viejas categorías y conceptos<sup>27</sup>. Pero aunque la ciencia jurídica tenga dificultades para integrar esta nueva técnica legislativa en su modelo dogmático de ciencia, la materialización del Derecho ha generado cambios en su función, legitimación y estructura<sup>28</sup>. El Con-

---

tores privados o publico-privados que demandan de instrumentos flexibles y de adhesión voluntaria para modificar prácticas largamente asentadas, lográndose así un plus de legitimidad en la decisión. Además el *soft law* hace posible que el Estado intervenga en ámbitos de potestad discrecional, que de otro modo generarían problemas de competencia.

<sup>26</sup> SARMIENTO, D., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, Thomson/Civitas, Navarra, 2008, p. 28.

<sup>27</sup> Estas dificultades han sido analizadas por Bourdieu, P. y Teubner, G., quienes hacen el esfuerzo de aportar modelos cada vez más complejos que permitan explicar el funcionamiento de las instituciones jurídicas concretas, al tiempo que el derecho en su conjunto. Este nivel de investigación teórica y empírica al mismo tiempo es lo que he pretendido en este trabajo. En esta línea véase: BOURDIEU, P., TEUBNER, G., *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre, Facultad de derecho de la Universidad de los Andes, 2000.

<sup>28</sup> La materialización del principio de igualdad en la CE ha generando y tanto el desarrollo de principios abstractos como de normas más concretas, así como de tipos de normas que se oponen a la estructura lógico-deductiva tradicional de la norma jurídica, con la pretensión de satisfacer las demandas constantes que genera promover

sejo de Estado en el Dictamen 803/2006, emitido respecto a la ley de igualdad que nos ocupa, empleaba ya esta expresión, aunque todavía no lo hace el TC, ni el TS, en sus sentencias.

La segunda dificultad conceptual estuvo centrada en si era lógico aplicar esta denominación a disposiciones establecidas por sujetos privados y no sólo públicos, aceptándose que existía un *soft law* público, privado y público privado (este último a medio camino entre la norma y el contrato). Por último, se cuestionó el carácter abierto e indeterminado del *soft law* y los efectos jurídicos que éste podía, o no, tener. Estas primeras delimitaciones conceptuales pretendían dejar claro que nos encontrábamos ante una nueva forma de regulación, ante una técnica legislativa por la que se optaba al considerarla más apropiada para regular determinados contextos o relaciones sociales. A pesar de estos esfuerzos de conceptualización y delimitación, hay quienes defienden que el *soft law* es sólo un complemento del *hard law* y, por consiguiente, que sólo representa propuestas de *lege ferenda*, avances del *hard law* (Lor McNair) o parámetros interpretativos del *hard law* (Caamaño Anido, Calderón Carrero).

Aunque la mayor parte de estos debates doctrinales se han desarrollado en el marco del derecho internacional, la aplicación del *soft law* a nivel interno en España han hecho nacer nuevas precisiones conceptuales en el ámbito del derecho administrativo (D. Sarmiento, 2008<sup>29</sup>) o del derecho financiero (G. Alarcón, 2010<sup>30</sup>), así como una amplia doctrina, que trataremos de trasladar al contexto de la LOIEMH, con la finalidad de determinar la vertiente anulatoria, interpretativa y procesal que tiene esta técnica en el contexto de la Ley de igualdad.

Una vez presentados los problemas de delimitación conceptual entre el *soft law* y el *hard law*, hay que mencionar el carácter no vinculante del *soft law* y su difícil integración en la teoría tradicional de las normas jurídicas, aunque encuentra fácil acomodo en lo que Bobbio denominó la función promocional del derecho. Esto es, un derecho cuyo fin es proponer, no imponer determinadas conductas o prácticas; es decir, un derecho que trata de buscar, dada la naturaleza de su fin, la adhesión voluntaria de los diferentes sujetos normativos a quienes se dirige. La búsqueda de esta adhesión no debe interpretarse como debilidad o defecto, sino como estrategia para favorecer un relevante cambio social y económico, con el máximo impacto y los míni-

---

la igualdad de oportunidades. Este proceso envuelve al derecho antidiscriminatorio en una contradicción, que Teubner analiza respecto al derecho en general, en la obra antes citada: un continuo esfuerzo de autonomía que tropieza constantemente con la dependencia que exige su eficacia. La ley de igualdad española refleja con bastante claridad esta tensión.

<sup>29</sup> Daniel Sarmiento aporta una teoría sobre los efectos jurídicos de estas normas de gran interés para el tema que nos ocupa. SARMIENTO, D., *El soft low administrativo*, Civitas, 2008.

<sup>30</sup> ALARCÓN GARCÍA, G., «El *soft law* y el sistema de fuentes», *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez*, Editorial Aranzadi, 2010.

mos costes en el contexto de la LOIEMH. El valor y la funcionalidad del *soft law* radica en su capacidad para generar nuevas formas de cooperación, participación e integración en contextos y en relaciones en las que confluyen diversos sujetos, intereses y niveles de regulación, que además están abiertos a fuertes incertidumbres y cambios, y ante los que la Administración encuentra dificultades de legitimidad para regularlos.

Quienes insisten en definir el *soft law* en relación o en contraposición con el *hard law*, destacan su dimensión de derecho sin sanción o derecho no vinculante, destacando que no son referentes obligatorios para el poder judicial, ni parámetros de enjuiciamiento de disposiciones generales o actos administrativos. Sin embargo, a partir de la sentencia Grimaldi, 322/88, de 13 de diciembre de 1989, esta afirmación no es correcta. El TJCE defendió que las Recomendaciones ilustran la interpretación de otras disposiciones nacionales y completan las disposiciones comunitarias. Si estos efectos jurídicos son predicables de las recomendaciones europeas respecto al derecho interno de los Estados, más aún lo serán las recomendaciones, normas técnicas, códigos deontológicos, etc., que se desarrollan a nivel regulativo en el interior de un mismo sistema jurídico. Frente a quienes niegan valor interpretativo al *soft law*, están quienes por el contrario le reconocen valor de fuente del derecho, al considerar que tiene una estructura normativa similar a la de los principios generales del derecho. Alonso Gracia sostiene que el *soft law* puede tener alcance interpretativo en el marco de la aplicación judicial del derecho, si se utiliza como marco conceptual e ideológico a la hora de construir la decisión judicial, aunque también se pueda ignorar, puesto que exige su adhesión voluntaria. Ahora bien, si no se toma en consideración, la administración deberá justificar por qué<sup>31</sup>. Esto significa que el *soft law* deviene sólo operativo a través de su aplicación o posterior desarrollo en un acto normativo, que puede ser una ley, un acto administrativo o una sentencia, pero que su ignorancia también tiene efectos jurídicos. Con base en estos argumentos se puede concluir que lo que caracteriza al *soft law* no es tanto un contexto normativo determinado –contexto complejo de cooperación y negociación– sino su estructura, caracterizándose por ser normas generales, muy abstractas e indeterminadas (normas directivas), que proporcionan una gran flexibilidad y especialización. Pero dado que los instrumentos normativos de *soft law* son muy diferentes, no parece suficiente para captar su especificidad, esta conclusión. Por esta razón, debemos hacernos una pregunta más, ¿por qué se utiliza esta técnica, en un determinado contexto? ¿Qué explica que se utilicen un tipo de instrumentos de *soft law* y no otros? Trataremos de responder a estas cuestiones teniendo como contexto explicativo el mandato de igualdad de género que la LOIEMH trata de alcanzar.

