

# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

**Dirección:**  
Soledad Pérez Rodríguez  
**Coordinación:**  
Pilar Gutiérrez

**Contenidos:**  
Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga

**Dirección Técnica:**  
M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer

**Colaboran:**  
Antonio Javier Trujillo Pérez  
Rafael Naranjo de la Cruz  
M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez  
M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández  
Montserrat Reyes

Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia. Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a Boletín Jurídico "Artículo 14", que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.

**Edita:**  
Instituto Andaluz de la Mujer  
C/ Doña María Coronel, 6  
41071 Sevilla.  
Tel.: 954 54 49 10  
Fax: 954 54 49 11  
Puede consultarse "Artículo 14" en:  
[http://www.juntadeandalucia.es/  
/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

**Diseño y Maquetación:**  
Fotomecánica Magenta

**Imprime:**  
Tecnographic  
**Dep. Legal:**  
SE-2460-01  
ISSN:  
1696-6988

## Sumario:

### PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer ..... 3

### DOCTRINA

La exención de declarar contra el imputado en el delito de violencia doméstica. Rosa Salvador Concepción. .... 4

### LEGISLACIÓN

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ruby Sibony. .... 16

Decreto 154/2011, de 10 de mayo, por el que se regula el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres. .... 26

Comentario: Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. María Luisa Balaguer Callejón. .... 30

Comentario: Anuncios de prostitución en la prensa escrita. María Luisa Balaguer Callejón ..... 31

**TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN** ..... 33

### JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, cuestión prejudicial sobre la validez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Abel B. Veiga Copo y Albert Sánchez Graells. .... 38

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad de género en el primer tercio del año 2011: STC 24/2011, de 14 de marzo, STC 26/2011, de 14 de marzo y STC 40/2011, de 31 de marzo. María Luisa Balaguer Callejón. .... 52

## ARTÍCULO 14

## PRESENTACIÓN

La relevante contribución del movimiento asociativo de mujeres al progreso y transformación de la sociedad andaluza es un hecho indiscutible, sus reivindicaciones para conseguir una mayor sensibilización en la igualdad de género, en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres, y en la demanda de igualdad social y jurídica de mujeres y hombres, son reconocidas desde todos los ámbitos.

La Comunidad Autónoma de Andalucía contrae un fuerte compromiso con el fortalecimiento de la sociedad civil, y el fomento del asociacionismo, según establece su Estatuto de Autonomía, en el artículo 73.2, asume la competencia exclusiva en materia de políticas de género que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1 de la Constitución, incluye, entre otras, la promoción del asociacionismo de mujeres.

El Instituto Andaluz de la Mujer, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, viene trabajando desde su creación, de manera prioritaria, en el crecimiento, formación, consolidación y empoderamiento del tejido asociativo de mujeres en Andalucía, entre estas actuaciones destacan la elaboración de un diagnóstico sobre este tejido social, la formación a las asociaciones, los seminarios provinciales de mujeres asociadas y el encuentro de asociaciones de mujeres andaluzas, que han permitido a su vez la creación de redes entre ellas, a través del programa Asocia.

Fruto de este trabajo, destacamos la publicación, que recogemos en el presente número de Boletín Jurídico, del Decreto 154/2011, de 10 de mayo, por el que se regula el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, en desarrollo del artículo 62 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, que viene a dar respuesta a la demanda de las asociaciones de mujeres, cuya red ha venido creciendo de forma notoria y constante a lo largo de estos años.

El Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, tiene entre sus funciones, representar los intereses de las organizaciones de mujeres andaluzas ante la Administración de la Junta de Andalucía, servir de cauce de participación activa en las políticas públicas de igualdad de género de la Administración Autónoma Andaluza, colaborar con la Consejería competente en materia de igualdad para el impulso y la promoción de la participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social. Además, difundir el valor de la igualdad entre la sociedad andaluza, elaborar informes y velar por el incremento de la presencia de la mujer en los órganos de gobierno.

El Consejo contribuirá a fortalecer el movimiento asociativo de mujeres andaluzas e impulsar su liderazgo, así como, canalizar sus reivindicaciones y aportaciones. Se configura como un órgano para servir de cauce de participación a la ciudadanía y organizaciones de mujeres en el desarrollo y evaluación del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía, que incorporará sus valiosas aportaciones, los retos pendientes en la agenda de la igualdad de género y los que vayan detectando como consecuencia de las nuevas realidades sociales y las múltiples situaciones de discriminación.

Estará compuesto por una presidencia, que la ostentará la titular de la Consejería para la Igualdad; 2 vicepresidencias, que ocuparán, la directora del IAM y la persona elegida por las vocalías; y 26 vocalías, 10 en representación de asociaciones regionales y 16 de asociaciones provinciales. En cuanto a la elección de las vocalías se ha previsto un sistema participativo y representativo del movimiento asociativo de mujeres en Andalucía, según recoge la Orden de 12 de mayo de 2011, por la que se establece el procedimiento para la elección de las vocalías que, en representación de las organizaciones de mujeres, integran el Consejo.

Estamos ante nuevos desarrollos normativos para seguir avanzando en la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres es el instrumento necesario de interlocución, consulta y representación, que viene a potenciar el importante tejido asociativo de mujeres en Andalucía y la interrelación y compromiso entre la administración pública y las asociaciones y federaciones de mujeres, en el objetivo común de la igualdad de género.

*Soledad Pérez Rodríguez*  
*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

## DOCTRINA

# LA EXENCIÓN DE DECLARAR CONTRA EL IMPUTADO EN EL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

ROSA SALVADOR CONCEPCIÓN  
Abogada y Doctora en Derecho

**SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1.- ¿EN QUÉ SUPUESTOS PUEDE APLICARSE LA DISPENSA? 2.- ¿QUIÉN PUEDE AMPARARSE EN LA DISPENSA? 3.- ¿CUÁNDO PUEDE APLICARSE LA DISPENSA? 4.- EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DISPENSA. 5.- BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCIÓN

Incluso cualquier profano en materia jurídica reconocería las palabras que se suelen formular en nuestros Tribunales cuando se le ofrece a determinados testigos el que puedan acogerse al derecho de no declarar contra los imputados por tener una relación familiar con éstos; pues bien, el origen de este derecho lo encontramos en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que recoge la dispensa de que:

*“Están dispensados de la obligación de declarar:*

1. *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.*

*El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.*

2. *El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”.*

Esta remisión expresa al precepto 261.3 nos conduce a la aclaración contenida en tal artículo por la que *“Tampoco estarán obligados a denunciar:.....3.Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos”.*

De manera, que en base a la literalidad de estos artículos los Tribunales con unanimidad tendrían que admitir la dispensa de declarar de aquellas víctimas y/o testigos por el parentesco que tengan con los imputados, pero la cuestión no es pacífica, tanto que la propia Fiscalía General en su última Memoria de 2010 ha propuesto la reforma de esta disposición. El motivo expuesto ha sido manifestar abiertamente su desconfianza acerca del acogimiento de no declarar de las víctimas de violencia<sup>1</sup> reproduciendo en su argumentación, la aportación realizada a su vez por la Fiscalía de Soria, que señala acerca del comentado artículo 416 que la norma es defectuosa e incompleta y que genera serios problemas interpretativos<sup>2</sup>. Y son problemas de tal índole que esta misma Fiscalía ya ha manifestado la necesidad de unificar doctrina para su interpretación, reconociendo en su última Memoria de 2010 que aunque el criterio mayoritario es permitir la aplicación de la dispensa recogida en el citado precepto<sup>3</sup>, aún hay Juzgados que no lo resuelven así<sup>4</sup>; cuestión que podemos entender de gran relevancia si partimos de la premisa de que si la víctima no declara en su comparecencia en el juicio va a conducir en muchos casos a una Sentencia absolutoria, dada la dificultad probatoria<sup>5</sup> del delito de violencia doméstica por desarrollarse principalmente en un ámbito privado.

<sup>1</sup> Así referenciado en la pág. 1101 de la citada Memoria, cuando se afirma que “En muchos casos subyace, en términos de victimización, una situación de presión ambiental derivada del hecho de que una persona, ajena a los Tribunales, se topa, casi de repente, con un sistema que desconoce y que va a tener una honda proyección en su vida personal, la cual se ve intensamente afectada en el plazo de unas horas, provocando en la víctima del delito, en ocasiones, una situación de angustia e incluso, de culpa.”

<sup>2</sup> Memoria de la Fiscalía General de 2010, pág.1248.

## DOCTRINA

Ahora bien, el problema mayor es que si el criterio para aplicar la dispensa no es unánime, nos podríamos encontrar con grandes diferencias de criterio entre los Juzgados con las consecuentes posibles Sentencias con también pronunciamiento distinto, cosa que conducirá de manera inevitable a un gran perjuicio para las víctimas y con esto, a una vulneración evidente del Principio que exige la Tutela Judicial Efectiva de nuestros Tribunales y lo que es peor aún, conduciría a que todo el esfuerzo social, legislativo, institucional y administrativo llevado a cabo para la persecución de la violencia en nuestros hogares hubiera sido realizado en vano.

Es por lo que, en este trabajo vamos a abordar cuál puede ser el origen de estos problemas interpretativos que tan grave repercusión puede conllevar en el enjuiciamiento del delito de violencia doméstica. Empecemos entonces por analizar cuándo poder aplicar la dispensa contenida en el artículo de estudio.

### 1.- ¿EN QUÉ SUPUESTOS PUEDE APLICARSE LA DISPENSA?

Depurar la procedencia o no de la dispensa del artículo 416 de la L.E.Crim. es de esencial importancia ya que si ésta es procedente, el Juez deberá advertir al testigo de su posibilidad de no declarar y esta advertencia es tan relevante que incluso como podemos comprobar, viene literalmente recogida en el artículo 416-Párrafo Segundo. Más allá, la Memoria de la Fiscalía General del año 2006 aclara que esta obligación de advertencia se extiende incluso a toda la Fase de Instrucción desde el momento de interposición de la denuncia a la ratificación de la misma en sede judicial<sup>6</sup>.

De no realizarse la advertencia de dispensa de declarar, esto conduciría incluso a establecer la nulidad de actuaciones con la declaración de nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, al ser la testigo, la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial y no haber sido advertida por la policía, ni por el Juez de Instrucción de su derecho a no declarar<sup>7</sup>. Es por lo que, el Tribunal Supremo recoge en sus Resoluciones de forma reiterada y unánime esta obligación de advertencia, insistiendo en su extensión incluso al momento de declaración en sede policial<sup>8</sup>, lo que además conllevará el que no puedan valorarse las declaraciones realizadas por la víctima en instrucción si previamente a realizarlas, no fue advertida de su dispensa<sup>9</sup>.

Aunque, habremos de comentar aquí, que un amplio sector doctrinal insiste también en que con tal advertencia, tras el esfuerzo realizado por las perjudicadas para llevar adelante su acción, se puede interpretar también que se las está invitando a reconsiderar su declaración, una alternativa que en la mentalidad de la declarante, fácilmente podría ser percibida como un reproche hacia su acción de denuncia en boca del Instructor<sup>10</sup>, poniéndola sin quererlo, en una difícil tesitura<sup>11</sup>. Y esta interpretación, llega incluso a ser secundada por la propia Fiscalía General que sugiere se modifique la regulación para *“impedir que pueda hacer uso de esta dispensa quien*

<sup>3</sup> De forma que la Memoria de la Fiscalía General de 2010, recoge en su pág. 697 el que “Por regla general se admite que la víctima que denuncia pueda acogerse al 416 LECrim. en todas las provincias a excepción hecha de un Juzgado de lo Penal de Málaga y otro de Sevilla. Las Audiencias de estas dos provincias mantienen diversas posturas dependiendo de la Sección que conozca del asunto. La Sección Territorial de la Fiscalía de Linares, considera no aplicable el artículo 416 en estos supuestos.

En relación a la situación afectiva existente en el momento de los hechos denunciados o en el momento que presta la declaración de que se trate. En Granada, Almería, Huelva y Jaén, por regla general, se tiene en cuenta la situación afectiva en el momento de producción de los hechos. En Jaén no se admite la dispensa cuando en el momento de la declaración se trata de parejas de hecho cuya relación sentimental está rota y no existió previa convivencia). En Córdoba, se tiene en cuenta el momento en que presta declaración la víctima. En Málaga y Cádiz se siguen ambas posturas, y en Sevilla, los jueces de Instrucción tienen en cuenta el momento de los hechos, pero en el momento del juicio oral, el órgano enjuiciador tiene en cuenta para valorar o no la aplicación del artículo 416 LECrim., la situación afectiva en ese momento.”

<sup>4</sup> Aún siendo una corriente jurisprudencial más débil, encontramos Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cuenca de 24 de Mayo de 2006, por la que “Si la dispensa meritada obedece a la consideración de no imponer a los familiares más directos la carga o deber jurídico de realizar como testigos manifestaciones que pudieran perjudicar a su pariente acusado, ese fundamento, desde luego, desaparece enteramente cuando son los parientes mismos quienes han denunciado los hechos”.

<sup>5</sup> J. DELGADO MARTÍN, La Violencia Doméstica, Madrid, Colex, 2001, p. 93.

<sup>6</sup> Al recoger en su página 370 y ss., como criterio de la Fiscalía, el que “En fase de instrucción el Fiscal interesará que, con carácter previo al inicio de la prueba, se instruya a la víctima sobre el contenido del artículo 416 de la LECrim. antes de prestar la declaración....

En fase de juicio oral, es preciso que se instruya de nuevo a la víctima del derecho de dispensa del artículo 416 de la LECrim. Si no se llevare a cabo, el Fiscal lo interesará expresamente y, si el Juez o Tribunal acordara no hacerlo, se hará constar la correspondiente protesta a efectos de recurso.... Si la víctima se acoge a su derecho a no declarar, el Fiscal interesará la lectura de la declaración que hubiere realizado en fase de instrucción de conformidad con el artículo 730 de la LECrim. Si por el Juez o Tribunal se denegara la lectura de dicha declaración, se hará constar la oportuna protesta y, a la vista de la sentencia, se valorará la conveniencia de interponer el correspondiente recurso”.

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 294/09 de 28 de Enero que declara esta posible nulidad al manifestar que, “La consecuencia legal de su inobservancia es la ilegalidad del resultado. Ilegalidad que se extiende tanto a la declaración misma hecha con vulneración de la exigencia legal incumplida, como lógicamente al conocimiento policial que resulta de aquélla. Pues si se entendiera otra cosa se llegaría a la incongruencia de afirmar la invalidez de algo y al mismo la validez de su consecuencia. Si la declaración ilegal no la tiene, en esas condiciones, no vale como comunicación, no vale como denuncia y no vale el conocimiento que por ella adquiere la Policía. El conocimiento existe obviamente, pero no pertenece a una investigación policial lícita”.

## DOCTRINA

previamente, en la fase de instrucción, haya renunciado expresamente a acogerse a ella tras ser informado de las consecuencias de dicha renuncia”<sup>12</sup>. También el mismo Alto Tribunal cuestiona la necesidad de esta advertencia en resoluciones aisladas donde entiende innecesaria realizar la advertencia del posible acogimiento al artículo 416.1 en sede policial, al encontrar contradictorio su ofrecimiento con la evidente voluntad de la presunta víctima en presentar denuncia<sup>13</sup>. Incluso con este mismo criterio y de manera bastante significativa encontramos el *Anexo del Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género*, donde entre otros extremos se detallan las instrucciones para llevar a cabo la recogida de la denuncias de las víctimas, no haciéndose ninguna alusión a que haya que realizar a la denunciante advertencia alguna acerca de la dispensa de declarar<sup>14</sup>.

Por último, con igual carácter hallamos numerosas Sentencias que aclaran expresamente que la posibilidad de dispensa no es necesaria que sea advertida en la denuncia de una víctima, por el sentido obvio de la innecesariedad de hacer ese recordatorio a quien voluntariamente acude a la policía en busca de auxilio, mientras que sí es necesaria en declaraciones posteriores propias de la Instrucción, ya en sede policial ya ante el Juzgado de Instrucción competente<sup>15</sup>.

Y es ésta una interpretación que secundo completamente ya que considero, que la advertencia que nos ocupa realizada previa a la denuncia puede causar un efecto muy negativo en aquellas víctimas que acudiendo a la policía en busca de ayuda, encuentran que la primera reacción policial es recordarles que no están obligadas a

<sup>8</sup> Sentencias como la Núm. 662/2001 de 6 de Abril establecen que la obligación de realizar esta advertencia del art. 416.2, alcanza del mismo modo a la Policía, de forma que cuando el testigo comparece en comisaría debe hacersele, so pena de nulidad, la advertencia procesal ya que, según confirma, “El incumplimiento del deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1º LECrim no sólo alcanza al Juez. La finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. Tal procedimiento dejaría prácticamente hueca la advertencia del 2º párrafo del art. 416, 1º LECrim, pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Es evidente, por lo tanto, que la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez. Consecuentemente, en tanto el testigo del cual proviene la información, que permitió la obtención de la prueba, se encontraba detenido en la comisaría por razones ajenas al hecho que motivó el proceso seguido contra el recurrente, la policía debió formularle la advertencia establecida en el art. 416,1º,2º párrafo, LECrim. Al no haberlo hecho se ha infringido la ley con la consecuencia de la prohibición de valoración de la prueba obtenida”.

De manera más sintetizada, la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 13/2009 de 20 de Enero resume que, “Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado”.

<sup>9</sup> Según se manifiesta de manera reiterada en Sentencias como la del Tribunal Supremo Núm. 17/2010 de 26 de Enero por la que, “En el desarrollo del motivo se aduce que no puede tenerse en cuenta el testimonio inculpatario prestado por la Doña Penélope tanto en el Juzgado de Instrucción como en dependencias policiales, debe considerarse inutilizable como prueba de cargo, al estar viciado por la circunstancia de no haberse advertido previamente a la declarante de su derecho a no testificar en contra de su pareja”.

<sup>10</sup> Así recogido en la Propuesta de Modificación Legislativa de los Artículos 416 y 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal realizada por la Federación de Mujeres Progresistas. En este mismo sentido, Vid. F. GUDÍN RODRÍGUEZ, “El Silencio Procesal de las Víctimas: ¿caballo de troya para futuros maltratos?”, Actualidad Jurídica, 769, 2009, p.1-8.

<sup>11</sup> Vid. I. PIÑERO ZABALA, “Testigo y Víctima: dispensa a declarar”, La Ley, 7519, 2010, p.5.

<sup>12</sup> Propuesto por la Fiscalía de Barcelona y recogido en la Memoria General de la Fiscalía de 2010, pág.1247.

<sup>13</sup> Como muestra, podemos aludir a la Sentencia Núm. 294/2009 de 28 de Enero por la que “La propia razón de ser y fundamento de la norma, cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente”.

<sup>14</sup> Como podemos comprobar, en las instrucciones acerca de cómo realizar la declaración de la víctima se determinan varios extremos pero ninguno referente a que haya que realizar advertencias acerca de la dispensa, ya que se establece que “Con antelación al inicio de las declaraciones, se informará a la víctima del derecho a la asistencia letrada bien mediante un abogado de su designación o, en otro caso, a ser atendida por los servicios de orientación jurídica gratuita del correspondiente Colegio de Abogados.

Asimismo, se le preguntará sobre la existencia de lesiones y, en caso positivo:

a) Si ya ha sido asistida en algún centro sanitario y dispone de parte médico, se adjuntará a la denuncia.

b) En otro caso, se le ofrecerá la posibilidad de ser trasladada a un centro sanitario para recibir atención médica, adjuntando a la denuncia el parte médico que se emita.

c) Si la víctima no desea ser trasladada a un centro sanitario, se reflejará por escrito, mediante diligencia, las lesiones aparentes que puedan apreciarse y se solicitará a la víctima la realización de fotografías de las mismas para unir las a la denuncia.

Teniendo en cuenta la situación emocional de la víctima, se deberá respetar que ésta se exprese de manera espontánea, sin ser interrumpida en el relato de los hechos, procurando que la declaración sea lo más exhaustiva y detallada posible.

Se le preguntará, en primer lugar, acerca de los datos que permitan realizar gestiones inmediatas tendentes a garantizar su propia seguridad y la de sus hijos y a la detención del agresor, en su caso.

Una vez efectuada la declaración espontánea de la víctima, deberá completarse el atestado con la mayor información posible y, en todo caso, se requerirá de ella la información que se relaciona, sin perjuicio de la posibilidad de formular otras preguntas que se consideren necesarias para completar la investigación policial”.

<sup>15</sup> Así recogido en Sentencias como la del Tribunal Supremo Núm. 101/2008 de 20 de Febrero en la que, “Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la “notitia criminis”, se indaga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga. (En similar interpretación STS 385/2007, de 10 de mayo [RJ 2007, 3261] )”.

## DOCTRINA

denunciar, algo ridículo si partimos de la premisa de la necesidad de auxilio inherente a cualquier denuncia y que provoca que carezca de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los del denunciado, de manera, que no necesita se le informe de que puede ejercitar la dispensa comentada que previamente a denunciar, ya ha decidido no utilizar en el mismo momento en el que ha acudido voluntariamente a interponer la denuncia, ya que es cierto que el hecho en sí de presentarla hace suponer una renuncia tácita a la dispensa<sup>16</sup>.

A este respecto, encontramos Sentencias que incluso matizan esta innecesiedad de advertencia en la denuncia<sup>17</sup> aclarando que no es necesaria en el momento de formalización de la misma cuando a quien se denuncia es a parientes comprendidos en el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>18</sup>, mientras que sí es exigible en las declaraciones posteriores de los denunciantes realizadas en respuesta a las indagaciones e investigaciones policiales<sup>19</sup>.

Ahora bien, habremos de reconocer que aquí puede existir un problema, ya que esta diferenciación entre la declaración-denuncia y la declaración provocada por la indagación policial<sup>20</sup> es muy sutil, ya que en muchas ocasiones se produce en unidad de acto en el momento de recoger la misma denuncia, de manera que teniendo presente la posibilidad de anulación de las declaraciones realizadas sin la advertencia del artículo 416 que comentamos y si éstas son realizadas en respuesta a la investigación policial, es por lo que descubrimos aquí otro matiz importante que nos lleva a que alcance esencial relevancia el cumplimiento en la policía del deber de advertencia previo a la instancia de cualquier declaración por parte de los denunciantes.

Estamos sin lugar a dudas ante una cuestión delicada, ya que es cierto que la indagación policial puede comenzar con la misma recogida de la denuncia cuando se recaban todos los datos necesarios para instruir el atestado, y es por lo que entonces si la declaración-denuncia adquiere la condición de declaración-indagación, habría de advertirse ya en ese momento a la denunciante de su posibilidad de no manifestar por ser pareja del denunciado, pero por otro lado, esa advertencia siempre será puesta en entredicho si el efecto que pueda ocasionar en la denunciante es el que ésta se retraiga y valore la no interposición de la denuncia o incluso la no colaboración en la instrucción, con el consecuente efecto desbastador para la persecución de los delitos que nos ocupan.

Ante esta controversia y al ser ésta una cuestión que no es pacífica, me adhiero a la línea doctrinal que encuentra innecesaria la advertencia en el momento denunciar ya que considero que la misma choca abiertamente con el sentido en sí de la denuncia y con la necesidad de la denunciante de encontrar más bien y prioritariamente en ese momento, un efectivo amparo policial. Dada la incuestionable fragilidad de las víctimas cuando acuden a la policía y su justificado desconocimiento en leyes que las puede conducir a no entender por qué se les hace la advertencia de la dispensa, considero que está sobradamente justificado que en la formulación de la denuncia se disculpe el deber de advertencia en aras a algo tan importante como es garantizar una más fluida y eficaz recepción de las víctimas y un cobijo policial seguro que ha de ser en ese momento considero, el objetivo prioritario del sistema y no otro.

Aún así, y pese a que concluyamos que el deber de advertencia no se extiende al momento de interposición de la denuncia, sí que lo considero exigible en el resto de las declaraciones propias de la instrucción y aquellas realizadas ante el Plenario. Y además entiendo que tal advertencia ha de hacerse con total rigor y de manera expresa y clara, tanto como para que exista una total garantía de que la declarante ha sido informada sin ningún género de dudas de la posibilidad de ampararse en la dispensa del artículo 416 y que si aún así decide declarar, lo hace con conciencia y consciente de la consecuente renuncia de acogerse a la mencionada exención.

<sup>16</sup> Vid. E. MARTÍNEZ GARCÍA, La Tutela Judicial de la Violencia de Género, Madrid, Justel, 2007, p.152.

<sup>17</sup> Como ejemplo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 662/2001 de 6 de Abril, por la que "...cuando el testigo se presente espontáneamente ante la Autoridad,...la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba."

<sup>18</sup> Art. 261: "Tampoco estarán obligados a denunciar:

1. El cónyuge del delincuente.

2. Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.

3. Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos".

<sup>19</sup> Con esta interpretación, la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 294/09 de 28 de Enero, cuando aclara que la advertencia del art. 416, "aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 de la LECr, ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente de Policía, contra parientes del art. 261, ha de hacerse necesariamente la advertencia referida...Es que para interrogar es inexcusable advertir a la compareciente que sobre esos otros, distintos de los que por iniciativa propia quería denunciar, no tiene obligación de hacerlo. La comunicación de esos diferentes hechos, pertenece a la iniciativa del agente interrogante que pregunta sobre ellos y su comunicación por el declarante no es ya iniciativa suya previamente decidida libremente, sino respuesta a la averiguación iniciada por la Policía; que necesita hacer la previa advertencia de la dispensa legal".

<sup>20</sup> Sentencias como la Núm. 101/2008 del Tribunal Supremo de 20 de Febrero insisten en ese matiz diferenciando la primera declaración-denuncia con aquellas propias de la instrucción, de manera que aclara que "...así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la "notitia criminis", se indaga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga".

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

Y ello, pese a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 94/2010 de 15 de Noviembre, que ha planteado la controversia de si en ciertas circunstancias resulta necesario el que la advertencia se realice o no con este rigor<sup>21</sup>. Personalmente no comparto el fundamento de esta Sentencia ya que considero que independientemente a lo que se pueda deducir de la actuación de la testigo a lo largo del proceso, ha de resultar incuestionable que se tiene que realizar la advertencia de manera clara y entendible, y realizarse además de la misma forma a todos los testigos que puedan estar amparados en el artículo de comentario. Supeditar la rigurosidad o no de la advertencia a lo que podemos deducir del resto de las actuaciones de la testigo, considero no responde a la homogeneidad con la que se tienen que aplicar los preceptos como el que nos ocupa, ya que por una cuestión de seguridad jurídica siempre debe garantizarse un trato igualitario por parte de nuestros Tribunales en la aplicación de las normas. No entiendo correcto concluir -como hace la aludida Sentencia- que han de tenerse como válidas las declaraciones de una testigo a la que no se la ha advertido claramente de la dispensa del artículo 416 por el mero hecho de ser esta testigo "*promotora de la acusación*"<sup>22</sup>, ya que esta valoración considero puede conducir a una interpretación arbitraria del artículo 416.2 que podemos decir es suficientemente claro acerca de la obligatoriedad de realizar la advertencia de la dispensa.

Y es que, considero que el papel del Juzgador no es, en lo referente al artículo de estudio, el de deducir cuáles son las pretensiones de la testigo a la luz de su actuación precedente a lo largo del proceso, sino el de cerciorarse sin ninguna duda que ante el ofrecimiento de no declarar y acogerse a la dispensa, opta de manera voluntaria por hacerlo. A mi criterio, tiene que ser exigible en la aplicación de este artículo "*que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que impone el art. 416 de la L.E.Crim.*"<sup>23</sup>, tal y como contradictoriamente con lo que al final resuelve, manifiesta la Sentencia que comentamos. Esa formalidad la entiendo tan importante como exigible para garantizar una verdadera autonomía de la víctima en el proceso; autonomía en la que por su esencial relevancia, insistiré más adelante. Pero ahora continuemos con otras cuestiones relevantes del tema que nos ocupa como puede ser definir qué personas pueden ampararse en la dispensa.

## 2.- ¿QUIÉN PUEDE AMPARARSE EN LA DISPENSA?

Primeramente, para disipar los problemas interpretativos acerca de qué personas pueden ampararse en la dispensa, tendremos que tener presente que el vigente artículo 416 es fruto de una reforma promovida por la Ley de 13/2009 de 3 de Noviembre que añadía al término "*cónyuge*" también aquellas personas unidas por "*relación de hecho análoga a la matrimonial*", con una intención bastante evidente de modernizar de esta forma el antiguo precepto y adaptarlo de manera más acorde a una realidad social que demandaba el reconocimiento de otros modelos menos tradicionales de relaciones equiparables al matrimonio. Pero, así como resulta pacífica la deducción de que la justificación de esta dispensa desaparece tanto en los supuestos de divorcio como en los casos de firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable por la desaparición del vínculo de familiaridad con el acusado, la modernización realizada por la reforma del 2009 sí que nos conduce a tener que plantearnos qué concebir y cómo identificar esa "*relación análoga al matrimonio*".

