



*Revista de Fomento Social*, 60 (2005), 435-461

# **La Ley de violencia de género: su constitucionalidad y sus medidas laborales**

---

***M<sup>a</sup> Teresa VELASCO PORTERO<sup>1</sup>***

---

*(PALABRAS CLAVE: VIOLENCIA DE GÉNERO, MEDIDAS LABORALES, LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL.*

*KEY WORDS: LEGISLATION, GENDER VIOLENCE, LABOUR RIGHTS)*

## **1. Los fríos (¿o escalofriantes?) datos respecto a la violencia de género en España**

En una sociedad como la española, que se jacta de tolerante, que cuenta desde hace casi treinta años con un texto constitucional que recoge expresamente el derecho a la igualdad entre los derechos fundamentales, que tiene un gobierno paritario, que se escandaliza al escuchar noticias sobre la situa-

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho del Trabajo. Facultad de CC.EE. y Empresariales – ETEA, adscrita a la Universidad de Córdoba.

ción de la mujer en otros entornos culturales y donde, aunque conscientes de que todavía queda mucho camino por andar, se van observando avances significativos en la consecución de la igualdad de oportunidades, el fenómeno creciente de la violencia de género resulta cada día más intolerable.

Sin embargo, una y otra vez saltan nuevos y dramáticos casos ante la opinión pública, en número creciente a pesar de que la conciencia social sobre lo execrable de esta conducta es cada día mayor y a pesar también de las abundantes medidas que se van adoptando para erradicar esta lacra. Hay quien defiende que no se trata de que los casos hayan aumentado, sino de una situación que siempre ha existido, aunque hasta ahora no se había hecho visible; otros consideran que no es así, que realmente los casos están aumentando, producidos como reacción de determinados varones ante la creciente autonomía de las mujeres, en una actualización del clásico “la maté porque era mía”. En todo caso, las cifras que se manejan son muy significativas. Atendiendo a los datos recogidos por la Fiscalía de Malos Tratos, obtenidos de las denuncias presentadas tanto en la Policía Nacional como en la Policía Local y la Guardia Civil y hechos públicos a finales de 2004<sup>2</sup>, en los primeros nueve meses de 2004 se presentaron 72.893 denuncias por conductas de este tipo, se dictaron 26.884 órdenes de protección<sup>3</sup> y fueron asesinadas 70 mujeres<sup>4</sup>. Para valorar adecuadamente estas cifras hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la víctima no denuncia<sup>5</sup> y que, en otras, la denuncia no acaba en sentencia, bien porque la mujer la retira expresamente o bien porque sencillamente no se presenta al juicio, lo que significa que la realidad que se esconde tras estas cifras es aún más dramática.

También reviste interés comparar estos datos con los de hace unos años. En 1996, por ejemplo, se presentaron un total de 1.551 denuncias por delitos de malos tratos a mujeres y 11.647 por faltas. Esto quiere decir que, en ocho

---

<sup>2</sup> “Violencia contra las mujeres”, El País, 23 de diciembre de 2004. Las mujeres constituyen el 92.2% de las víctimas.

<sup>3</sup> Las órdenes de protección fueron solicitadas en un 92% por mujeres y en un 8% por hombres. En el 92% de los casos las órdenes de protección se solicitan a instancia de la víctima.

<sup>4</sup> De ellas, 33 fueron asesinadas por su cónyuge, 5 por su excónyuge, 13 por su compañero sentimental, 6 por su ex compañero sentimental, 7 por su novio y 6 por su exnovio.

<sup>5</sup> Aunque este tipo de cálculos siempre son discutibles, se cree que las denuncias que se presentan en toda España solo representan entre el 5 y el 10% de las agresiones que sufre la mujer (A. GENOVÉS GARCÍA, “Una carrera de obstáculos: la victimización secundaria”, en A. GENOVÉS GARCÍA y otras, (2004)).

años, las denuncias se han multiplicado por cinco y medio. Las causas de este incremento pueden ser múltiples, pero indudablemente pone de manifiesto que las mujeres se están animando a denunciar, y que la bolsa de casos ocultos está empezando a aflorar.

El incremento de denuncias y la alarma social creciente desde hace unos años, catalizada por el hecho de que alguna víctima hubiese acudido a los medios de comunicación a hacer público su miedo antes de ser asesinada, ha despertado el interés de todas las Administraciones en atajar un problema que, hasta hace relativamente poco tiempo, se consideraba algo privado, perteneciente a la esfera íntima de la familia.

## **2. Los conceptos: violencia de género, violencia sexista, violencia contra la mujer, violencia doméstica**

En una primera aproximación, resulta desconcertante la diversidad de expresiones que se utilizan para definir el problema. Mientras a nivel internacional se suele hablar de “violencia contra las mujeres y las niñas”<sup>6</sup>, en nuestro país se utilizan, muchas veces de manera indistinta y como si fuesen sinónimos, los conceptos violencia de género, violencia sexista y violencia doméstica. La confusión entre estas expresiones supone un error de concepto, pues cada una de ellas se refiere a realidades bien distintas. Por lo que respecta a la violencia doméstica, se entiende por tal aquella que se produce en el seno de la familia, y puede tener como víctima a la pareja (sea hombre o mujer), a los ancianos, a los menores, o a otros sujetos, tales como los hermanos.

La violencia de género es un concepto más elaborado, que nace en el contexto de una ciencia social que no acaba de ser aceptada en el mundo académico. Nos referimos a los estudios de género, nacidos en el ámbito feminista en la década de los 70, que investigan en los mecanismos por los cuales las mujeres han sido relegadas social e históricamente a un segundo plano. Utilizado en este sentido, el “género” en castellano es una traducción

---

<sup>6</sup> Es la expresión utilizada por la ONU, por ejemplo, tanto en el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer/ CEDAW”, o en la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, dada a conocer mediante la Resolución 48/104 de la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1993, o la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/45, de 20 de abril de 2000, sobre “La eliminación de la violencia contra la mujer”.

del *gender* inglés, lo cual no quiere decir que sea sinónimo de sexo, como postulan algunos lingüistas. En realidad, para esta ciencia, lo importante es darse cuenta de que género y sexo no son lo mismo, y de que hay que distinguir las diferencias sexuales que son naturales (biológicas y genéticas) de aquellas otras que tienen un carácter social y que, por tanto, no son irremediables ni inamovibles. La distinción es necesaria porque esta teoría considera que, confundiéndolas, se ha pretendido presentar como natural lo que tiene de hecho un origen social<sup>7</sup>.

Desde esta perspectiva, la violencia de género es la ejercida contra la mujer, con la peculiaridad de utilizar la diferencia sexual para transformarla en dominación social. Este tipo de violencia se podrá producir en el ámbito doméstico (sea o no familiar en el sentido jurídico) o fuera de este ámbito (por medio de discriminaciones laborales, acoso en el trabajo, agresiones sexuales, trata de mujeres, etc.).

En otras ocasiones se utiliza la expresión “violencia sexista”<sup>8</sup>; con ella, se quiere hacer referencia a la misma realidad, pero la expresión pierde los matices propios que le aporta la inserción en una ciencia propia, con su compleja construcción doctrinal.