---

<sup>31</sup> SARMIENTO, *ob. cit.*, pp. 72-73.

Hemos sostenido hasta ahora que el *soft law* representa una nueva forma de regulación –una técnica legislativa–, para realidades complejas y abiertas a procesos continuos de cambio, lo que explica su carácter no vinculante y la exigencia de adhesión voluntaria, la cual puede realizarse a través de múltiples vehículos normativos. La complejidad que encierra el logro de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en España explica que encontremos en la LOIEMH ejemplos de *soft law* público, privado y privado-público. Pero este dato no permite comprender suficientemente por qué se opta por esta técnica en determinados momentos de la ley de igualdad, cuando existía la posibilidad de apostar por otra estructura normativa más taxativa, lo que hubiese parecido lógico dada la relevancia social y política de la materia que nos ocupa. Creo que se comprende mejor la elección de esta técnica, en determinados preceptos de la LOIEMH, si recordamos que la misma nace para conformar nuevas soluciones normativas a partir de la participación, negociación y consenso entre actores privados y públicos. Esto supone reconocer que el Estado ha renunciado, en el actual contexto socio-económico, a ser el único centro de imputación del derecho positivo, para que el nuevo derecho pueda generar efectos jurídicos en un plano diferente al de la validez. Quienes reniegan o desconfían de esta técnica de regulación jurídica se preguntan si no estaremos asistiendo a una utilización interesada de la carga emotiva del derecho (C. Santiago Nino), por la que el Estado puede eludir sus responsabilidades en materia de igualdad de género, al desplazar la responsabilidad en la satisfacción de este objetivo a la sociedad, al exigir la adhesión voluntaria de lo establecido o propuesto. Estas dudas y temores, en un contexto tan sensible desde el punto de vista ideológico y político como el actual, son comprensibles, y hasta cierto punto lógicas, dado el escaso reconocimiento y valor social y doctrinal que todavía existe respecto al derecho antidiscriminatorio en materia de igualdad de género. Sin embargo, considero que el mandato de igualdad de género por su *transversalidad* y complejidad exige necesariamente para su desarrollo de ambas técnicas, dada la responsabilidad institucional y social que existe en la erradicación de la violencia contra las mujeres. Los preceptos de *soft law* contenidos en la LOIEMH desplazan a la sociedad o a la administración, según los casos, un mandato de optimización que lleva implícito el reconocimiento de la responsabilidad de los actores normativos implicados. Por este motivo, la omisión o ignorancia del *soft law* contenido en la LOIEMH tiene efectos jurídicos y de ella derivan responsabilidades tanto para la administración como para los actores privados.

Antes de analizar el *soft law* recogido en la LOIEMH, para analizar su diferente naturaleza, debemos recordar a qué cambios responde esta técnica regulativa. Los cambios producidos en la economía y en la sociedad rompieron las bases de legitimación del poder del Estado y abrieron una grave crisis de legitimación, haciendo eviden-



te la incapacidad de los Estados para gobernar y regular la vida socio-económica. En este contexto el poder legislativo y el poder judicial quedaron atrapados en estructuras e instituciones obsoletas, que generan disfunciones, hasta el punto de asumir el poder ejecutivo una posición privilegiada, en materia legislativa, que la constitución no le atribuye<sup>32</sup>. Basta con citar el creciente número de decretos leyes abstractos y de leyes marco que hoy invaden el sistema jurídico español, criticándose desde amplios sectores sociales y doctrinales su inutilidad, al no aportar respuestas concretas a los graves problemas existentes en la sociedad. A este hecho hay que sumar el amplio margen de decisión y discrecionalidad, que esta forma de legislar otorga al poder judicial, «llevando a los tribunales a convertirse en depositarios de una misteriosa *voluntad legislativas*, siempre supervisada por los mandatos igualmente enigmáticos de la Constitución». El desmedido poder que adquiere el poder judicial y la indeterminación de las soluciones jurídicas convierte a la administración de justicia española en «un poder bajo sospecha»<sup>33</sup>. Esto ha llevado a la doctrina a hablar de creación judicial del derecho (M. Iglesia Vila<sup>34</sup>) o de desgobierno judicial (A. Nieto García<sup>35</sup>), y explica el desarrollo de técnicas de *soft law*<sup>36</sup>. *Las nuevas normas de soft law* que no se incardinan en el sistema oficial de fuentes, pero sí actúan como parámetros de conducta de sus destinatarios, se convierten en el contexto normativo español en útiles instrumentos de regulación frente a la discrecionalidad judicial<sup>37</sup> y a los límites que impone la constitución<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> El *soft law* supone la respuesta a la discrecionalidad judicial, con el fin de generar la inmunidad de los actores implicados. SARMIENTO, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>34</sup> IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. También puede verse: IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, 1996, pp. 95-118.

<sup>35</sup> NIETO GARCIA, A., *El desgobierno judicial*, Trotta, 2004.

<sup>36</sup> SARMIENTO, *ob. cit.*, pp. 36-39.

<sup>37</sup> El efecto negativo de esta forma de regulación es el fomento de la justicia privada, un hecho que se hace especialmente notable en contextos como el derecho mercantil español.

<sup>38</sup> El tribunal constitucional español ha apoyado generosamente las técnicas de delegación y el recurso al decreto-ley, motivo por el cual los gobiernos en los últimos años han empleado en exceso la delegación reglamentaria y la deslegalización, abriendo amplios espacios a la actuación gubernamental. Como Guerrero Salom destaca el TC en sus veintiséis años sólo ha declarado la inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta de fundamento habilitante, STC 687/2007, 28 de marzo. GUERRERO SALOM, E., *Crisis y cambios en las relaciones parlamento-gobierno (1993-1996)*, Tecnos, Madrid, 2000.