Para empezar, esta analogía con la relación matrimonial es matizada en principio por la Fiscalía cuando especifica que el derecho de dispensa previsto en el citado precepto asiste a los cónyuges y a las parejas unidas por análoga relación siempre que estas relaciones sean estables y con convivencia<sup>24</sup>, estando excluidos como ya hemos adelantado, los ex-cónyuges y aquellas parejas que hayan finalizado su relación de afectividad, cosa que

<sup>21</sup> En la citada Sentencia se resuelve un recurso de amparo por el que se solicitaba que se declarara la nulidad de la Sentencia de Apelación que "anulaba prácticamente la totalidad de lo practicado en la sesión del juicio oral por una supuesta vulneración del artículo 416 al entender que no se había advertido a la demandante de amparo y a su hija de la posibilidad y del derecho a no declarar contra denunciado" ya que "al inicio de la declaración de la esposa no se le advierte expresamente por el Juez de su derecho a no declarar, limitándose a preguntarle si estaba divorciada y contestando aquella que su estado civil es el de separada", mientras que "en la declaración de su hija se le pregunta si quiere declarar contestando afirmativamente", considerándose en la Sentencia de la Apelación que ambas testigos no habían sido ntidamente informadas de su posibilidad de dispensa motivo por el que resolvía anular las declaraciones de ambas testigos.

Finalmente el Tribunal Constitucional considera que no debe exigirse a la advertencia del artículo 416 un "rigorismo excesivo e innecesario" - así citado en el Antecedente Octavo-b) Párrafo Cuarto de la Sentencia- y que pese a que a la esposa como presunta víctima no se le había advertido literalmente de la dispensa, su declaración tenía que entenderse válida porque de la "continua y determinante actuación procesal de la recurrente en amparo quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificatorias y punitivas"- citado en el Fundamento Jurídico Sexto-Párrafo Cuarto.

<sup>22</sup> Así citado en Párrafo Cuarto del Fundamento Jurídico Sexto de la mencionada Resolución.

<sup>23</sup> Así referido en el Fundamento Jurídico Sexto-Párrafo Cuarto de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 94/2010 de 15 de Noviembre.

<sup>24</sup> Expresado de esta forma en la última Memoria General de la Fiscalía, la de 2010, en su página 694, al aclarar la aplicación del artículo 416 determinando que "El derecho de dispensa previsto en el citado precepto asiste a los cónyuges y a las parejas unidas por análoga relación de afectividad siempre que ésta sea estable y con convivencia."

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

resulta comprensible, mientras que no resulta tanto, considero, la de excluir de la posibilidad de dispensa, a los novios, tal y como es señalado por la misma Memoria al argumentar que ese noviazgo no es una relación análoga a la del matrimonio<sup>25</sup>.

Pues bien, esta cuestión, cuándo apreciar esta *relación análoga*, ya dio lugar a que se planteara una Consulta a la Fiscalía, la Consulta 1/2008, en relación con la aplicación en este caso de los artículos 153<sup>26</sup> y 173<sup>27</sup> del Código Penal, íntimamente relacionados con la dispensa que nos ocupa ya que en estos preceptos se vuelve a incluir esta expresión para identificar el Sujeto Pasivo del delito. Este Ministerio resolvió la Consulta afirmando que para imputar el delito de violencia de los artículos 153 y 173 no se requeriría esta controvertida necesidad de convivencia entre los integrantes del matrimonio o relación afectiva análoga, mientras que sí sería requerida esa convivencia en el resto de los familiares recogidos en los mencionados preceptos<sup>28</sup>. Con esta aclaración podemos entonces deducir que se estaba protegiendo claramente aquellas relaciones en las que la pareja aún no convive en el mismo domicilio pero que a todos los efectos, mantienen la misma relación afectiva que la de un matrimonio, con lo que aún sin hacer un reconocimiento expreso a los *novios* podríamos entender que se les estaba incluyendo y es por ese motivo, por lo que considero que por una cuestión de seguridad jurídica, también tendría que ser reconocida la relación de noviazgo como posible motivo de amparo del artículo 416 que comentamos; si en un caso la relación análoga a la matrimonial contenida en los artículos 153 y 173 es equiparada al noviazgo, en la aplicación de la dispensa de declarar tendría que interpretarse de igual forma.

A este respecto tenemos que observar que no es casualidad que el legislador en el artículo 416 se refiera a "*relación de hecho análoga a la matrimonial*", mientras que en los artículos 153 y 173 se refiere a "*análoga relación de afectividad aún sin convivencia*", marcando una diferencia entre la relación análoga afectiva y la matrimonial, diferenciación que entiendo criticable si partimos de la premisa que ante la imposibilidad de medir algo tan subjetivo como el nivel de afectividad, se tendrá que analizar la vinculación de la víctima con el imputado donde no considero deba ser trascendente que la relación esté formalizada o no como un matrimonio, que haya o no convivencia. Además, esta diferenciación interpretativa de la *relación análoga* hace plantearnos la cuestión de cómo la relación de noviazgo con el imputado sí que es equiparada al matrimonio cuando se incoa el procedimiento penal por un delito tipificado en los artículos 153 o 173, y no es interpretada así cuando esa misma víctima solicita más tarde acogerse a su derecho a no declarar. Podríamos deducir incluso que la equiparación al matrimonio del noviazgo permitida en los artículos 153 y 173 tiene claramente un espíritu proteccionista hacia las víctimas, para las que la falta de convivencia o de formalización legal de su relación no les es óbice para denunciar por estos delitos violentos -y es digno de alabar la motivación protectora de esta equiparación-, mientras que

<sup>25</sup> En el mismo texto, Memoria de la Fiscalía General de 2010, en la página 695, se establece literalmente que, "Están excluidos los ex-cónyuges y aquellas parejas que han finalizado su relación de afectividad, así como los novios, al no ser tal relación análoga a la de matrimonio".

<sup>26</sup> "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años".

<sup>27</sup> 1. "El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica...".

<sup>28</sup> En la pág. 15 y ss. de la mencionada Consulta se resuelve que "La única excepción que se contempla es respecto de los cónyuges y relaciones análogas, que se castigan "aún sin convivencia". El legislador hace constar expresamente, sólo en este caso, que se amplía el círculo de protección pese a no haber convivencia, dado que la experiencia ha demostrado que este grupo de personas está sometido a un riesgo mayor, puesto que en muchas ocasiones la ruptura de la convivencia se convierte en el detonante de la agresión, al no aceptar el autor que la persona salga de su círculo de dominación".

Ahora bien, en aquellas relaciones familiares entre sujeto activo y pasivo del delito que no se refieran a matrimonio ni relaciones análogas a éste, sí que establece la Fiscalía la necesidad de convivencia al argumentar que "Se puede estimar, sin hacer una interpretación forzada, ya que tiene su acomodo tanto en sentido propio de sus palabras como en el espíritu y finalidad de la norma, que es más acorde con el propósito de prevención y represión de la violencia doméstica, sancionar más gravemente los casos que se producen en el marco de una comunidad familiar estable que no se basa únicamente en los meros vínculos de parentesco. Es en el ámbito de la convivencia entre hermanos, ascendientes y descendientes en el que cobra un auténtico sentido la protección del miembro más débil respecto del más fuerte y evitar así situaciones basadas en relaciones de dominación.

Por todo ello, en adelante, las señoras y los señores Fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2º y 173. 2º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta".

## DOCTRINA

en cambio, también es deducible que la dispensa del artículo 416 beneficia al imputado<sup>29</sup>, por el vacío probatorio al que puede conducir el que la víctima no declare, con lo que considero, que bajo estas premisas una interpretación diferente de la expresión *relación análoga* a la matrimonial, podría conducir a una interpretación heterogénea de los preceptos de estudio -153, 173 y 416- y a un evidente tratamiento desigual ante los Tribunales de los intervinientes. Y supongo que es por este motivo por el que pese a las indicaciones de la Fiscalía que hemos comentado, el Tribunal Supremo admite la equiparación entre matrimonio y una relación de similar afectividad<sup>30</sup> donde podemos considerar que se incluye a los noviazgos aunque no se mencione literalmente este tipo de relación. Extremo sobre el que también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional que ha reiterado esta igualdad poniendo el acento en la intrascendencia de que en la relación exista o no convivencia<sup>31</sup>, aunque sin referirse tampoco expresamente a los novios como personas amparadas por la dispensa. Mientras y de manera más aislada, encontramos otras Resoluciones que no reconocen esta equivalencia del matrimonio con otras relaciones afectivas<sup>32</sup> provocándose de nuevo y pese a la sombra de la tesis mayoritaria del Supremo, una preocupante duda hacia la falta de unidad de criterio en nuestra Jurisprudencia.

A mi entender considero que a este respecto huelga plantearse si se puede considerar o no la equiparación, la sociedad reclama ese reconocimiento al albergar desde hace tiempo distintos modelos de relaciones afectivas, y si partimos de la premisa de que es el ordenamiento el que debe adaptarse a la evolución social y no a la inversa, nos hace concluir que deberían interpretarse las normas sustantivas y procesales con esa inspiración, dándose igual tratamiento a un matrimonio que a cualquier otra relación afectiva que conlleve el mismo nivel de compromiso y vinculación entre los intervinientes porque cualquier otra interpretación, nos conduciría sin lugar a dudas a encontramos ante una legislación torpemente desfasada y desacorde con la sociedad que la demanda.

Seguidamente abordemos una cuestión más relativa en este caso, a dilucidar la vigencia de la dispensa, esto es, hasta cuándo poder aplicarla.

### 3.- ¿CUÁNDO PUEDE APLICARSE LA DISPENSA?

Por otro lado, la aplicación de este artículo 416 que comentamos no deja de plantear otros problemas interpretativos de esencial importancia también, ya que si el contenido más esencial del precepto -según una interpretación casi literal- nos conduce de manera incuestionable a afirmar que aquellas víctimas que tengan relación matrimonial o análoga a la matrimonial con los imputados puedan acogerse a la dispensa de declarar, se plantea un problema añadido cuando en el momento de denunciar sí que realizaron las oportunas manifestaciones propias de la interposición de tal denuncia y/o de la instrucción. A este respecto, una Resolución del Tribunal Supremo impide a la víctima beneficiarse de la dispensa por ya haber interpuesto anteriormente la necesaria denuncia, al considerar el Juzgador que al formular la denuncia se estaba renunciando de facto a esa posibilidad de exención. Nos referimos al Auto Núm. 240/09 de 29 de Enero<sup>33</sup> que, como se puede prever, ha resulta-

<sup>29</sup> Así reconocido en numerosas Sentencias. Por mostrar un ejemplo, la del Tribunal Supremo Núm. 331/1996 de 11 de Abril, reconoce que "...el propio contenido del artículo 416.1 de la LECrim., que está concebido para proteger al presunto reo y no para perjudicarlo".

<sup>30</sup> Aclarado en Sentencias como la Núm. 292/2009 de 26 de Marzo que aludiendo a otras de sus Resoluciones determina que "Por lo que concierne a la equiparación entre la situación del cónyuge y el que se encuentra en relación de similar afectividad y estabilidad, hemos de recordar lo dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007, 1558), en la que se mantiene también esa equiparación, para atribuir a las dos en la misma medida la exención de la obligación de declarar. Y en la Sentencia de 20 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1416), también se afirma que "El art. 416 de la Ley (LEG 1882, 16) procesal penal dispone la dispensa a la obligación de declarar a las personas que cita, entre las que ha de incluirse a aquéllas que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio".

<sup>31</sup> Nos referimos al Auto Núm. 187/06 de 6 de Junio por el que "...hemos de convenir con el Fiscal General del Estado en que no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado".

<sup>32</sup> Como ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia Núm. 301/2007 de 7 de Marzo afirma de manera tajante que "No puede concluirse que la asimilación entre el matrimonio y la unión de hecho tenga carácter general en el ordenamiento jurídico y al no recogerse específicamente la dispensa de declarar en juicio de la persona unida de hecho al acusado, consideramos que no podemos efectuar interpretaciones laxas de una norma excepcional a propósito de la prueba testifical, cuando lo que se pretende a través del cauce procesal es la obtención de la verdad material, por lo que concluimos que sólo el "cónyuge" está amparado por aquella dispensa legal".

<sup>33</sup> La citada Resolución justifica el que no se permita a la víctima adherirse a la dispensa de declarar por el mero hecho de haber presentado anteriormente la denuncia que inició el proceso en curso, es por lo que en el Fundamento de Derecho Primero del referido Auto, se especifica que "Las actuaciones comenzaron precisamente como consecuencia de la denuncia presentada por la propia víctima, que voluntaria y decididamente compareció en Comisaría para denunciar los hechos (véd. Folios 2 y siguientes, Tomo I). El agredido renunció de este modo, con su actuar libre y voluntario, a cualquier dispensa que pudiera ampararle respecto del deber general de denunciar hechos que puedan ser constitutivos de delito, que preceptúa el art. 259 LECrim. Es decir, aunque en sede policial ciertamente no se apercibiera al denunciante de su derecho a no declarar, no puede olvidarse que su comparecencia en aquel primer momento fue por decisión absolutamente libre del mismo, no por la actuación de terceros. Observamos también que en la declaración ante el Juez instructor se apercibió expresamente al testigo de tal derecho (F. 28, aunque en realidad la reserva ya no podría tener aplicación ni invalidar el contenido de la denuncia, por la doble argumentación de haber renunciado «de facto» a la no y de tratarse de hechos perseguibles de oficio) y que el declarante, aun manifestando su deseo de retirar la denuncia presentada, en realidad vino a ratificar todo su contenido. Llegado el acto del juicio oral, la Audiencia Provincial -debemos decir que acertadamente, por las razones expuestas en el apartado B)- conminó a la víctima a declarar, poniendo de manifiesto al testigo que no estaba ya amparado por la posibilidad de dispensa (véd. F. 1 y 2 del acta), confirmando nuevamente el testigo sus primeras manifestaciones".

## DOCTRINA

do muy controvertido, hasta el punto que las bases utilizadas para su argumentación apenas han vuelto a ser utilizadas por el Alto Tribunal, quedando el mencionado Auto reducido a ser una Resolución aislada y no reiterada por el Tribunal Supremo, ya que como decimos, es admitida mayoritariamente la aplicación de la dispensa en la comparecencia a Juicio independientemente de las manifestaciones de la víctima formuladas en la denuncia e incluso durante la instrucción del procedimiento<sup>34</sup>.

Y es que más allá, además del problema suscitado por la comentada *relación análoga*, nos podemos encontrar con esta otra cuestión importante para el caso de aquellas personas que denuncien en el momento en el que son pareja de los imputados pero que a la hora de prestar declaración ante el Plenario, por una cuestión obvia, ya no mantengan esa relación. Pues bien, la jurisprudencia casi con unanimidad supedita esta dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio, argumentándose de forma reiterada por los Tribunales que sólo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado<sup>35</sup>.

Aún así, y pese a que la inercia mayoritaria jurisprudencial se decanta hacia esta exigencia a la hora de dispensar la declaración tan sólo de aquellas personas aún en relación con los imputados, el caso es que también encontramos una línea jurisprudencial más débil que manifiesta lo contrario al no encontrar relevante el que la relación persista o no en el momento de la declaración<sup>36</sup>. Aunque como digo, es una interpretación minoritaria que apenas hallamos que sea secundada por algún Tribunal de manera esporádica, dispensándose habitualmente tan solo la declaración de las denunciadas que al momento del juicio continúen en relación con los enjuiciados.

Por mi parte considero que esta interpretación es la más acertada, ya que entiendo que la dispensa que analizamos sólo se puede permitir cuando para la testigo se plantee un conflicto de intereses contrario a sus relaciones íntimas y familiares que obviamente sólo se presentará, si tales relaciones están activas y sólo para los casos que aún persista ese "*vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado*"<sup>37</sup> que es reiterado constantemente por la jurisprudencia, pues sólo en esas condiciones se va a producir la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de la unión que une al testigo con el acusado. Es más, en la justificación de tal dispensa podríamos encontrar un argumento de índole incluso constitucional, ya que si recordamos el artículo 18 de la Constitución<sup>38</sup> ampara expresamente la intimidad familiar y el 39<sup>39</sup> recoge la protección de las relaciones familiares, de manera que con la dispensa a declarar se establece una facultad cuya base podríamos encontrarla en esa voluntad de la ley de dejar al propio interesado la solución del conflicto moral y de colisión de intereses que puede plantearse entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y el de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares<sup>40</sup>.

Finalmente, depurados los requisitos más esenciales de la aplicación de la dispensa objeto de análisis, dediquemos el último apartado para realizar un comentario acerca de las consecuencias de su aplicación.

<sup>34</sup> A modo de ejemplo, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Núm. 863/2010 de 31 de Mayo por la que " No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el Juicio Oral, entre otras razones porque la abstención de declarar como testigo en el Juicio Oral, que es verdadera prueba inidónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado".

<sup>35</sup> Con este sentido interpretativo y como ejemplo, podemos aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 13/2009 de 20 de Enero de 2009 por la que "Cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 de la LECrim. , una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aún no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra".

<sup>36</sup> Como muestra de esta corriente jurisprudencial, la Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de Mayo de 2010 apunta que "No es preciso analizar la existencia de la convivencia al momento del juicio para vincular a este el derecho a no declarar", tal y como se cita en las Conclusiones de Violencia de Género del Curso del C.G.P.J. Unificación de Criterios en Sede de Enjuiciamiento celebrado entre el 30 de Mayo y el 2 de Junio de 2010 y publicadas por la Ed. Sepin.

<sup>37</sup> Argumento que aparece en Sentencias incluso anteriores a la Reforma del 2009 que ya proclaman que la dispensa sólo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración. Literalmente extraemos esa aclaración de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 134/07 de 22 de Febrero.

<sup>38</sup> Artículo 18.1: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Artículo expresamente desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

<sup>39</sup> Artículo 39.1.: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

<sup>40</sup> Reiterado en Sentencias como la del Tribunal Supremo Núm. 160/2010 de 5 de Marzo y en la que se recoge que "el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frene a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio".

## DOCTRINA

## 4.- EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DISPENSA:

Otra cuestión relevante es que admitida la dispensa de declarar con todas las circunstancias anteriormente descritas, sabemos que nos podemos encontrar que se deduzca instantáneamente la absolución del imputado ante una ausencia probatoria por el ámbito doméstico y privado en el que se da el delito<sup>41</sup>. Ante esta cuestión, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan en igual sentido manifestando que no se debe retirar la acusación, es más, es reiterado el criterio de que el silencio del testigo no puede equipararse a una retractación<sup>42</sup>. Habremos de considerar entonces que a pesar de acogerse la víctima a la dispensa comentada, es de esencial importancia que el procedimiento siga adelante, pese a las dificultades probatorias de un delito como el que nos ocupa propio de realizarse en la intimidad del hogar. Y es cierto que como decimos, en dichos casos se tiende a resolver con una Sentencia absolutoria, por lo que la propia Fiscalía General recoge en su última Memoria de 2010 que en aquellos supuestos en que la víctima se ha acogido a su derecho de no declarar, se ha dado lugar inevitablemente a que el Fiscal pierda una prueba de cargo de esencial relevancia por la persecución del delito de violencia en el hogar<sup>43</sup>, encontrándose en lo que algunas Sentencias llegan a describir como un “*vacío probatorio*”<sup>44</sup>.

Acerca de este extremo en diversos foros se ha planteado si sería posible en base a lo establecido en el artículo 730 de la L.E.Criminal<sup>45</sup>, y dada la falta de declaración de la víctima, solicitar la reproducción en el Juicio de su denuncia y demás declaraciones obrantes en la instrucción, si bien tampoco resulta ésta una cuestión pacífica al existir un amplio sector que drásticamente no admite que después de que la víctima se acoja a su derecho de no declarar, se reproduzcan sus declaraciones realizadas en instrucción<sup>46</sup>, llegándose incluso a declarar el nulo valor probatorio de la denuncia policial cuando la víctima no la ratifica ante el Plenario por la imposibilidad de someter entonces esa declaración a la necesaria contradicción<sup>47</sup>. Con esta misma interpretación hay autores que proponen incluso la inaplicación del artículo 730 para estos casos<sup>48</sup> entendiendo imposible su aplicación cuando la víctima de violencia manifiesta su deseo de no declarar ante el Plenario.

Mientras, un sector más minoritario sí considera posible esta reproducción por la consideración de que el testigo pudo igualmente ejercitar su derecho a no declarar en el sumario y que si no lo hizo, entonces debe de aceptar las consecuencias que de ello se derivan en cuanto a las posibilidades legales de la utilización de sus declaraciones sumariales<sup>49</sup>. A este respecto, una fuerte corriente jurisprudencial<sup>50</sup> apoya la teoría de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en el Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar<sup>51</sup>, llegando a aducirse en algunas Sentencias<sup>52</sup> una cuestión incluso constitucional cuando justifican su Resolución Absolutoria al no poder imperar la declaración policial sobre la voluntad manifiesta de la víctima de no declarar<sup>53</sup>.

La cuestión no deja de ser compleja porque admitida la imposibilidad de reproducir las declaraciones contenidas en la instrucción, la dificultad probatoria para la acusación de estos delitos es inminente, con el riesgo de

<sup>41</sup> Vid. J. DELGADO MARTÍN, La Violencia Doméstica, cit., p. 99.

<sup>42</sup> Como muestra, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 17/2010 de 26 de Enero que no revoca la Sentencia recurrida, manteniendo la condena del imputado por un delito de violencia en el ámbito doméstico, pese a que la víctima no declara acogiéndose a la dispensa y a tenor de que “la realidad de los hechos declarados probados y la participación en ellos del acusado, está acreditada por otras pruebas independientes”.

<sup>43</sup> La víctima puede acogerse al derecho de no declarar “sustrayendo al Fiscal de la prueba de su testimonio tan necesaria en estos delitos”- pág. 695 de la Memoria General de la Fiscalía de 2010.

<sup>44</sup> Véase por la ilustración de su contenido la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 134/07 de 22 de Febrero.

<sup>45</sup> “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

<sup>46</sup> Es por este motivo que la Fiscalía General en su Memoria de 2010 -pág. 1103- recoge este problema al manifestar que “la Audiencia Provincial Coruñesa ha mantenido este criterio en diversas resoluciones de las que son ejemplo la núm. 353, de fecha 26 de octubre de 2009, y la núm. 362, de fecha 29 de octubre del mismo año, al disponer que «La negativa de la denunciante a prestar declaración testifical, acogiéndose a la dispensa procesal del artículo 416 de la LECrim, lleva aparejada la imposibilidad de acudir a otras manifestaciones suyas llevadas a cabo en el periodo de Instrucción»”.

<sup>47</sup> Vid. J.M. PAZ RUBIO, J. MENDOZA MUÑOZ, M. OLLE SESE y R.M. RODRÍGUEZ MORICHE, La Prueba en el Proceso Penal. Su Práctica ante los Tribunales, Madrid, Colex, 1999, p. 136.

<sup>48</sup> Vid. M. DE HOYOS SANCHO, Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia Doméstica, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 516.

<sup>49</sup> Vid. J. VEGAS TORRES, Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal, Madrid, La Ley, 1993, p. 414.

<sup>50</sup> Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 67/2000 de 27 de Enero, Núm. 1587/ 1997 de 17 de Diciembre y Núm. 758/2000 de 28 de Abril, aclarando esta última que la imposibilidad de otorgar validez a la lectura en el plenario de las declaraciones hechas en fase de instrucción por una persona que comparece al juicio oral pero que no declara por acogerse a su derecho a no hacerlo contra el acusado, goza de un “precedente jurisprudencial de época incluso preconstitucional en las Sentencias de 13 de Noviembre de 1885 y de 26 de Noviembre de 1973”.

<sup>51</sup> Véase a modo de muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Núm. 233/ 2010 de 14 de Abril, que establece que “Consecuentemente, y una vez que la denunciante, D.ª Juana , se acogió a la dispensa de prestar declaración que venimos examinando, no debió el Juzgador de instancia tener en cuenta sus anteriores declaraciones, conforme a la jurisprudencia expuesta, ni, por medio de su lectura, como hizo en el presente caso, ni tampoco mediante la reproducción de sus declaraciones ante la Guardia Civil, por las declaraciones de los agentes, por lo que deben suprimirse sus manifestaciones del acervo probatorio existente en esta causa, al no constituir prueba válidamente obtenida susceptible de valoración para formar la convicción judicial”.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

un inminente también resultado absolutorio al resolverse que ante la falta de ratificación de la víctima en el Plenario y con la imposibilidad de hacer constar sus anteriores declaraciones, nos encontremos que el resto de pruebas no tienen entidad bastante como para configurar adecuadamente prueba de cargo suficiente que justifique una Sentencia de condena<sup>54</sup>. Más aún, cuando tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo, reiteran de forma unánime que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada a juicio oral<sup>55</sup>. Salvo en estos casos, el testigo de referencia no puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundar una sentencia condenatoria, siendo a lo sumo una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral<sup>56</sup>.

Por estos motivos un amplio sector doctrinal al que ya hemos aludido, considera que la primera declaración-denuncia de la víctima, en la que entienden que no se ha de advertir de la posibilidad de no declarar, no empee el contenido de esa declaración, ni la posibilidad de tener en cuenta sus manifestaciones, ya que, al acudir espontáneamente a interponer esa denuncia y a relatar los hechos constitutivos presuntamente de ilícitos públicos y por lo tanto perseguibles de oficio, renunciaría de facto a esa posibilidad de exención. Con este criterio la Fiscalía General reitera en su última Memoria la necesidad de unificar criterios también aquí y aludiendo a una sugerencia de la Fiscalía de Barcelona, propone que no se permita acogerse a la dispensa quien ya haya renunciado en fase de instrucción a acogerse a ella<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Como ejemplo, la Audiencia Provincial de Murcia en la Sentencia de Núm. 51/ 2010 de 22 de Junio de 2010, argumentando de manera ilustrativa que, “Y de ello se deduce que esos supuestos de “imposibilidad real y efectiva” a que se refiere el Tribunal Constitucional de obtener en juicio la declaración del testigo directo o víctima se refieren exclusivamente a los casos de incomparecencia material de ese testigo directo en sede de plenario pero no a otros supuestos diferentes que nada tienen que ver con la asistencia a juicio oral. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Segunda número 7/1999, de 8 de febrero de 1999 del Tribunal Constitucional, que resume otras anteriores, recurso de amparo 3.890/1995 (B.O.E. de 25 de febrero de 1999) señalaba por su parte, “en cuanto a la validez probatoria del testimonio de referencia ... que (es) medio << poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso >> (STC 217/1989). Concluyendo que la << prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral >> (STC 303/1993, fundamento jurídico 7º). En este punto nos sigue diciendo la STC 35/1995, fundamento jurídico tercero, y reitera las STC 131/1997, fundamento jurídico 2º, “este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el T.E.D.H. que tiene declarado contrario al art. 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro, y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos (Sentencias de 19 de diciembre de 1990, Caso Delta, 19 de febrero de 1991, Caso Isgró, y 26 de abril de 1991, Caso Asch, entre otras)”.

“En conclusión, la sala no puede aceptar en este caso concreto la utilización como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia el testimonio de referencia de un policía que, además, es testigo único en juicio no sólo por la necesidad de una mayor exigencia garantista en su aceptación definitiva debida a ese carácter sumamente frágil que nace de su doble condición de ser testigo referencial y exclusivo, sino, además, específicamente, porque el Tribunal Constitucional ha acotado a casos muy concretos, los antes descritos, la posibilidad de utilizar el testimonio de referencia que no abarcan el del supuesto aquí analizado por las razones ya expuestas. Y recordemos que en materia de derechos fundamentales - la presunción de inocencia lo es - la voz más autorizada es la del Tribunal Constitucional”.

<sup>53</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres Núm. 64/2005 de 9 de Mayo es determinante en este sentido al recoger que “el precepto contenido en el artículo 416-1º de la LECrim. está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar, pero no a convalidar unas declaraciones prestadas en la fase de instrucción, sin contradicción y no ratificadas en el plenario, pues -sigue diciendo dicha resolución- esa falta de ratificación no sirve para la convalidación, de no efectuarse con contradicción de las partes e intermediación del tribunal”.