### 3. La reacción del Derecho

La reacción del ordenamiento jurídico contra este fenómeno, como figura específica y no como manifestación general de la violencia, responde a diversos motivos. Por una parte a la alarma social provocada, y a la especial repugnancia que suscitan los casos tan sangrientos que llegan a los medios de comunicación; por otra, y de manera fundamental, por el particular interés del poder público en la eliminación de las desigualdades, siendo esta violencia una clara manifestación de la situación de discriminación en que se encuentra la mujer. Por todo ello, desde hace ya algún tiempo son muy

---

<sup>7</sup> La expresión ha hecho fortuna y algunas feministas critican el abuso de la palabra para referirse a todo aquello que tenga que ver con la mujer, ya que consideran que se traduce en una vuelta a la confusión entre sexo y género que se pretendía evitar. Vid. T. MALDONADO (2004).

<sup>8</sup> No ocurre lo mismo a nivel institucional, ya que tanto la ONU como la Unión Europea reconocen el valor de la perspectiva de género para contribuir a superar la discriminación de la mujer, obligando al análisis del impacto de género de las distintas medidas que se adopten y a la incorporación de esta perspectiva en todo tipo de proyectos.

numerosas las declaraciones y adopciones de medidas, desde todas las instancias competentes. Así, a nivel internacional, podemos citar la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer proclamada en 1993 o las Resoluciones adoptadas en la Cumbre Internacional sobre la mujer, celebrada en Pekín en 1995, donde se examinaron las causas de esta forma de violencia y se puso de relieve la necesidad de una respuesta global a la violencia de género, que abarque los problemas desde su origen, favoreciendo y promoviendo cambios culturales, que proteja a las víctimas y que erradique la violencia en la familia y en la sociedad. En la misma línea se insertan tanto la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2003.

La Unión Europea también ha adoptado medidas al respecto, por medio de Programas de Acción comunitaria para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres: el que está actualmente en vigor fue aprobado por la Decisión 803/2004/CEE.

En lo que respecta al legislador estatal, también se viene preocupando del tema desde hace unos años, con una serie de medidas aisladas que finalmente han culminado en la elaboración de una ley cuya finalidad es abordar el tema desde una perspectiva integral, omnicomprensiva, y que tiene como objetivos tanto la eliminación de las causas que provocan este tipo de situaciones, como prevenir los hechos, paliar sus efectos en el caso de que se produzcan y reparar los daños que se hayan causado. Se trata de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, marcada por la polémica desde su nacimiento<sup>9</sup> pero a la que no se puede negar que tiene una intención inmejorable y que supone un decisivo avance en la protección de la víctima.

En el ámbito autonómico las iniciativas en esta materia han sido muy variadas. Pese a su limitación competencial<sup>10</sup>, varias Comunidades Autónomas

---

<sup>9</sup> Desde las críticas de inconstitucionalidad por excluir a los hombres de su ámbito de protección a la polémica menor generada por el informe de la Real Academia de la Lengua Española, en el sentido de que debía llamarse "Ley Integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo", en lugar de utilizar la expresión "violencia de género".

<sup>10</sup> Que les impide, por ejemplo, regular aspectos penales o laborales.

se han ocupado del tema<sup>11</sup>, algunas de ellas por medio de leyes específicas y otras en el contexto de sus respectivas leyes de igualdad, e incluso desarrollando planes de erradicación de este tipo de violencia. Son normas que utilizan un concepto de violencia de género amplio, que incluye tanto situaciones de violencia doméstica como de violencia jerárquica y violencia social. Las medidas que se articulan a este nivel son muy variadas, e incluyen actuaciones de prevención, con especial atención al ámbito laboral, medidas sanitarias, desarrollo de programas sociales dirigidos a las víctimas y medidas de integración sociolaboral de estas personas.

#### **4. El último y más decidido instrumento: la ley orgánica de protección integral contra la violencia de género (LOIVG)**

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, fruto de una decidida iniciativa del gobierno socialista y primera ley aprobada en la legislatura, ha estado acompañada de una gran polémica. Junto a otras consideraciones de menor entidad, como la de si la expresión “violencia de género” es aceptable en castellano, fundamentalmente se le critica porque de su aplicación se deriva que la misma actuación cuando es cometida por un hombre tiene un tratamiento mucho más severo que cuando es cometida por una mujer. Desde este punto de vista se la tacha con demasiada soltura de discriminatoria, lo que supone una conclusión excesivamente simple. Dada la frecuencia de estas afirmaciones, que condicionan la valoración del total contenido de la ley, es interesante hacer una breve reflexión sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación en nuestro ordenamiento, ya que, aunque pueda parecer paradójico por las críticas que se le hacen, es precisamente en este derecho donde se encuentra el fundamento de la ley.

La igualdad, que nuestra Constitución (en adelante, CE) reconoce al mismo tiempo como derecho y como principio general del ordenamiento, aparece en varios de sus artículos: en el artículo 1 CE, que la consagra como uno de los valores superiores del ordenamiento, en el artículo 9.2 CE, según el cual es obligación de los poderes públicos promover las condiciones para que esta igualdad sea efectiva y en el artículo 14 CE, donde se establece expresamente que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer

---

<sup>11</sup> Canarias, Cantabria, Navarra, Comunidad Valenciana, Castilla-León, Galicia y, la más reciente, el País Vasco.

discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” La actual doctrina constitucional sobre estos artículos afirma que la igualdad no se puede circunscribir al ámbito formal, en el sentido de tratar a todos los individuos de la misma manera (lo que, en el fondo, perpetuaría las discriminaciones), sino que se trata de una igualdad sustancial, que exige un tratamiento igual para situaciones y condiciones iguales pero permite diferencias de regulación o de trato por causas objetivas y justificadas, con objeto de conseguir que todos tengan las mismas oportunidades reales.

Por su parte, la prohibición de discriminación del artículo 14 CE juega todavía con más intensidad que el principio de igualdad. Esto es así porque afecta no solo a los actos, conductas o decisiones que implican una diferencia de trato, sino también a las que suponen una “discriminación indirecta”, es decir, aquellas que aparentemente se fundan en razones objetivas o neutras pero en realidad implican un perjuicio, una desventaja o una postergación para los implicados<sup>12</sup>. A ésto hay que añadir que es un principio que deja muy poco espacio a la diferenciación, ya que tan sólo se admite cuando sea necesario atender a una finalidad legítima y con los medios más proporcionados<sup>13</sup>. De todo ello se desprende que es precisamente la búsqueda de la igualdad sustancial la que obliga a los poderes públicos a intervenir mediante la adopción de medidas correctoras en aquellos casos en que exista una desigualdad de hecho, medidas que a pesar de suponer un trato diferenciado no pueden considerarse discriminatorias ya que su efecto es que todos los individuos tengan las mismas oportunidades.

A esta finalidad responde el texto de la LOIVG, según su propia Exposición de Motivos, que comienza diciendo “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, y que reitera más adelante: “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución.” Pues bien, desde esta

<sup>12</sup> Así lo describe el artículo 2 de la Directiva 200/78.