#### 4. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES 3/2007 Y LAS DIFERENTES TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Existen pocos contextos desde los que apreciar con tanta claridad lo expuesto sobre al *soft law*, como en la LOIEMH. Su dimensión transversal y su vocación de *Código de igualdad* hacen de esta ley una ley compleja y ejemplo de los efectos que produce la materialización del derecho. La LOIEMH es una norma de *hard law*, en cuyo interior coexisten disposiciones de *soft law*<sup>39</sup> y de *hard law*. Esta complejidad técnica y estructural deriva de su ambicioso fin: construir una «perfecta igualdad en la que no se admita el poder o el privilegio de unos y la incapacidad de otros». Para razonar la diversidad de enfoques, planos, técnicas e instrumentos jurídicos desarrollados por la LOIEMH, era oportuno mostrar los límites que la igualdad formal, o la igualdad como indiferenciación presentaba en la lucha contra la discriminación que sufren las mujeres. Son estos límites los que hacen necesario el desarrollo de nuevos instrumentos jurídicos y políticos para prevenir y detectar precozmente las situaciones de discriminación, y los que explican la complejidad de técnicas regulativas que es necesario utilizar para regular sectores o implicar a actores sobre los que el Estado tiene una dudosa capacidad de intervención<sup>40</sup>. La eficacia normativa o el impacto social que la LOIEMH pretende no es posible sin implicar voluntariamente a los actores sociales y económicos<sup>41</sup>. Todo lo expuesto explica que la LOIEMH posea una parte muy importante de *hard law* que se encuentra tanto en su articulado como en las 31 disposiciones adicionales y 11 disposiciones transitorias, que reforman un total de 22 leyes de gran relevancia jurídica e impacto social. Me parece importante recordar aquí, para valorar su impacto en el sistema jurídico, las leyes que han sido modificadas por la ley de igualdad:

- Ley Orgánica del Poder Judicial,
- Ley Orgánica del Régimen Electoral General,
- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,
- Ley de Enjuiciamiento Civil,
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,
- Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE,
- Ley General de Sanidad,

<sup>39</sup> Además existe el *soft law* en sus múltiples modalidades, *soft law* público, privado y público privado; así como con estructura de regla o de principio cada una de estas tipologías.

<sup>40</sup> Exposición de motivos, punto III. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>41</sup> Recordemos la dimensión estructural que tiene la discriminación contra las mujeres en todas las sociedades y el peso del patriarcado en la sociedad española.

- Ley de Cohesión y Calidad del sistema de salud,
- Ley del Estatuto de los Trabajadores,
- Ley de prevención de Riesgos Laborales,
- Ley de procedimiento laboral,
- Ley de Infracciones y Sanciones del orden social,
- Real Decreto Ley por el que se regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los Contratos de interinidad que se celebran con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimientos,
- Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del Empleo y la Mejora de la Calidad 9 de julio de 2001,
- Ley de Empleo 56/2003,
- Ley General de la Seguridad Social,
- Ley de Medidas para la reforma de la función pública, Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas,
- Ley de Funcionarios Civiles del Estado,
- Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud,
- Ley del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil,
- Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios,
- Ley de Sociedades Anónimas y
- Ley de Creación del Instituto de la Mujer.

El *hard law* existente en el articulado de la ley de igualdad se centra en aquellos aspectos conceptuales y definitorios que en materia de igualdad y tutela contra la discriminación se han desarrollado por el derecho comunitario. Sirvan como ejemplo la definición de acoso sexual y por razón de sexo (art. 7), la declaración de discriminación directa de todo trato más desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8), el establecimiento de las consecuencias jurídicas ligadas de las conductas discriminatorias (art. 10), la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas (art. 4), los cambios introducidos en materia probatoria en los supuestos de discriminación (art. 13), la exigencia de los informes de impacto de género en todas las disposiciones de carácter general y planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística, que se sometan a la aprobación del Consejo de ministros (art. 19), la adecuación de las estadísticas y estudios para que introduzcan la perspectiva de género (art. 20), la cooperación de las administraciones públicas para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias, especialmente en su planificación (art. 21), la inclusión entre los fines del sistema educativo del respeto a los derechos y libertades fundamentales y a la igualdad de derechos y de oportunidades entre mujeres y hombres, como objetivos indispensables para un sistema educativo de calidad (art. 23), los programas públicos de desarrollo del deporte

incorporando la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombre en su diseño y ejecución (art. 29). En esta misma línea cabe citar también la importancia de integrar la igualdad de mujeres y hombre en las políticas urbanas (art. 31), en la política española de cooperación para el desarrollo (art. 32), en las políticas de mejora de la empleabilidad (art. 42), etc. Una mención especial merecen además los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 44). En ninguno de estos supuestos se exige la adhesión voluntaria, se imponen objetivos y obligaciones a los diferentes sujetos implicados a través de la definición, conceptualización y declaración.

Aunque el *soft law* puede cobrar vida a través formas y categorías, actos e instrumentos diferentes, en el caso que nos ocupa se hace a través de una norma de *hard law*. Estos supuestos son excepcionales, puesto que la mayor parte de las veces el *soft law* actúa sin norma que informe sobre los procedimientos o finalidad del mismo. La forma de inclusión del *soft law* que se produce en la LOIEMH ya nos advierte de la estrecha relación que debe existir entre una y otra técnica de regulación. No sólo el *soft law* ha de informar el *hard law*, también a la inversa. Sin embargo, como expondremos a continuación, no ha sucedido esto. Las partes de *soft law* incluidas en la LOIEMH han contaminado las de *hard law*, hasta el punto de entenderse que las partes preceptivas y conceptuales contenidas en el articulado de la LOIEMH necesitan para su obediencia de la adhesión voluntaria por parte del poder judicial y de los diferentes actores implicados.

Este hecho explica la falta de efectos jurídicos que se reconocen al *soft law* en materia de igualdad de género<sup>42</sup> y la falta de responsabilidad con la que los actores tanto privados como públicos responden a los objetivos establecidos en la LOIEMH<sup>43</sup>. Este déficit de conocimiento teórico y de reconocimiento no se explica, dado que el *soft law* ha estado funcionando a nivel constitucional como un mandato de optimización desde hace años (Rubio Llorente), y, en los últimos años, se han desarrollado normas de *soft law*<sup>44</sup> en ámbitos como el

---

<sup>42</sup> Impide ignorar las normas de *soft law* el artículo 9.3 de la CE, cuando consagra el principio de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico.

<sup>43</sup> Estos hechos únicamente se comprenden desde el ambiente de rechazo al derecho antidiscriminatorio en materia de igualdad de mujeres y hombres, promovido en España por sectores sociales y doctrinales fuertemente conservadores.