<sup>54</sup> Consecuencia que recogen Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid de Núm. 1098/ 2010 de 5 de Julio llega a manifestar que “la simple denuncia en sede policial, la cual tiene desde luego menor valor que la declaración prestada ante el Juez instructor” aludiendo a otras Resoluciones del Supremo para argumentar que “nos encontramos con que el resto de pruebas no tienen entidad bastante como para configurar adecuadamente prueba de cargo frente al acusado, pues el propio acusado tampoco declaró, los dos Agentes de la Policía que lo hicieron manifestaron no haber presenciado los hechos, por lo que su testimonio es puramente referencial. En este sentido, las mismas SSTS a las que hemos aludido con anterioridad señalan que “los testigos de referencia como hemos dicho en la citada Sentencia de 27 de enero de 2009 ( RJ 2009, 1389) no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar”.

<sup>55</sup> Así argumentado por el Tribunal Constitucional de manera consolidada en Sentencias como la Núm. 217/1989 de 21 de Diciembre donde refiere que “cuando existan testigos presenciales el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e incluso, cuando los funcionarios de policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales puedan ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el art. 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumarial anticipada”.

<sup>56</sup> También reiterado por el Tribunal Supremo en Sentencias como la Núm. 1407/03 de 29 de Octubre por la que “Los testigos de referencia o, más exactamente, lo declarado por referencia por una de las pruebas, pues parte de su declaración lo es por percepción directa, y lo manifestado por el Policía Nacional, no constituye en modo alguno la única prueba de cargo valorada por la Sala sino que dentro del acervo probatorio sus declaraciones de referencia tienen un valor meramente complementario, que el Tribunal debe apreciar conforme al artículo 741 LECrim. En relación con el testimonio de referencia la cuestión estriba en determinar cuando este medio indirecto de prueba puede ser suficiente por sí sólo para desvirtuar la presunción de inocencia, lo que no es el caso, pese a las alegaciones del recurrente. Es cierto, como ha señalado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ( STC 303/93 [ RTC 1993, 303] y SSTs de 21/04/95 [ RJ 1995, 2872] , 17/02/96 [ RJ 1996, 917] o 14/09/00 [ RJ 2000, 7939] ), que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada a juicio oral”.

<sup>57</sup> La Memoria General de la Fiscalía de 2010 - pág. 1247- donde se recoge en este sentido que “cuando menos se modifique la regulación para impedir que pueda hacer uso de esta dispensa quien previamente -en la fase de instrucción- haya renunciado expresamente a acogerse a ella tras ser informado de las consecuencias de dicha renuncia”.

## DOCTRINA

Entiendo que este problema adquiere una gran relevancia si además nos aventuramos a afirmar que la mujer en su comparecencia ante el Plenario puede no hallarse con la suficiente seguridad y autonomía como para atreverse a ratificar su denuncia si valoramos un criterio reiterado por la doctrina que refiere el estado que puede sufrir la víctima de violencia doméstica, donde la depresión, la pérdida de autoestima y sentimientos de culpabilidad son sus rasgos principales<sup>58</sup>, ya que es frecuente que la víctima sucumba a los tradicionales sentimientos de resignación y sumisión que la pueden llevar a acogerse a su derecho de no declarar<sup>59</sup>, con el consecuente peligro de que el amparo en esta dispensa no sea otra cosa que un síntoma evidente del terror intenso ante ciertas situaciones o estímulos relacionados con la situación de maltrato que llega a provocar en las víctimas un gran malestar<sup>60</sup> e incluso un daño psicológico crónico<sup>61</sup> y un estrés postraumático<sup>62</sup> que las puede conducir a solicitar esta dispensa motivadas más por estas razones de índole psicológica o incluso material -como puede ser la también frecuente dependencia económica, social y psicológica de la denunciante frente al agresor<sup>63</sup>- que por la innecesariedad de un reproche penal para el imputado que debería de ser la motivación idónea para acogerse a la dispensa.

Considero que además no podemos obviar la idea de que puede ser que verdaderamente el deseo de la víctima sea no declarar, con lo que la imposibilidad de reproducir sus declaraciones sumariales facilitaría el que a la víctima se la pueda proteger, independientemente y por encima de lo que ella diga<sup>64</sup>, defendiéndose con esta tesis el que la protección de la mujer no debe de realizarse a costa de su autonomía. Y es que la aplicación del art. 416 es cierto que produce serias disfunciones en los procesos por delitos integrados en la violencia familiar, en los que no se llega a saber si el testigo se acoge a la dispensa para no dar testimonio contra el acusado, por miedo o por otro motivo ajeno al fundamento de aquélla<sup>65</sup>, siendo ésta una cuestión cuya respuesta pertenece a la esfera más íntima de la denunciante y a la que difícilmente podremos dar nunca una solución objetiva.

Es por lo que, mi criterio es que insistir en la reproducción de las declaraciones sumariales de la víctima pese a su decisión de no declarar ante el Plenario considero que es forzar la interpretación del artículo que nos ocupa pasando por encima incluso, de lo que aparentemente es el deseo de la denunciante que es, no nos podemos olvidar, la verdadera perjudicada del delito objeto de enjuiciamiento. Aunque sí entiendo que ante esa situación, lo que va a adquirir entonces esencial relevancia va a ser el reforzamiento de un apoyo institucional a las víctimas que garantice de manera indubitada que en efecto conocen con certeza las consecuencias procesales y probatorias que va a tener su acogimiento a la dispensa. Autorizar la lectura de sus declaraciones obrantes en la instrucción pese al deseo manifiesto de la presunta víctima de no declarar ante el Plenario, entiendo que es anularla y desvirtuar por completo su figura como Sujeto Pasivo del delito de violencia, y es que pese a que la intención de la Fiscalía, de la Acusación Particular y del propio Tribunal sea protegerla con esa reproducción de sus declaraciones, si nos planteamos que estamos ante un caso en la que la víctima desee la retirada de sus acusación incluso con el deseo de favorecer al imputado, esa decisión aunque nos pese, debe de ser respetada porque de otro modo, podríamos provocar la ridícula situación de que la testigo en este caso se venga a sentir amenazada por el propio Tribunal y por un sistema que no está respetando su deseo de no declarar contra el imputado y con esto, el que tampoco se aludan declaraciones anteriores a esa decisión manifestada ante el plenario. La perfección de un sistema sin fisuras que proteja a la víctimas es un objetivo difícil de conseguir, más aún en delitos como el que nos ocupa donde la carga afectiva y emocional es un elemento muy presente en todo el proceso. Pero insisto que esa protección y las normas procesales que persiguen esa protección, no pueden nunca actuar en contra de los intereses y deseos de esa presunta víctima ni privarle de su actuación independiente en el procedimiento. Y cuanto más poder otorguemos a la voluntad de la víctima en el proceso, más importancia también va a adquirir la obligación de informarla con toda la ilustración posible, siendo sin duda este deber de

<sup>58</sup> Así descrito entre otros, por E. ECHEBURÚA, y P. CORRAL, en "Trastorno de Estrés Postraumático", Manual de Psicopatología, 2, Madrid, MacGraw-Hill, 1998, p. 13.

<sup>59</sup> Vid. E. MARTÍNEZ GARCÍA, La Tutela Judicial..., cit., p. 157.

<sup>60</sup> Vid. P. VILLAVICENCIO CARRILLO, "Repercusión de los Malos Tratos en la Salud Mental de las Mujeres", Estudios sobre la Violencia Familiar y Agresiones Sexuales, 3, Madrid, Ministerio de Justicia, 1999, p. 62 y 63.

<sup>61</sup> Vid. M. LORENTE ACOSTA, "Peligrosidad del Agresor", Ponencia de la Conferencia Europea en materia de Violencia contra las Mujeres e Infancia, Calviá, Abril, 2000. Del mismo autor, Mi marido me pega lo normal, Barcelona, Crítica, 2003, p. 20 y ss.

<sup>62</sup> Vid. P. VILLAVICENCIO CARRILLO, "Repercusión de los Malos Tratos...", cit., pág. 63.

<sup>63</sup> Vid. E. ECHEBURÚA y P. JAVIER AMOR, "Hombres Violentos en el Hogar: Perfil Psicopatológico y Programas de Intervención", Cuadernos de Derecho Judicial, 2, Madrid, C.G.P.J., 1999, p. 103.

<sup>64</sup> Vid. E. LARRAURI PIJOAN, "¿Se debe proteger a mujer contra su voluntad?", Cuadernos Penales José María Lidón, 2, Bilbao, Deusto, 2005, p.161; en este estudio la autora insiste en la interesante idea de que "El sistema penal no está abierto para mujeres que a pesar de ser víctimas de malos tratos no desean separarse (aún) de sus parejas, el sistema penal no está abierto para las mujeres que perdonan, el sistema judicial no está pensado para proteger a la mujer que no quiere denunciar".

<sup>65</sup> Vid. M.J. HERNÁNDEZ ELVIRA, "Interpretación y Alcance del Artículo 416 L.E.Crim.", icalanzarote.com, 2010.

## DOCTRINA

información, responsabilidad de todos los profesionales que trabajamos en la materia, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, del Tribunal conecedor del asunto, de la Fiscalía, de los abogados responsables de ejercer la acusación y de las distintas instituciones de atención a la mujer; todos ellos por su oficio conecedores del derecho y para los que ha de ser una misión ineludible el asegurarnos de que las denunciante obran con libertad cuando ejercen su derecho ejercer la dispensa de declarar, ya que si bien secundo la idea de que escuchar los deseos de la víctima redundaría en una mayor democratización del sistema penal y finalmente en una mayor legitimidad de éste<sup>66</sup>, así como considero contradictorio que el sistema judicial reaccione al margen de lo que diga o necesite la víctima<sup>67</sup>, también entiendo de gran relevancia que esa libertad ejercida por las víctimas sea una libertad impecablemente informada, donde los profesionales competentes habrán de ilustrarla de manera inequívoca y fehaciente de la trascendencia que por suerte o por desgracia, van a tener en el procedimiento tanto sus declaraciones como sus silencios.

**5.- BIBLIOGRAFÍA:**

- DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia Doméstica*, Valladolid, Lex Nova, 2009.
- DELGADO MARTÍN, J., *La Violencia Doméstica*, Madrid, Colex, 2001.
- ECHEBURÚA, E. y JAVIER AMOR, P., "Hombres Violentos en el Hogar: Perfil Psicopatológico y Programas de Intervención", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2, Madrid, C.G.P.J., 1999.
- ECHEBURÚA, E. y CORRAL, P., en "Trastorno de Estrés Postraumático", *Manual de Psicopatología*, 2, Madrid, MacGraw-Hill, 1998.
- GUDÍN RODRÍGUEZ, F., "El Silencio Procesal de las Víctimas: ¿caballo de troya para futuros maltratos?", *Actualidad Jurídica*, 769, 2009.
- HERNÁNDEZ ELVIRA, M.J., "Interpretación y Alcance del Artículo 416 L.E.Crim.", icalanzarote.com, 2010.
- LARRAURI PIJOAN, E., "¿Se debe proteger a mujer contra su voluntad?", *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2, Bilbao, Deusto, 2005.
- LORENTE ACOSTA, M., "Peligrosidad del Agresor", Ponencia de la Conferencia Europea en materia de Violencia contra las Mujeres e Infancia, Calviá, Abril, 2000.
- LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal*, Barcelona, Crítica, 2003.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La Tutela Judicial de la Violencia de Género*, Madrid, Iustel, 2007.
- PIÑERO ZABALA, I., "Testigo y Víctima: dispensa a declarar", *La Ley*, 7519, 2010.
- TYLER, T.R., *Why People Obey The Law*, New Haven, Yale University, 1990.
- VEGAS TORRES, J., *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, Madrid, La Ley, 1993, p. 414.
- VILLAVICENCIO CARRILLO, P., "Repercusión de los Malos Tratos en la Salud Mental de las Mujeres", *Estudios sobre la Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*, 3, Madrid, Ministerio de Justicia, 1999.
- VARIOS: PAZ RUBIO, J.M., MENDOZA MUÑOZ, J., OLLE SESE, M. y RODRÍGUEZ MORICHE, R.M., *La Prueba en el Proceso Penal. Su Práctica ante los Tribunales*, Madrid, Colex, 1999.

<sup>66</sup> Vid. E. LARRAURI PIJOAN, "¿Se debe proteger a mujer contra su voluntad?", cit., p. 159, citando a T.R.TYLER, *Why People Obey The Law*, New Haven, Yale University, 1990.

<sup>67</sup> E. LARRAURI PIJOAN, "¿ Se debe proteger...", cit., pág. 161.

## LEGISLACIÓN

## REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL<sup>68</sup>. EL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

### 1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ha sido reformada en cuatro ocasiones desde su aprobación<sup>69</sup>, siendo la última la llevada a cabo por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre<sup>70</sup>.

De ahí que, en aras de una mejor comprensión del nuevo Reglamento, el presente artículo tome como punto de partida el análisis de las razones que impulsaron esta última reforma:

La incorporación de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referentes a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a la Ley de Extranjería.

La adaptación a la normativa comunitaria:

Firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de 2008.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Incorporación de las Directivas comunitarias, aprobadas con posterioridad a la última reforma realizada a la Ley 4/2000, de 11 de enero, en diciembre de 2003: Directiva 2003/110CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DOUE de 6 de diciembre de 2003).

Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).

Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004).

Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas

(DOUE de 6 de agosto de 2004).

Directiva 2004/114/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, practicas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004).

Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005).

Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008)

Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009). Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009).

La adecuación de la Ley de Extranjería a la nueva realidad migratoria en España.

Se ha de resaltar que, de todas las reformas que ha tenido la indicada Ley Orgánica, merece especial atención la llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (primera reforma de la LOEX), por su trascendencia en los Derechos Fundamentales.

Buena prueba de ello es que introdujo importantes modificaciones, a los pocos meses de entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, que provocaron la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad. En este sentido, los artículos 7,8 y 11 de la Ley Orgánica 8/2000 fijaban una limitación jurídicamente inaceptable, al condicionar el ejercicio de los derechos

<sup>68</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 30 de abril de 2011, puede consultarse completo en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/30/pdfs/BOE-A-2011-7703.pdf>. La rúbrica completa de esta norma es Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>69</sup> Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre.

<sup>70</sup> BOE núm. 299, de 12 de diciembre.

## LEGISLACIÓN

fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de las personas extranjeras, a la exigencia de "residencia legal" en España.

Del mismo modo se consideraron inconstitucionales, entre otros preceptos, los artículos 9.3 y 22.2 de la indicada normativa, por vincular, respectivamente, el derecho a la educación no obligatoria y la asistencia jurídica gratuita (en determinados procedimientos judiciales) a la residencia legal de la persona extranjera.

Ante esta realidad, el Tribunal Constitucional se pronunció, entre otras, en sus sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre, declarando:

- Inconstitucionales los artículos 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente).
- Inconstitucional y nula la inclusión del término "residentes" en los artículos 9.3 y 22.2, aunque la regulación del derecho a la educación y el acceso a becas y ayudas siga incumpliendo el mandato constitucional respecto a las personas extranjeras no residentes y mayores de edad.

Por ello, en los últimos años, la tendencia del Gobierno español se ha encaminado hacia la integración del colectivo inmigrante.

Así, en el ámbito institucional, este compromiso gubernamental con las políticas de integración queda básicamente materializado mediante:

- La creación de una Dirección General de Integración de la población inmigrante.
- La creación y dotación del Fondo de apoyo a acogida, integración y refuerzo educativo de la población inmigrante.
- El diseño de un Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros el 16 de febrero de 2007.

Además, hay que decir que en nuestro ordenamiento jurídico la igualdad es tanto un valor superior (artículo 1 CE) desarrollado en el artículo 9.2 de la Constitución, como un derecho fundamental (artículo 14).

En todo caso, y en cuanto concierne a derechos y libertades fundamentales, ha de tenerse presente el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, que establece que *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"* [sic].

En esta misma línea se pronuncia el artículo 96.1 de la Constitución: *"los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, for-*

*marán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional"* [sic].

Si a esto le añadimos que la Ley Integral contra la Violencia de Género, en aplicación del principio de transversalidad de sus medidas (artículo 2, punto k de la LO 1/2004, de 28 de diciembre), establece la necesaria adecuación de los textos normativos a su contenido legal y además tenemos en cuenta los vacíos legales del anterior Reglamento<sup>71</sup>, tras la reforma de la Ley de Extranjería en el año 2009, queda sobradamente justificada la aprobación de un nuevo Reglamento<sup>72</sup> cuya entrada en vigor está prevista el 30 de junio de 2011.

En consecuencia, éstas son las razones por las que el nuevo Reglamento de Extranjería debía contemplar, con toda probabilidad, no sólo las circunstancias especiales en las que pudiera encontrarse una mujer extranjera víctima de la violencia de género, sino también desarrollar la última reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Sobre este particular, resulta especialmente ilustrativo que el nuevo Reglamento de Extranjería<sup>73</sup> (RD 557/2011, de 20 de abril) vea ampliado su articulado de 165 a 266 preceptos (101 artículos más que el Reglamento anterior), además de las 25 disposiciones adicionales frente a las 18 disposiciones del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, aún en vigor al cierre de este artículo.

A continuación, y concluido este breve análisis, el siguiente paso se dirige al estudio de aquellos preceptos del nuevo Reglamento que pudieran resultar especialmente relevantes desde la perspectiva de género.

## 2. COMENTARIOS AL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERIA EN CLAVE DE GÉNERO

Las nuevas claves de la reforma podemos encontrarlas básicamente en los siguientes títulos:

### TÍTULO I, CAPITULO IV Devolución y salidas obligatorias

Nos detendremos principalmente en el artículo 23.6.a), concerniente a las devoluciones, por contener un nuevo supuesto de no devolución, aún habiendo sido acordada, relativo a las personas enfermas si la medida supusiere un riesgo para la salud:

*"6. Aun cuando se haya adoptado una resolución de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando:*

<sup>71</sup> Regulado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

<sup>72</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>73</sup> Conforme a la disposición final tercera de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley Orgánica, dictará cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias para la adaptación reglamentaria.

## LEGISLACIÓN

a) *Se trate de mujeres embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; o se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud* [sic].

## TÍTULO IV, CAPITULO II

## Residencia temporal por reagrupación familiar

Son reformas destacables las contempladas en los siguientes preceptos:

## Artículo 53 b) y e).- Familiares reagrupables

En el apartado b), se incluye a la persona con la que el reagrupante mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal, considerándose que ésta existe cuando:

1.º *Dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción; o*

2.º *Se acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. A dichos efectos, sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública*<sup>74</sup> [sic].

Consecuentemente, la nueva redacción admite la acreditación tanto a través de los registros públicos como a través de otros medios de prueba, aunque se dé preferencia a los de carácter público.

Hay que destacar el esfuerzo del nuevo Reglamento por adaptarse a la realidad social existente, caracterizada por el creciente número de Uniones more uxorio<sup>75</sup>.

Otra nota de sumo interés reside en la posibilidad de reagrupar a la pareja del mismo sexo, por aplicación analógica de la reforma introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiéndolo entre personas del mismo sexo.

Se recorta el derecho a la reagrupación familiar, al fijarse un límite de edad respecto a los ascendientes reagrupables. En efecto, el art. 53 e) dice textualmente *“Sus ascendientes en primer grado, o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, se*

*podrá reagrupar a los ascendientes menores de sesenta y cinco años que reúnan los restantes requisitos establecidos en el párrafo anterior (...)* [sic].

En mi opinión, y a pesar del esfuerzo del legislador por contemplar las razones humanitarias que justifiquen la reagrupación de un ascendiente en primer grado, se está cercenando el auxilio entre los familiares directos y por ende el derecho a la intimidad familiar consagrado no sólo en el artículo 16 de la Ley de Extranjería; artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950; artículo 19 de la Carta Social Europea, del Consejo de Europa de 1961; artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; sino también en la Directiva 2004/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, reguladora del derecho a la reagrupación familiar, sin que ninguno de los textos legales citados contemple límite de edad para la reagrupación de los ascendientes<sup>75b</sup>.

Pero es que es más, debido al valor jurídico supralegal de los Tratados internacionales, éstos no pueden ser modificados, suspendidos ni derogados por una Ley interna (artículos 10.2 y 96.1 CE).

De lo que se deduce que una vez ratificados los Tratados internacionales por España, éstos han de ser cumplidos y tenidos en cuenta a la hora de interpretar la Constitución o nuestras leyes.

Y si al mismo tiempo invocamos uno de los más elementales principios generales del Derecho *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”* o, lo que es lo mismo, donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir, mal se entiende la limitación de edad de los ascendientes, como criterio general en nuestro ordenamiento interno, para que puedan ser reagrupados.

## Artículo 56.1.a) y 8.- Procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar

Se exige ser residente de larga duración para la reagrupación de ascendientes, apartado 1. a):

*“El reagrupante tendrá que ser titular de una autorización de residencia de larga duración o de larga duración UE<sup>76</sup> concedida en España para la reagrupación de sus ascendientes o de los ascendientes de su cónyuge o pareja de hecho”* [sic].

<sup>74</sup> Téngase en cuenta que la presente regulación es más ventajosa que la aplicación del artículo 2 b) del RD 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al no requerir la inscripción en Registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo.

<sup>75</sup> Determinados países Iberoamericanos, por ejemplo: Cuba, Honduras, Guatemala, Bolivia, Brasil, Perú y Panamá no discriminan entre Uniones formalizadas administrativamente de las que no lo están para asegurar la configuración de un régimen patrimonial.

<sup>75b</sup> Hay que tener presente que la Directiva no contempla expresamente a los ascendientes entre los familiares reagrupables, si bien permite que los Estados los incluyan por vía legislativa o reglamentaria.

<sup>76</sup> Conforme al artículo 148.1 del RD 557/2011, de 20 de abril: *“Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años. Igualmente, tendrán derecho a obtener dicha autorización los extranjeros que acrediten haber residido durante ese periodo de forma continuada en la Unión Europea, en calidad de titulares de una Tarjeta azul- UE, siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud dicha residencia se haya producido en territorio español”*.

## LEGISLACIÓN

Con anterioridad a la reforma, para tramitar la solicitud de reagrupación familiar de un ascendiente bastaba con tener concedida la autorización de residencia por un año y solicitada la autorización para residir, al menos, otro año.

Por ello, la exigencia de ser residente de larga duración para la reagrupación de los ascendientes, supone con toda razón una merma no sólo en los derechos de la persona reagrupante sino también en los de la persona reagrupada, pues de conformidad con el artículo 8.1 de la Directiva 2003/86/CE: “ Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él”. De lo expuesto se deduce que de nuevo una norma interna, como lo es la L.O.2/2009 de reforma de la LOEX, restringe, en este caso, el derecho de reagrupación familiar de los ascendientes a los residentes de larga duración<sup>76b</sup> lo que excede del contenido de la Directiva<sup>76c</sup> y por ende vulnera, como ya expusimos anteriormente, el valor jurídico supralegal de los Tratados internacionales.

Se dispone un desglose estadístico por razón de sexo, en los supuestos de reagrupación familiar, apartado 8: “La Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración remitirá información estadística sobre las solicitudes y concesiones de autorizaciones iniciales de residencia por reagrupación familiar a los órganos competentes en la correspondiente Comunidad Autónoma, así como a la Federación Española de Municipios y Provincias a los efectos de su traslado a los Ayuntamientos correspondientes. La información será remitida con periodicidad trimestral y desglosada por nacionalidad, sexo y edad del reagrupado, y municipio en el que el reagrupante haya declarado tener su vivienda habitual”[sic].

Cabe decir que si bien a primera vista puede resultar obvio el mandato estadístico fijado en el presente artículo, por estarse ante una redacción que trae causa directa del Título IV de la LO 2/2009, de 11 de diciembre<sup>77</sup>, a medida que vamos profundizando en la redacción literal del texto nos surgen las siguientes reflexiones ¿por qué se incluye, de modo expreso, la variable de sexo sólo respecto a las personas reagru-

padas? ¿Cuál es el principio de finalidad que justifica dicho desglose? Y si la disposición se establece en cumplimiento de la L.O.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres<sup>78</sup>, el siguiente paso será cuestionarnos ¿por qué los artículos 100 y 261.8 del mismo cuerpo legal<sup>79</sup> no contemplan un desglose estadístico en idénticos términos de los del precepto analizado?

Efectivamente, la información estadística variará según estemos ante un supuesto u otro, sin que se alcancen a comprender las razones jurídicas que fundamentan dicha disposición.

#### Artículo 59.2b) - Residencia de los familiares reagrupados, independiente de la del reagrupante

Se amplían, para el cónyuge o pareja reagrupada, los supuestos de obtención de una autorización de residencia y trabajo independiente de la del reagrupante: “Asimismo, el cónyuge o pareja reagrupado podrá obtener una autorización de residencia y trabajo independiente, cuando se dé alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden de judicial de protección o, en su defecto, exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Este supuesto será igualmente de aplicación cuando fuera víctima de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, una vez que exista una orden judicial de protección a favor de la víctima o, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de conducta violenta ejercida en el entorno familiar” [sic].

Por tanto, podrán acogerse a este tipo de autorizaciones no sólo aquellas mujeres víctimas de la violencia de género<sup>80</sup>, sino también aquellas otras que se encuentren en situación de violencia doméstica.

De esta forma se consigue una mayor protección para la mujer, más allá de su relación de pareja, al abarcar también los supuestos de la violencia intrafamiliar.

Obsérvese que este nuevo precepto, a diferencia del anterior artículo 41.2 b), incorpora junto a la autorización de residencia temporal<sup>81</sup> el derecho a trabajar<sup>82</sup>, sin que para ello se tenga en consideración la situación nacional de empleo<sup>83</sup>.

<sup>76b</sup> Residencia legal de 5 años.

<sup>76c</sup> Residencia legal que no puede superar los 2 años.

<sup>77</sup> Regulador de la coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas en materia de inmigración.

<sup>78</sup> El artículo 20.a) de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, con el fin de garantizar la integración de modo efectivo de la perspectiva de género, dispone que los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo.

<sup>79</sup> Referidos a la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada y a las funciones de las Oficinas de Extranjería, respectivamente.

<sup>80</sup> La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre no distingue entre condena por delito o falta de Violencia de Género.

<sup>81</sup> Por la aplicación de determinadas Directivas comunitarias, se realiza una clasificación más detallada de las posibles situaciones de residencia temporal.

<sup>82</sup> La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge, o pareja de hecho e hijos/as reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Con anterioridad a la reforma, la obtención de la autorización de trabajo debía tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Tras la reforma carecen de validez los artículos 41.6 y 96 del citado Real Decreto.

<sup>83</sup> Se configura un nuevo ámbito para la determinación de la situación nacional de empleo, que pasa a evaluarse a escala autonómica en vez de a escala provincial (art. 65 RD 557/2011, de 20 de abril).

## LEGISLACIÓN

Por lo demás, si con anterioridad a la reforma la mujer debía contar con una orden judicial de protección para la obtención de una autorización independiente, el nuevo Reglamento añade otra modalidad “o en su defecto informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de conducta violenta ejercida en el entorno”. Por último, se ha de subrayar el carácter preferente de las solicitudes presentadas al amparo de este artículo<sup>84</sup> y la duración de las mismas, que con la nueva redacción es de cinco años<sup>85</sup>.

#### Artículo 61.7 – Renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar.

En este precepto se amplía y regula de un modo más detallado el procedimiento de renovación, mereciendo especial atención su apartado siete<sup>86</sup>:

7. “Igualmente se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia.

Dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización.

El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre hombres y mujeres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.

El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas” [sic].

En este apartado no podemos más que preguntarnos, dada la complejidad y extensión de la materia, el modo en el que van a estructurarse las acciones formativas de éstos informes y la duración de las mismas.

#### TÍTULO IV, CAPITULO III

##### Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

Especial atención merece el artículo 71.2 e), relativo a la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, por estarse ante otro

ejemplo de cumplimiento efectivo del principio de transversalidad dispuesto por la Ley Integral contra la Violencia de Género.

Conforme a su redacción literal,

“la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración en los siguientes supuestos: (...)

e) De acuerdo con el artículo 38.6.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia de género” [sic].

De este modo, el nuevo Reglamento incorpora un mandato legal de renovación cuando concurren circunstancias de Violencia de Género<sup>87</sup> que imposibiliten la continuidad en el mercado laboral.

Otra novedad destacable es la que se recoge en el punto 2 apartado f) 2º del mismo artículo, al contemplarse la posibilidad de renovación, aún cuando no se reúnan los requisitos por la persona interesada, si el cónyuge o pareja de hecho cumple con los requisitos económicos establecidos para reagrupar al trabajador/a.

#### TÍTULO V, CAPITULO I

##### Residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público

Reduce el periodo de relación laboral que ha de acreditarse<sup>88</sup> para obtener la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral e incluye un nuevo supuesto de arraigo familiar: el de los progenitores extranjeros de hijas/os españoles cuando el/la menor conviva a cargo del solicitante de arraigo.