<sup>13</sup> Según la Directiva 2000/78, cabe la diferenciación cuando sea necesario poner en marcha “acciones positivas” de empleo, realizar “ajustes razonables” en las condiciones de trabajo para discapacitados, imponer limitaciones de acceso o permanencia por razón de edad, exigir una determinada condición personal como requisito profesional esencial, o respetar el ideario de la empresa u organización.

perspectiva de considerar que con el fenómeno de la violencia de género se está vulnerando el derecho a la igualdad (amén de la evidente vulneración de los derechos a la vida y a la integridad física) es como tenemos que valorar la adopción de medidas específicas de protección. Es partiendo de este presupuesto de considerar que existe una desigualdad de hecho como se justifican las medidas diferenciadas con respecto a otras situaciones de violencia, puesto que en este caso las medidas no pueden calificarse como discriminatorias a pesar de consagrar un trato diferenciado.

Por todo ello, el análisis de la constitucionalidad de las medidas no puede hacerse de manera superficial, basándose únicamente en el hecho fácilmente constatable de que se da un trato diferenciado a los supuestos en que la víctima de la violencia es una mujer y el agresor un hombre: hay que profundizar las situaciones concretas a las que se está dando un trato privilegiado, indagando en la existencia o no de una desigualdad de hecho que justifique el trato legal desigual.

La LOIVG define su objeto en su primer artículo, aclarando con ello el concepto de violencia de género al que se refiere. A tenor de lo dispuesto en este precepto “la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre ésta por parte de quiénes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

Como vemos, un concepto híbrido, a la par que limitado e incompleto. Es claro que el referente a la teoría del género está en la base de la definición, pues se considera que es un tipo de violencia que manifiesta “la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, aunque después la ley se queda corta y no extiende su manto protector a todas las manifestaciones de violencia de género. La fórmula legal deja fuera, en primer término, la violencia ejercida sobre las mujeres como manifestación de relaciones de poder por varones con los que no tienen lazos familiares o domésticos (caso de la violencia en el trabajo)<sup>14</sup> y, en segundo lugar, la practicada por quienes teniendo con la mujer un vínculo familiar, éste no es el propio de la relación de pareja, como ocurre con el padre o los hermanos. Por otra parte, el concepto expuesto tampoco se corresponde exactamente

---

<sup>14</sup> M. SERRANO ARGÜESO (2004) defiende este sentido amplio de la violencia de género.

con el radio de acción de la violencia familiar o doméstica, sino tan sólo con una parte de ésta, por existir una limitación con respecto a los sujetos y por concurrir un elemento que podríamos llamar “expresivo”: que la violencia sea manifestación “de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”<sup>15</sup>. La introducción de este último elemento puede plantear problemas prácticos, aunque entendemos que la literalidad del precepto parece presumir que toda agresión del hombre a la mujer expresa la histórica situación de dominio<sup>16</sup>. En todo caso, al tratarse de una manifestación de la discriminación, la mera violencia ya se podría considerar indicio razonable de su existencia, a efectos de inversión de la carga de la prueba.

Aunque más excepcionales, también quedan fuera de la Ley aquellos supuestos en los que el contexto social sea de dominación de la mujer sobre el hombre (matriarcado) y, como manifestación de dicha dominación, se produzca una agresión de la mujer al varón. Esta posibilidad teórica<sup>17</sup> se cierra por parte de la Ley, para la cual no hay más violencia de género que la que responde al patrón clásico en el que el hombre es el agresor y la mujer la víctima. Esta vinculación resulta pobre, puesto que el dato del sexo de los sujetos no es el relevante, como tampoco lo es el dato de la relación afectiva entre ambos, ya que entonces confundiríamos violencia de género con violencia doméstica. Lo que hace la Ley al fijar el sexo que ha de tener cada uno de los sujetos es presumir que toda violencia entre pareja en la que el hombre es el agresor y la mujer la víctima es discriminatoria, al tiempo que cierra la puerta a la posibilidad de que con otra distribución de papeles también exista discriminación. No resulta incorrecta la presunción, lo que no es tan aceptable es la cerrazón a otros modelos también discriminatorios, pero con respecto al varón. Que no sean frecuentes no quiere decir que no sean posibles o que no sean dignos de protección al amparo del mismo derecho a la igualdad y a la no discriminación que pueden esgrimir las mujeres.

---

<sup>15</sup> El texto definitivo de la Ley corrige la exigencia del elemento intencional que parecía desprenderse de versiones precedentes del Proyecto de Ley, que hablaban de que la protección se produciría frente a esta forma de violencia cuando se utilizara “como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

<sup>16</sup> C. MOLINA NAVARRETE (2005), p. 27, entiende que dicha presunción es *iusuris et de iure*.

<sup>17</sup> Aunque no conocemos la existencia de estudios que indiquen que se produzca también en nuestro entorno, donde es admitida de manera general la existencia de un patriarcado.

A la luz de estas limitaciones podemos decir que, en realidad, la Ley da una respuesta integral, en el sentido de transversal o multidisciplinar, a un tipo muy concreto de violencia de género: la de pareja en la que la víctima es una mujer. Hay que preguntarse a qué responde la limitación del objeto, cuando la LOIVG se presenta a sí misma como un instrumento de igualdad, casi como el instrumento definitivo en materia de violencia de género. Sin embargo, tanto el derecho a la integridad física y a la vida como el derecho a la igualdad resultan vulnerados de la misma manera cuando se ejerce violencia contra la mujer fuera del ámbito doméstico, e incluso dentro del ámbito doméstico la violencia sexista puede reunir unas características muy similares cuando la ejerce otro tipo de pariente y también cuando, haciendo uso de una primacía social en algún contexto minoritario, es la mujer la que arremete al hombre. Todas estas limitaciones han traído como consecuencia que, por una parte, se haya cuestionado su constitucionalidad, pues trata de un modo privilegiado a la víctima cuando es una mujer al tiempo que sanciona de un modo específico al agresor cuando es un hombre y que, por otra, se cuestione igualmente la necesidad y la oportunidad de limitar los beneficios de un manto protector tan intenso y tan elaborado.

En cuanto a la constitucionalidad de la limitación, fundamentalmente se plantea con respecto a los sujetos. La Ley establece un tratamiento diferenciado por el hecho de que la víctima sea mujer y el agresor varón, y estén unidos por una determinada relación afectiva. Ahora bien, la valoración de esta distinción no tiene por qué ser la misma con respecto a las distintas medidas contempladas en la norma. La respuesta global que la LOIVG pretende proporcionar al problema de la violencia que se ejerce sobre las mujeres se compone de muy diversos tipos de actuaciones que, como hemos visto, abarcan desde las dedicadas a la sensibilización, prevención y detección, a medidas de tutela institucional, penal y judicial específica, así como al establecimiento de unos derechos específicos de las mujeres víctimas de violencia de género. En cuanto a las medidas de sensibilización, prevención y detección, en realidad no plantean ningún problema, porque van dirigidas fundamentalmente a transmitir los valores de igualdad y a formar al personal sanitario para la detección y tratamiento específico de la violencia de género, cuestiones que por ser más generales difícilmente van a quedar afectadas por la limitación del sujeto. Más conflictivas son las cuestiones tanto de los derechos de la mujer como de su tutela, aunque el verdadero problema lo plantee el tratamiento penal, ya que no se trata solo de excluir al hombre de

determinados beneficios, sino también de endurecer el tratamiento de sus actuaciones con respecto al que tienen cuando el mismo tipo de conducta lo realiza una mujer. Es el riesgo que se ha señalado desde la doctrina penalista de que pudiera darse un Derecho Penal de autor frente al Derecho Penal del hecho, lo que iría contra el principio de culpabilidad<sup>18</sup>, que generó importantes controversias durante la tramitación parlamentaria de la Ley<sup>19</sup> y que, a pesar de las correcciones introducidas en el texto definitivo, continúa abierto a la polémica.