<sup>44</sup> La Unión Europea ha reconocido expresamente estas nuevas técnicas de producción normativa en sentido lato en el Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión «Legislar mejor» (2003/C 321/01) DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003. Ante la inflación de normas comunitarias, las instituciones de la UE proponen recurrir a técnicas propias del *soft law* (corregulación y autorregulación) cuando no sea conveniente la creación de normas con fuerza de ley, sean éstas Directivas o Reglamentos (art. 288 TFUE). Este Acuerdo, bajo el título «Legislar mejor», pretende entre otras cosas potenciar la coordinación interinstitucional y la transparencia, mediante un marco estable de instrumentos de «legislación blanda» o *soft law* que facilite su futura utilización. La Comisión Europea vuelve sobre estos

*derecho administrativo, mercantil y financiero, generando amplios debates teóricos, en los que se han puesto de manifiesto la relevancia del soft law y los diferentes efectos jurídicos que despliega, como ya hemos visto*<sup>45</sup>. Si ponemos en relación este desarrollo y reconocimiento de la importancia del *soft law* con lo que está ocurriendo en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres, sólo cabe una explicación: existen en España fuertes resistencias ideológicas frente al derecho antidiscriminación en materia de igualdad de género. Una nueva realidad jurídica que es calificada por algunos sectores sociales y doctrinales como ilegítima –al entender que otorga privilegios a las mujeres–, o superflua, al considerar que no añade nada a los instrumentos jurídicos tradicionales que ya existen en materia de igualdad.

Se ha valorado erróneamente por las y los operadores jurídicos la LOIEMH como una ley ideológica, como una ley-panfleto, que sólo recoge los buenos propósitos del gobierno y del parlamento en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Esta valoración limita la validez de la LOIEMH a sus disposiciones adicionales, en las que se modifican de forma concreta algunas de las leyes más relevantes del ordenamiento jurídico. Este hecho, ya de por sí, suficientemente grave, se incrementa cuando las disposiciones adicionales se interpretan además de modo literal, sin atender a los fines y objetivos que recoge el articulado de la LOIEMH y las directivas que el mismo implementa. Un error de interpretación que consideramos inexplicable, en atención al contenido del artículo 4 LOIEMH: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». En este precepto se establece una regla general de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que interactúa y amplía los criterios establecidos en el artículo 3 del Civil. Con base en este artículo cabe defender los efectos jurídicos tanto de las disposiciones de *hard law* como de *soft law* contenidas en la LOIEMH. Máxime si pensamos que el

---

argumentos en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, Bruselas, en marzo de 2005 COM(2005) 97 final Aunque se afirma que estos *alternative regulation mechanisms* no serán aplicables en o para cuestiones que afecten a los derechos fundamentales o se trate de opciones políticas importantes (*sic*), o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros, o afecte a los principios de competencia ni a la unicidad (*sic*) del mercado interior; las tres instituciones europeas reconocen la utilidad de emplear mecanismos de regulación alternativos (*alternative regulation mechanisms*), cuando sea necesario y el Tratado CE no imponga específicamente recurrir a un determinado instrumento jurídico (punto 16.º del Acuerdo).

<sup>45</sup> Esteve pardo analiza el desarrollo de *soft law* en la publicidad y medios de comunicación, calidad y regulación del mercado financiero, problemas medioambientales. Contextos todos ellos en los que el *soft law*, como es el caso de la regulación medioambiental, llega incluso a ser el único derecho. ESTEVE PARDO, *Autorregulación, Génesis y Efectos, cit.*, pp. 57 ss., 70 ss. y 89 ss.

artículo 2 LOIEMH está reconociendo en su apartado 1, que «todas las personas gozaran de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo». Y en su apartado 2: «Las obligaciones establecidas en la ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia». Tampoco cabe ignorar lo establecido en el artículo 3, cuando re-significa el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, al declarar que ésta supone «la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Llegados a este punto se puede afirmar que tanto el *hard law* como el *soft law* contenidos en la LOIEMH tienen relevantes efectos jurídicos a nivel de aplicación de la ley de igualdad al caso concreto, como de interpretación del derecho español en general. Del mismo modo que debemos interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario, pienso que el derecho español debe interpretarse de conformidad con lo establecido en las normas de *hard law* y *soft law* establecidas en la LOIEMH. Si no fuera así, estaríamos neutralizando la pretensión de *transversalidad* que contiene el principio de igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres a nivel de derecho comunitario y de derecho nacional. Pero, ¿qué debe entenderse por «conforme a»? La respuesta ha sido suficientemente elaborada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la obligación de interpretar el derecho nacional conforme al derecho comunitario. Corresponde a las administraciones y a los particulares la obligación de «*hacer todo lo posible*» para interpretar el derecho a la luz de lo establecido en la LOIEMH, lo que implica que los límites son: no llevar a cabo interpretaciones *contra legem*. Por consiguiente, una interpretación conforme a, es una interpretación que nos lleva hasta los límites de lo posible social y normativamente hablando, de ahí que se hable de «efecto directo horizontal» (Pescatore)<sup>46</sup>. De igual modo y con la misma legitimidad que el derecho comunitario ha impuesto en el derecho nacional la obligación fuerte de resolver conforme a sus contenidos, entendemos que la naturaleza y la vocación de la LOIEMH, de código de igualdad imponen al derecho español la misma exigencia<sup>47</sup>. Si esta obligatoriedad y efectos jurídicos se rechazaran, cabe señalar sin margen de duda que se esta-

---

<sup>46</sup> PESCATORE, P., «Monismo, dualismo y «efecto útil» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de derecho europeo*, núm. 9, 2004, pp. 5-21.

<sup>47</sup> En el apartado 15 de la disposición adicional tercera de la LOIEMH se establece que la escuela judicial impartirá anualmente formación en la tutela del principio de igualdad de mujeres y hombres. Una formación especializada, como no puede ser de otro modo en una escuela de estas características.

ría violentando la coherencia que debe de existir en el interior de todo sistema jurídico, y que el derecho español consagra en el artículo 9.3 de la CE.

## 5. LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE *SOFT LAW* CONTENIDAS EN LA LOIEMH

Analizaremos a continuación algunos ejemplos de las diferentes tipologías de *soft law* que encontramos en la LOIEMH. En la LOIEMH se encuentra *soft law público ad intra* cuyo objeto está dirigido a la autoorganización de la administración. *Soft law* privado, cuyo objeto es la autoregulación, y *soft law* privado-público, en el que se mezcla la naturaleza pública con elementos contractuales propios de las relaciones entre particulares. Como la doctrina reconoce, en el interior de cada una de estas modalidades de *soft law* podemos encontrar formas unilaterales y formas convencionales establecidas a través de procesos de negociación. Los efectos jurídicos de cada una de estas modalidades dependerán de la técnica empleada para su incorporación<sup>48</sup>.