#### Artículo 124.1 y 3 a) – Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.-

1.º Por arraigo laboral podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses” [sic].

3. Por arraigo familiar:

a) “Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga

<sup>84</sup> Véase la disposición adicional duodécima del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

<sup>85</sup> Expirado el plazo por el que se le concedió la autorización de residencia y trabajo independiente de la del reagrupante, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo de larga duración.

<sup>86</sup> El RD 557/2011, de 20 de abril, también hace referencia a la posibilidad de aportar un informe sobre el esfuerzo de integración del extranjero en sus artículos 51,71.6 y 109, relativos a la renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa y autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, respectivamente.

<sup>87</sup> Véanse los artículos 45.1.n y 49.1.m del Estatuto de Trabajadores, introducidos por la LO 1/2004, así como las Instrucciones DGI/SGRJ/05/2008.

<sup>88</sup> De un año a seis meses.

## LEGISLACIÓN

*a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo” [sic].*

(...)

En este punto, merecen ser destacados los siguientes preceptos: el artículo 39.2 de la Constitución Española<sup>89</sup> que establece como principio rector de la política social el de la protección integral de los hijos e hijas, en consecuencia con ello los artículos 110 y 154 del Código Civil, así como demás artículos concordantes del Código Civil y Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, todo ello en relación con lo previsto en una larga relación de textos internacionales, como lo son especialmente: el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966; el Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; y, por supuesto, la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

Hay que decir que toda esta normativa recoge una idea básica, cual es la obligación que compete a los progenitores respecto a sus hijos e hijas menores de edad de mantenerlos, protegerlos y tenerlos en su compañía, con la correlativa obligación de las Administraciones Públicas de favorecer dichas actuaciones.

## TÍTULO V, CAPÍTULO II

**Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género**

Regula el desarrollo reglamentario del artículo 31 bis de la LOEX, que a continuación se transcribe:

*Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.*

*Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal.*

*La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera. La autorización provisional eventualmente concedida concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales.*

*Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria, se notificará a la interesada la concesión de la residencia temporal y de trabajo solicitado. En el supuesto de que no se hubiera solicitado, se le informará de la posibilidad de conceder a su favor una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales otorgándole un plazo para su solicitud*

*Cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido [sic].*

Finalizada la lectura del precepto, pasamos al análisis de su desarrollo reglamentario:

**Artículo 131.- Denuncia a favor de una mujer extranjera víctima de violencia de género<sup>90</sup>**

Se pospone, hasta la finalización del proceso penal, la incoación del expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a)<sup>91</sup> de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, si éste no existiere previamente a la denuncia o su suspensión inmediata en el supuesto de que así fuera.

En este sentido, conviene recordar que con anterioridad a la reforma y en cumplimiento de la normativa de extranjería, la autoridad policial tenía la obligación de incoar el procedimiento sancionador correspondiente, aún cuando se suspendiere al concederse la orden de protección y hasta la conclusión del asunto penal (Instrucción 14/2005, de 29 julio). Siendo esto así, concluido el asunto penal con una sentencia condenatoria, el procedimiento administrativo finalizaba con la imposición de una multa<sup>92</sup> en el mejor de los casos.

Lo anterior permite afirmar que las novedades incorporadas al Reglamento favorecen y promueven la visibilización de la violencia de género ejercida sobre

<sup>89</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de septiembre de 2010, Sección 2ª, Apelación núm. 384/2010.

<sup>90</sup> En el informe del Consejo General de la Abogacía Española (Subcomisión de Extranjería), sobre el borrador del Reglamento de Extranjería de 18 de febrero, de 2010, se propuso incluir (en este marco normativo) a las mujeres víctimas de agresión sexual, sin embargo esta situación no ha sido finalmente contemplada.

<sup>91</sup> Mujer extranjera en situación administrativa irregular.

<sup>92</sup> El artículo 55 de la LOEX amplía la cuantía de las sanciones, con el consiguiente perjuicio que ello supone para el colectivo inmigrante en situación administrativa irregular dada su precariedad económica.

## LEGISLACIÓN

las mujeres extranjeras y ello porque atemperan el temor a denunciar por miedo a ser expulsadas<sup>93</sup>, bien porque estén *ab initio* en situación irregular o bien porque no reúnan, con posterioridad a su entrada, los requisitos necesarios para continuar residiendo legalmente en territorio español.

**Artículo 132.- Inicio del procedimiento relativo a la residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género**

Se amplía la protección no sólo respecto a la mujer extranjera en situación irregular, sino también hacía sus hijos e hijas en el supuesto que los tuviere.

En este sentido, y siempre que exista una orden de protección a favor de la mujer extranjera o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de violencia de género, la mujer podrá solicitar, ante la Oficina de Extranjería correspondiente, una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, así como una autorización de residencia por circunstancias excepcionales para sus hijos e hijas menores de edad, o de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales en caso de hijos e hijas mayores de dieciséis años, que se encuentren en España en el momento de la denuncia

Con ello, la nueva reforma facilita, de un lado, la integración social de la mujer junto a la de sus hijos e hijas y, de otro, la estabilidad económica del núcleo familiar.

**Artículo 133.- Autorización provisional de residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género**

Se establece, de modo expreso, que presentada la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por la mujer víctima de violencia de género<sup>94</sup>, el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente concederá de oficio una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo provisionales a favor de sus hijos e hijas menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades, siempre que exista una orden de protección a favor de la mujer extranjera o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de violencia de género.

Hay que decir que la concesión de oficio de una autorización provisional para trabajar no está condicionada a la situación nacional de empleo, tiene plena eficacia desde el momento en que se otorga y queda supeditada a la concesión o denegación de la autorización definitiva.

A mi juicio, es una posibilidad muy acertada el que a la mujer se le confiera provisionalmente y hasta la resolución de su solicitud una autorización de residencia y trabajo que le permita la desvinculación económica de su cónyuge o pareja.

**Artículo 134.- Finalización del procedimiento relativo a la residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género**

Se determina que finalizado el proceso penal, el Ministerio Fiscal lo pondrá en conocimiento de la Oficina de Extranjería y a la Comisaría de Policía correspondientes.

También se indica, sin perjuicio de otros supuestos regulados en este precepto, que de haber concluido el proceso penal con una sentencia condenatoria o resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, la autorización le será concedida y su duración será de cinco años<sup>95</sup>.

Lo dispuesto se hará extensivo, en su caso, a las autorizaciones solicitadas a favor de los hijos e hijas menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades.

En este precepto, llama especialmente la atención el que la mujer extranjera víctima de la violencia de género pueda obtener una autorización de residencia temporal y trabajo con carácter definitivo, no sólo en base a una sentencia condenatoria, sino también mediante resolución judicial de la que se deduzcan sus circunstancias<sup>96</sup>.

**TITULO V, CAPITULO IV**

**Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos**

El presente capítulo trae causa del nuevo artículo 59 bis de la LOEX que establece:

*Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.*

*Los órganos administrativos competentes para la instrucción del expediente sancionador, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un periodo de restablecimiento y reflexión, de*

<sup>93</sup> El temor se acrecenta cuando las mujeres tienen hijos/as menores de edad, que son utilizados por el agresor para coaccionar a la mujer.

<sup>94</sup> La presentación de la solicitud no está condicionada a la existencia de una oferta de empleo.

<sup>95</sup> La concesión, no opera de oficio, está condicionada a que la mujer haya solicitado la autorización de residencia y trabajo

<sup>96</sup> Piénsese en aquellos supuestos, entre otros, en los que en aplicación de una eximente completa o por la prescripción del delito o falta la sentencia es absolutoria.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente. Dicho periodo de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante este periodo, se le autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiera incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el citado periodo las Administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.

El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de la víctima se ha invocado de forma indebida.

La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.

Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.

Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos [sic].

El desarrollo reglamentario del citado precepto, es el que sigue:

#### Artículo 141.- Identificación de las potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos

Se regula con bastante detalle la identificación de la víctima, garantizándose durante la fase de identificación que el expediente sancionador o, en su caso, la expulsión o devolución acordada queden inmediatamente suspendidos.

También se prevé que, de ser necesario, la autoridad policial competente vele por la seguridad y protección de la víctima.

#### Artículo 142.- Periodo de restablecimiento y reflexión

Se reglamenta minuciosamente el periodo de reflexión para la víctima:

“1. Cuando la identificación haya sido efectuada por las unidades de extranjería, éstas elevarán, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas y previa conformidad de la víctima, la correspondiente propuesta sobre la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión a la Delegación o Sudelegación del Gobierno de la provincia donde se hubiera realizado la identificación. La propuesta será favorable cuando estime que existen motivos razonables<sup>97</sup> para creer que el extranjero es víctima potencial de trata de seres humanos, y en tal caso, incluirá la duración del periodo de reflexión, que será de al menos treinta días y, en todo caso, suficiente para que el extranjero pueda restablecerse y decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal.

(...)

3. El Delegado o Subdelegado competente resolverá sobre la propuesta de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión y sobre su duración en el plazo máximo de cinco días, transcurrido el cual el periodo se entenderá concedido por la duración reseñada en la propuesta. No obstante, si en el momento de elevarse a la Delegación o Subdelegación de Gobierno la propuesta favorable la víctima se encontrara ingresada en un Centro de Internamiento de Extranjeros, la resolución deberá realizarse en el plazo de veinticuatro horas.

(...)

5. La resolución, de ser favorable, hará mención expresa, entre otros extremos, a la decisión de suspender temporalmente el procedimiento sancionador que hubiere sido incoado o la ejecución de la medida de expulsión o devolución que hubiera sido acordada en relación con la infracción prevista en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...)” [sic].

En cualquier caso, no procede el internamiento de una persona extranjera en situación administrativa irregular cuando no existan acuerdos o convenios de devolución con el país de procedencia. El internamiento queda únicamente justificado cuando pueda llevarse a cabo la expulsión (artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE).

#### Artículo 143.- Exención de responsabilidad

Se reconoce que

“1. la autoridad con la que la víctima de trata de seres humanos estuviera colaborando en el marco de la investi-

<sup>97</sup> El concepto jurídico indeterminado “motivos razonables” podría dar lugar a resoluciones administrativas arbitrarias o de escasa instrucción y por ende perjudiciales para la víctima. Esta es la razón por la que las resoluciones habrán de estar dotadas de contenido concreto, ello se traduce en motivación suficiente y personalizada (STC 12-11-1996).

<sup>98</sup> Situación de estancia irregular.

## LEGISLACIÓN

gación del delito o del procedimiento penal, podrá proponer al Delegado o Subdelegado competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) <sup>98</sup> de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...). 2. De determinarse la no exención de responsabilidad, se levantará la suspensión del procedimiento sancionador o de la ejecución de la medida de expulsión o devolución (...)” [sic].

Hemos de resaltar que no se reglamentan las circunstancias que han de concurrir para que se pueda proponer la exención de responsabilidad por estancia irregular.

Lo anterior permite afirmar que la indeterminación de las circunstancias, para proponer la exención de responsabilidad en situación administrativa irregular, puede vulnerar el principio de seguridad jurídica. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando dice: “aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no sólo un derecho individual de los españoles, sino un principio al que está sometido el legislador e, incluso, un valor superior del ordenamiento jurídico” (SS del TC 24-7-81; 26-7-81; 3-8-83).

#### Artículo 144.- Autorización de residencia y trabajo

Se concreta y desarrolla la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales:

“1. Determinada, en su caso, la exención de responsabilidad, el órgano que hubiere dictado la resolución en tal sentido informará al extranjero de la posibilidad que le asiste de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad o de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en función de que la motivación resida, respectivamente, en la colaboración de la víctima en la investigación del delito o en su situación personal.

De haberse determinado la exención de responsabilidad en base a una doble concurrencia de las circunstancias citadas, se le informará de la posibilidad que le asiste de iniciar sendos procedimientos de solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

(...)

3. La Delegación o Subdelegación del Gobierno dará traslado inmediato de la solicitud a la Secretaría de Estado competente para su resolución, adjuntando informe sobre la situación administrativa personal del extranjero y sobre el sentido de la resolución.

En caso de que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo, el extranjero hubiera presentado dos solicitudes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de acuerdo con lo previsto en este capítulo, La Delegación o Subdelegación del Gobierno, en los correspondientes traslados a las Secretarías de Estado

competentes, harán constar la existencia de dos procedimientos.

4. La remisión de la solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, en caso de incluir informe favorable a la concesión de ésta, supondrá la concesión de autorización provisional de residencia y trabajo por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, para lo cual no será necesario que el interesado presente una nueva solicitud (...).

5. Resuelto favorablemente el procedimiento sobre la autorización definitiva por el titular de la Secretaría de Estado competente, la autorización de residencia y trabajo tendrá vigencia de cinco años e implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial(...).”

En este ámbito, se ha de valorar especialmente la posibilidad de compatibilizar dos solicitudes cuando la motivación resida, respectivamente, en la colaboración de la víctima en la investigación del delito y/o en su situación personal.

#### Artículo 145.- Retorno asistido al país de procedencia

Se contempla:

“1. El extranjero podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia en cualquier momento desde que sean apreciados motivos razonables sobre su posible condición de víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de lo que las autoridades competentes en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal pudieran determinar sobre su necesaria permanencia en territorio español de acuerdo con la normativa aplicable a su participación en dicha investigación o procedimiento (...)

3. En caso de que se hubiera determinado la necesidad de que el extranjero permanezca en España en virtud de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, la solicitud de retorno asistido será tramitada tan pronto desaparezcan las causas que determinan su obligada permanencia en territorio español” [sic].

En definitiva, este capítulo dedicado a las personas extranjeras víctimas de la trata de seres humanos, básicamente recoge las siguientes novedades:

Se impulsa la adopción de un protocolo marco de protección de la trata de seres humanos en el que se definen las bases de coordinación y actuación de las instituciones, así como la forma de participación de las organizaciones no gubernamentales que actúen en programas desarrollados por las administraciones públicas para la asistencia y protección de las víctimas. Se regula detalladamente el periodo de reflexión, así como los plazos del Delegado competente para resolver.

Se posibilita el acceso a una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (cuenta propia o ajena), con una vigencia de cinco años, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial.

## LEGISLACIÓN

## TÍTULO XIV, CAPÍTULO II

## Modalidades de tramitación del procedimiento sancionador

Regula básicamente los supuestos de aplicación del procedimiento ordinario, a través de los preceptos que a continuación se reproducen y que traen causa directa de los artículos 63 y 63 bis de la LOEX:

**Artículo 226.- Supuestos en que procede el procedimiento ordinario:**

*“El procedimiento seguido será el ordinario salvo en los supuestos especificados en el artículo 234 del presente Reglamento, que se tramitarán por el procedimiento preferente” [sic].*

**Artículo 234.- Supuestos en que procede el procedimiento preferente:**

*“La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión de realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.*

*Asimismo, se tramitarán por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1<sup>99</sup> de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Riesgo de incomparecencia*
- b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos*
- c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional [sic].”*

Esta nueva reglamentación comporta para la mujer extranjera en situación administrativa irregular un importante avance en clave de género, por evidentes razones de proporcionalidad, dada la naturaleza garantista de los procedimientos administrativos ordinarios<sup>100</sup> frente a los procedimientos preferentes.

## TÍTULO XIV, CAPÍTULO III

## Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa

Especial interés tiene el siguiente precepto:

**Artículo 246. Ejecución de la resolución en el procedimiento de expulsión:**

*“7. Si el extranjero formulase petición de protección internacional, se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, de conformidad con lo establecido en la normativa de protección internacional.*

*Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud”[sic]”*

Ha de tenerse en cuenta que en el sistema de la Ley la sanción principal es la multa<sup>101</sup> y que a pesar de que el artículo 57 del mismo cuerpo legal contemple la posibilidad de expulsión cuando dice: *“(…) podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo (...)”*, ello no implica la obligación legal de hacerlo.

En otro orden de cosas, y como observación final a la Ley de Extranjería y a su nuevo Reglamento, llama la atención que los textos normativos no se ajusten a las técnicas de redacción establecidas para evitar el sexismo en el lenguaje, tal y como se dispone en el artículo 14.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y en cumplimiento de las recomendaciones del Informe sobre el lenguaje no sexista del Parlamento Europeo, aprobado por el Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008. (Ruby Sibony, Abogada, Asesora Jurídica del Servicio de Asesoramiento Jurídico Telefónico y On Line, del IAM.).

<sup>99</sup> Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

<sup>100</sup> Plazos procesales más amplios y en definitiva más garantías.

<sup>101</sup> Artículo 55.1 de la Ley de Extranjería.

## LEGISLACIÓN

**DECRETO 154/2011, DE 10 DE MAYO, POR EL QUE SE REGULA EL CONSEJO ANDALUZ DE PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES<sup>102</sup>**

La Constitución Española, en su artículo 14, contempla como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo, y encomienda a los poderes públicos, en el artículo 9.2, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social.

Por otra parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía establece en el artículo 10.2 que la Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad de la mujer y del hombre andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquella en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social.

Para el cumplimiento de este objetivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.1.a) del texto estatutario, la Comunidad Autónoma asume la competencia exclusiva en materia de políticas de género, que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1ª de la Constitución incluye, en todo caso, la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos.

El artículo 4.9 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, proclama como uno de los principios generales que ha de regir la actuación de los poderes públicos andaluces, con el objetivo de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, el impulso de las relaciones entre las distintas Administraciones, instituciones y agentes sociales basadas en principios de colaboración, coordinación y cooperación. Con este objetivo, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, en su artículo 62 crea el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, como órgano de participación de las organizaciones de mujeres en las políticas de igualdad de género de la Junta de Andalucía y otorga, en su Disposición adicional única, al Instituto Andaluz de la Mujer, la facultad de ser el órgano encargado de la coordinación de las políticas de igualdad.

Asimismo, es importante destacar que, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de enero de 2010, por el que se aprobó el I Plan Estratégico para la Igualdad

de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013, señala entre sus medidas la constitución del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, que se configura como instrumento para servir de cauce de participación a la ciudadanía y organizaciones de mujeres en el desarrollo y evaluación del Plan Estratégico, elevando las propuestas de innovación, modificación o cancelación que se consideren adecuadas.

El presente Decreto se dicta con la finalidad de promover el movimiento asociativo actual de las mujeres andaluzas y con el objetivo de canalizar sus reivindicaciones, intereses y aportaciones promoviendo su participación en las políticas de igualdad de género de la Administración de la Junta de Andalucía.

Este Decreto ha sido objeto de consulta a las organizaciones y asociaciones de mujeres más representativas de Andalucía, así como a la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres regulada en el Decreto 437/2008, de 2 de septiembre.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el artículo 62.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 10 de mayo de 2011

DISPONGO

**CAPÍTULO I****Objeto, naturaleza y funciones**

Artículo 1. Objeto.

El presente Decreto tiene por objeto la regulación de la composición, funciones y régimen de funcionamiento del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, en lo sucesivo el Consejo.

Artículo 2. Naturaleza jurídica y adscripción.

1. El Consejo se configura como un órgano colegiado de participación de las organizaciones de mujeres en las políticas de igualdad de género de la Junta de Andalucía.

2. El Consejo se adscribe orgánicamente a la Consejería competente en materia de igualdad y funcionalmente al Instituto Andaluz de la Mujer.

3. A los efectos de este Decreto se entenderá por organizaciones de mujeres las asociaciones, federaciones y confederaciones de mujeres que se encuentren ins-

<sup>102</sup> Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 99, de 23 de mayo de 2011. El mismo Boletín publicó la Orden de 12 de mayo de 2011, por la que se establece el procedimiento para la elección de las vocalías que, en representación de las organizaciones de mujeres, integran el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, y se efectúa la primera convocatoria de participación (<http://www.juntadeandalucia.es/boja/boletines/2011/99/d/updf/d3.pdf>).

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

critas en el Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Artículo 3. Funciones.

Corresponderán al Consejo las siguientes funciones:

a) Representar ante la Administración de la Junta de Andalucía los intereses de las organizaciones de mujeres andaluzas en las políticas de aplicación de la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ante la Administración de la Junta de Andalucía.

b) Servir de cauce de participación activa de las organizaciones de mujeres de Andalucía en las políticas de igualdad de género de la Administración Autonómica Andaluza.

c) Colaborar con la Consejería competente en materia de igualdad para el impulso y la promoción de la participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social de Andalucía, en concreto proponiendo a la Consejería competente en materia de igualdad las medidas e iniciativas que estime necesarias.

d) Asesorar a la Consejería competente en materia de igualdad sobre las disposiciones de carácter general en materias de su competencia que hayan de ser sometidas a la aprobación del Consejo de Gobierno.

e) Canalizar las demandas de las mujeres andaluzas en los procedimientos de elaboración y desarrollo de los Planes de la Consejería competente en materia de igualdad.

f) Difundir el valor de la igualdad en la sociedad andaluza, defender los derechos e intereses de las mujeres, así como fortalecer el movimiento asociativo y la coordinación entre las organizaciones de mujeres para la consecución de sus objetivos comunes.

g) Elaborar cuantos informes considere convenientes en orden a la mejora de la situación de la mujer andaluza y de la sensibilización social en esta materia.

h) Colaborar con los diferentes colectivos y organizaciones relacionados con la igualdad de oportunidades dentro y fuera de Andalucía, así como fomentar la interrelación con los órganos locales de participación en relación con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y potenciar la colaboración con otras entidades de análoga naturaleza y fines de otras Comunidades Autónomas.

i) Velar por el incremento de la participación de las mujeres en los órganos de gobierno y en los procesos de toma de decisión, tanto en el ámbito público como privado.

j) Cualquier otra que le sea atribuida por la Consejería competente en materia de igualdad.

## CAPÍTULO II

## Composición

Artículo 4. Composición.

1. El Consejo estará integrado por: una presidencia, dos vicepresidencias, una secretaría, y veintiséis vocalías en representación de las organizaciones de mujeres. Asimismo, podrán formar parte del Consejo hasta tres personas con reconocida trayectoria en el movimiento asociativo de mujeres.

2. La Presidencia estará ocupada por la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad.

3. La Vicepresidencia primera estará ocupada por la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer y la segunda será elegida por y entre las personas que ocupen puesto en las vocalías del Consejo en representación de las organizaciones de mujeres.

4. Las veintiséis vocalías en representación de las organizaciones de mujeres serán elegidas teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Diez en representación de las organizaciones de mujeres de ámbito supraprovincial o regional.

b) Dieciséis, dos por provincia, en representación de las organizaciones de mujeres cuyo ámbito de actuación no supere el de una provincia.

No podrán estar directamente representadas en las vocalías del Consejo aquellas organizaciones de mujeres cuyo ámbito de actuación no supere el de una provincia siempre que se den de forma conjunta las siguientes circunstancias:

a) Estar integradas en organizaciones de mujeres de ámbito supraprovincial o regional.

b) Tener el mismo sector de actuación que la organización supraprovincial o regional de la que forma parte.

c) Haber presentado candidatura a las vocalías del Consejo por parte de la Organización de ámbito supraprovincial o regional de la que forma parte.

5. La Secretaría del Consejo será desempeñada por un funcionario o funcionaria que desempeñe un puesto de Jefatura de Servicio, y su nombramiento se realizará por la persona que ostenta la Presidencia de la Comisión, a propuesta de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer por un período de cuatro años, prorrogables por periodos de igual duración y sin limitación alguna.

6. Podrán formar parte como vocales del Pleno del Consejo hasta un máximo de tres personas con reconocida trayectoria en el movimiento asociativo de mujeres, que actuarán con voz y sin voto de acuerdo con lo establecido en el Reglamento interno del Consejo. Su nombramiento se realizará por la persona que ostenta la Presidencia de la Comisión, a propuesta de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer por un período de dos años, prorrogables por periodos de igual duración y sin limitación alguna.

7. Las funciones de la presidencia, las Vicepresiden-

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

cias y las vocalías del Consejo serán las establecidas en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 5. Elección de las vocalías que representan a las organizaciones de mujeres.

1. La presentación de candidaturas a las vocalías del Consejo se realizará previa convocatoria pública realizada por la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad. Dicha convocatoria deberá ser publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. Podrán presentar candidatura a vocalía del Consejo aquellas entidades que cumplan todos los requisitos siguientes:

a) Estar debidamente constituidas e inscritas en el Registro de Asociaciones de Andalucía o que actúen en el territorio andaluz con registro nacional reconocido.

b) Estar inscritas en la Sección Primera del Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

c) Haber transcurrido al menos un año desde su constitución efectiva en la fecha en que se haga pública la convocatoria.

3. Podrán participar en la votación sólo aquellas entidades que se encuentren inscritas en la Sección Primera del Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

4. El procedimiento de elección, se regirá por la bases establecidas en ejecución del presente Decreto, aprobadas por Orden de la persona titular de la Consejería competente en igualdad, que contendrán como mínimo:

a) El procedimiento para solicitar la participación en el proceso como elegibles.

b) El procedimiento para la emisión del voto.

c) La publicación de la relación de entidades electas para cubrir las vocalías.

5. Las entidades electas, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Carecer de ánimo de lucro.

b) Encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y no ser deudoras de la Hacienda de esta Comunidad por deudas vencidas, líquidas o exigibles, así como haber procedido a la justificación de las subvenciones y ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria del procedimiento de elección.

Artículo 6. Nombramiento y duración del mandato

de las vocalías.

1. Las personas que ocupen puesto de vocalía en el Consejo así como sus suplentes, en su caso, serán nombradas por la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad, a propuesta de cada entidad elegida para formar parte del Consejo. Dicho nombramiento será publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. El mandato se ejercerá por un período de cuatro años.

3. El cese en la condición de vocal se realizará por la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad, conforme a las causas que se establezcan en el reglamento interno del Consejo.

Artículo 7. Suplencias.

1. En caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, la persona titular de la presidencia será sustituida por la Vicepresidencia Primera, y en ausencia de ésta, por la persona que ostente la segunda. La suplencia de las Vicepresidencias recaerá en la persona que designe la Presidencia del Consejo. Asimismo, la suplencia de la persona titular de la Secretaría, recaerá en una persona designada por la Vicepresidencia Primera, con los mismos requisitos exigidos a la persona titular.

2. En los mismos supuestos previstos en el apartado anterior, las personas que sean vocales titulares del órgano colegiado serán sustituidas por sus suplentes acreditándolo previamente ante la secretaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.3 in fine de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La obligación de la acreditación a que dicho precepto se refiere corresponderá a la entidad representada.

Artículo 8. Cese de las entidades representadas en las vocalías del Consejo.

1. Las entidades representadas en las vocalías del Consejo cesarán por alguna de las siguientes causas:

a) Transcurso del plazo de cuatro años desde su nombramiento.

b) Renuncia de la entidad, comunicada por escrito a la Secretaría del Consejo.

c) Inasistencia a sesiones, sin causa justificada, de acuerdo con lo que establezca el Reglamento interno de funcionamiento del Consejo.

En el supuesto previsto en la letra a) se proveerán iniciando el procedimiento regulado en el artículo 5. En los supuestos de las letras b) y c), la vocalía vacante se cubrirá con la siguiente entidad que hubiera obtenido mayor número de votos, de acuerdo con los resultados del último proceso electoral y ocupará la vocalía por el tiempo que reste hasta el fin de los cuatro años para los cuales fue elegida la entidad que perdió la condición de vocal.

2. El cese de la persona que ocupe una vocalía por esta representación y el nombramiento de la que la sustituya, se acordará mediante Orden de la persona

## LEGISLACIÓN

titular de la Consejería competente en materia de igualdad, que deberá ser publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

### CAPÍTULO III Régimen de Funcionamiento

Artículo 9. Régimen de funcionamiento del Consejo.

1. El Consejo podrá reunirse en Pleno, en Comisión Permanente y en los grupos de trabajo que se constituyan.

2. El Consejo se regirá por sus propias normas de organización y funcionamiento y, en todo caso, por lo dispuesto en la sección 1.ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 10. Pleno.

1. El Pleno estará compuesto por la Presidencia, las Vicepresidencias, Secretaría y las Vocalías.

2. El Pleno se reunirá en sesión ordinaria, una vez cada seis meses, y, en sesión extraordinaria, a iniciativa de la Presidencia, de la Vicepresidencia Primera o de un tercio, al menos, de las vocalías.

3. Para la válida constitución del Pleno se requerirá la presencia de la Presidencia o de la Vicepresidencia Primera, de la Secretaría, y de la mitad, al menos, de las vocalías.

4. Los acuerdos del Pleno se adoptarán por mayoría simple y, en caso de empate, el voto de la Presidencia tendrá carácter dirimente.