Sin embargo, en el ámbito de las medidas laborales (que son las que vamos a comentar en este artículo) la cuestión no plantea excesivos problemas, aunque en todo caso haya que distinguir en función de la naturaleza de las medidas que se establecen. En tanto en cuanto sean simples ventajas legales que traten de corregir una situación desigual de partida con objeto de conseguir la igualdad sustancial, serán jurídicamente legítimas<sup>20</sup> pero, si entran dentro del terreno de la discriminación positiva, suponiendo el reconocimiento de un derecho a favor de un colectivo (las mujeres) que ineludiblemente lleve aparejado el perjuicio inmediato y directo hacia los hombres, habría que considerarlas medidas excepcionales, aplicables

---

<sup>18</sup> En este sentido, M. A. BOLDOVA PASAMAR y M<sup>a</sup> A. RUEDA MARTÍN, p. 4–9. Estos autores comparan la situación con la que se produce con el Derecho Penal sexual de los menores, derecho específico por la especial protección de la víctima, y resaltan que en este caso no hay problema de legitimidad, ya que no se cualifica en función del autor, sino de la víctima, ya que el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. Es un derecho penal de víctima y no un derecho penal de autor.

<sup>19</sup> El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley se manifestó en este sentido, señalando lo “inapropiado de la discriminación positiva en lo penal y judicial” (apartado IV. 3. c), si bien, con la oposición de la minoría, que en voto particular considera que las medidas de la ley “gozan de legitimidad constitucional en el marco de una situación social en la que con demasiada frecuencia la dignidad de las mujeres se ve seriamente cuestionada, medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres que cuentan con el respaldo de numerosas resoluciones internacionales, que han recibido ya en ocasiones el respaldo del Tribunal Constitucional y que son adecuadas y proporcionadas a la finalidad que las justifica” (Voto particular, I: Consideraciones generales de la ley de medidas contra la violencia sobre las mujeres).

<sup>20</sup> “Cualquier ventaja legal otorgada a la mujer no es siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma” (STC 109/2003), “la prohibición de discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares a favor de la mujer que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positiva” (STC 28/1992). Aunque ya tiene unos años, es muy interesante en este sentido el estudio de M. A. BALLESTER PASTOR (1994).

con criterio restrictivo y conforme a un juicio especialmente estricto de proporcionalidad<sup>21</sup>.

No parece que sea este último el caso de las medidas laborales objeto de nuestro estudio, pues como veremos todas ellas consisten en medidas de acción positiva, derechos reconocidos a las mujeres víctimas de violencia como sujetos que se encuentran en una situación de desigualdad de hecho por razón de su sexo<sup>22</sup>. No en vano la doctrina que se ha ocupado hasta ahora del tema es unánime a la hora de admitir la constitucionalidad de las medidas laborales, sin que se hayan alzado voces disonantes con respecto a esta cuestión<sup>23</sup>.

A pesar de que coincidimos en que la limitación del concepto de violencia de género manejado por la Ley no es inconstitucional aunque excluya aquellos supuestos en que la víctima es el varón, no pensamos que la opción legal sea la solución más oportuna. Ciertamente, la realidad sociológica imperante en nuestro país, aunque en evolución, sigue pivotando alrededor de un papel dominante del hombre, lo que provoca que la mayoría de las situaciones de violencia de género se produzcan sobre la mujer. Sin embargo, la violencia de género sobre el hombre también puede existir, con las connotaciones sociológicamente discriminatorias que subyacen en este tipo de violencia. Estas situaciones, aunque minoritarias, atentan de igual manera y contra los mismos bienes jurídicos protegidos por la ley, por lo que la LOIVG no debería haber cerrado en estos casos el acceso a las medidas especiales que contempla. Hubiera sido más acertado extenderles el manto protector de la LOIVG, manteniendo incluso la presunción de que la violencia es de

---

<sup>21</sup> “La discriminación positiva es el instrumento por el que se otorga un tratamiento más beneficioso a un colectivo específico que se halla en condiciones comparativamente inferiores a los que se le suponen homólogos, con objeto de lograr su igualación. La discriminación positiva o inversa se caracteriza por dos elementos: a) La medida adoptada como diferenciadora no es simplemente desigualitaria, sino discriminatoria, en el sentido de que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, por rasgos como el sexo, la raza o similares; b) la discriminación positiva o inversa se produce en una situación de especial escasez (v. gr. puestos de trabajo, viviendas, etc.), lo que provoca que se considere que el beneficio a ciertas personas tiene forzosamente un claro y visible perjuicio para otras. La misma adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes”. (M. A. PURCALLA BONILLA (2004)).

<sup>22</sup> En el mismo sentido de que en cuanto a las medidas laborales de LOIVG no hay duda de inconstitucionalidad por el hecho de que se proteja solo a las mujeres, J. F. LOUSADA AROCHENA (2005), p. 762.

<sup>23</sup> A favor de la constitucionalidad de la opción del legislador, A. DE LA PUEBLA PINILLA (2005), p. 91, A. V. SEMPERE NAVARRO (2005), p. 8–24; J. F. LOUSADA AROCHENA (2005), p. 762.

género cuando se ejerce por el hombre contra la mujer, pero admitiendo la prueba de ese carácter cuando la víctima es un hombre. De esta manera se atendería a la realidad sociológica de nuestro país, pero sin desproteger a un grupo de sujetos que no por ser pocos merecen que el legislador actúe como si no existieran. Es más, quizás la situación del hombre víctima de violencia de género sea todavía más dramática que la de la mujer, puesto que además de luchar contra la estructura social tiene que luchar contra el sistema jurídico para que se reconozca su existencia<sup>24</sup>. Tanto por criterios de justicia como de igualdad<sup>25</sup> la Ley debería considerar que existe violencia de género cuando se produce la actuación violenta por parte de un hombre sobre la mujer, presumiendo el móvil discriminatorio de este tipo de agresiones y estableciendo que, en el caso de que la víctima sea varón y la agresora mujer, se considerará violencia de género si el hombre demuestra el carácter discriminatorio de la agresión.