Como ejemplo de *soft law* público cabe citar el artículo 14 LOIEMH<sup>49</sup>, en el que se recogen los criterios generales de actuación de los poderes públicos: compromiso con la efectividad de la igualdad entre mujeres y hombres, la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas desarrolladas, con el fin de evitar la segregación, la disparidad retributiva, y fomentar el empresariado femenino; la colaboración y cooperación para que las distintas administraciones trabajen promoviendo la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; la participación equilibrada de mujeres y hombres en todas las candidaturas electorales y en la toma de decisiones; establecimiento de medidas de protección de la maternidad o para favorecer la conciliación y el fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares; así como la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito de la administración<sup>50</sup> y en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y

<sup>48</sup> SARMIENTO, *El soft law administrativo*, cit., p. 107.

<sup>49</sup> Además del artículo 14, están los artículos 15, 16, 17 del artículo 21 al 35, título II, capítulo I y II. En el mismo sentido el Título V, dedicado al principio de igualdad en el empleo público; el capítulo I, artículo 51, criterios de actuación de las administraciones públicas; el capítulo II, artículos 52 a 54, dedicado al principio de presencia equilibrada en la administración general del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella; y el capítulo III, dedicado a medidas de igualdad en el empleo para la administración general del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

<sup>50</sup> Sobre cómo la administración de justicia está cumpliendo las recomendaciones establecidas por el Consejo General del poder judicial en materia de lenguaje jurídico no sexista véase: AA.VV. *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el*

artísticas en la actuación de todos los poderes públicos. Las administraciones introducirán estos principios de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas, en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

El artículo 15 impone la transversalidad de la dimensión de género en todas las disposiciones y actos de la administración y el artículo 16 declara que en los nombramientos realizados por los poderes públicos se procurará atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. Un compromiso de presencia paritaria que se extiende también a las designaciones de cargos de responsabilidad. Cómo y cuándo llevar a la práctica estos objetivos, queda a merced del nivel de adhesión voluntaria que cada uno de los sectores y servicios de la administración realice, y sus efectos jurídicos dependerán de los instrumentos jurídicos que empleen para su incorporación. Este hecho explica cómo en amplios sectores públicos muchos de estos objetivos han sido insuficientemente aplicados o se está retrasando injustificadamente su cumplimiento<sup>51</sup>. Las circulares, las instrucciones y las órdenes de servicio son los instrumentos más empleados por la administración para establecer normas de organización y conducta. Una opción cuyos efectos aún están sometidos en España a fuerte debates.

El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares, que se recoge en el artículo 14.10, queda explicitado en el Capítulo III, relativo a «Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad» (*soft law* privado-público), cuyo artículo 49, dice así «para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario», estableciéndose un distintivo empresarial para aquellas empresas que destaquen en la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportuni-

---

*lenguaje jurídico*. Investigación promovida por la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, año 2011, bajo la dirección como investigadoras principales de Ana Rubio y Encarna Bodelón, Consejo General del Poder Judicial, 2013.

<sup>51</sup> Sirva como ejemplo el retraso que las universidades tienen en el desarrollo de sus planes de igualdad o en el diseño de sus protocolos de actuación en materia de acoso sexual y por razón de sexo, así como la falta de investigación que existe en el ámbito de las universidades sobre la violencia de género. Entre las pocas existentes cabe citar: FERRER, V., BOSCH, E., NAVARRO, C., «La violencia de género en la formación universitaria: análisis de factores predictores», *Anales de Psicología*, vol. 27, núm. 2, pp. 435-446; IGAREDA, N., «La voz de las estudiantes. Las violencias sexuales en el ámbito universitario», *Las violencias machistas contra las Mujeres*, Universidad de Barcelona, 2012. VALLS, M. R., *Violencia de género en las universidades españolas*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2008 y del mismo autor *Guía de Prevención y atención de la violencia de género en las Universidades*, Universidad de Barcelona, 2008. *Informe español sobre Violencia sexual, acoso y miedo al delito*, realizado en el marco del Proyecto europeo 2009-2011-JLS/2007/SEC/415, publicado en enero 2012, Bochum. WWW.Gender.EU



des con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá utilizarse en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. También cabe citar como ejemplo de *soft law* privado-público los artículos del 36 al 41, contenidos en el Título III, en los que se regulan los medios de comunicación. En ellos se impone a los medios la promoción de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres. En concreto a RTVE española como servicio público se le exige que refleje la presencia de las mujeres en la sociedad española de forma adecuada (art. 37.1), y que adopte códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad [art. 37.1.a)] y a no utilizar el lenguaje de forma sexista [art. 37.1.b)]. Igual sucede con la agencia EFE (arts. 38-41), a la que se impone la obligación «de adoptar las medidas que procedan, de acuerdo con su regulación, para asegurar un tratamiento de las mujeres conforme a los principios y valores constitucionales» (art. 40). Cuando se comparan los contenidos televisivos y la publicidad con estos mandatos legales se observa que son sistemáticamente incumplidos, pues la imagen que se aporta de mujeres y hombres es fuertemente estereotipada, y están repletos sus mensajes de prejuicios. La ineficacia social de la LOIEMH en sectores tan relevantes como los citados, sólo se explica desde la ineficacia y dejación de responsabilidad tanto de la administración como de la sociedad, en materia de igualdad de género.

Por último, como ejemplo de *soft law* privado, cabe citar el título VII, referido a la responsabilidad social<sup>52</sup> de las empresas<sup>53</sup> (arts. 73-75). Bajo el eslogan *la ética es la mejor política empresarial* para el éxito comercial y el incremento de la productividad, existe el esfuerzo de desarrollar un nuevo hacer empresarial, una nueva política de liderazgo empresarial que conecte beneficio con productividad y lealtad social. Una nueva relación que sólo es posible construir a partir

<sup>52</sup> Quizá sería más correcto decir que no existe una responsabilidad social de las empresas, sino el fomento de la dimensión social de sus responsabilidades.