5. La Presidencia del Consejo podrá autorizar excepcionalmente y con la finalidad de prestar asesoramiento, la presencia y participación en las sesiones de cuantas personas estime conveniente en razón de su experiencia y conocimiento en algunas de las cuestiones a tratar.

Artículo 11. Comisión Permanente.

1. La Comisión Permanente es el órgano ejecutivo del Consejo para el ejercicio de sus funciones y cometidos relativos a asuntos de trámite, de preparación o de estudio. Tendrá atribuidas las facultades que aseguren la ejecución de los acuerdos adoptados por el Pleno del Consejo.

2. Esta Comisión estará compuesta por las dos Vicepresidencias y cinco de las vocalías del Consejo que serán elegidas por votación en el Pleno de entre las vocalías del mismo. El nombramiento de las vocalías que vayan a integrar la Comisión Permanente se realizará por la persona titular de la Presidencia del Consejo. El mandato de las vocalías en la Comisión coincidirá con el que les corresponda en el Pleno.

3. El procedimiento de elección de las vocalías que formen parte de la Comisión Permanente, las competencias de la Comisión y su funcionamiento y regulación estarán recogidas en el Reglamento interno.

Artículo 12. Grupos de Trabajo.

El Pleno podrá acordar la creación de grupos de trabajo, integrados por miembros del mismo, para cuestiones específicas, con la composición y funciones que aconsejen su naturaleza y finalidad. Igualmente podrá acordar, dentro de estos grupos, el encargo de estudios o informes a personas expertas en la materia de la que traten los mismos.

Artículo 13. Gestión administrativa.

Corresponde al Instituto Andaluz de la Mujer prestar la asistencia técnica y administrativa necesaria para el funcionamiento del Consejo.

Artículo 14. Indemnizaciones.

Los miembros del Consejo, así como aquellas personas que puedan ser invitadas a sus sesiones, que sean ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias administrativas, podrán percibir las dietas e indemnizaciones que, por razón de su asistencia a las sesiones, les correspondan conforme a la Disposición adicional sexta del Decreto 54/1989, de 21 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio de la Junta de Andalucía.

Artículo 15. Colaboración y Cooperación.

En ejecución del presente Decreto, se podrán adoptar las medidas necesarias con la finalidad de garantizar la colaboración y cooperación con otros órganos de participación de organizaciones de mujeres andaluzas.

Disposición adicional primera. Elección de vocalías y constitución del Consejo.

1. En el plazo de 6 meses a partir de la entrada en vigor del presente Decreto deberá estar completado el procedimiento de designación y nombramiento de las vocalías del Consejo, regulado en los artículos 5 y 6 del presente Decreto.

2. La sesión constitutiva del Consejo deberá celebrarse en el plazo máximo de tres meses contados a partir del nombramiento de sus vocales.

Disposición adicional segunda. Aprobación del Reglamento Interno del Consejo.

El Consejo en el plazo máximo de seis meses desde su constitución, aprobará el Reglamento Interno en el que se detallarán todos los aspectos relativos a su funcionamiento.

Disposición transitoria única. Programa Asocia del Instituto Andaluz de la Mujer.

En tanto no se produzca la implantación efectiva del Censo de Entidades colaboradoras del Instituto Andaluz de la Mujer para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, las referencias al citado Censo que contiene el presente Decreto se entenderán realizadas al Programa Asocia de la citada entidad instrumental y que constituye el actual Censo de asociaciones de Mujeres de la Comunidad Autónoma Andaluza, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.h) del Reglamento del Instituto Andaluz de la Mujer, aprobado por Decreto 1/1989, de 10 de enero.

## LEGISLACIÓN

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución. Se habilita a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

### Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación

El Consejo de Ministros del viernes 27 de mayo ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, decidiendo solicitar para su tramitación parlamentaria el procedimiento de urgencia<sup>103</sup>.

La igualdad de trato y no discriminación es un concepto de desarrollo del derecho europeo a partir de la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación de la igualdad de trato a las personas con independencia de su origen racial o étnico; de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; de la antigua Directiva 76/207, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a la igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo y, finalmente, de la Directiva 2004/113, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios y su suministro. A la trasposición de las Directivas 2000/43 y 2000/78, obedece esta iniciativa legislativa, ya que en la Ley 62/2003 se hizo parcialmente, de manera escasa y poco desarrollada.

Este proyecto pretende ampliar el campo de aplicación de la igualdad de trato con respecto a las Directivas: a la igualdad de trato por sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual, se incorporan expresamente otros tres motivos como son enfermedad, identidad sexual y lengua pero, sobre todo, se mantiene abierta la posibilidad de otras discriminaciones mediante el establecimiento de una cláusula general (cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

El art. 2 establece el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, que abarca a las categorías que se acaban de reseñar, mientras el art. 3 establece el ámbito objetivo

de aplicación, que incluye el empleo y trabajo por cuenta ajena o propia, la afiliación a organizaciones políticas, sindicales o empresariales, la educación, la sanidad, las prestaciones y servicios sociales y el acceso a bienes y servicios.

En el Título Primero se define la igualdad de trato como la ausencia de discriminación, la discriminación indirecta como aquella situación que se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, ocasiona o puede ocasionar, a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras. Son nuevos los conceptos de discriminación por asociación y discriminación por error: existe discriminación por asociación cuando una persona, debido a su relación con otra sobre la que concurra una de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de este proyecto, es objeto de un trato discriminatorio. La discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada. Finalmente, la discriminación múltiple sería aquella en la que concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta norma, generando una forma específica de discriminación.

También se crea como novedad la figura del acoso discriminatorio, entendiéndolo como la conducta realizada en función de alguna de las causas de discriminación, con el objeto o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador.

En el Capítulo Segundo del Título I se regula la igualdad de trato en el empleo, con especial referencia al acceso al empleo por cuenta ajena. Se excepcionan la edad o la naturaleza específica de cada trabajo, como factores que excluyen la discriminación, y se prevén medidas de acción positiva en la contratación, para evitar la discriminación indirecta. Igualmente se regula la igualdad de trato en la educación, prohibiendo que se excluyan de ella a colectivos concretos, y evitando que las empresas educativas que incurran en estas conductas puedan tener cualquier forma de financiación pública. En el ámbito sanitario se prohíbe la discriminación en el tratamiento sanitario y se establece la obligación de medidas positivas para grupos especiales de riesgo. Igualmente, es objeto de atención la prestación de los servicios sociales y el acceso a la vivienda, tanto de alquiler como de propiedad. Finalmente, se prohíbe también todo trato discriminatorio en la oferta de bienes y servicios y en los establecimientos abiertos al público.

<sup>103</sup> Vid. [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2011/refc20110527.htm#Trato](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2011/refc20110527.htm#Trato).

## LEGISLACIÓN

El Título II trata de las garantías frente a la discriminación, garantizándose tanto la responsabilidad patrimonial de las personas que produzcan esta discriminación, y prestando atención a todo tipo de medidas preventivas o de restablecimiento de la persona perjudicada.

La legitimación activa para la defensa de este derecho se extiende a las personas afectadas, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones profesionales -tanto de trabajadores como de defensa antidiscriminatoria-, en el ejercicio de las acciones civiles y contencioso-administrativas y sociales, aunque no en las acciones penales.

El procedimiento de defensa de estas situaciones de discriminación, se ve facilitado por lo que se denomina la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Esta figura, nueva como institución jurídica, es la que políticamente coordinará las actuaciones en materia de igualdad, desde un punto de vista territorial y funcional, y estará centralizada en el Ministerio competente en materia de igualdad.

Como institución se crea la Autoridad para la Igualdad de Trato, caracterizada como la Autoridad independiente encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas previstas en esta ley, tanto en el sector público como en el privado, mediante el ejercicio de las siguientes funciones: prestar apoyo a las personas que hayan podido sufrir discriminación por razón de las causas establecidas en el ámbito de aplicación de la norma; servir como órgano de mediación entre ellas; investigar las situaciones de discriminación; ejercitar las acciones judiciales en defensa de los derechos de las personas afectadas; instar de la Administración Pública actuaciones tendentes a reparar situaciones discriminatorias; interesar la actuación del Ministerio Fiscal; promover la adopción de códigos de buenas prácticas; colaborar con el Defensor del Pueblo y organismos equivalentes; emitir dictamen sobre normas de desarrollo de esta ley; informar sobre la Estrategia Estatal; elaborar informes, especialmente el Informe anual; velar por el cumplimiento de la normativa; informar en los procesos jurisdiccionales; elaborar propuestas legislativas al Gobierno sobre su estatuto. Será un órgano unipersonal, nombrado por el Gobierno por un período de seis años, y sin posibilidad de renovación.

El Título IV regula las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación. Se destaca que es normativa básica, sin perjuicio del desarrollo específico por cada Comunidad Autónoma.

Las infracciones podrán ser leves, graves y muy graves, siendo leves las meras inobservancias de la ley, graves, las que constituyan una discriminación o inducción, orden o instrucción de discriminar a una persona, las conductas de acoso discriminatorio, las represalias o el incumplimiento de un requisito administrativo específico, que no constituya exigencia formal, así como la reiteración tercera de falta leve en el plazo de un año; por último, las muy graves son las conductas de acoso discriminatorio, la presión ejercida sobre las autoridades o empleados públicos o la comisión de tercera falta grave, en un plazo de dos años. Las sanciones previstas serán de 150 euros a 500.000 en función de la calificación de la falta. (M<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

#### Anuncios de prostitución en la prensa escrita

La Comisión de Estudios del Consejo de Estado en su sesión de 9 de marzo de 2011, ha emitido un informe acerca de la situación actual y posibles actuaciones contra anuncios de contenido sexual y prostitución. Su origen está en una pregunta formulada, el día 12 de mayo de 2010, por la entonces Ministra de Igualdad. A la pregunta se acompañaba un documento de estudio en el que se constataba que numerosos periódicos de diferentes ámbitos publican anuncios que pueden incurrir en discriminación por razón de sexo. Estos anuncios contienen expresiones vejatorias para las mujeres, favorecen los estereotipos sexistas que pueden provocar violencia de género, y mantienen la posición histórica de la mujer como objeto. Se conecta esa idea al contenido de la Ley General de Publicidad y de la Ley Orgánica 1/2004, de erradicación de la violencia de género. Se considera que estos anuncios degradan la imagen de la mujer, y pueden incitar a los menores al uso de la prostitución, así como pueden encubrir actividades relacionadas con la trata de blancas y la explotación de las mujeres, y delitos de proxenetismo. Por todo ello, plantea al Consejo de Estado la posibilidad de suprimir esos anuncios de acuerdo con la legislación vigente.

El Consejo de Estado realiza una serie de consideraciones generales sobre la prostitución y el ordenamiento jurídico, concluyendo que hay al menos cuatro posiciones diferentes: reglamentista, prohibicionista, abolicionista y legalizadora. El modelo reglamentista limita su ejercicio a lugares habilitados; el prohibicionista considera la prostitución un delito, de manera más o menos limitada en relación con los sujetos que la practican, el abolicionista reduce el problema de la prostitución al ámbito de las relaciones privadas pero reprimiendo las formas colectivas organizadas o la inducción a la prostitución y, por último, el legalizador, considera la prostitución como

## LEGISLACIÓN

una forma más de actividad económica, aunque sujeta a estrechos controles.

En nuestro ordenamiento, la prostitución tiene un difícil encaje en los modelos anteriores. No es exactamente alegal, pues algunas normas del Código Penal la tratan como delito, si se practica con menores o se liga a prácticas coercitivas. La última reforma ha sido de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, en los arts. 187 y 188, y 181.2 y 189.4, aunque también el art. 177 *bis* penaliza la trata de seres humanos. La actividad legal de la prostitución permanece en las personas mayores de edad. Sin embargo, la prostitución así, legalmente entendida de personas mayores y forma voluntaria, ha de someterse a algunas normas locales o autonómicas, en relación con las condiciones del ejercicio de la actividad: estas normas pueden ser reguladoras del orden público o laborales, en los casos en que se sujeten a una actividad empresarial indirectamente ligada a la prostitución, como el descorche, o sanitarias. Destaca el Tribunal Constitucional que ese conjunto normativo descarta que estemos en una actividad alegal, así como que la jurisprudencia en torno a la prostitución parte de una valoración negativa de la actividad, pero ha tenido en todos los casos un carácter tuitivo.

Ahora bien, la prostitución es una actividad económica muy importante y, en el ámbito de la publicidad, también en los medios de comunicación que recogen esa publicidad. Por eso su prohibición debe justificarse desde el ordenamiento jurídico como una limitación de otros derechos ligados a la libertad de expresión o al libre desarrollo de la economía. Desde luego la limitación no debe instrumentarse, a juicio del Consejo de Estado, desde normas penales, sino con una regulación que, además, habría de ser nueva, porque no hay en el ordenamiento actual cobertura suficiente para su prohibición.

Las medidas más efectivas a utilizar las considera el Consejo de Estado en relación con estos criterios:

- 1.- Es insuficiente la autorregulación, que se ha mostrado ineficaz para solventar un problema de esta magnitud.
- 2.- Otras medidas indirectas, como la limitación de las subvenciones públicas, de la publicidad institucional o de contrataciones con el sector público.
- 3.- La regulación legal: actualmente la regulación de la publicidad supuestamente ilegal o ilegítima, se contiene en las siguientes normas, artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; artículo 10 y disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y artículo 41 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Ninguna de estas disposiciones permite de manera incontrovertida su aplicación a una medida general

como sería la de prohibir en la prensa toda publicidad de prostitución, siendo necesaria una norma con rango de ley, que tenga en cuenta los intereses en juego. Para ello, se detiene el Consejo de Estado a indagar si la publicidad constituye una manifestación del artículo 20 o del 38 de la Constitución, que reconoce la libertad de empresa. En derecho comparado hay dos planteamientos, el norteamericano y el europeo: el primero enmarca la publicidad en el entorno del derecho de libertad de expresión y el segundo en el entorno de la libertad de empresa. En nuestro país la cuestión no es pacífica y la doctrina se mueve en ambos criterios, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que no es una manifestación del derecho fundamental recogido en el art. 20.1.d), como indicarían las Sentencias del Tribunal Constitucional 104/1986, 159/1986, y 87/1987. En el mismo sentido, se pronuncian la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia doctrina del Consejo de Estado.

En todo caso, la actividad publicitaria tiene sus límites y pueden ser impuestos por ley: estos límites son, en primer lugar, la veracidad; en segundo lugar, la publicidad desleal con las demás empresas y, en tercer lugar, los valores constitucionales. En ese sentido, la dignidad de la persona, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen, la protección a la juventud y a la infancia y el pluralismo político, son valores de exigencia constitucional, pero hay otros como las situaciones en las que pueda quedar la mujer, o la inconveniencia de difundir la realización de actividades moralmente reprobables, que pueden tener un importante componente de género. Dicho esto, una ley que prohíba, restrinja o condicione esta publicidad, puede consistir en la modificación de la normativa actual o en la creación *ex novo* de una normativa claramente orientada a la supresión de la actividad publicitaria relacionada con la prostitución. Esa ley debe partir de un concepto claro de publicidad a los efectos de prostitución: lugares, modo de ejercerla -que incluyera las ofertas de teléfonos eróticos y videoclubs pornográficos, así como la delimitación del tipo de prensa a que se extiende, esto es, si comprende solamente la prensa generalista o también el resto de la prensa escrita. Finalmente, debería incluir un capítulo sancionatorio, suficientemente claro en relación con las conductas que sancione.

Fuera de la petición de la Ministra de Igualdad, el Consejo de Estado decide opinar sobre la extensión de la prohibición a otros medios de comunicación como la televisión y los contenidos de la red, entendiéndose que la ley que regulara la prohibición, debería extender su cobertura a estos medios. (M<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN<sup>104</sup>

## Unión Europea

- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo<sup>105</sup>. Considerandos (3), (9), (12), (20), (25); Artículos 1, 11.7.
- Reglamento (UE) n° 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004<sup>106</sup>. Considerando (28).
- Conclusiones del Consejo sobre el papel de la educación y de la formación en la aplicación de la Estrategia Europa 2020<sup>107</sup>. Apartado I punto 3 de los aspectos subrayados.
- Corrección de errores de la Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal<sup>108</sup>.
- Reglamento del Parlamento Europeo, 7ª Legislatura, marzo 2011<sup>109</sup>. Anexo VII, apartado XIX; Anexo XVII, directriz 1 a); Anexo 1, informes 7 y 8.
- Decisión de la Comisión de 28 de febrero de 2011 por la que se modifica la Decisión C (2008) 4617, relativa a las normas para la presentación, evaluación y selección de propuestas y la adjudicación de financiación para acciones indirectas en virtud del Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de Acciones de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración (2007 a 2013) y el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (2007 a 2011)<sup>110</sup>. Anexo, apartado 3.2; Anexo A, fase 2 (composición grupo).
- Decisión del Comité Mixto del EEE n° 141/2010, de 10 de diciembre de 2010, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho

laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE<sup>111</sup>.

- Decisión n° 1/2011 del Consejo de Asociación Argelia-UE, de 20 de mayo de 2011, por la que se crea el subcomité «Diálogo político, seguridad y derechos humanos»<sup>112</sup>. Anexo, punto 3 letra d).

## Estatal general

- Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura<sup>113</sup>. Artículos 7 puntos 12 y 13, 9.1.29, 17.4.
- Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo segundo apartado Uno (modificación del artículo 25.5 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>114</sup>. Artículos 35.2 a) y c), 39.2, 62.2 g) y h).
- Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social<sup>115</sup>. Artículos 4 c), 8.2 g).
- Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria<sup>116</sup>. Artículo único, punto 9 (artículo 12.1 c) de la Ley 10/1997).
- Instrumento de Ratificación del Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000<sup>117</sup>.
- Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006<sup>118</sup>. Artículos de la Convención 7.2 b), 13.7, 26.1.

<sup>104</sup> Elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

<sup>105</sup> DOUE L, 101, 15.04.2011.

<sup>106</sup> DOUE L, 55, 28.02.2011.

<sup>107</sup> DOUE C, 70, 4.03.2011.

<sup>108</sup> DOUE L, 32, 8.02.2011.

<sup>109</sup> DOUE L, 116, 5.05.2011. De conformidad con las decisiones del Parlamento Europeo sobre el uso no sexista del lenguaje en sus documentos, este texto se ha adaptado para integrar las orientaciones al respecto aprobadas por el Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad el día 13 de febrero de 2008 y aceptadas por la Mesa el día 19 de mayo de 2008.

<sup>110</sup> DOUE L, 75, 22.03.2011.

<sup>111</sup> DOUE L, 85, 31.03.2011.

<sup>112</sup> DOUE L, 146, 01.06.2011.

<sup>113</sup> BOE núm. 25, de 29 de enero de 2011.

<sup>114</sup> BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

<sup>115</sup> BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

<sup>116</sup> BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2011.

<sup>117</sup> BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011.

<sup>118</sup> BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Instrumento de Ratificación del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA), hecho en Bonn el 26 de enero de 2009<sup>119</sup>. Artículo XI, C.
- Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas<sup>120</sup>. Artículos 1.3, 1.5.
- Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo<sup>121</sup>. Artículos 9, 10 dos, 11 uno.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, por el que se aprueba el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos<sup>122</sup>.
- Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado<sup>123</sup>.
- Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial<sup>124</sup>. Parte expositiva: apartados I, párrafo 3º; VI, único párrafo; IX, párrafos 3º y 5º; X, párrafo 2º; Artículos 1.3, 19.1, 23, 24.5, 29, 34.2 a), 57.1, 59.1 letras a) regla 1ª y b) regla 1ª, 84 m), 85 c) y e), 139.2, 144, 145, 147.1 punto 2º, 159.1 y 2, 170 d) y e), 175.1 e), 185, 186, 196.1 y 3, 202, 218, 225, 350.2.
- Real Decreto 30/2011, de 14 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento<sup>125</sup>. Artículo 21.1 l.
- Real Decreto 189/2011, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y se modifica el Real Decreto 1366/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales<sup>126</sup>. Artículos 8.1 h), 8.2 o) y p).
- Real Decreto 253/2011, de 28 de febrero, sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>127</sup>. Artículo 2.
- Real Decreto 263/2011, de 28 de febrero, por el que

- se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad<sup>128</sup>. Artículos 1.1, 1.3, 2, 3, 4, 8.2 i), 8.3 b), 11.4, Disposición final cuarta apartado uno (modificación del artículo 6.1 del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad).
- Real Decreto 264/2011, de 28 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2011<sup>129</sup>. Artículos 4.2, 4.6, 4.10, 4.11.
- Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas<sup>130</sup>. Artículos 15, 51.1, 53.3 c), 56.2.
- Real Decreto 353/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local<sup>131</sup>. Artículos 3 párrafo 2º, 36.3 f), Disposición adicional primera (todas estas normas son de los Estatutos no del Real Decreto).
- Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional<sup>132</sup>. Parte expositiva párrafos 7º, 9º y 13º; Artículos 26, 27, 28.2 f).
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009<sup>133</sup>. Parte expositiva párrafo 19º; Artículos 23.6 a), 51.6, 56.8, 59.2, 61.7, 71.2 e), 71.6, 109.6, 131 a 134, 246.7.
- Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2011<sup>134</sup>.

<sup>119</sup> BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2011.

<sup>120</sup> BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2011.

<sup>121</sup> BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2011.

<sup>122</sup> En BOE núm. 130, de 1 de junio de 2011, aparece la Resolución de 20 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica dicho Acuerdo.

<sup>123</sup> En BOE núm. 130, de 1 de junio de 2011, aparece la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre dicho Protocolo.

<sup>124</sup> BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2011.

<sup>125</sup> BOE núm. 16, de 19 de enero de 2011.

<sup>126</sup> BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2011.

<sup>127</sup> BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2011.

<sup>128</sup> BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2011.

<sup>129</sup> BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2011.

<sup>130</sup> BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2011.

<sup>131</sup> BOE núm. 78, de 1 de abril de 2011.

<sup>132</sup> BOE núm. 81, de 5 de abril de 2011.

<sup>133</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>134</sup> BOE núm. 112, de 11 de mayo de 2011. Se declara compatible con el percibo de las pensiones de invalidez y de jubilación de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, y no tendrá, en ningún caso, la consideración de renta o ingreso computable a efectos del percibo de éstas.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Parte expositiva párrafos 10º; Disposiciones finales primera y tercera (modificación del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

- Real Decreto 639/2011, de 9 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2217/2004, de 26 de noviembre, sobre competencias, funciones, composición y organización del Consejo de Cooperación al Desarrollo<sup>135</sup>. Artículo único, apartado uno: artículo 3.4 d) del Real Decreto 2217/2004.

- Real Decreto 777/2011, de 3 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración<sup>136</sup>. Artículo 13.1 f).

- Orden SPI/661/2011, de 16 de marzo, por la que, en estimación de recurso, se concede el distintivo "Igualdad en la Empresa"<sup>137</sup>.

- Orden SPI/1292/2011, de 17 de mayo, por la que se crea el Registro de las empresas con distintivo "Igualdad en la Empresa"<sup>138</sup>.

## Andalucía

- Decreto-Ley 1/2011, de 26 de abril, por el que se modifica la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía<sup>139</sup>. Parte expositiva párrafo , Artículo único, apartado veinte (artículo 42.4 la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía), Disposición transitoria décima.

- Decreto 1/2011, de 11 de enero, por el que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía<sup>140</sup>. Parte expositiva párrafo 10º; Artículos 9.4, 10.1.

- Decreto 3/2011, de 11 de enero, por el que se crea y regula el modelo de parte al Juzgado de Guardia para la comunicación de asistencia sanitaria por lesiones. Parte expositiva párrafos 2º, 7º, 9º, 10º, 11º; Artículos 4, 6.1 k), 8.2, 8.5, 9.3 b) y c); Anexo I puntos 1, 2, 3, 10, 11, 12 y 13,

- Decreto 12/2011, de 25 de enero, por el que se crea y regula la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la Igualdad de Género.

- Decreto 20/2011, de 8 de febrero, por el que se crea la Academia Iberoamericana de La Rábida y se aprueban sus Estatutos<sup>141</sup>. Parte expositiva párrafo 5º del Decreto; Artículos 4.1 a), 4.2 b), 13, 17, 20, 22.2 b), 29, 44 de los Estatutos.

- Decreto 21/2011, de 8 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Sevilla<sup>142</sup>. Parte expositiva párrafo 4º de los Estatutos.

- Decreto 23/2011, de 15 de febrero, por el que se crea la Comisión Interdepartamental Córdoba, Capital Cultural Europea 2016<sup>143</sup>. Artículo 3.5.

- Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados<sup>144</sup>. Parte dispositiva II, párrafo 8º; artículos 5.4, 39.3, 53.

- Decreto 40/2011, de 22 de febrero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato<sup>145</sup>. Artículos 2.3, 35.3, 38.4, 44.4 y 5, Disposición adicional sexta.

- Decreto 46/2011, de 1 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo Andaluz de Comercio<sup>146</sup>. Parte expositiva párrafo 10º, Artículos 1.3, 2 letra c), 5.3, 9.2.

- Decreto 51/2011, de 8 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2011 para el Cuerpo de Maestros<sup>147</sup>. Parte expositiva párrafo 6º.

- Decreto 63/2011, de 22 de marzo, por el que se regula el Registro General de Comerciantes Ambulantes de Andalucía<sup>148</sup>. Artículo 5.2.

- Decreto 67/2011, de 5 de abril, por el que se regula el control de calidad de la construcción y obra pública<sup>149</sup>. Parte expositiva párrafo 8º, Punto 1 de los Anexos I y II.

- Decreto 79/2011, de 12 de abril, por el que se establecen normas sobre la distribución, prescripción, dispensación y utilización de medicamentos de uso

<sup>135</sup> BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2011.

<sup>136</sup> BOE núm. 133, de 4 de junio de 2011.

<sup>137</sup> BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2011.

<sup>138</sup> BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

<sup>139</sup> BOJA núm. 82, de 28 de abril de 2011.

<sup>140</sup> BOJA núm. 11, de 18 de enero de 2011.

<sup>141</sup> BOJA núm. 37, de 22 de febrero de 2011.

<sup>142</sup> BOJA núm. 37, de 22 de febrero de 2011.

<sup>143</sup> BOJA núm. 35, de 18 de febrero de 2011.

<sup>144</sup> BOJA núm. 52, de 15 de marzo de 2011.

<sup>145</sup> BOJA núm. 40, de 25 de febrero de 2011.

<sup>146</sup> BOJA núm. 57, de 22 de marzo de 2011.

<sup>147</sup> BOJA núm. 50, de 11 de marzo de 2011.

<sup>148</sup> BOJA núm. 69, de 7 de abril de 2011.

<sup>149</sup> BOJA núm. 77, de 19 de abril de 2011.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

veterinario y se crea el Registro de Establecimientos de Medicamentos Veterinarios de Andalucía<sup>150</sup>. Artículo 27.3 e); Anexo I; Anexo III puntos 2, 3, 4, 5 y 6; Anexo V.

- Decreto 80/2011, de 12 de abril, por el que se regula la formación en bienestar animal<sup>151</sup>. Artículo 5.

- Decreto 92/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento<sup>152</sup>. Artículos 1.4, 5.5, 8.2 e), 10.4, 14.2 r), 30 de los Estatutos.

- Decreto 94/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía<sup>153</sup>. Parte expositiva del Decreto párrafo 7º; Artículos 6.3, 21.1, 24.2, 29 de los Estatutos.

- Decreto 95/2011, de 19 de abril, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Noroeste de la provincia de Cádiz y se crea su Comisión de Seguimiento<sup>154</sup>. Artículo 2.3.

- Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo<sup>155</sup>. Artículos 9.2, 15.2 d) de los Estatutos.

- Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias<sup>156</sup>. Artículos 4 apartado 6, 5 apartado 6, 6 apartado 6, 17.4.

- Decreto 99/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía<sup>157</sup>. Artículos 4, 10.6 de los Estatutos.

- Decreto 100/2011, de 19 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca<sup>158</sup>. Artículos 8 a), 12.1 b).

- Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía<sup>159</sup>. Parte expositiva, párrafo 11º, y Disposición Adicional tercera apartado 4 del Decreto; Artículos 9.3, 19, 38.3 de los Estatutos.

- Decreto 102/2011, de 19 de abril, por el que se modifica el Decreto 174/2009, de 19 de mayo, por el que se

establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social<sup>160</sup>. Artículo único apartados 2 y 3 (nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Decreto 174/2009).

- Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales<sup>161</sup>. Parte expositiva del Decreto párrafos 1º y 5º; Artículos 2.1, 5, 19, 29.5 de los Estatutos.

- Decreto 104/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía<sup>162</sup>. Artículos 4.5, 6.6 de los Estatutos.