Por otra parte, tampoco parece acertado que la Ley excluya de su protección aquellos casos en que la violencia de género se ejerce sobre las mujeres

<sup>24</sup> Si se hubiese optado por una solución de este tipo, adaptada a la realidad sociológica pero sin excluir a nadie, no sería la primera vez. De hecho, así se hizo en el originario artículo 160.2 de la LGSS, que como se recordará atribuía la pensión de viudedad a la esposa siempre que concurrieran los requisitos de convivencia y previa cotización del causante. Cuando la defunción correspondía a la esposa, el cónyuge viudo debía acreditar además de los requisitos anteriores, su incapacidad para el trabajo y la consiguiente dependencia económica de la esposa fallecida. El texto de 1974 era el último exponente de la legislación de seguridad social franquista, y atendía a la realidad social del momento; se pretendía remediar una situación de necesidad, que era natural que se produjese en aquella época al fallecer el marido, que era habitualmente el que sostenía económicamente a la familia. Por ello la pensión era prácticamente automática para la mujer, en cambio el viudo, para acceder a la pensión, tenía que acreditar la dependencia. No se le impedía acceder a la pensión, pero se le exigía probar su situación de dependencia, prueba que no se le exigía a la mujer. Aunque aquella situación se declaró inconstitucional por las controvertidas SSTC 103/1983 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre que, confundiendo el principio de igualdad con el de no discriminación, optó por una igualación "por arriba", extendiendo al hombre las condiciones más favorables de la mujer. No era esa la solución más razonable, pues lo que hizo fue transformar la prestación, que pasó de tener carácter asistencial a contributivo en sentido estricto y compensar la disminución de rentas, no la situación de necesidad. En realidad, lo que se debía haber hecho era adecuar las exigencias de la mujer a su nueva situación sociológica, pero no desvirtuar la prestación. Un comentario al respecto en F. CAVAS MARTÍNEZ (2001), Parte Tribuna, BIB 2001/1489. Defendiendo que a pesar de ello la prestación por viudedad sigue teniendo carácter asistencial, M. ALONSO OLEA (2002), pp. 13–19.

<sup>25</sup> No porque sea discriminatorio el trato que reciben las mujeres en la LOIVG, sino porque cuando se produce la violencia de género contra un hombre también se está vulnerando su derecho a la igualdad, y la LOIVG se abstiene de intervenir en este caso.

por varones con quienes no les une una relación de pareja. Desde nuestro punto de vista, si la violencia ejercida sobre la mujer es una manifestación de la desigualdad que la Ley intenta combatir con medidas de acción positiva que por definición no suponen perjuicio para el otro sexo, no se entiende por qué deja fuera de la protección a aquellas mujeres que sufren el mismo tipo de agresión en el seno de su familia, pero proveniente de un padre, hijo o hermano<sup>26</sup>. Estas mujeres también son objeto de una manifestación de la desigualdad, mediante el mismo tipo de comportamiento violento que puede utilizar el cónyuge o la pareja, y no se entiende que la norma no se ocupe de tutelarlas, al menos en lo relativo a su relación laboral.

No queremos terminar este comentario sobre el ámbito subjetivo de la Ley sin hacer referencia a la cuestión de los malos tratos y el acoso laboral de la mujer en el trabajo, como situación de violencia de género excluida de protección específica por la LOIVG. El concepto de violencia de género que defendemos, como violencia ejercida para perpetuar una situación de dominación del hombre sobre la mujer, tiene un campo abonado para su manifestación en el terreno laboral<sup>27</sup>. Muchas de las situaciones de *mobbing* (tanto el ejercido por los superiores como el ejercido por los propios compañeros) o de acoso sexual en el trabajo tienen este matiz discriminatorio que caracteriza a la violencia de género, por lo que cabe preguntarse por qué la Ley no extiende su protección a estos supuestos. En principio, parece razonable, ya que de la lectura del articulado de la LOIVG se desprende que la situación que pone en marcha el aparato protector tiene mucho que ver con una violencia doméstica. Incluso en el ámbito de los derechos sociolaborales, su aplicación tiene pleno sentido cuando la víctima sufre la violencia fuera del trabajo, ya que fundamentalmente se pretende flexibilizar su relación laboral para que pueda ajustarla a los requerimientos de una situación *externa*. Por tanto, por coherencia del sistema, compartimos el criterio de la Ley de no equiparar violencia de género doméstica y laboral. No obstante, determinados derechos sociolaborales previstos en la LOIVG serían especialmente indicados para la víctima de acoso laboral de género; nos referimos por ejemplo a la movilidad geográfica, a la suspensión del contrato o a la extinción. Sería conveniente, por tanto, que las futuras modificaciones del Estatuto de los

---

<sup>26</sup> No son infrecuentes los casos de muerte de la mujer por malos tratos del hijo, como desgraciadamente comprobamos a través de los medios de comunicación.

<sup>27</sup> En el mismo sentido, el Informe del Instituto de la Mujer "La violencia ejercida contra las mujeres", *RMTAS*, nº 42/2003, p. 235.

Trabajadores en materia de acoso en el trabajo<sup>28</sup> tuviesen como referente esta Ley, con objeto de equiparar la protección en materias semejantes que comparten los mismos bienes jurídicos protegidos.

## 5. Las medidas laborales en el contexto de la LOIVG

Partiendo de su propia definición de violencia de género, la ley se plantea un objetivo que justifica el apelativo de integral que incorpora a su nombre. Pretende dar una respuesta global al problema, por que su plantea un objetivo multifronte, que consiste tanto en evitar el daño como en mitigarlo y repararlo en aquellos casos en que, a pesar de las medidas preventivas, haya llegado a producirse. Con el fin de evitar el daño la ley aborda aspectos preventivos y educativos, tanto de sensibilización como de educación de la sociedad en general como de los técnicos sanitarios que tienen que atender a las víctimas. La publicidad y la escuela se consideran ámbitos primordiales de actuación, declarando ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter discriminatorio y vejatorio, e incluyendo entre los principios del sistema educativo el de la eliminación de obstáculos para la igualdad y el de prevención y resolución pacífica de los conflictos. Por otra parte, se establecen un grupo de medidas que profundizan en la tutela institucional, penal y judicial de la víctima, creando una Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y un Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer, dando una nueva regulación a algunos de los aspectos de la tutela penal y creando unos Juzgados específicos para el conocimiento de estos asuntos, con competencias tanto civiles como penales, llamados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como una nueva figura de fiscal, el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer. Junto a estas medidas de prevención y tutela, la ley se preocupa también de regular una serie de derechos

---

<sup>28</sup> Es conocida la especial preocupación que muestra el legislador recientemente por estos temas. Desde una concepción del acoso en el trabajo centrado en el tema sexual (por ejemplo, el antiguo artículo 4 ET se refería al derecho del trabajador al respeto a su dignidad “comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”) se ha ido pasando a contemplar otras realidades de acoso que tienen mucho que ver con el derecho a la no discriminación. Este es el sentido de la reciente reforma del artículo 4 y del 54 ET efectuada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Ahora el derecho del trabajador comprende “la protección frente a ofensas verbales y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. *Vid in extenso* sobre el tema en R. SERRANO OLIVARES (2005), y en R. GIMENO LAHOZ (2005).

específicos de la mujer que se encuentra en una situación de este tipo, que responden a la idea de tratar de paliar los efectos de la violencia. Además de consagrar derechos económicos y de información y asistencia social, por primera vez se presta atención al hecho de que la víctima puede tener un contrato de trabajo y que la situación que sufre puede estar interfiriendo con el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Este dato es muy importante, puesto que al atentado a la integridad física o psíquica que está sufriendo hay que unirle el riesgo de pérdida de puesto de trabajo y por tanto de su medio de subsistencia; de ahí la importancia de que la ley por fin regule este supuesto. Se trata de una primera aproximación legal al problema, por lo que presenta bastantes carencias; hay que tener en cuenta que una ley integral tiene la ventaja de dar un tratamiento conjunto al problema, pero pierde precisión en el tratamiento de cada uno de los aspectos. También es cierto que se trata de una primera aproximación al problema, que debe ser pulido y perfeccionado por medio de normativa posterior; por otra parte, quizás el protagonismo que ha adquirido la regulación de los aspectos penales y la polémica sobre la constitucionalidad de la ley ha contribuido a que estos derechos tan novedosos y útiles hayan pasado más desapercibidos, hasta el punto de que parece que no han llegado al conocimiento de sus destinatarias, aunque no hay datos estadísticos sobre su aplicación<sup>29</sup>.