<sup>53</sup> Se está creando un nuevo concepto de conciencia empresarial diferente del de la conciencia individual amparado en el artículo 16 CE; se está construyendo una idea de responsabilidad y de obligación empresarial fuerte ligada a los códigos de conducta y a la publicidad utilizada por las empresas para sus productos; se propone el desarrollo de nuevos instrumentos sancionadores ligados a la violación del *soft law* empresarial; la realización de auditorías independientes para controlar esta responsabilidad, en la línea de las existentes en materia de sostenibilidad. SATORRAS FIORETTI, R., *Responsabilidad social corporativa: la nueva «conciencia» de las empresas y entidades*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 209-212. CORTINA ORTS, A. (edit.), *Construir confianza: ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, ALONSO SOTO, F., «Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pp. 79-108. CONILL SANCHO, J., *Horizontes de economía ética*, Tecnos, 2.ª edición, 2013, CORTINA ORTS, A., y GARCÍA MARZÁ, D. (eds.), *Razón pública y éticas aplicadas*, Tecnos, Madrid, 2003. Para analizar la forma en que los países mediterráneos están aplicando las políticas de responsabilidad social de las empresas véase: AA.VV., *Los gobiernos y la responsabilidad social de las empresas. Políticas públicas más allá de la regulación y la voluntariedad*, Granica, 2005, pp. 211-245.

de la implantación de nuevos modelos de conducta y de decisión empresarial basados en la transparencia y en la ética y no en el engaño y la manipulación. Esta nueva estrategia comercial y empresarial integra la calidad o mejor dicho, no limita la calidad de una empresa al producto en sí, sino que asocia el producto a las condiciones de trabajo<sup>54</sup> o a ciertos valores sociales o políticos<sup>55</sup>. Es a través de la ética como la empresa conecta con la sociedad y la política. El buen gobierno exige a las empresas que además de productoras se conviertan en sujetos activos del nuevo modelo socio-económico y político. Aun cuando el Estado lidera el proceso de transformación social y política a través del Derecho, necesita de la colaboración del poder económico y del tejido empresarial para ajustar las instituciones y estructuras a los nuevos retos. Con el término responsabilidad social (RSE)<sup>56</sup> se alude a la necesidad de que las empresas interactúen con su entorno social y medioambiental, integrando la responsabilidad social como una inversión estratégica.

La centralidad de este activismo político empresarial desvela el protagonismo actual del sujeto consumidor frente al sujeto ciudadano o sujetos con derechos, y la estrecha conexión, que hace décadas se reconoce, entre el incremento de la productividad y el desarrollo económico de un país y los avances en materia de igualdad de género<sup>57</sup>. Hay quienes sostienen que moral y empresa son términos antagónicos, y que en las empresas sólo prima el interés y el beneficio y no las virtudes morales. Pero la empresa y la política dependen de la moralización social para su correcto funcionamiento. Los códigos de buenas prácticas<sup>58</sup> y de autocontrol, que la LOIEMH desarrolla para la administración y las empresas<sup>59</sup>, se basan

---

<sup>54</sup> La actual publicidad de la marca «Balay» proyecta esta imagen, al presentar a la plantilla de la empresa como una gran familia que se preocupa por el bienestar de toda la sociedad.

<sup>55</sup> La publicidad de «Pavofrío», «Coca Cola», «Lewis», «Aquarius», responden a este fin.

<sup>56</sup> Véase: FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GALA DURÁN, C., *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona-Buenos Aires, 2009.

<sup>57</sup> Sirva como ejemplo el Informe sobre igualdad de género de 2013 llevado a cabo por el Banco Mundial.

<sup>58</sup> Para legitimar esta forma de autoregulación o co-regulación, se argumenta que son fruto de comisiones especiales constituidas *ad hoc*, en las que están presentes expertos, interesados y administraciones, lo que parece garantizar la calidad y la legitimidad de lo acordado. Si a esto le unimos el interés de las propias empresas por mejorar su desarrollo y organización futura, parecía el instrumento más adecuado para generar un amplio cambio social. Pero la realidad siempre es más compleja y no se deja atrapar por las fórmulas simples. Las buenas prácticas tropiezan en España con la fuerza de las costumbres y los viejos hábitos discriminatorios y pocos respetuosos con la legalidad en materia social.

<sup>59</sup> Las vías para conseguir que la responsabilidad social de las empresas funcione como un nuevo instrumento en la promoción de la igualdad real y efectiva ha sido analizadas por C. Gala, quien propone que la empresa utilice sus acciones promotoras de la igualdad en su publicidad –como ya hemos visto se hace-, que se establezcan bonificaciones de cuotas de la seguridad social, al tiempo que la promoción de un

en la creencia de la importancia que para cualquier empresa tiene su capital reputacional como entidad auto-regulada, tanto para su productividad como para su expansión; y, además, en el principio –muy discutible– de que el simple seguimiento de las recomendaciones establecidas en los Códigos deontológicos servirá para desarrollar en las empresas y en las administraciones el efecto inducido de mayor democracia interna y reforzamiento del autocontrol. Es cierto que cuando las empresas o las administraciones adoptan voluntariamente códigos y recomendaciones, y los incluyen en sus reglamentos internos de funcionamiento, se producen normas de derecho convencional procedentes de un negocio jurídico privado, cuya validez deriva de su capacidad de auto-organización. Pero a pesar de la legitimidad que reviste a estos instrumentos normativos, basados en nuevos criterios de validez, los mismos no encuentran en España el reconocimiento y el interés debido. La asunción «voluntaria» de estos Códigos ha corrido en España sobre todo de manos de la Administración<sup>60</sup>. Sin duda estos déficits tienen su origen en el estatismo que impregna la cultura de los derechos en nuestro país y en la escasa democracia social todavía existente<sup>61</sup>.

Para concluir diremos, que en España el *soft law* ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>62</sup> y el Tribunal Supremo<sup>63</sup>, al ser

---

marco fiscal más favorable para estas empresas e incentivar a estas empresas a nivel autonómico en el marco de las políticas públicas de promoción y de fomento de la igualdad. Algunas comunidades ya han utilizado esta estrategia: Ley 11/2007, de 27 de julio, de Galicia sobre prevención y tratamiento integral de la violencia de género, artículo 36; Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, artículo 19.2; Acuerdo del Consejo de Dirección del Instituto Gallego de Promoción Económica, artículo 4, 5, 6, 7 y 8; Reglamento de desarrollo Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones de 2002: A estas iniciativas hay que unir además lo establecido en el artículo 35, LOIEMH, y el distintivo empresarial en materia de igualdad que la Junta de Andalucía otorga con base en el artículo 13.1 por la Ley 12/2007 de Andalucía. GALA, C., «Responsabilidad social empresarial y políticas de igualdad», *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 224-227.

<sup>60</sup> PALÁ LAGUNA, R., *Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?* Seminario Permanente sobre validez, invalidez y eficacia de la Universidad de Zaragoza, mayo 2010.

<sup>61</sup> Relevantes instituciones sociales españolas adolecen aún de falta de democracia interna, manteniendo a pesar de los cambios legislativos realizados viejas prácticas del pasado. Sirva como ejemplo la familia o las Universidades.

<sup>62</sup> Palá alude al valor reconocido al *soft law* en la sentencia del TC 133/1997, de 6 de junio, Fj7.b, en la que se reconoce autoridad a la CNMV y a las circulares por ella establecida. El peso de estos documentos técnicos se ha acentuado a partir del 2007, tal y como lo prueba la proliferación de documentos técnicos que regulan la actuación de las sociedades gestoras de instituciones de gestión colectiva. PALÁ LAGUNA, R., *Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?* Cit. El trabajo puede consultarse en: [www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=812](http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=812).