- Decreto 152/2011, de 10 de mayo, por el que se modifica el Decreto 141/2006, de 18 de julio, por el que se ordena la actividad cartográfica en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 134/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, y el Decreto 407/2010, de 16 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda<sup>163</sup>. Artículo primero, apartado uno (nueva redacción art 11.2 del Decreto 141/2006).

- Decreto 154/2011, de 10 de mayo, por el que se regula el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres<sup>164</sup>.

- Decreto 164/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía<sup>165</sup>. Artículo 9 d); Anexo I, puntos 1 y 4; Anexo VII, punto 1.

- Decreto 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía<sup>166</sup>. Anexo XV (puntos 2.1, 2.3).

- Acuerdo de 12 de abril de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan General de Inspección para el año 2011<sup>167</sup>. Anexo: parte expositiva párrafo 3º; Punto 1.2.

- Acuerdo de 3 de mayo de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia

<sup>150</sup> BOJA núm. 82, de 28 de abril de 2011.

<sup>151</sup> BOJA núm. 82, de 28 de abril de 2011.

<sup>152</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>153</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>154</sup> BOJA núm. 97, de 19 de mayo de 2011.

<sup>155</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>156</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>157</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>158</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>159</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>160</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>161</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>162</sup> BOJA núm. 83, de 29 de abril de 2011.

<sup>163</sup> BOJA núm. 94, de 16 de mayo de 2011.

<sup>164</sup> BOJA núm. 99, de 23 de mayo de 2011.

<sup>165</sup> BOJA núm. 112, de 9 de junio de 2011.

<sup>166</sup> BOJA núm. 106, de 1 de junio de 2011.

<sup>167</sup> BOJA núm. 82, de 28 de abril de 2011.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Andaluz de Sostenibilidad Urbana<sup>168</sup>. Anexo, 5.2, 6.1.

- Orden de 12 de mayo de 2011, por la que se establece el procedimiento para la elección de las vocalías que, en representación de las organizaciones de mujeres, integran el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, y se efectúa la primera convocatoria de participación<sup>169</sup>.
- Orden de 24 de mayo de 2011, por la que se regulan los procedimientos de provisión, con carácter provisional, de puestos de trabajo docentes así como la movilidad por razón de violencia de género<sup>170</sup>.

**Autonómica**

- Ley 1/2011, de 1 de marzo, de Evaluación del Impacto de Género en Castilla y León<sup>171</sup>.
- Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja<sup>172</sup>.
- Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la

erradicación de la violencia de género<sup>173</sup>.

- Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres<sup>174</sup>.
- Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura<sup>175</sup>.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven<sup>176</sup>.
- Resolución de 16 de febrero de 2011, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en relación con la Ley de Castilla-La Mancha 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha<sup>177</sup>. Negociaciones sobre los artículos 26.1 y 27 de la Ley de Castilla-La Mancha 12/2010, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.

<sup>168</sup> BOJA núm. 97, de 19 de mayo de 2011.

<sup>169</sup> BOJA núm. 99, de 23 de mayo de 2011.

<sup>170</sup> BOJA núm. 108, de 3 de junio de 2011.

<sup>171</sup> BOCYL Núm. 49, de 11 de marzo de 2011 (<http://bocyl.jcyl.es/boletines/2011/03/11/pdf/BOCYL-D-11032011-1.pdf>, <http://bocyl.jcyl.es/html/2011/03/11/html/BOCYL-D-11032011-1.do>) y BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

<sup>172</sup> BOR Núm. 31, de 7 de marzo de 2011 (<http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=449883>) y BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2011.

<sup>173</sup> BOPA Núm. 64, de 18 de marzo de 2011 (<http://www.asturias.es/bopa/2011/03/18/2011-05718.pdf>) y BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2011.

<sup>174</sup> BONA Núm. 60, de 28 de marzo de 2011 ([http://www.navarra.es/home\\_es/Actualidad/BON/Boletines/2011/60/Anuncio-1/](http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/BON/Boletines/2011/60/Anuncio-1/)) y BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

<sup>175</sup> DOE Núm. 59, de 25 de marzo de 2011 (<http://doe.juntaex.es/pdfs/doe/2011/5900/11010008.pdf>) y BOE núm. 88, de 13 de abril de 2011.

<sup>176</sup> DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011 ([http://www.docv.gva.es/datos/2011/04/05/pdf/2011\\_3975.pdf](http://www.docv.gva.es/datos/2011/04/05/pdf/2011_3975.pdf)) y BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

<sup>177</sup> BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2011.

## JURISPRUDENCIA · TJUE

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA), DE 1 DE MARZO DE 2011, CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE LA VALIDEZ DEL ARTÍCULO 5, APARTADO 2, DE LA DIRECTIVA 2004/113/CE DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004, POR LA QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES AL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS Y SU SUMINISTRO<sup>178</sup>**

En el asunto C-236/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour constitutionnelle (Bélgica) mediante resolución de 18 de junio de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de junio de 2009, en el procedimiento entre Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier y Conseil des ministres, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot y A. Arabadjiev, Presidentes de Sala, y los Sres. E. Juhász (Ponente), G. Arestis, A. Borg Barthet, M. Ilešić y L. Bay Larsen, la Sra. P. Lindh y el Sr. T. von Danwitz, Jueces; Abogado General: Sra. J. Kokott; Secretaria: Sra. R. Seres, administradora; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 1 de junio de 2010;

consideradas las observaciones presentadas en nombre de la Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y de los Sres. van Vugt y Basselier, por el Sr. F. Krenc, avocat; en nombre del Conseil des ministres, por el Sr. P. Slegers, avocat; en nombre del Gobierno belga, por la Sra. L. Van den Broeck, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Slegers, avocat; en nombre de Irlanda, por el Sr. D. O'Hagan, en calidad de agente, asistido por el Sr. B. Murray, BL; en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. A. Czubinski, en calidad de agentes; en nombre del Gobierno lituano, por la Sra. R. Mackeviciene, en calidad de agente; en nombre del Gobierno finlandés, por el Sr. J. Heliskoski, en calidad de agente; en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. I. Rao, en calidad de agente, asistida por el Sr. D. Beard, Barrister; en nombre del Consejo de la Unión Europea, por la Sra. M. Veiga, el Sr. F. Florindo Gijón y la Sra. I. Šulce, en calidad de agentes; en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. M. Van Hoof y M. van Bek, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 30 de septiembre de 2010;

dicta la siguiente

**Sentencia**

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, p. 37).

2. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL

y los Sres. van Vugt y Basselier, por un lado, y el Conseil des ministres del Reino de Bélgica, por otro, relativo a la anulación de la Ley de 21 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres por razón de sexo en materia de seguros (Moniteur belge de 31 de diciembre de 2007, p. 66175; en lo sucesivo, «Ley de 21 de diciembre de 2007»).

**Marco jurídico**

*Normativa de la Unión*

3. La Directiva 2004/113 se adoptó sobre la base del artículo 13 CE, apartado 1. Los considerandos primero, cuarto, quinto, duodécimo, decimoquinto, decimosexto y decimoctavo de dicha Directiva tienen el siguiente tenor: «1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la UE, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales[, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950,] y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. [...] 4) La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, “Carta”] prohíbe, en sus artículos 21 y 23, cualquier discriminación por razones de sexo, y consagra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. 5) El artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea confiere a la promoción de este principio el rango de misión esencial de la Comunidad. Del mismo modo, el apartado 2 del artículo 3 del Tratado exige que la Comunidad se fije el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar activamente la igualdad entre hombres y mujeres en todas sus actividades. [...] 12) Con objeto de impedir la discriminación por razón de sexo, la presente Directiva se aplica tanto a la discriminación directa como a la indirecta. Sólo existe discriminación directa cuando una persona recibe –por razón de sexo– un trato menos favorable que otra persona en una situación comparable. Así pues, por ejemplo, las diferencias entre hombres y mujeres en la prestación de cuidados sanitarios que se derivan de las diferencias físicas entre hombres y mujeres no corresponden a situaciones comparables, por lo que no constituyen discriminación. [...]

<sup>178</sup> Derechos fundamentales – Lucha contra las discriminaciones – Igualdad de trato entre mujeres y hombres – Acceso a bienes y servicios y su suministro – Primas y prestaciones de seguros – Factores actuariales – Consideración del sexo de la persona asegurada como factor para evaluar el riesgo – Contratos privados de seguro de vida – Directiva 2004/113/CE – Artículo 5, apartado 2 – Excepción carente de límite temporal – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – Artículos 21 y 23 – Invalidez.

## JURISPRUDENCIA • TJUE

15) Ya existe una serie de instrumentos jurídicos vigentes para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. Por ello, la presente Directiva no deberá aplicarse en este ámbito. El mismo razonamiento se aplica a las actividades por cuenta propia, en la medida en que estén cubiertas por instrumentos jurídicos vigentes. La Directiva se aplicará exclusivamente a los seguros y pensiones de carácter privado, voluntario e independiente de la relación laboral. [...] 18) El recurso a factores actuariales basados en el sexo está generalizado en el sector de los seguros y otros servicios financieros afines. A fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Para evitar un reajuste repentino del mercado, esta norma se aplicará únicamente a los nuevos contratos celebrados después de la fecha de incorporación de la presente Directiva. 19) Algunas categorías de riesgos pueden presentar variaciones entre los sexos. En algunos casos, el sexo constituye uno de los factores determinantes para la evaluación de los riesgos asegurados, aunque no necesariamente el único. Para los contratos que aseguren riesgos de esta índole, los Estados miembros podrán optar por autorizar excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que estén en condiciones de garantizar que los datos actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Sólo se permitirán excepciones en los casos en que la legislación nacional no haya aplicado ya la norma de independencia del sexo. Cinco años después de la incorporación de la presente Directiva, los Estados miembros [deberían] revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes y a un informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de dicha incorporación.»

4. El objeto de la Directiva 2004/113 se define en su artículo 1 del modo siguiente: «La presente Directiva tiene por objeto crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.»

5. El artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva establece: «1. A efectos de la presente Directiva, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres significa que a) no habrá discriminación directa por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y maternidad; b) no habrá discriminación indirecta por razones de sexo.»

6. El artículo 5 de dicha Directiva, rubricado «Factores actuariales», dispone: «1. Los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en

que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después del 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen. 3. En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. Los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de las medidas necesarias para cumplir el presente apartado hasta dos años después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar. En tal caso los Estados miembros de que se trate informarán inmediatamente a la Comisión.» 7. El artículo 16 de la misma Directiva, rubricado «Informes», establece: «1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión toda la información disponible sobre la aplicación de la presente Directiva, a más tardar el 21 de diciembre de 2009, y, ulteriormente, cada cinco años. La Comisión redactará un informe resumido, que incluirá un examen de las prácticas vigentes de los Estados miembros en relación con la disposición del artículo 5 sobre la utilización del sexo como factor para el cálculo de primas y [prestaciones]. Presentará dicho informe al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 21 de diciembre de 2010. En caso necesario, la Comisión adjuntará a su informe propuestas de modificación de la Directiva. 2. El informe de la Comisión tendrá en cuenta los puntos de vista de las partes interesadas pertinentes.»

8. Según el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2004/113, los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la Directiva a más tardar el 21 de diciembre de 2007 y comunicarán de inmediato a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

### *Derecho nacional*

9. El artículo 2 de la Ley de 21 de diciembre de 2007 señala que mediante ésta se transpone la Directiva 2004/113.

10. El artículo 3 de dicha Ley contiene la disposición que sustituye al artículo 10 de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres por razón de sexo en materia de seguros.

11. El nuevo artículo 10 de esta última Ley tiene actualmente el siguiente tenor: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, a la hora de determinar las primas y prestaciones de seguros podrá practicarse una distinción directa proporcionada por razón de sexo en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Esta excepción es aplicable únicamente a los contratos de seguro de vida en el sentido del artículo 97 de la Ley de 25 de junio de 1992, sobre el contrato de seguro terrestre. 2. En cualquier caso, a partir del 21 de diciembre de 2007, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de seguros. 3. La comisión del sector bancario, financiero y de seguros recopilará los datos actuariales y

## JURISPRUDENCIA · TJUE

estadísticos mencionados en el apartado 1, garantizará su publicación a más tardar el 20 de junio de 2008, así como la de las sucesivas actualizaciones de los datos cada dos años, y los publicará en su sitio de Internet. Los datos se actualizarán cada dos años. La comisión del sector bancario, financiero y de seguros está autorizada para recabar de las instituciones, empresas o personas en cuestión los datos necesarios a tal efecto. Establecerá qué datos son de obligada comunicación, así como el modo y la forma en que habrán de transmitirse. 4. La comisión del sector bancario, financiero y de seguros remitirá a la Comisión Europea, a más tardar el 21 de diciembre de 2009, los datos de los que disponga en virtud del presente artículo. Remitirá a la Comisión Europea los datos cada vez que los actualice. 5. Las Cámaras legislativas evaluarán, antes del 1 de marzo de 2011, la aplicación del presente artículo en función de los datos mencionados en los apartados 3 y 4, del informe de la Comisión Europea mencionado en el artículo 16 de la Directiva 2004/113/CE y de la situación en los demás Estados miembros de la Unión Europea. Dicha evaluación se realizará sobre la base de un informe que una comisión de evaluación presentará a las Cámaras legislativas en el plazo de dos años. Mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, se regulará detalladamente la composición y el nombramiento de la comisión de evaluación, así como la forma y el contenido del informe. La comisión informará, entre otros extremos, de las repercusiones del presente artículo sobre la situación en el mercado, y examinará también otros criterios de segmentación distintos a los relativos al sexo. 6. La presente disposición no será de aplicación a los contratos de seguro celebrados en el marco de un régimen complementario de seguridad social. Dichos contratos se regirán exclusivamente por el artículo 12.»

### Antecedentes de hecho del litigio principal y cuestiones prejudiciales

12. Los recurrentes en el litigio principal interpusieron ante la Cour constitutionnelle un recurso dirigido a la anulación de la Ley de 21 de diciembre de 2007, que adapta el Derecho belga a la Directiva 2004/113.

13. Consideran que la Ley de 21 de diciembre de 2007, adoptada en ejercicio de la facultad de establecer excepciones que ofrece el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, es contraria al principio de igualdad de género.

14. Dado que la Ley de 21 de diciembre de 2007 hace uso de la posibilidad de establecer excepciones prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113, la Cour constitutionnelle, considerando que el recurso de que conoce plantea un problema relativo a la validez de una disposición de una directiva de la Unión, decidió suspender el procedimiento y remitir al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es compatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 con el artículo 6 UE, apartado 2, y en particular con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por dicha disposición?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es también incompatible el artículo 5, apartado 2, de [dicha] Directiva con el artículo 6 UE, apartado 2, si su aplicación se limita a los contratos de seguro de vida?»

### Sobre las cuestiones prejudiciales

15. Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si el artículo 5, aparta-

do 2, de la Directiva 2004/113 es válido desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

16. El artículo 6 UE, al que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente en sus cuestiones y que se cita en el primer considerando de la Directiva 2004/113, disponía en su apartado 2 que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Estos derechos fundamentales fueron incorporados a la Carta, que, desde el 1 de diciembre de 2009, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

17. Los artículos 21 y 23 de la Carta establecen, por un lado, que se prohíbe toda discriminación por razón de sexo y, por otro, que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos. Dado que el cuarto considerando de la Directiva 2004/113 se remite expresamente a esos artículos, la validez del artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva debe apreciarse con arreglo a los citados preceptos de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, apartado 46).

18. El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres constituye el objeto de diversos preceptos del Tratado FUE. Por un lado, según el artículo 157 TFUE, apartado 1, cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Por otro, el artículo 19 TFUE, apartado 1, establece que el Consejo, previa aprobación del Parlamento, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

19. Mientras que el artículo 157 TFUE, apartado 1, consagra el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en un ámbito concreto, el artículo 19 TFUE, apartado 1, configura una habilitación a favor del Consejo, que éste ha de ejercer respetando, en particular, el artículo 3 TUE, apartado 3, párrafo segundo, el cual dispone que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño, así como el artículo 8 TFUE, según el cual, en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

20. A efectos de la consecución progresiva de dicha igualdad, el legislador de la Unión es quien, atendiendo a la misión que el artículo 3 TUE, apartado 3, párrafo segundo, y el artículo 8 TFUE han confiado a la Unión, determina el momento de su intervención, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas de la Unión.

21. No obstante, una vez que se decide tal intervención, ésta ha de operar de forma coherente en aras de la consecución del objetivo marcado, lo cual no excluye la posibilidad de establecer períodos transitorios o excepciones de alcance limitado.

22. Como señala el decimotercero considerando de la Directiva 2004/113, el recurso a factores actuariales basados

## JURISPRUDENCIA · TJUE

en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros cuando se adoptó dicha Directiva.

23. Por consiguiente, el legislador de la Unión tenía la facultad de hacer efectivo el principio de igualdad de género, concretamente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, gradualmente con períodos de transición apropiados.

24. A estos efectos, el legislador de la Unión estableció en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2004/113 que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo como factor para el cálculo de éstas debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007.

25. Como excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo establecida por dicho artículo 5, apartado 1, el apartado 2 del mismo artículo otorgaba a los Estados miembros cuya normativa nacional no aplicase aún dicha norma cuando se adoptó la Directiva 2004/113 la facultad de decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos.

26. Según el mismo apartado 2, dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007 atendiendo a un informe de la Comisión. Ahora bien, dado que la Directiva 2004/113 no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el trato desigual sin límite temporal.

27. El Consejo expresa sus dudas acerca de que, en determinadas ramas del seguro privado, pueda considerarse comparable la situación de las aseguradas y la de los asegurados, dado que, desde el punto de vista de la técnica aplicada por las compañías de seguros, que clasifican los riesgos por categorías en función de bases estadísticas, el nivel de riesgo asegurado puede ser diferente en las mujeres y en los hombres. En opinión del Consejo, la opción contemplada en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 sólo tiene por objeto permitir que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes.

28. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, apartado 23).

29. A este respecto, ha de señalarse que el carácter comparable de las situaciones debe apreciarse a la luz del objeto y la finalidad del acto de la Unión que establece la distinción de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, antes citada, apartado 26).

En el caso de autos, dicha distinción viene establecida por el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113.

30. Es incontrovertido que el objetivo de la Directiva 2004/113 en el sector de los seguros consiste, tal y como se desprende de su artículo 5, apartado 1, en la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. El decimotercero considerando de dicha Directiva señala expresamente que, a fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. El decimonoveno considerando de dicha Directiva define la facultad concedida a los Estados miembros para no aplicar la norma de primas y prestaciones independientes del sexo como una «excepción». Por consiguiente, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras de la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado en los artículos 21 y 23 de la Carta, las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables.

31. Dadas las circunstancias, existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113.

32. Dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta.

33. Por consiguiente, dicho precepto ha de considerarse inválido tras la expiración un período transitorio adecuado.

34. A la vista de cuanto antecede, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012.

35. Habida cuenta de dicha respuesta, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial.

### Costas

36. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

### En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012.

## JURISPRUDENCIA · TJUE

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
(GRAN SALA) DE 1 DE MARZO DE 2011:  
“DEL TRATAMIENTO JUSTIFICADAMENTE DIFERENCIADO AL TRATAMIENTO  
IGUALITARISTA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRIMA DEL CONTRATO DE  
SEGURO. UN PASO ATRÁS EN LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS Y UN DUDOSO  
AVANCE EN LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO”**

1. Introducción.- 2. Reflexiones generales en torno a la discriminación por razón de sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro.- 2.1. Con carácter general, la relevancia de la determinación del riesgo, su medición o determinación estadístico-actuarial y la correspondiente fijación de la prima.- 2.2. La posibilidad de discriminar por el sexo del asegurado como factor de riesgo tras la Directiva 2004/113 y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.- 3. Discriminación por razón de sexo y prima en la jurisprudencia comunitaria: la STJUE de 1 de marzo de 2011.- 3.1. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional belga y la Opinión de la Abogado General Kokott.- 3.2. La (escueta y lacónica) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE.- 4. Conclusiones.

### 1. Introducción

La utilización del criterio del sexo del asegurado como elemento de discriminación (o, en términos políticamente correctos, de justificación de tratamiento diferenciado) en la determinación de la prima de los contratos de seguro es una cuestión tan controvertida en el ámbito del debate sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, como aceptada y ampliamente utilizada en el sector asegurador (tanto en su práctica como, fundamentalmente, en el conjunto de leyes y reglamentos vigentes en materia de seguros privados y su ordenación). Por tanto, es difícil encontrar un terreno de debate más fértil para explorar los límites de las políticas de tratamiento igualitarista absoluto (o *tabula rasa*) que se vienen planteando en una “segunda oleada” y como superación de las políticas de discriminación positiva que constituyeron la “primera oleada” de instrumentos de lucha contra la discriminación y de promoción de políticas efectivas de igualdad entre sexos en la UE.

La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres*) plantea precisamente el conflicto entre, de una parte, la posibilidad de tomar en consideración el sexo del asegurado como elemento de discriminación en la determinación de la prima de los contratos de

seguro (de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro); y, de otra parte, una interpretación (quizá) maximalista del derecho a la igualdad de trato entre personas de distinto sexo que promueve un tratamiento igualitarista absoluto entre hombres y mujeres sobre la base de los artículos 21 y 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (actualmente constitucionalizados en virtud del artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La flamante Sentencia del TJUE viene a proscribir categóricamente y con carácter absoluto la normativa y práctica aseguradora centrada en la discriminación por razón del sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro. En nuestra opinión, se trata de un avance indeseable en el desarrollo del Derecho comunitario en materia de igualdad y, desde luego, un retroceso en la regulación técnica de los mecanismos asegurativos, por las razones que expondremos en este comentario de urgencia a la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011.

Iniciaremos nuestro comentario con algunas reflexiones generales sobre la determinación del riesgo (o aleas) asegurado, su medición y determinación (siquiera indirecta) mediante métodos estadístico-actuariales y la importancia capital de la utilización del criterio del sexo del asegurado como factor de riesgo en aquellos seguros en que las personas de distinto sexo no presenten una identidad de riesgos (y, por tanto, deban incluirse en grupos de riesgo distintos en aplicación de una política cuidadosa de selección, recte, de verdadera antiselección de riesgos por la compañía aseguradora). Adicionalmente, veremos cómo esta opción regulatoria cabía (y debe caber) perfectamente en el marco de la Directiva 2004/113 y de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A continuación, sobre la base de los anteriores criterios hermenéuticos y funcionales, entraremos a glosar y cuestionar la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 y la previa Opinión de la Abogado General Kokott de 30 de septiembre de 2010. Concluiremos brevemente con una síntesis de las impli-

## JURISPRUDENCIA · TJUE

caciones prácticas de necesidad de reforma legal derivadas de la Sentencia del TJUE.

## 2. Reflexiones generales en torno a la discriminación por razón de sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro

### 2.1. Con carácter general, la relevancia de la determinación del riesgo, su medición o determinación estadístico-actuarial y la correspondiente fijación de la prima

En todo tipo o ramo de seguro, ya de cosas o daños, ya de personas, y entiéndase bien, tanto en los seguros voluntarios o convencionales, como en los seguros obligatorios, se procede a delimitar el concreto riesgo que es objeto de cobertura. El riesgo constituye elemento esencial para la validez del contrato de seguro, toda vez que integra su causa; puesto que la finalidad económica e incluso social que buscan las partes es precisamente la cobertura de un riesgo determinado. Dada esta relevancia del riesgo para el contrato de seguro ha de comprenderse, en suma, lo esencial que resulta su individualización en relación con cada modalidad de seguro. Una individualización que se ha de llevar a cabo mediante la determinación de la naturaleza del evento o acontecimiento cuyas características son objeto de cobertura, sus causas y las circunstancias locales y temporales de su realización, así como el interés o intereses sobre los que el mismo ha de verificarse llegado el caso<sup>179</sup>. De este modo se explica que la perfecta delimitación del riesgo influye no sólo en el momento de la conclusión del contrato, sino también durante la vida de la relación jurídica que surge del contrato, es decir durante su ejecución.

La delimitación del riesgo asegurado es probablemente la operación más importante del seguro, en la que se asienta el devenir mismo de la garantía cubierta. Es una operación lógica y secuencial, esencial en todo contrato de seguro. *Delimitar primero* y luego si acaso, *limitar*. Esa es la secuencia y esa ha de ser la lógica. Todo lo demás es tergiversar y desconocer la racionalidad del clausulado del contrato de seguro. Dos son, en definitiva, los elementos que delimitan el contenido de la obligación asumida por el asegu-

rador, a saber, de un lado la propia descripción legal del riesgo y, por tanto, la definición de la cobertura natural a la que está llamada un seguro, y de otro lado, la disciplina convencional que se establezca sobre el particular dentro de los límites establecidos a la autonomía negocial. Selección y antiselección de riesgos, de lo que está dispuesta a cubrir o no la entidad aseguradora y sobre los que los factores actuariales y estadísticos, sean estos multidimensionales o no, combinables y variables, juegan un papel esencial e insustituible. La compra del riesgo no juega con la impredecibilidad absoluta, no puede hacerlo.

Cumplidas las dos etapas –individualización y delimitación del riesgo– éste queda determinado, lo cual significa que sólo a partir de este momento será factible establecer cuál es el riesgo asegurado y, por lo tanto, cuál el evento que servirá de antecedente o presupuesto determinante de la existencia de la obligación principal que deberá ejecutar el asegurador. Su validez no queda sujeta a específicos requisitos, sino a los comunes y genéricos de redacción clara y precisa *ex* artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)<sup>180</sup>. En la lógica contractual, o por mejor decir, en el *iter* contractual, la delimitación del riesgo es anterior al propio contrato, pues antes habrá que delimitar las concretas fronteras del seguro, precediendo por tanto al nacimiento de los derechos y obligaciones del contrato. La concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado, sino dar vida a la relación jurídica de seguro con base a un riesgo y un estado de riesgo delimitado, fijado y aceptado por ambas partes, o en cierto sentido, medio impuesto por la entidad aseguradora<sup>181</sup>.

Con la delimitación se procede en cierta medida a discriminar el riesgo garantizado de lo que es en puridad riesgo no garantizado, y por ende, se procede a trazar los umbrales, los marcos y los límites de lo que es la cobertura eficaz de ese específico contrato de seguro. En efecto, una vez que el solicitante del seguro y la aseguradora concreten exactamente lo que realmente se asegura, así como, qué riesgo o riesgos son objeto de cobertura, nacen los derechos y obligaciones para las partes que han perfeccionado el con-

<sup>179</sup> Un amplio análisis sobre la distinción entre riesgo y evento incierto en NICOLAS, "Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance", RGDA, 1998, n° 4, pp. 637 y ss., p. 640.

<sup>180</sup> En este sentido, TAPIA HERMIDA, "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", RDM, 1999, n° 233, pp. 977 y ss., p. 983.

<sup>181</sup> Vid. entre otras las STS de 8 de junio de 1992 RJ 5170, y de 5 de junio de 1997, RJ 4607. como bien señala FONT RIBAS, "Estudio introductorio", en *Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas*, Barcelona, 1998, pp. 13-60, p. 63, es un prius lógico, los derechos de los asegurados pueden restringirse después de la delimitación del riesgo, no antes, ya que no han sido creados.

Señalaba con gran plasticidad GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 12 y ss., como entre los elementos del riesgo no sólo había que ponderar la posibilidad e incertidumbre, también el azar y la necesidad, *bedarf*, la necesidad económica. Por su parte, autores más antiguos señalaban, como es el caso de ÁLVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA, *Tratado de Derecho Mercantil Español*, II, Madrid, 1916, p. 338, como la base científica del seguro estaba en el cálculo de probabilidades, entendiéndose por probabilidad, la relación entre el número de casos favorables a un determinado suceso y el número total de casos posibles.

<sup>183</sup> BESSON, "Assurances", *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome XI-2, Contrats Civils*, [PLANIOL/RIPERT(Dirs.)], Paris, 1954, p. 614.

## JURISPRUDENCIA • TJUE

trato una vez que el solicitante, ahora tomador, acepta la oferta de seguro que le ha propuesto la entidad aseguradora o su agente. Si antes no se delimita el riesgo, secuencialmente, es harto imposible que surjan los derechos del asegurado. En cambio, una vez nacidos éstos, toda restricción ulterior será una limitación de derechos.