La importancia de estas medidas, por su novedad y por su contribución a la superación de un problema vital para las víctimas, como es la continuidad de su vida profesional, justifica que se les dedique una atención especial, que contribuya a su difusión. Se trata de una serie de derechos para cuyo ejercicio es necesario que concurren una serie de requisitos, de manera que las víctimas de violencia de género no pueden acceder automáticamente a ellos. Por ello, hablaremos primero de las condiciones para su ejercicio y a continuación nos referiremos expresamente a cada derecho en concreto.

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, en el caso de la prestación por desempleo, el Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo no contempla los datos desagregados para el caso de las prestaciones de desempleo debidas a la suspensión del contrato por violencia de género. Hay que entender que vienen recogidos en el epígrafe general de desempleo debido a "otras causas" que no son el despido; pues bien, el número de beneficiarios de prestaciones de desempleo por esas "otras causas" (que desde este año incluye una nueva), es bastante similar al del año pasado. En cuanto a datos sobre el ejercicio de los demás derechos reconocidos, no hay hasta ahora ningún estudio publicado.

### 5.1. Condiciones para el ejercicio de los derechos

La activación de los derechos requiere de la concurrencia de, al menos tres condiciones: que se trate de una mujer, que sea víctima de violencia de género y que la medida que se pretenda adoptar sea necesaria para atender a su singular situación personal. A estos requisitos previos hay que sumar el que la mujer haya denunciado la situación y se haya dictado orden de protección<sup>30</sup>, aunque excepcionalmente se puede sustituir por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección. En uno y otro caso tiene que haber denuncia, lo cual ha sido criticado por algún autor, ya que cierra el acceso a la protección laboral al nutrido grupo de mujeres que por miedo o vergüenza no denuncian; esto es cierto, pero también lo es el hecho de que de esta manera se está incentivando a estas mujeres para que inicien el procedimiento de tutela, así como la consideración de que la mujer que guarda silencio sobre su problema probablemente lo guarde también ante su empresario.

### 5.2. Derecho a la reducción de la jornada y a la reordenación del tiempo de trabajo

Pues bien, dice la ley que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a dos posibilidades que no son cumulativas, sino alternativas. Por una parte, puede decidir reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y, por otra, puede optar por reordenar su tiempo de trabajo (bien por medio de una adaptación del horario, o por aplicación

---

<sup>30</sup> La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. A través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima obtiene un estatuto integral de protección que concentra de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supone, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activan inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. La orden de protección se obtiene de forma rápida, pues responde a la idea de que no es posible una protección real de la víctima si esta protección no se activa con la máxima celeridad.

de un horario flexible o de otras formas de ajuste del tiempo que existan en la empresa). Ninguna de las posibilidades está sujeta a límite máximo de duración, por lo que hay que interpretar que el derecho subsistirá mientras persista la necesidad. La referencia a otras formas de ajuste del tiempo de trabajo hay que entenderla en relación con posible trabajo nocturno, trabajo a turnos, jornada intensiva....Sólo se podrá exigir al empresario la utilización de estas modalidades si es una forma de prestación de trabajo presente en la empresa, de manera que el ejercicio del derecho tiene que ser compatible con la organización del proceso productivo en la empresa concreta<sup>31</sup>. Además, el ajuste no puede afectar a las funciones que la trabajadora viene realizando, de manera que si para su puesto de trabajo no esta previsto, por ejemplo, el establecimiento de turnos, no puede cambiar de puesto. Por estas dificultades, parece más probable que la víctima que tenga problemas para compatibilizar el horario de trabajo con sus necesidades de asistencia o protección opte por reducir el horario, a pesar de la consiguiente reducción de salario y de protección social<sup>32</sup>, o bien por renunciar a la asistencia o protección si no pueden hacer frente a una reducción de salario.

### *5.3. El derecho a la movilidad geográfica*

La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. El traslado tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo. Terminado dicho periodo, la trabajadora puede optar entre regresar a su antiguo puesto o continuar en el nuevo, en cuyo caso decaerá su derecho a la reserva. Para que la trabajadora pueda

---

<sup>31</sup> En este sentido, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, en la monografía pendiente de publicación P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y T. VELASCO PORTERO sobre “Las medidas laborales de la Ley de Violencia de Género”.

<sup>32</sup> La trabajadora se convierte en una trabajadora a tiempo parcial, y como tal se le aplican las reglas especiales de cotización de este tipo de trabajadores, lo que puede incidir negativamente en el acceso a determinadas prestaciones (les resulta más difícil conseguir los periodos de carencia), o en la cuantía de éstas (que dependen de las bases de cotización, relacionadas con el salario).

ejercer este derecho a la movilidad geográfica, la empresa tiene el deber de informarle de las vacantes que existan en otros centros de trabajo, ya sean en la misma localidad o en otra distinta. El traslado no tiene que respetar las funciones que se realizaban en el puesto de trabajo originario, ya que puede ser a un puesto de categoría equivalente; esta amplitud, que puede parecer chocante en un traslado, se justifica en que no se trata de una situación impuesta por el empresario, sino que responde a la necesidad de protección o asistencia de la trabajadora.

#### *5.4. Derecho a la suspensión contractual*

Esta suspensión podemos decir que es una de las estrellas de la nueva regulación, ya que los otros derechos tienen unas condiciones de ejercicio más complicadas, y muchas veces van a ser insuficientes para hacer frente a los problemas reales de la víctima. Se crea una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, “por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. La figura de la suspensión del contrato consiste en que temporalmente se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir, a pesar de lo cual el contrato de trabajo sigue existiendo<sup>33</sup>. La suspensión se produce a solicitud de la trabajadora, y tendrá la duración que ésta decida, siempre que no exceda de seis meses. Si pasado este tiempo la efectividad del derecho a la protección o asistencia de la víctima sigue haciendo necesaria la suspensión, el juez podrá prorrogarla por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Mientras dura la suspensión, la trabajadora tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y el empresario puede suplirla con un contrato de interinidad; si esto ocurre, la propia LOIVG establece que la empresa tendrá derecho a una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida”, lo cual aligera los costes sociales del empresario.

El ejercicio de este derecho a la suspensión del contrato lo acompaña la LOIVG de una serie de medidas en materia de Seguridad Social que le dan un atractivo único, que no está presente en el resto de las suspensiones contractuales. Estas medidas son las siguientes:

---

<sup>33</sup> Es lo mismo que ocurre cuando la trabajadora da a luz, o cuando el trabajador sufre una incapacidad temporal.