<sup>63</sup> Cabe citar como ejemplo la STS de 13 de mayo de 2010, STS, Sala 1.ª, 19 de junio de 2012. Al estudiar los efectos del *soft law* europeo en el derecho español J. ROCA GILLAMÓN, analiza parte de esta jurisprudencia en la ponencia: «Armoniza-

objeto de conflictos de competencia e incluso recursos de amparo. También la jurisdicción ordinaria ha considerado, en una línea jurisprudencial constante y mayoritaria, que el contenido de estos instrumentos determinará los efectos jurídicos que han de surtir. Esto significa que el *soft law* tiene reconocidos efectos jurídicos desde el momento mismo en que una disposición general o un acto hacen referencia a él, quedando sus efectos por determinar en atención al instrumento que se utilice en la adhesión. Esto supone reconocer que la referencia al *soft law* puede realizarse mediante un instrumento general, ya sea una norma (legal o reglamentaria) o un acto administrativo, cuyos efectos jurídicos se corresponderán con los efectos jurídicos que posea el instrumento que realiza la referencia; así como mediante una sentencia, cuando es utilizado como criterio interpretativo. Dicho esto, debemos precisar aún más. Cuando la referencia recoge un instrumento de *soft law* incorporado previamente en *hard law* (caso de los ejemplos citados en la ley de igualdad), en estos casos la norma referenciada, trae tras de sí todos los efectos conceptuales e interpretativos que la norma de *hard law*, con carácter general posee. Esto impide sostener que el *soft law* contenido en la LOIEMH agote todos sus efectos jurídicos al integrarse o recogerse en una norma de *hard law*, como es el caso de los preceptos que han sido reformados por las disposiciones adicionales contenidas en la LOIEMH. Un impedimento, que entendemos se fundamenta en el artículo 4 LOIEMH, pero que se desconoce con excesiva frecuencia<sup>64</sup>.

Llegados a este punto puede afirmarse, que en España, se incumple la ley de igualdad efectiva 3/2007 de diferentes formas, unas veces no aplicando *hard law*, al considerarlo erróneamente *soft law*, este es el caso de la parte conceptual y definitoria. En otras ocasiones, ignorando al aplicar o interpretar el texto referenciado el contexto de *hard law* en el que se encontraba inserto; este sería el caso de las leyes reformadas por la LOIEMH y recogidas en las disposiciones adicionales, cuando son interpretadas de modo excesivamente literal y sin atender a los fines y objetivos que la LOIEMH pretende. Por citar algún ejemplo más, aludiremos a los convenios colectivos en los que no se han desarrollado o integrado adecuadamente los planes de igualdad, o haciéndolo no se aplican. Un dato que nos conduce a la siguiente cuestión: hubiese sido mayor la eficacia si todas las demandas contenidas en la ley de igualdad efectiva se hubiesen establecido en una regla de *hard law*. Si atendemos a los datos disponibles, la respuesta es no. Sólo

---

ción, Unificación y modernización del derecho de obligaciones y contratos. Notas para una reflexión», ponencia presentada en las XVI Jornadas de la Asociación de profesores de derecho civil, 16-17 de octubre, 2012.

<sup>64</sup> Esta afirmación se apoya en el análisis de sentencias llevado a cabo en «El estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y hombres», realizado por tres equipos, bajo la coordinación de Ana Rubio. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada. Consejo General del Poder Judicial, 2011.

el 35% de las 4.651 empresas de más de 250 personas trabajadoras han llevado a cabo planes de igualdad, en 2010, tres años después de la entrada en vigor de la ley, y habiéndose producido con anterioridad a la publicación de la ley encuentros entre la administración<sup>65</sup> y las empresas para concienciar y sensibilizar sobre su relevancia en términos de capital humano y productividad. Aunque parece existir una evolución positiva. En 2009, sólo el 34% de los convenios incorporaban planes de igualdad, en 2010 la cifra se ha incrementado al 65%<sup>66</sup>.

Con el fin de asegurar una regulación más adecuada en materia de igualdad en las empresas la *Resolución de 13 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad*, por la que se convocan las ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades, para la elaboración e implantación de planes de igualdad, correspondientes al año 2012, establece cuales han de ser los contenidos básicos<sup>67</sup> y los principios mínimos a los que deben responder los protocolos de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo<sup>68</sup>. Promoviéndose la coordinación entre empresas. Una coordinación a la que ya había aludido en el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, en el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa». También con el fin de alcanzar los objetivos establecidos en la LOIEMH, se prevé la modificación, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del presente real decreto, del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, del registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, para permitir la inscripción de todos los planes de igualdad de las empresas en el registro de

---

<sup>65</sup> Nos referimos a la entonces Secretaría de Estado de políticas de igualdad, bajo la dirección de Soledad Murillo.

<sup>66</sup> Los datos han sido recogidos de 20minutos.es, 22 junio 2010.

<sup>67</sup> Esta Resolución da cumplimiento al artículo 49 LOIEMH.

<sup>68</sup> Afirmándose, además, que sin perjuicio de las obligaciones empresariales establecidas en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, las empresas podrán establecer formas de colaboración entre sí con el fin de garantizar una mayor efectividad en sus respectivas medidas o planes de igualdad. Unas decisiones especialmente relevantes en los supuestos de empresas de un mismo sector de actividad, de grupos de empresas, de contrataciones y subcontrataciones empresariales, de contrataciones a través de empresas de trabajo temporal, entre otros supuestos. En estos casos la cooperación favorecerá la prevención, detección y sanción de situaciones de acoso (entre personas de diferentes empresas), la adopción de medidas de protección para las víctimas de violencia de género a través de movilidad geográfica, funcional o entre empresas, preservando sus derechos laborales. Atendiendo a las peculiaridades y dificultades específicas de las pequeñas y medianas empresas y microempresas en relación *con la puesta en marcha de medidas o planes de igualdad*. Se trata de utilizar la proximidad geográfica, funcional o estratégica para mejorar la viabilidad económica y social de estas medidas. Esta fórmula permitirá, en ocasiones, un ahorro en los costes económicos respecto al diagnóstico, el diseño, la implantación y la evaluación de las medidas o planes de igualdad, al tiempo que favorecerá la sinergia entre la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, la cohesión social y la viabilidad económica de los negocios de la zona. Todas estas medidas de cooperación y sinergia vienen marcando la regulación europea en materia de igualdad, especialmente en momentos de crisis económica y de falta de empleo.

convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Una información necesaria para facilitar el acceso a esta documentación y así incrementar su eficacia.