Por otra parte, tiene una especial relevancia dejar sentado que la circunstancia de que el contrato de seguro sea aleatorio no impide que la técnica aseguradora sea cada vez menos aleatoria o, si se prefiere, antialeatoria<sup>182</sup>. Las aseguradoras no pueden prescindir de los aspectos técnicos ni de la dimensión estadística y por tanto antialeatoria, pero el contrato, la plasmación de la actividad empresarial sí se basa en cambio en la aleatoriedad<sup>183</sup>. Tampoco que el dogma de la aleatoriedad sea siquiera cuestionado-cuando no blasonada una idea de dilución del propio concepto o noción de aleas<sup>184</sup>. Riesgo jurídico o contractual no es, *per se*, incompatible ni inconciliable con riesgo económico<sup>185</sup>. Aleatoriedad, *aleas* y base actuarial no son sinónimos, antes bien, se completan y complementan en el contrato de seguro<sup>186</sup>. La contingencia del riesgo, su cálculo, su previsibilidad no puede sino descansar en lo mutuo y lo estadístico<sup>187</sup>. Pese a todo, hay seguros, *recte*, riesgos sobre los que todavía no se disponen de datos estadísticos<sup>188</sup>. Y otros sobre los que la ley, o incluso las directivas comunitarias imponen un tratamiento uniforme y uniformizador. Sirva como botón de ejemplo el tratamiento no discriminatorio por razón de sexo a la hora de tarificar el segu-

ro que adoptó polémicamente (aunque con excepciones) la Directiva 2004/113/CE y que ha venido a reforzar (*rectius*, a imponer con carácter absoluto) la polémica Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 en la que centramos nuestra atención.

La aleatoriedad es típica del contrato de seguro, pero no de la operación económica de seguro, dado que el objetivo de una aseguradora es precisamente evitar la aleatoriedad<sup>189</sup>. Como ya hemos apuntado, que el contrato o la estructura comercial del seguro sea aleatoria no se contradice con el hecho de que la técnica aseguradora busque huir precisamente de la aleatoriedad<sup>190</sup>. Y aleatorio es el contrato en cualquiera de sus modalidades o ramas en que se divide el seguro, al menos desde el punto de vista de la ordenación y la supervisión<sup>191</sup>.

Y es que, a la postre, *el fundamento del seguro se sustenta en dos grandes pilares: la mutualidad y la estadística*<sup>192</sup>. La técnica del seguro es consciente que el riesgo en los seguros contra daños depende de dos variables aleatorias, ambas autónomas y diferenciadas *per se*, a saber, los siniestros, su número en suma, y por otro lado la cuantía de esos siniestros<sup>193</sup>. Sin embargo en los seguros de vida, la valoración del riesgo o cálculo de la prima cuando lo que se asegura es la propia vida, está interconectada a otros factores, tales como la biometría, la estadística actuarial, el estudio de la población, etc. La hipótesis estadística tiene que referirse necesariamente a riesgos de naturaleza semejante, de valor y duración homogénea, pero también, como bien se ha señalado, fundarse en la dispersión

<sup>184</sup> BERTOLASO, "L'alea en droit des assurances: état des lieux et perspectives", RGDA, 2009, n° 2, pp. 431 y ss., p. 434.

<sup>185</sup> Sobre la aleatoriedad en el contrato de seguro pocos han tratado este carácter con la maestría de GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 12. Vid. además SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, pp. 112 y ss.; y en relación con el juego, véase asimismo el trabajo de BUTTARO, *Del gioco e della scommessa*, en Commentario Scialoja e Branca, artt. 1933-1935, Bologna-Roma, 1959, pp. 72 y ss. Afirma LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 149 como la exogeneidad es una característica principal y particular del alea o riesgo propio de los contratos aleatorios como es el propio juego o el seguro y que lo diferencia del alea del resto de contratos en general.

<sup>186</sup> Señalaba con cierto escepticismo y no menores dudas en su momento SANTOS BRIZ, "Notas sobre los contratos de trabajo y del seguro como figuras negociales del derecho privado", RDP, 1964, pp. 510 a 521, p. 517 como la consideración sistemática del seguro como contrato aleatorio ofrece importantes reparos o, al menos, ha sido absorbida por otras notas que hoy le caracterizan. En cierto sentido subsumía el citado autor el alea en el negocio de crédito que subyacía en el seguro. Magistralmente, GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pp. 57 y ss.

<sup>187</sup> Véase la reciente aportación de BOARDMAN, "Risk data in insurance interpretation", *Comm. Ins. L. J.*, 2009-2010, n° 16, pp. 157 y ss..

<sup>188</sup> La doctrina ha propuesto en estos casos el recurso a ajustar el coste del seguro a través de variaciones en la prima, es lo que se conoce en la doctrina alemana como *Prämienanpassungsklauseln*. Indispensable DIEDERICH, *Prämienanpassungsklauseln in der privaten Versicherungswirtschaft. Eine Analyse ihrer gesamtwirtschaftlichen Wirkungen*, Mainz, 1980, pp. 21 y ss.; LIPPERHEIDE, "Prämienanpassungsklauseln", *Handwörterbuch der Versicherung*, [FARNY/HELTEN/KOCH/SCMIDT(Hrsg.)], Karlsruhe, 1988, pp. 541 y ss. Así mismo, BECKMANN, *Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz*, Karlsruhe, 1990; HARRER, en *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, [HONSELL(Hrsg.)], Zurich, 1998, pp. 531 y ss.

<sup>189</sup> Desde una perspectiva económica aciertan MARÍN GARCÍA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, "Seguro obligatorio", en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, (SALVADOR CODERCH/GÓMEZ POMAR(Edit.)), Cizur Menor, 2008, pp. 895 y ss., p. 905 cuando señalan que los eventos individuales son aleatorios y, por tanto, impredecibles, pero la media de ellos sí que puede ser predicha. Y sobre este particular apuntan los propios autores a PINDYCK/RUBINFELD, *Microeconomics*, 5ª ed., New Jersey, 2001, p. 163. Véase también el análisis sobre el alea aunque llevado al contrato de reaseguro de FRANÇOIS, "La nature de l'alea dans une convention de réassurance", RGAT, 1994, pp. 419 y ss.

<sup>190</sup> Véanse VITERBO, "Il contratto d'assicurazione", *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, pp. 40 y ss., p. 61 y HALPERIN, *Contrato de seguro*, 2ª ed., Buenos Aires, 1966, p. 27. Imprescindible también la obra de MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórico-jurídica*, Coimbra, 1982, p. 20 y ss.

<sup>191</sup> GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 235.

<sup>192</sup> Véanse HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pp. 13 y ss.; y STIGLITZ, *Temas de derecho de seguros*, Bogotá, 2010, p. 40.

<sup>193</sup> En este sentido, DE PAZ COBO/CARO CARRETERO/LÓPEZ ZAFRA, *El principio de igualdad sexual en el seguro de salud*, cit., p. 15.

<sup>194</sup> Cfr. HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., p. 14.

<sup>195</sup> Así, con maestría, GASPERONI, "La data di scadenza del primo premio e la riattivazione del contratto di assicurazione sulla vita", *Revista di diritto commerciale*, 1964, I, p. 204 y ss. p. 849.

<sup>196</sup> Como bien señala la STS de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3677) la prima representa un requisito básico en la conmutatividad del contrato de seguro. Véase en la doctrina francesa NICOLAS, "La prime d'assurance", en *Traité de Droit des Assurances*, [BIGOT(Dir.)], tomo 3, Paris, 2002, p. 629. Vid., BICHOT, *Assurance et gratuité: une garantie sans prime?*, Thèse, Paris I, 1999.

## JURISPRUDENCIA · TJUE

del riesgo, es decir, que no se trate de riesgos generalizados<sup>194</sup>. Riesgos éstos que en realidad serían extraordinarios (terremotos, inundaciones, etc.) y no ordinarios y técnicamente no asegurables por las aseguradoras privadas salvo que así lo dispusiesen. Y es que, en base a las reglas y leyes estadísticas se puede calcular la frecuencia del riesgo por unidad de tiempo. Al concluir cada unidad temporal la estadística es capaz de ofrecer el número de hechos realmente verificados frente a aquellos que pudieron verificarse<sup>195</sup>. El cálculo del coste del seguro, la prima, está intrínsecamente ligada a la valoración o determinación del riesgo. La prima es el precio por la asunción del riesgo, la remuneración del asegurador, la contraprestación del *dominus negotii*, un pago que además es obligatorio (STS de 1 de abril de 1987 (RJ 1987, 2482)<sup>196</sup>. La correlación entre prima y riesgo, lejos de ser una ecuación, imbrica estrechamente toda relación de seguro. El pago y la correlativa asunción del riesgo convergen a través del abono de la prima a la aseguradora. Y eso mismo riesgo que no es pétreo ni inmodificable normalmente a lo largo de la relación jurídica de seguro, modalizará la cuantía de prima durante la duración material del contrato de seguro a lo largo de únicos o sucesivos, más éstos que aquéllos, períodos de seguro. El riesgo se agrava, se mitiga, rara vez permanece estanco, incólume. También habrá de hacerlo como consecuencia y resultado, la tarificación de ese riesgo en función de la objetiva y concreta cobertura a través de la prima. Pero la prima no sólo se erige en elemento esencial de todo seguro o en la obligación fundamental del tomador, sino que además, es un elemento indispensable para la explotación en masa de un modo racional y eficiente y que es *sine qua non* para posibilitar el cumplimiento por el asegurador de sus obligaciones<sup>197</sup>. Prima que en todo caso ha de ser suficiente, tanto técnica como actuarialmente, de modo que permita a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro, y particularmente, para constituir las provisiones técnicas adecuadas (así, artículo 25.3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, LOOSP)<sup>198</sup>. El equilibrio riesgo / prima no es sino el trasunto de la aplicación del principio de la mutualidad<sup>199</sup>.

### 2.2. La posibilidad de discriminar por el sexo del asegurado como factor de riesgo tras la Directiva 2004/113 y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha definido el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Ante una formulación tan categórica del principio de igualdad de trato, ¿debemos entender lo mismo por igualdad y no discriminación, o por el contrario son fenómenos completamente divergentes?<sup>200</sup> ¿Es lo mismo acaso, igualdad y no discriminación, o por el contrario cabe ésta cuando no se trata de hipótesis sustancialmente iguales? Una elemental y genuina igualdad de trato evita la arbitrariedad, la diferenciación, la exclusión, vedando actuaciones no objetivas y razonables. La igualdad implica tratar como iguales a quienes se hallan en condiciones idénticas y diferenciar a quienes son desiguales. La discriminación, a su vez, prohíbe cualquier distinción injustificada en virtud de circunstancias personales o sociales, entre ellas, cómo no el sexo, la raza, la etnia, religión, etc.

Sin embargo, en la LO de igualdad, la prohibición de discriminación pasa por encima de cualquier justificación, es un imperativo, y no requiere *per se* comparación alguna con otras circunstancias. La LO de igualdad proscribire la discriminación, pero en nuestra opinión no impide que (o no debería interpretarse *a contrario*, que impida que) a quien de suyo es desigual se apliquen condiciones diferentes, mientras que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; y, por tanto, se veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. No obstante, la LO de igualdad, tomando la igualdad como principio nuclear y por encima de norma alguna, ataca la desigualdad que resulta de artificios, injusta, injustificada, infundada y parciaria y subjetiva. Sin embargo, también bajo el paraguas de la LO de igualdad es lícita la diferencia de trato (o discriminación, en sus términos), siempre que las consecuencias jurídicas que se derivan de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de

<sup>197</sup> Como bien ha señalado GARRIGUES, *Contrato*, cit., p. 103 la equivalencia entre prestación y contraprestación hay que buscarla en la relación entre el conjunto de las prestaciones del asegurador y las de los asegurados y no en las prestaciones de cada contrato aislado.

<sup>198</sup> Explícitamente la LOOSP aboga por el principio de suficiencia en su artículo 25. 3. Como bien señala VÁZQUEZ CUETO, *La obligación de pago de la prima en la Ley de Contrato de Seguro*, Valencia, 2007, p. 38 la expresión más genuina de esta suficiencia se halla en los seguros de daños en las cosas en los supuestos de infraseguro y en la consiguiente aplicación de la regla proporcional.

<sup>199</sup> Así, DÍAZ BRAVO, *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá, 2009, pp. 50 y 51.

<sup>200</sup> Advierten CASTRO ARGUELLES / ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor, 2007, p. 68, cómo el legislador ha incorporado al ordenamiento un concepto de igualdad y no discriminación distinto del habitualmente manejado en nuestro ordenamiento, de modo que en él, igualdad y discriminación se funden como la cara y la cruz de una misma moneda, dado que aquella se define como la ausencia de esta, sin distinción.

## JURISPRUDENCIA · TJUE

suerte que se eviten resultados desmedidos, onerosos o gravosos. Es ésta una premisa que erige e interpreta el propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 2006, la 214.

Igualdad de trato cuando proceda, pero cuando lo justo es discriminar, hágase. Porque es lo racional, lo razonable y está ponderado por la objetivación de la estadística, de las tablas actuarias, sea de mortalidad, de supervivencia, de ciertas dolencias o enfermedades, así como el impacto diferente que se proyecta sobre las personas de un sexo u de otro, ¿acaso atenta contra la igualdad si de suyo los datos, las cifras evidencian que no es así? ¿Cuándo se discrimina realmente?, ¿al tratar de manera diferenciada lo que estadística y actuariamente no es igual?, ¿o cuando hacemos tabla rasa ignorando las diferencias y no discriminando? ¿Cómo se valora en suma ese riesgo, cómo se antiselecciona si la aseguradora está obligada a ignorar cuestiones de sexo a la hora de tarificar? Es evidente que se restringe la competitividad, y que unos (los asegurados con mejores riesgos) pagarán el defecto de cobertura o en su caso de tarificación del otro sexo. Vigorizar la neutralidad sexual a la hora de la cobertura de riesgos y por tanto a la hora de tarificar tiene un efecto intrínsecamente perverso, a saber, la subvención cruzada del seguro por aquellos grupos, individuos, hombres o mujeres que pechan con las consecuencias del encarecimiento de seguros debido a la selección adversa y la cobertura de malos riesgos en detrimento de buenos riesgos. Nivelar o igualar primas por imposición legal, caprichosa e infundada en aras de un megaprincipio más etéreo y que *per se* puede conducir a soluciones contradictorias requiere al menos una reflexión teórica y fundamentalmente factorial y actuarial. Negar la correlación entre el factor sexo y la esperanza de vida, así como la salud, es absurdo; máxime, siendo conscientes de que el sexo es uno más de los múltiples factores bidimensionales que las aseguradoras emplean a la hora del cálculo de la prima.

*A nuestro juicio, nada impide que el sexo pueda utilizarse como pauta y criterio diferenciador cuando es analizado y tenido en cuenta objetiva y estadísticamente, como dato puramente factorial, técnico, contrastado e indubitado en una masa homogénea de personas sometidas al mismo riesgo.* Igualar a la hora de tarificar un seguro sin discriminar por sexo, al menos en seguros de personas, rompe y rasga la eficiencia en el mercado, altera la competencia, homogeneizándola, y tiene como efecto perverso la subvención cruzada de un sexo al otro. ¿Acaso no se está discriminando si se nivelan las primas y se ignora la realidad fáctica y objetiva? Porque esa realidad práctica sí refleja estadísticamente, en la medida en que los pertenecientes a un sexo mueren

prematuramente, tienen menor esperanza de vida y cobran por tanto indemnizaciones o rentas en caso de ser beneficiarios de seguros de supervivencia durante menos tiempo. No se trata de disquisiciones vagas ni de estereotipos, sino de distinciones que responden a realidades indubitadas y donde entre otras variables el sexo de una persona altera la homogeneidad del riesgo siendo diferente para hombres y para mujeres, significativamente el riesgo de vida, de supervivencia y de muerte así como el riesgo a determinadas enfermedades y dolencias más crónicas y graves en unos supuestos, más mortíferas en otros.

Desde hace años el debate se ha encerrado en un silogismo absurdo, la defensa o por el contrario la negación del empleo de factores actuariales basado en el sexo y su compatibilidad o no con el principio de no discriminación sexual y por tanto la igualdad. Debate mal planteado, interesado y oportunista que, confundiendo la esencia con la circunstancia, puede acabar generando (*recte*, imponiendo) un encarecimiento del mercado del seguro y una rémora a su eficiencia real. La sacralización de los principios a toda costa puede hacerse, pero hacerlo con miopía lleva a soluciones notoriamente injustas y nunca justificadas. El sexo es relevante a la hora de seleccionar el riesgo, a la hora de incluir o excluir coberturas, a la hora de imponer cláusulas limitativas, y es una premisa objetiva, fácilmente verificable. Ello no impide que se combine con otros factores o elementos actuariales que también inciden en la vida humana, como son la raza, la etnia, el grupo social, o los modos o estilos de vida. Variables todas ellas que *per se* y en conjunto componen una fisonomía multidimensional y amplia que clasifica y selecciona con mayor acierto y probidad el verdadero riesgo real y no el declarado que asume una entidad aseguradora. Estos hechos sin embargo no impiden que, apartada la dimensión sexo a la hora de calibrar el seguro, lleguemos a selecciones indeseables y manifiestamente desiguales. Elevar a una suerte de tótem el principio de no discriminación puede ser profundamente desigualitario e inequitativo si se ignora la realidad y sobre todo la práctica y dinámica aseguraticia.

La transposición de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro incidió en la regulación del seguro privado y sí se tuvo en cuenta tanto en la propia LO de igualdad, artículos 71 y 72 como en las modificaciones al reglamento de ordenación y supervisión del seguro introducidas por el artículo 14 del Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 2486/1998, de 20-11-1998, en mate-

## JURISPRUDENCIA · TJUE

ria de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, en materia de factores actuariales. Así, si bien la LO de igualdad partía de la prohibición de diferencias en las primas a tenor del sexo como elemento valorativo del riesgo y *per se* del propio coste del seguro, no dejaba de ser una manifestación genérica que permitía una excepción—dado que la propia norma (artículo 71) remitía a la posibilidad de que reglamentariamente se fijasen supuestos que permitiesen determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas individualmente consideradas cuando el sexo sí sea un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables. Luego el parámetro es la admisibilidad de la diferenciación de prima en función del riesgo si, al valorar éste, el mismo se ancla en parámetros pertinentes y fiables. ¿Acaso hemos de dudar de la objetividad o de la ponderación que nos brinda la estadística? En suma esto es lo que hasta el presente permite además el Reglamento de ordenación y supervisión en su artículo 76.7 (en la versión modificada por el RD 1361/2007).

Esto se traduce en una tarificación diferente por parte de las aseguradoras. Así las cosas, no se pone al asegurado de un sexo en una posición de desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, no es un supuesto de discriminación indirecta que la propia Directiva 2004/113 recoge en su artículo sexto. Artículo que permite, sin embargo, que una disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Una norma puede ser inocua, neutra, proporcionada y sin embargo originar o situar a personas de diferente sexo en desventaja entre sí. La técnica actuaria que estudia y demuestra en base a cifras, en base a ponderaciones y realidades compara sexos, los individualiza, no compara grupos sociales, sino la propensión, la probabilidad al riesgo, la certidumbre de una mayor esperanza de vida, de una mayor utilización de los servicios y prestaciones sanitarias, de un mayor o menor impacto de enfermedades, y lo hace en base a pruebas estadísticas. ¿Significa entonces que tarificar lo que de suyo son riesgos subjetivamente diferenciados es discriminar y atentar contra el principio de igualdad? Entendemos que no. De lo contrario, el impacto adverso sobre esa discriminación repercutirá precisamente en el coste del seguro para el otro sexo (el de mejor riesgo). En efecto, si las compañías aseguradoras tarificaran por igual, inmediatamente, el coste de la prestación de las compañías aseguradoras recaería sobre el sexo con

mejor riesgo, dado que la igualación o nivelación procedería por los umbrales máximos de precios (los del sexo con peor riesgo), pero nunca se reducirían éstos a los precios del coste del seguro con primas más bajas.<sup>201</sup>

### 3. Discriminación por razón de sexo y prima en la jurisprudencia comunitaria: la STJUE de 1 de marzo de 2011

#### 3.1. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional belga y la Opinión de la Abogada General Kokott

La controversia que ha dado lugar a la STJUE de 1 de marzo de 2011 se refería a una norma belga sustancialmente equivalente al artículo 76.7 ROSSP, en su redacción dada tras la transposición de la Directiva 2004/113. En efecto, la cuestión prejudicial que ha dado lugar a la STJUE había sido planteada por el Tribunal Constitucional belga y, en resumen, se refería a la compatibilidad o no con el derecho comunitario de las cláusulas de fijación de primas en contratos de seguro de vida en función del género del asegurado. En concreto, se cuestionaba la validez de una previsión de derecho del seguro belga que preveía que “... a la hora de determinar las primas y prestaciones de seguros podrá practicarse una distinción directa proporcionada por razón de sexo en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Esta excepción es aplicable únicamente a los contratos de seguro de vida...” (art. 10 de la Ley de 21 de diciembre de 2007, énfasis añadido). Por tanto, la controversia resulta claramente interesante para el análisis de la compatibilidad de la norma española con el Derecho comunitario.

Concretamente, el Tribunal Constitucional belga había formulado las dos siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación: “(1) ¿Es compatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 con el artículo 6 UE, apartado 2, y en particular con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por dicha disposición?” y “(2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es también incompatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva con el artículo 6 UE, apartado 2, si su aplicación se limita a los contratos de seguro de vida?”. Por tanto, se trataba de determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la excepción al principio de trato igualitario absoluto por razón de sexo en el ámbito del Derecho del seguro que la Directiva 2004/113 prevé para aquellos casos en que, por la naturaleza y función del contrato de seguro y por la necesidad de respetar los principios de selección de riesgos homogéneos y de colectivización de primas y

<sup>201</sup> P. ej. DE PAZ/CARO/LÓPEZ ZAFRA, *El principio de igualdad sexual en el seguro de salud*, cit., p. 18.

## JURISPRUDENCIA · TJUE

sinistros, sea inevitable acudir a un trato diferenciado por razón del sexo del asegurado para el adecuado diseño y funcionamiento del mecanismo asegurativo.

Sin embargo, en su Opinión de 30 de septiembre de 2010, la Abogado General Juliane Kokott resumió la controversia en una cuestión que consideraba esencial: “¿Es compatible con los derechos fundamentales de la Unión considerar el sexo del asegurado como factor de riesgo en la configuración de los contratos privados de seguro?” (Opinión Kokott, ¶1). Nótese que la Abogado General enfatiza el carácter de derecho fundamental del principio de no discriminación (quizá de manera innecesaria) y, por otra parte, orienta la cuestión desde una perspectiva cargada de connotaciones ideológicas al no mencionar que la consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo sólo está tolerada en el Derecho comunitario si “constituy[e] un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos” (art. 5.2 Directiva 2004/133) y presentar, en cambio, la posible consideración del sexo como factor de riesgo como si se tratase de una opción enteramente voluntaria por parte de las entidades aseguradoras. En nuestra opinión, esta formulación del sustrato de la controversia indica desde el inicio un sesgo claro hacia un alejamiento del análisis de la cuestión en términos de derecho del seguro, y una tendencia a la generalización y a una perspectiva claramente orientada a la discriminación positiva (o, en este caso, a su equivalente funcional más cercano, como es la imposición de tratamiento igualitario absoluto); sesgos que, a la postre, vendrán a condicionar la solución propuesta al caso.

Merece la pena resaltar que, después de un recorrido exhaustivo por las previsiones de Derecho comunitario (y de Derecho nacional belga) relevantes para el análisis de la cuestión prejudicial, la Abogado General se centra en sus consideraciones generales en varias cuestiones de corte politológico que se apartan del análisis técnico de la cuestión y, en cambio, entran a juzgar la posición de la Comisión Europea y del Consejo de la Unión Europea a lo largo de la tramitación de la Directiva 2004/113. Con estas consideraciones, en que nos detenemos brevemente, la Abogado General convierte el caso en un juicio a la coherencia de las posiciones defendidas por estas instituciones a lo largo de la tramitación de las normas (abstracción hecha de los difíciles equilibrios internos y negociaciones estrictamente políticas en el seno de cada una de las instituciones) y pretende exportar su juicio de desvalor sobre la actuación institucional a la norma finalmente aprobada y a su compatibilidad con el Derecho comunitario. Baste apuntar que, por

una parte, es un análisis altamente valorativo y cuestionable. Y que, de otra parte y de forma más relevante, el análisis de compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones de Derecho comunitario debería limitarse, en nuestra opinión, al análisis de la norma aprobada, con abstracción de los avatares que a que pueda haberse visto sometida durante su *iter* preparatorio.

En concreto, llama especialmente la atención la literalidad del párrafos 21 y 22 de la Opinión Kokott, en que la Abogado General recuerda que “en la exposición de motivos de su Propuesta de Directiva, la Comisión, tras examinar detenidamente la problemática controvertida, se pronunció decididamente contra la posibilidad de admitir diferencias por razón de sexo en las primas y prestaciones de seguros y las declaró expresamente incompatibles con el principio de igualdad de trato” y, por tanto, considera “sorprendente que la Comisión defienda con ahínco en el presente procedimiento que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 no contiene ninguna infracción del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, sosteniendo incluso que es expresión de dicho principio. Preguntada al respecto, la Comisión no ha sabido explicar razonablemente su repentino cambio de opinión”. En nuestra opinión, pese a que ponga de manifiesto un cambio de orientación de la Comisión que puede ser reprobable y censurable en términos generales (la claridad y coherencia en las políticas legislativas son obviamente deseables), es un hecho absolutamente irrelevante para el análisis de la cuestión prejudicial. Tras este apartado de consideraciones generales, la Abogado General enfatiza la relevancia fundamental del principio de igualdad entre hombres y mujeres y adopta una posición maximalista con la que, por la inexpugnabilidad de los argumentos aducidos, pretende crear una apariencia de legitimidad para el análisis que seguirá desarrollando posteriormente. En este sentido, llaman la atención algunos párrafos ciertamente grandilocuentes, en los que la Abogado General establece que “no puede reducirse la relevancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el presente caso afirmando que «no es un derecho absoluto», es decir, que no es un derecho fundamental ilimitado, pues aun cuando los derechos fundamentales, por regla general, pueden verse limitados, deben servir como criterio para examinar la legalidad de los actos jurídicos (sic)” (Opinión Kokott, ¶36), o que “la desigualdad de trato entre los sexos puede estar justificada en determinadas circunstancias. Sin embargo, la justificación de una discriminación directa por razón de sexo, objeto del presente caso, sólo es posible con límites muy estrictos y debe ser debidamente motivada. En ningún caso el legislador de la Unión es libre de admitir discrecionalmente excepciones al principio de igualdad de trato y vaciar con ello de contenido la

## JURISPRUDENCIA · TJUE

*prohibición de discriminación*” (id., ¶37; énfasis en el original). Las manifestaciones relativas a la imposibilidad de ponderar la importancia de un derecho fundamental en aquellos casos en que, precisamente por su carácter no absoluto, entra en colusión con otros bienes jurídicos (como, por ejemplo, el adecuado funcionamiento de los mecanismos aseguradores); o la deliberada confusión generada en relación con la motivación de las excepciones al principio de igualdad (*rectius*, a las situaciones en que el principio de igualdad exige un tratamiento desigual a sujetos de derecho que se encuentran en posiciones jurídicas distintas) y a la eventual elección arbitraria o discrecional de dichas excepciones, sólo contribuyen a alejar la discusión del plano técnico en el que, idealmente, debería haberse analizado.

Acercándose precisamente a este ámbito de juicio técnico por el que venimos abogando, también merece comentario que la Abogado General realice una argumentación analógica entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación por razón de raza que resulta, cuanto menos, cuestionable. La Abogado General sienta las bases de análisis reconociendo que *“las compañías de seguros no hacen un pronóstico individual para cada asegurado, sino que recurren a valores empíricos (sic), ya que es difícil, por no decir imposible, determinar con exactitud el riesgo de seguro en un caso individual. Por ello, es en principio perfectamente legítimo que para evaluar los riesgos, en lugar de un perfil individual, o además de él, se utilice un perfil de grupo”* (Opinión Kokott, ¶45) y recordando los límites a la definición de los grupos de riesgo, que *“dependen siempre, en definitiva, del marco legal aplicable”* en cuya definición *“el Consejo [de la Unión Europea] puede y debe tener en cuenta las particularidades específicas del sector asegurador”* (id., ¶46) pero que no *“no puede tener como efecto vaciar de contenido la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión”* (id., ¶47). Hasta aquí, nada que objetar.