1. El tiempo en que el contrato está en suspensión, se considera tiempo cotizado a efectos de la mayoría de las prestaciones de seguridad social (aunque la cotización no se haya producido)
2. Consideración del período de suspensión como situación asimilada al alta: de esta manera, si la trabajadora sufre algún tipo de contingencia protegida por la seguridad social solo si el trabajador se encuentra en alta, la trabajadora puede acceder a la protección a pesar de que en realidad no está de alta porque no está trabajando.
3. Acceso a la prestación por desempleo, que además se produce en unas condiciones muy beneficiosas: Esta medida es realmente una gran mejora, ya que normalmente el acceso a la prestación por desempleo se produce a consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo, y en el caso de suspensión no es así, ya que la trabajadora tiene derecho a la reserva de puesto<sup>34</sup>. A la gran ventaja que supone de por sí el hecho de poder acceder a la prestación por desempleo se unen otros privilegios: en primer lugar, que las cotizaciones acreditadas para tener derecho a la prestación por desempleo fundada en la suspensión no agotan su efecto, de manera que las que se utilizaron para reconocer esta prestación pueden ser nuevamente tenidas en cuenta para causar una nueva prestación por desempleo por una posterior suspensión o extinción del contrato por cualquier causa (esto supone un posible doble cómputo de cotizaciones). En segundo lugar, que a efectos de una prestación por desempleo a la que se llegara posteriormente, se computarán tanto las cotizaciones tenidas en cuenta para ésta (acabamos de ver que no agotan su efecto) como las cotizaciones efectuadas durante el propio periodo de desempleo correspondiente a la suspensión; por último, el “compromiso de actividad” que lleva aparejado el cobro de la prestación por desempleo se diluye en el caso de la trabajadora víctima de violencia de género, pues en las colocaciones que se le ofrezcan habrá que tener en cuenta sus especiales necesidades de protección y asistencia.

---

<sup>34</sup> Con este, son tres los supuestos de suspensión del contrato que dan lugar a esta situación, siendo los otros dos el de suspensión acordada en expediente de regulación de empleo y el de la suspensión decretada en resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

### 5.5. Posibilidad de dimisión con acceso a prestación por desempleo

La LOIVG modifica el Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que se considera expresamente causa de dimisión “la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. Es una solución drástica, que se producirá cuando la trabajadora considere que el trabajo le resulta incompatible con su situación y que no va a solucionarse en el plazo de suspensión del contrato. Pues bien, si la trabajadora opta por esta solución, la LOIVG también le abre el acceso a la prestación de desempleo, que normalmente no opera en caso de dimisiones voluntarias, sino en caso de extinciones involuntarias<sup>35</sup>. La trabajadora puede acceder directamente a la prestación asistencial, o bien primero a la contributiva y, al agotarla, a la asistencial en caso de que continúe en situación de desempleo y carezca de medios económicos.

### 5.6. Protección frente al despido

Los problemas que la situación de violencia genera en la víctima pueden estar provocando incumplimientos en su trabajo, lo que hasta ahora podía dar lugar a que el empresario la despidiera sin derecho a ningún tipo de indemnización. Se trataba de un despido disciplinario, ya que las faltas de puntualidad o de asistencia que no estén amparadas en un derecho del trabajador y justificadas abren la puerta a este tipo de despido. Hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo genera una serie de obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario; entre éstas, la principal obligación del empresario es retribuir, y la del trabajador la de trabajar conforme a las reglas de la buena fe y de la diligencia. Si el trabajador no cumple con su principal obligación, es decir, no acude a trabajar o lo hace de manera impuntual o poco diligente, el empresario podrá dar por terminado el contrato sin tener que indemnizarlo por ello. Hasta la entrada en vigor de la ley, si la situación de violencia de género provocaba que la trabajadora faltase al trabajo o llegase tarde el empresario podía tomar la decisión de despedir-

---

<sup>35</sup> La dimisión voluntaria solo se considera situación legal de desempleo en los casos de traslado, modificación sustancial de condiciones, dimisión forzada por incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario y en éste de la víctima de violencia de género.

<sup>36</sup> Salvo que su capacidad para trabajar estuviese dañada por los actos de violencia, en cuyo caso tenía que haber una baja médica.

la<sup>36</sup>. La LOIVG atiende expresamente a este problema, y establece que “Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerará justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”.

La ley no se queda aquí, sino que considera también la posibilidad de que el empresario, una vez que la trabajadora ha sido declarada víctima de violencia de género y decida ejercer alguno de los nuevos derechos laborales que la ley le concede, se vea tentado de despedirla, a causa de los inconvenientes que este ejercicio le produzca. Para evitarlo, los despidos de trabajadoras que hayan ejercido este tipo de derechos se consideran nulos, lo que supone un especial blindaje de su contrato, equivalente al que tienen las trabajadoras embarazadas o los sujetos que ejercen derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>37</sup>. La protección equivale a presumir que el despido que se efectúe sobre estas trabajadoras está motivado por el ejercicio de sus derechos, y que por lo tanto es discriminatorio; el empresario tendrá que demostrar que su intención no era discriminar, lo cual es una prueba negativa que reviste grandes dificultades. La nulidad del despido tiene el efecto de que es obligatorio readmitir a la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación, que son los devengados desde que se produce el despido hasta que se comunica la sentencia.

Por otra parte, las faltas de asistencia motivadas por el ejercicio de los derechos no se computan a efectos de un posible despido por circunstancias objetivas, cómputo en el que sí están incluidas, por ejemplo, las bajas motivadas por pequeñas enfermedades de hasta quince días de duración. También en esto se asimila la situación de estas trabajadoras con la de aquellas que ejercen derechos relacionados con la maternidad, como comentábamos en relación con la nulidad del despido, lo que tiene mucho sentido ya que en ambos casos está en juego el principio de igualdad.

### *5.7. Incentivos al empresario para el caso de ejercicio de estos derechos*

Uno de las grandes deficiencias de la ley en materia de protección laboral es que no se incentiva suficientemente al empresario cuya trabajadora ejerce

---

<sup>37</sup> Sobre el tema, Vid. in extenso P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (2002), p. 172 y ss.

este tipo de derechos. Pensemos que son unos derechos vinculados a la mujer, ya que la violencia ejercida sobre el hombre no entra dentro del ámbito de aplicación de la ley, y relacionados con hechos que escapan del control del empresario, pero cuyos efectos tiene que asumir: faltas de asistencia o de puntualidad al trabajo, reorganización del tiempo de trabajo, prescindir de la trabajadora durante un tiempo por ejercicio del derecho a suspensión... Este tipo de medidas que en principio tienen carácter protector para la mujer pueden producir el llamado efecto boomerang, desincentivando la contratación de las mujeres. Por eso el Estado debe poner especial cuidado en que el coste de estas medidas no caiga sobre el empresario, compensándole de algún modo, de tal manera que cuando el empresario se enfrente a un proceso de selección de personal no pueda pensar que una mujer le va a resultar más gravosa que un hombre, al poder ejercer una serie de derechos que están vinculados a su condición femenina.