El *Observatorio de Igualdad de Género* señaló en 2011<sup>69</sup>, tras la realización de un estudio empírico, que los planes de igualdad en España no tenían eficacia cuando no concurría una firme voluntad empresarial y una formación sindical especializada en materia de igualdad de género. Esto condujo a proponer que los planes de igualdad debían regularse mediante normas de *hard law*. Pero lo que las tensiones y retrasos en la aplicación y adhesión a la LOIEMH desvelan, en realidad, son las resistencias y dificultades, tanto a nivel ideológico como político, que existen en España para dar cumplimiento a los objetivos establecidos por las directivas, que la ley de igualdad implementa. Las razones de la falta de eficacia social y normativa de la LOIEMH<sup>70</sup>, no se encuentran tan sólo en las diferentes técnicas

---

<sup>69</sup> Estudio elaborado por la Fundación Sindical de Estudios bajo la coordinación de Carmen Heredero. Observatorio de Igualdad de Género núm. 7. 8 de marzo. FSE. CCOO. 2011.

<sup>70</sup> Junto a los problemas de inaplicabilidad o ineficacia normativa y social, se producen también interpretaciones paradigmáticas, que dan cuantía de todo el potencial que encierra la coexistencia de ambas técnicas. Sirva como ejemplo la STS 8449/2009, cuya ponente fue Lourdes Arastey. En esta sentencia el Tribunal Supremo rectifica una interpretación literal y restrictiva de la disposición 44.<sup>a</sup> de la Ley General de la Seguridad social, modificada por la disposición adicional 18, LOIEMH. En la sentencia se resuelve un recurso de casación por unificación de doctrina, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2008 del TSJ de Granada, estableciendo como sentencia de contraste la dictada por la sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 10 de junio de 2008, en la que la cuestión de conflicto es si la disposición adicional 44.<sup>a</sup> de la LGSS, es aplicable al régimen SOVI (Seguro obligatorio de vejez e invalidez). La disposición establece: «A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por parto de un solo hijo y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda». Aunque desde el principio se tuvo claro cuál era la finalidad de este precepto (que no resulte perjudicada la mujer en la pensión de incapacidad permanente o jubilación por situación de maternidad, motivo por el cual se le otorga el beneficio o la prerrogativa de considerarse cotizado el tiempo que, por cada parto, el precepto establece, cuando no haya habido efectiva cotización), fue objeto de discrepancia la expresión «cualquier régimen de la seguridad social». Lo que interesa destacar aquí es cómo se relacionan en la sentencia los preceptos de la LOIEMH –arts. 1, 2.1 y 4–, con los artículos 9.2 y 14 CE, y las disposiciones adicionales. La ponente, M.<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahun, argumenta en su FJ 3.º que la «LOIEMH tiene como finalidad hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...) sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para el desarrollo de los artículos 9.2 y 14, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. Con ello el legislador nacional dio un decisivo paso adelante en el avance hacia la igualdad real, a la vista de la incapacidad demostrada por las fórmulas tendentes a instaurar exclusivamente la igualdad formal, de suerte que el objetivo de

legislativas empleadas, aunque éste elemento también influya como hemos visto.

Llegados a este punto cabría preguntarse si la técnica del *soft law* es la adecuada en una materia tan sensible desde el punto de vista social y político, y si la coexistencia de ambas técnicas legislativas, es la fórmula idónea para promover mayores niveles de responsabilidad individual y social en materia de igualdad entre mujeres y hombres. La falta de aplicabilidad de las normas de *hard law* y la falta de adhesión voluntaria a las normas de *soft law* pueden hacer dudar del valor de estas nuevas estrategias de regulación, pero también del valor que en la lucha contra la desigualdad tiene el derecho antidiscriminatorio. Pienso que ambas situaciones se han producido en España. No se ha considerado ni por la doctrina, ni por el poder judicial que el Estado para promover la igualdad efectiva y erradicar la discriminación de forma transversal se ha visto forzado a invocar, en ocasiones, un título competencial de difícil concreción, como es el caso de la imposición de una cuota de mujeres en los consejos de administración de las

---

la ley es solventar eficazmente las desigualdades surgidas de una relegación histórica de las mujeres en la sociedad, incluso cuando esa marginación se halla cubierta por una norma. Se supera así el principio de igualdad formal, mayoritariamente alcanzado ya pero claramente insuficiente, y que comporta la prohibición de la discriminación, para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de acción positiva y el control de la discriminación indirecta, en clara congruencia con los principios y disposiciones de la legislación comunitaria sobre discriminación y las directivas 2006/54/CE, 43/2000 y 78/2000». Se continua argumentando que la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, que el Estado de derecho no desarrolla la igualdad sólo en su carácter formal, artículo 14 CE, sino también en el 9.2 CE. Y conforme a la STC 12/2008, de 29 de enero, señala: «El artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva y que es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones antidiscriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material». Una argumentación del TC a la que el TS añade: el «artículo 4 LOIMH señala que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Un precepto con el que el legislador está demostrando la naturaleza transversal que impide «la catalogación de las normas a las que afecta en sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la se hace en la sentencia recurrida» (FJ 3.º). Se ha considerado importante citar, a pesar de la extensión, toda esta argumentación del TS, porque evidencia que la incorrecta valoración de los preceptos de la LOIMH como *soft law* influye negativamente en toda la eficacia de la ley y frena las interpretaciones extensivas y no literales, que el artículo el artículo 4 trata de promover para evitar que se sigan produciendo situaciones de discriminación contra las mujeres. Por esta razón, continúa defendiendo el TS: «paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es el sentido de la disposición adicional 44.ª LGSS, una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas del SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del Sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad» (FJ 3.º).

empresas, o la obligación a las empresas de más de 250 empleados de establecer planes de igualdad, o el deber impuesto a los sindicatos de negociar en los convenios planes de igualdad.

Utilizar el *soft law* o el *hard law* según los casos ha permitido al Estado llevar a cabo un importante proceso de actuación en materia de igualdad de género, con legitimidad, en contextos que no siempre encontrarían respaldo constitucional. Se ha utilizado esta técnica, con todos sus límites, para atribuir legitimidad a la actuación de los poderes públicos, sin la responsabilidad que le reportaría una norma integrada en el sistema de fuentes, al desplazar a los actores privados la capacidad de decidir y de autoregularse. Si los sujetos normativos referidos en la ley hubiesen tomado el *soft law* como guía para la acción, como ha ocurrido en otros contextos (contexto energético, contabilidad fiscal de las empresas, ley del suelo) su efectividad normativa y social hubiese estado garantizada. Entonces no estamos hablando de problemas de eficacia derivados tan sólo de las nuevas técnicas legislativas, sino de cuestiones de mayor calado, que hemos analizado a lo largo de todo el trabajo.

Fecha de recepción: 30/06/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.