La ley solo contiene un incentivo de este tipo, al establecer que las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras que hayan suspendido su contrato o ejercido su derecho a la movilidad o cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Es una previsión necesaria, pero muy escasa; pensemos, por ejemplo, que cuando se producen sustituciones de trabajadoras que están de baja por maternidad la ley prevé la bonificación tanto de las cuotas del sustituto como de la sustituida. Por tanto, consideramos que debe avanzarse en esta línea, ya que sería un grave error de previsión el que esta ley tuviese un efecto negativo en las posibilidades de acceso de la mujer al mercado de trabajo.

### *5.8. Protección de la trabajadora por cuenta ajena y de las funcionarias*

Aunque de manera menos completa que con respecto a las trabajadoras por cuenta ajena, la ley también establece medidas de protección de las funcionarias y, de manera prácticamente testimonial, con respecto a las trabajadoras por cuenta propia. De esta manera, se consagra el derecho de las funcionarias víctimas de violencia de género a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia. Esto supone una situación ciertamente privilegiada ya

que, a diferencia de lo establecido como regla general para los supuestos de excedencia, el periodo en este caso se computará a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. También se mejora en relación con los supuestos de excedencia voluntaria por interés particular, en el sentido de que para ejercerla no se exige tiempo mínimo de servicios, ni tampoco un plazo mínimo de permanencia en esta situación. Para completar la protección, se establece que las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género sufrida por la mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica.

La principal diferencia con la protección que se le da a las trabajadoras por cuenta ajena es que en aquellos casos en que la prestación de trabajo le resulte imposible por su situación de víctima, la funcionaria no va a poder acceder a rentas sustitutivas del salario, lo que supone quedarse fuera de uno de los principales atractivos de la nueva ley<sup>38</sup>.

Por lo que respecta a la trabajadora por cuenta ajena, su protección es aún más limitada, ya que lo único que se establece es que si cesan en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social; asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta a efectos de poder acceder a posibles prestaciones. Es positivo el hecho de que se haya previsto también alguna medida a favor de estas trabajadoras, pero realmente resulta algo escasa la protección, máxime teniendo en cuenta que en muchas ocasiones la trabajadora puede estar en el negocio familiar con el propio maltratador, ya que cuando el trabajo se presta entre familiares no puede haber contrato de trabajo, sino que cada cónyuge se considera trabajador autónomo aunque solo uno de ellos sea titular del negocio.

---

<sup>38</sup> Este inconveniente ha sido soslayado por el reciente acuerdo firmado entre el Ministro de Administraciones Públicas y los principales sindicatos de funcionarios, denominado Plan Concilia, que reconoce que, en caso de violencia de género, la funcionaria que solicite la excedencia para hacer efectiva su protección o su asistencia social integrada percibirá sus retribuciones íntegras durante los dos primeros meses de esta excedencia (texto íntegro del Acuerdo, en [www.map.es](http://www.map.es)).

## 6. A modo de conclusión

En definitiva, consideramos que hay que valorar la ley sin incurrir en extremismos. Es una ley valiente, que afronta por primera vez un tratamiento integral de un problema verdaderamente grave, intentando atacar a la vez todas sus causas y procurando al mismo tiempo paliar sus efectos. La misma amplitud que es valorable en este sentido se convierte en uno de sus principales defectos, ya que hace que la ley incurra en defectos técnicos, que habrá que ir puliendo por medio de futuras modificaciones legislativas.

En cuanto a su posible inconstitucionalidad, no se puede ser ligero en su apreciación. El derecho a la igualdad obliga al legislador a dar un tratamiento igual a situaciones iguales y desigual en caso de desigualdades de hecho; por tanto, hay que determinar si existe la situación discriminatoria de hecho que justifique el tratamiento desigual o privilegiado para determinados sujetos. En este sentido, no son pocos los estudios, sobre todo en el ámbito de la sociología, que vinculan este tipo de violencia con una situación de dominación del hombre sobre la mujer, e incluso los compromisos internacionales asumidos por España obligan a incorporar en este tema la perspectiva de género, que como hemos visto se basa en ese mismo punto de partida. Por todo ello, consideramos que el tratamiento privilegiado para las víctimas de este tipo de violencia está justificado y no resulta discriminatorio. Cuestión distinta es si podría haberse optado por otra solución que no excluyera de manera taxativa otras posibles situaciones de violencia que vulneran igualmente el derecho a la igualdad, pero esto no invalida la solución adoptada por esta ley.

Por lo que respecta al novedoso grupo de medidas laborales que contiene la ley, la valoración también ha de ser ponderada. El principal mérito de la ley es haber tenido en cuenta que la situación laboral de la mujer puede verse dificultada por la situación de violencia de género que padece, consagrando por primera vez derechos de la víctima específicos respecto de su contrato de trabajo. Además, se trata de un elenco de derechos bastante amplio, que le permite a la trabajadora tanto flexibilizar la prestación como interrumpirla, minimizando los efectos de este tipo de decisiones sobre la economía de la mujer. Es interesante también la especial protección que se establece a efectos de despido, que impide tanto la posible discriminación empresarial por estos motivos como incluso el ejercicio del un despido disciplinario basado en incumplimientos que realmente sí se están produciendo. Como defecto más llamativo de la regulación legal, señalaríamos la falta de medidas que

compensen al empresario que tiene que asumir unas obligaciones especiales cuando contrata a mujeres, pues solo estas pueden sufrir violencia de género tal y como la describe la ley. Este hecho puede perjudicar seriamente a la contratación femenina, sobre la que en demasiadas ocasiones repercuten negativamente las medidas que en un principio se adoptaron para beneficiar a las mujeres, y que acaban inhibiendo su contratación.

### **Bibliografía**

- ALONSO OLEA, M. (2002), "Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la prestación de viudedad", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 39.
- BALLESTER PASTOR, M. A. (1994), *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> A., "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)", *La Ley*, nº 6146.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2001), "La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma", *AS*, nº 14/2001, Parte Tribuna, BIB 2001/1489.
- GENOVÉS GARCÍA, A. y otras (2004), *El derecho al revés, estudio sobre la victimización secundaria en mujeres maltratadas*, Córdoba, Themis–Ayuntamiento de Córdoba.
- GIMENO LAHOZ, R. (2005), *La presión laboral tendenciosa: el mobbing desde la óptica de un juez*, Madrid, Lex Nova.
- INFORME DEL INSTITUTO DE LA MUJER (2003), "La violencia ejercida contra las mujeres", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 42.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2005), "Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja", *Actualidad Laboral*, nº 7.
- MALDONADO, T. (2004), "El género y la academia", *hika.net*, nº 157.
- MENENDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, T. (2005), "La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces", *Revista CEF*, nº 271.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2005), "Las dimensiones sociolaborales de la lucha contra

la violencia de género. A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género – BOE de 29 de diciembre–”, *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 264.

NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P. (2002), *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Madrid, Dykinson, S.L.

PUEBLA PINILLA, A. DE LA (2005), “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, nº 6.

PURCALLA BONILLA, M. A. (2004), “Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)”, *Aranzadi Social*, nº 10.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (2005), “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas”, *AS*, nº 4.

SERRANO ARGÜESO, M. (2004), “Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas”, *Aranzadi Social*, nº 20.

SERRANO OLIVARES, R. (2005), *El acoso moral en el trabajo*, Madrid, CES.