Sin embargo, la Abogado General continúa por una vía de argumentación peligrosa al indicar que, en consecuencia, *“el Consejo no puede admitir, por ejemplo, la raza o el origen étnico de una persona como motivos de diferenciación en el sector de los seguros”* (Opinión Kokott, ¶49)—para lo que se apoya en la inexistencia de excepción alguna a la consideración de la raza como factor actuarial en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico que, en nuestra opinión es un argumento débil, en la medida en que la consideración de la raza del asegu-

rado en algunos seguros como el de vida o el de prestación sanitaria, sobre la base datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, no infringe lo previsto en el artículo 2 (Concepto de discriminación) de la Directiva 2000/43. La Abogado General adopta la posición contraria y, sin mayor explicación ni justificación, considera de manera taxativa que *“sería absolutamente inadmisibles que, por ejemplo, un seguro médico estableciera una diferenciación en el riesgo de padecer cáncer de piel en función del color de la piel del asegurado y, en consecuencia, exigiera a éste una prima mayor o menor (sic!)”* (id., ¶49 *in fine*). No podríamos estar más en desacuerdo<sup>202</sup>.

Desde aquí, todo el razonamiento silogístico que la Abogado General desarrolla sólo puede considerarse falaz y desapegado de la realidad de los mecanismos asegurativos (e, incluso, de la simple y pura realidad de las cosas). En este sentido, carece de justificación y de validez argumental que se indique que *“[e]s igualmente inadmisibles basarse en el sexo de una persona para determinar los riesgos del seguro (sic). No hay ninguna razón objetiva para suponer que, en el Derecho de la Unión, la prohibición de discriminación por razón de sexo ofrezca una protección menor que la prohibición de discriminación por razón de raza u origen étnico. Al igual que la raza y el origen étnico, también el sexo es una característica intrínseca la persona del asegurado sobre la que éste no tiene ningún tipo de influencia. Además, el sexo de una persona, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con su edad, no está sujeto a alteraciones naturales”* (Opinión Kokott, ¶50; notas omitidas). El culmen de esta argumentación desenfocada se alcanza cuando la Abogado General considera que la discriminación por razón del sexo del asegurado *“no se centra en claras diferencias biológicas entre los asegurados. Se refiere más bien a supuestos en los que las diferencias en los riesgos de seguro pueden, a lo sumo, relacionarse con el sexo de forma estadística (sic)”* (id., ¶52; énfasis en el original). Resulta preocupante el desconocimiento de la técnica actuarial y de la relación directa que (con distintos grados de confianza) permite establecer entre los factores biológicos subyacentes y las estadísticas empleadas por las compañías aseguradoras para tenerlos en cuenta en la determinación de la prima de los contratos de seguros privados.

Esta desafortunada disociación conceptual entre realidad y estadísticas que la ponen de manifiesto vicia la mayor parte del resto de la Opinión Kokott, especialmente en los párrafos 60 y 61, donde se indica que *“[u]na diferencia de trato directa por razón de sexo, aparte de las medidas especiales para favorecer a los integrantes de un grupo desfavorecido («acción positiva»),*

<sup>202</sup> Véase, a título meramente ejemplificativo, el gran diferencial de riesgo de cáncer de piel por razas y sexos en las estadísticas sobre *“Skin Cancer Rates by Race and Ethnicity (1999-2007)”* publicadas por el *Centers for Disease Control and Protection* del Gobierno Estadounidense, disponibles en <http://www.cdc.gov/cancer/skin/statistics/race.htm> (visitada por última vez el 07.06.2011).

## JURISPRUDENCIA • TJUE

sólo es admisible si consta con certeza que hay diferencias relevantes entre hombres y mujeres que requieren tal trato. [...] Pero precisamente esa certeza falta cuando las primas y prestaciones de seguros se calculan de forma diferenciada para hombres y mujeres únicamente, o al menos de forma determinante, basándose en estadísticas. Se da por sentado, de un modo general, que la diferente expectativa de vida de los asegurados y de las aseguradas, su diferente disposición a asumir riesgos en el tráfico y su diferente tendencia a recurrir a prestaciones médicas, diferencias que se manifiestan sólo en el plano estadístico (sic), se deben principalmente a su sexo” (notas omitidas y énfasis añadido). O en las manifestaciones relativas al uso de métodos actuariales de los párrafos 66 y 67: “Es cierto que, en los productos de seguro, es particularmente fácil establecer diferenciaciones en función del sexo. Es mucho más difícil comprobar y evaluar correctamente las circunstancias económicas y sociales, así como los hábitos de vida de los asegurados, máxime cuando estos factores pueden cambiar a lo largo del tiempo. No obstante, las dificultades prácticas por sí solas no justifican que, por razones de comodidad (sic), se recurra al sexo de los asegurados como criterio de diferenciación. [...] No es compatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres invocar el sexo de una persona como criterio sustitutivo de otras características diferenciadoras, pues de esta manera no se puede garantizar que las diferentes primas y prestaciones de seguros para los asegurados y las aseguradas se basen exclusivamente en criterios objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo” (énfasis añadido). Este razonamiento deja claro que la Abogado General descarta por inatendibles las justificaciones basadas en la viabilidad de los mecanismos asegurativos y en la racionalidad del coste de gestión de la información—que, en nuestra opinión, constituyen elementos clave para el desarrollo de una industria aseguradora que tienda a la accesibilidad universal al seguro. La Abogado General no tiene, en este sentido, ningún empacho en considerar abiertamente que “consideraciones meramente económicas, como el riesgo de un incremento de las primas para una parte de los asegurados o incluso para todos los asegurados, aducido por varias partes en el presente procedimiento, no son causas objetivas que autoricen una desigualdad de trato por razón de sexo” (Opinión Kokott, ¶68; énfasis añadido) y en apuntar que “[p]arece lógico suponer que [...] las primas de algunos asegurados serían superiores a las actuales, pero, por regla general, ello iría acompañado de primas inferiores para los asegurados del otro sexo” (ídem), sin preocuparse por el descenso en la calidad de los mecanismos asegurativos y en la necesidad de incrementar las provisiones y los márgenes de cobertura por el deterioro de la calidad y

precisión de la información estadística utilizada para la determinación de las primas. De nuevo, no podríamos estar más en desacuerdo.

En definitiva, por las razones ya expuestas, la Abogado General propone al Tribunal de Justicia que “declare la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconocida como derecho fundamental” (Opinión Kokott, ¶70) o que, cuanto menos, en caso de considerarla compatible con el Derecho comunitario, declare expresamente que “dicha disposición, como norma que establece una excepción, debería ser interpretada restrictivamente. El cumplimiento de los requisitos que prevé para recurrir a datos actuariales y estadísticos diferenciados en función del sexo debería ser objeto de un control periódico y estricto por parte de las autoridades nacionales competentes, con vistas a respetar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres” (id., ¶72). Si bien no estamos de acuerdo con la primera propuesta, no podemos más que compartir la segunda.

Para el caso de declaración de nulidad de la excepción que permite la discriminación por sexo en la determinación de las primas de seguro, la Abogado General se preocupa de preservar la continuidad en las relaciones asegurativas y la seguridad jurídica de los operadores del sector asegurador (en su acepción mínima) y recomienda que, además de no cuestionar “de cara al pasado las diferencias en las primas y prestaciones de seguro por razón de sexo” (Opinión Kokott, ¶79), se conceda a los Estados miembros “un plazo razonable para trasladar las consecuencias de la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 a su Derecho interno [... considerando] razonable un período transitorio de tres años [...] que] comenzaría a correr a partir de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia” (id., ¶80).

La Abogado General concluye su opinión analizando someramente la segunda cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional belga en relación con el posible tratamiento distinto para los seguros de vida y, sintéticamente, concluye que “Ninguno de los argumentos expuestos en el presente procedimiento permite concluir que los seguros de vida tengan un carácter especial frente a otros tipos de seguro, en los que tradicionalmente la valoración de riesgos se efectúa en función del sexo del asegurado. Por tanto, a la vista de la información de la que dispone el Tribunal de Justicia, no hay razón para responder a la segunda cuestión de distinta forma que a la primera” (Opinión Kokott, ¶86). Es decir, que la Abogado General Kokott considera que la imposición de tratamiento igualitario sin excepciones debe aplicar para todos los seguros, incluidos expresamente los de vida.

## JURISPRUDENCIA • TJUE

**3.2. La (escueta y lacónica) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE**

Si nos hemos detenido tanto en la exégesis de la Opinión de la Abogado General Kokott ha sido, en buena medida, por la parquedad de la Sentencia del TJUE; en la que, tras una breve exposición del derecho aplicable al caso y a sus postulados básicos en materia de principio de igualdad de trato o no discriminación (¶¶28-29) se asume en buena medida la aproximación maximalista de la Opinión de la Abogado General y se aborda la cuestión planteada, fundamentalmente, en el párrafo 30 de la Sentencia, que reproducimos íntegramente por su trascendencia:

*“30. Es incontrovertido que el objetivo de la Directiva 2004/113 en el sector de los seguros consiste, tal y como se desprende de su artículo 5, apartado 1, en la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. El decimotercero considerando de dicha Directiva señala expresamente que, a fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. El decimonoventa considerando de dicha Directiva define la facultad concedida a los Estados miembros para no aplicar la norma de primas y prestaciones independientes del sexo como una «excepción». Por consiguiente, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras de la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado en los artículos 21 y 23 de la Carta [de los derechos fundamentales de la Unión Europea] las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables” (énfasis añadido).*

Partiendo de esta aproximación maximalista al principio de igualdad de trato en el sector asegurador (de una manera que, en nuestra opinión, resulta ciertamente contraintuitiva y difícil de coherencia con la existencia misma de la excepción prevista en el considerando 19 de la Directiva 2004/113, expresamente citado por el TJUE), la Sentencia considera que *“existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113” (¶31)*, lo que resultaría *“contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 [... e] incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta” (¶32);*

y que, en definitiva y “[p]or consiguiente, dicho precepto ha de considerarse inválido tras la expiración un período transitorio adecuado” (¶32), que el TJUE fija en fecha concreta y en un periodo sustancialmente más corto que el recomendado por la Abogado General, el 21 de diciembre de 2012 (¶34). El TJUE no considera oportuno realizar ningún pronunciamiento distinto en relación con los seguros de vida (35).

Por tanto, la contestación dada a la cuestión prejudicial es clara y tajante, y despliega efectos en todos los Estados miembros de la UE con carácter automático, al fallar que *“El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012”*. Sentencia con la que estamos frontalmente en desacuerdo, por las razones que se han mencionado a raíz de la exégesis de la Opinión de la Abogado General Kokott.

**4.- Conclusiones**

Pese a nuestra frontal oposición y claro descontento con la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011, una conclusión inevitable es que, dada su amplitud, es necesaria una modificación de la legislación española y de su desarrollo reglamentario, dado que a partir del 21 de diciembre de 2012, los mecanismos de determinación de la prima del contrato de seguro que tengan en consideración el sexo del asegurado serán nulos, sin que quepa ampararlos en el art. 76.7 ROSSP, ni en el art. 71 LO de igualdad, que resultarán contrarios a derecho comunitario. Por tanto, es necesaria una urgente propuesta de reforma legislativa que, adicionalmente, requerirá su tramitación como Ley Orgánica.

Sin perjuicio de lo anterior, también debemos concluir que la Sentencia del TJUE de 1 de marzo ha abierto una vía peligrosa para el incremento de primas derivado de la pérdida de calidad de los datos actuariales que pueden tener en cuenta las aseguradoras. Habrá que pensar muy bien la reforma legislativa para evitar que, a la postre, acabe perjudicando a todos o a gran parte de los asegurados, con independencia de su sexo. **(Abel B. Veiga Copo y Albert Sánchez Graells. Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas-ICADE).**

## JURISPRUDENCIA · TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
(SALA SEGUNDA) 24/2011, DE 14 DE MARZO DE 2011<sup>203</sup>**

**(SUPUESTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: DENEGACIÓN A LA TRABAJADORA DE SU ADSCRIPCIÓN PERMANENTE AL TURNO DE MAÑANA PARA EL CUIDADO DE SU HIJA RECIÉN NACIDA RESULTANTE DE UNA INTERPRETACIÓN DE LA LEY QUE PONDERA LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS)**

**II. Fundamentos jurídicos**

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, el recurso de amparo se dirige frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete de 16 de octubre de 2007, recaídas en los autos núm. 420-2007 sobre reclamación de derecho. Son dos las quejas que se formulan por la recurrente de amparo: de un lado, afirma la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) por entender que ha sido privada, por su condición de mujer, del disfrute de un derecho íntimamente ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral, al confirmarse la decisión empresarial de denegación de su solicitud de adscribirse permanentemente al turno de mañana para cuidar a su hija; de otra parte, la del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al resolver los órganos judiciales la controversia en estrictos términos de legalidad sin haber realizado una ponderación desde el punto de vista del derecho fundamental invocado, tal y como exige la STC 3/2007, de 15 de enero, cuyos razonamientos, que se consideran trasladables al de autos, se reproducen en parte a lo largo de toda la demanda de amparo.

La representación procesal de X, S.A.U., interesa la desestimación del recurso de amparo toda vez que la parte recurrente no solicita una reducción de jornada al amparo del art. 37 del texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (en adelante, LET) sino una distribución de la jornada en virtud del art. 34.8 LET, obviando que esta norma indica que se hará en los términos previstos en la negociación colectiva y que no existe una norma jurídica que ampare su solicitud. En sentido contrario se manifiesta el Ministerio Fiscal que considera que el caso planteado guarda similitud con el resuelto en la STC 3/2007, de 15 de enero, y que entiende que ninguna de las resoluciones judiciales recurridas ponderaron (conforme a lo exigido en la citada Sentencia constitucional) el derecho a la no discriminación por razón de sexo, motivo por el cual interesa la estimación del recurso de amparo por vulneración del art. 14 CE.

2. Debemos comenzar nuestro análisis por la alegación relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE) que la parte recurrente sostiene al considerar que las resoluciones judiciales no han resuelto la controversia ponderando su dimensión constitucional, tal y como exigió la STC 3/2007, de 15 de enero, dado que, de ser estimada esta queja, habríamos de ordenar la retroacción de las actuaciones para que se dictase otra respetuosa con los derechos fundamentales invocados.

Conviene recordar que la recurrente en amparo venía presentando sus servicios para la demandada en régimen de trabajo a turnos y que solicitó de la empresa su adscripción de forma permanente al turno de mañana para atender mejor al cuidado de su hija recién nacida. Denegada su solicitud por la empresa, formuló demanda de reconocimiento de derechos fundamentando su petición en el art. 34.8 LET. Este art. 34, que regula la jornada de trabajo, establece en su apartado 8 que «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». La pretensión de la actora fue desestimada en la vía judicial, tanto en la instancia como en suplicación, al considerarse que la reclamación de la trabajadora no tenía soporte normativo ya que pedía una distribución de la jornada con base en un precepto que requería, para llevarla a cabo, la existencia de un pacto, ya fuera colectivo o individual, pacto que, sin embargo, en el caso de autos no se había producido.

Disconforme con la desestimación de su pretensión, la recurrente sostiene la vulneración del art. 24.1 CE alegando los razonamientos contenidos en la STC 3/2007, de 15 de enero, resolución en la que, como ha quedado expuesto anteriormente, el Ministerio Fiscal también apoya su solicitud de estimación del amparo, por considerar que en ella se enjuició un caso sustancialmente igual al de autos. Sin embargo, los razonamientos contenidos en la STC 3/2007 citada no resultan trasladables al presente recurso, tal y como se interesa, al no guardar los casos examinados la identidad que se predica.

En efecto, hemos de partir de la base de que en el caso resuelto por la STC 3/2007, cuya doctrina pretenden que se aplique al de autos tanto la recurrente en amparo como el

<sup>203</sup> Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 86, de 11 de abril de 2011, y puede consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6539.pdf>. Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos y el Fallo de la Sentencia.

## JURISPRUDENCIA • TC

Ministerio Fiscal, la parte actora –que venía trabajando en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado– había solicitado a la empresa para la que trabajaba una reducción de su jornada de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 LET, norma que reconoce, a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años, el derecho a reducir la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario, en los términos establecidos en esa norma. Según el apartado 6 de ese mismo precepto, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute en esos casos, corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria. Pues bien, al amparo de ese art. 37 LET, la trabajadora solicitó la reducción de la jornada, proponiendo un horario reducido en el turno de tarde, de lunes a miércoles. Tal petición fue rechazada por la empresa al considerar que el horario reducido a aplicar se tenía que desarrollar en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado. Formulada después demanda, fue desestimada en la vía judicial sobre la base de que la solicitud de reducción de jornada no se atenía a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 LET, dado que debía entenderse que la jornada reducida solicitada tenía que estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada. Posteriormente, la actora formuló recurso de amparo aduciendo la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al entender que se le había limitado, por su condición de mujer, el ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral. Finalmente, el recurso de amparo fue estimado por la STC 3/2007, en la que reconocimos el derecho a la no discriminación por razón de sexo de la actora, ordenando la retroacción de las actuaciones al Juzgado para que, valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizara la controversia no desde términos de estricta legalidad, tal y como consideramos que se había hecho, sino atendiendo a la dimensión constitucional de la medida contemplada en el art. 37.5 y 6 LET, esto es, teniendo en cuenta el derecho fundamental en juego y la importancia que para la efectividad del mismo tenía el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares.

3. Las diferencias entre el caso enjuiciado por la STC 3/2007 y el de autos, impiden, sin embargo, trasladar a este último los razonamientos que mantuvimos en el primero. Ciertamente, en el recurso que ahora nos corresponde analizar, la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada de trabajo para el cuidado de su hija al amparo del art. 37.5 LET –tal y como así ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STC 3/2007– sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se dirigió exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida, aduciendo como fundamento de su petición, el art. 34.8 LET, norma que, como ha quedado ya recogido, establece

«el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Y, como han tenido la oportunidad de advertir las resoluciones judiciales recurridas en amparo, nos encontramos con una doble regulación jurídica que no se puede confundir, pues ha de distinguirse entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario (que fue la opción elegida por la trabajadora en el caso resuelto en nuestra STC 3/2007), que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 LET, de aquellos otros supuestos (como es el caso que ahora se nos plantea) en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador con el objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral y que tiene apoyo en un precepto diverso, esto es, el art. 34.8 LET, que a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual. En definitiva, resultando distintas las pretensiones postuladas por las respectivas trabajadoras y diversos los preceptos aplicados en cada caso, las consideraciones que efectuamos en la STC 3/2007 no son trasladables al recurso ahora analizado, pues mientras que en el primer caso la trabajadora solicitó un derecho exigible legalmente, en el de autos, articuló su pretensión al amparo de un precepto que condiciona el derecho a la existencia de un pacto que, en ese caso, no se había producido.

Además, si en el caso resuelto por la STC 3/2007 consideramos que la controversia se había resuelto por los órganos judiciales desde el estricto ámbito de la legalidad ordinaria sin tener en cuenta su dimensión constitucional, en el caso de autos no podemos llegar a idéntica conclusión al haberse realizado la ponderación constitucionalmente exigible del derecho fundamental que estaba en juego. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se destacan los distintos intereses en juego que debían ponderarse, indicando al respecto que junto a los esgrimidos por la empresa demandada, existían otros de rango preferente debido a su origen constitucional, como lo eran los que derivaban de la obligación de protección de la familia (art. 39 CE), destacando a lo largo del fundamento jurídico tercero de la Sentencia, la primacía indiscutible del interés y de la protección de los hijos menores. No sólo se reconoce la posición privilegiada de dichos intereses sino también la razonabilidad de la petición efectuada por la trabajadora, encaminada a la atención de sus necesidades derivadas de la maternidad, pero, tras ello, se realiza un examen de la diversa regulación jurídica contenida en los arts. 37.5 y 34.8 LET, concluyendo que la aplicación del último de los preceptos –el elegido por la actora para encauzar su petición–

## JURISPRUDENCIA · TC

impedía la estimación al no existir en el caso de autos el acuerdo convencional o contractual requerido por la norma para que ello fuera posible. Es más, la Sala, conocedora de la STC 3/2007, expone los motivos que impiden su traslación al caso (diversidad de los preceptos legales que fueron objeto de controversia), indicando que debía resolver el recurso planteado conforme a la jurisprudencia recaída sobre el tema planteado, sin perjuicio, eso sí, de que se produjese una evolución normativa, un cambio de jurisprudencia o una eventual intervención del Tribunal Constitucional sobre el tema debatido. Cabe concluir, a la vista de tales razonamientos, que la Sala examinó el recurso sin obviar su dimensión constitucional, justificando la imposibilidad de apreciar la infracción del art. 14 CE al no existir en el caso de autos una concreta regulación positiva que diera cobijo a la petición articulada por la reclamante, al amparo del art. 34.8 LET. A la vista de todo lo cual, no cabe apreciar la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se reprocha a las decisiones judiciales impugnadas, al haber abordado su enjuiciamiento teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la controversia planteada.

4. Finalmente, tampoco se advierte la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que se alega sobre la base de que a la actora se le habría restringido sin fundamento su derecho de adaptar la distribución de la jornada laboral, a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Indica la recurrente a este respecto que cuando el legislador redactó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres –que fue la que incorporó a la Ley del estatuto de los trabajadores el apartado 8 del art. 34 aplicado al caso– no quiso someter a límite alguno el derecho de adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades de conciliación familiar y laboral, puesto que dispone que «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer compatible su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». Sin embargo, la recurrente, en la transcripción del precep-

to omite parte de su contenido, pues, a continuación precisa: «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Por consiguiente, y, en contra de lo mantenido en la demanda de amparo, el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a) y, prueba de ello, lo es también que habiendo sido propuesta durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley Orgánica una enmienda al proyecto de Ley –la núm. 50– que pretendía incorporar al apartado 8 del art. 34 un nuevo punto referido a la adopción de un régimen más flexible en la elección del horario de trabajo –sobre todo en los casos de familias monoparentales– (Grupo Parlamentario Mixto, «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: proyectos de Ley, 22 de noviembre de 2006, núm. 92-10, pág. 66), sin embargo, tal propuesta no prosperó, manteniendo el precepto su actual contenido, que incluye, sin excepción, la remisión a lo que se establezca en la negociación colectiva o mediante acuerdo entre las partes para que la adaptación de la jornada a las necesidades de conciliación previstas en la norma pueda exigirse. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, hemos de apreciar, que no se ha infringido el art. 14 CE que se denuncia, al no haberse producido una indebida restricción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituya una discriminación por razón de sexo, al aplicar los órganos judiciales, del modo en el que lo hicieron, el art. 34.8 LET.

**FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,  
POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo interpuesta por doña Y.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SALA SEGUNDA) 26/2011, DE 14 DE MARZO DE 2011<sup>204</sup>

### (VULNERACIÓN DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES: DENEGACIÓN DE ASIGNACIÓN DE HORARIO NOCTURNO QUE NO ANALIZA SU NECESIDAD PARA CONSEGUIR UN REPARTO EQUILIBRADO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES NI CUÁLES FUERAN LAS DIFICULTADES ORGANIZATIVAS QUE EL RECONOCIMIENTO DEL HORARIO SOLICITADO PUDIERA OCASIONAR AL CENTRO DE TRABAJO)

#### II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que presta servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad, lo que implica privarle del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, sostiene el recurrente que el rechazo de su pretensión implica a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo a su esposa, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

A la estimación del recurso de amparo se opone el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, quien considera que la demanda incurre en el óbice de admisibilidad consistente en el defecto insubsanable de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 in fine y 50.1 b) LOTC]; subsidiariamente, interesa la desestimación del recurso de amparo, por entender que no existe lesión alguna de los derechos del recurrente a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), al apreciar una ausencia de ponderación de la dimensión constitucional del asunto planteado en el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que acuerda la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contenido casacional.

2. Con carácter previo a cualquier otra consideración, resulta necesario resolver la objeción de inadmisibilidad planteada por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla

y León, quien considera, conforme ha quedado expuesto, que el recurrente no ha dado cumplimiento en su demanda a la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 in fine LOTC).

Pues bien, este óbice ha de ser rechazado, pues, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la demanda de amparo contiene una argumentación destinada a satisfacer la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, argumentación que debe entenderse suficiente a estos efectos, pues no se limita a razonar la existencia de la vulneración de derechos fundamentales por las resoluciones judiciales impugnadas (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2, y 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2, por todos). Ello sin perjuicio, claro está, de la apreciación por parte de este Tribunal acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC: «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

En el caso que ahora nos ocupa este Tribunal ha entendido que concurre el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso de amparo, porque, como a continuación se pone de manifiesto, le permite perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar, fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendientes a lograr una efectiva participación del trabajador varón en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. En efecto, nuestra doctrina ha tenido ocasión de abordar en diversas ocasiones, desde la perspectiva de la interdicción de la discriminación

<sup>204</sup> Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 86, de 11 de abril de 2011, y puede consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6541.pdf>. Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos, el Fallo y el Voto Particular formulado.

## JURISPRUDENCIA • TC

por razón de sexo (art. 14 CE), en relación con el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), diferentes asuntos en los que se enjuiciaban decisiones empresariales, validadas judicialmente, que podían suponer un trato peyorativo para la mujer trabajadora, al impedir o dificultar su pretensión de hacer compatibles su trabajo y su vida familiar. El presente asunto permite, como se ha señalado, analizar la incidencia de este tipo de decisiones aparentemente contrarias a la conciliación de la vida familiar y profesional cuando es un hombre el afectado, y examinar si en estos casos puede apreciarse la existencia de una discriminación por razón de sexo o si la eventual lesión ha de incardinarse en alguno de los otros motivos de discriminación que, con carácter no exhaustivo, enumera el art. 14 CE.

3. En otro orden de consideraciones debemos advertir que la invocación en la demanda de amparo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) carece de sustantividad propia, porque con la referencia al mismo se limita el demandante a denunciar que las resoluciones judiciales recurridas en amparo, al validar la decisión empresarial denegatoria de la asignación del horario nocturno que había solicitado, no le ha otorgado la tutela judicial efectiva pretendida, porque no ha ponderado la dimensión constitucional del problema suscitado, lo que, en definitiva, reconduce la cuestión al análisis de la lesión del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE).

Por otra parte, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la lesión del derecho fundamental que se invoca, en cuanto referida a la esposa del demandante de amparo, ha de quedar fuera de nuestro examen, pues a través del recurso de amparo sólo pueden protegerse, en principio, los derechos fundamentales y libertades públicas de los directamente afectados, entendiendo como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado, que son los únicos que pueden conseguir de este Tribunal la protección del propio derecho, sin que puedan lograrlo en relación con derechos fundamentales ajenos, a salvo los supuestos de representación u otros de carácter marcadamente excepcional (por todas, SSTC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 1; 11/1992, de 27 de enero, FJ 2; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2; y 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4).

Nuestro enjuiciamiento debe centrarse, por tanto, en determinar si el demandante de amparo ha sido objeto de una decisión contraria al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE), sin perjuicio de que esa decisión pudiera, además, conllevar una repercusión negativa para su mujer, en cuanto pudiera haberse visto obligada por ello, como sostiene el recurrente, a reducir su jornada laboral para cuidar de los hijos de la pareja.

4. Definido así el objeto del presente recurso de amparo, debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de

ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4).

De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (SSTC 128/1987, FFJJ 7 y ss.; 19/1989, FJ 4; 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993, de 14 de enero, FJ 3; y 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5, por todas). Desde esta perspectiva, resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres.

Por otra parte, el examen de las resoluciones impugnadas en amparo evidencia que el recurrente no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo durante el curso 2007-2008 no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE.

5. Lo anterior no es obstáculo, conforme a nuestra doctrina (por todas, SSTC 59/1987, de 19 de mayo, FJ 1; 262/1988, de 22 de diciembre, FJ 3; y 99/2000, de 10 de abril, FJ 6), para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos

## JURISPRUDENCIA · TC

concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral.

La prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE. Y ello porque tal exclusión «no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social...», ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social», y sí, en cambio, una medida que puede «contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental».

En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, pro-

fesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.

6. Sentado cuanto antecede, para dar cumplida respuesta a la queja que se nos plantea debemos partir de la consideración de que no corresponde a este Tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 se encuentra o no amparada por lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE).

Sin embargo, debemos igualmente afirmar, como hemos hecho en anteriores ocasiones, que sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental concernido, la razón o argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas validan la decisión de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León por la que se niega al demandante de amparo la asignación del horario nocturno que solicitaba. Hemos sostenido reiteradamente que, estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, sino que será preciso analizar si las mismas resultan o no lesivas del ejercicio del derecho fundamental sustantivo alegado (entre otras muchas, SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 4; 14/2002, de 28 de enero, FJ 4; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 4).

Desde esta perspectiva de enjuiciamiento que nos corresponde cabe observar que en el asunto sometido a nuestra consideración los órganos judiciales han denegado la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante, confirmando la previa decisión denegatoria de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúan de lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET y en diversos preceptos del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León.

Así, conforme ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente resolución, en la Sentencia del Juzgado de lo Social se desestima la pretensión del demandante, en síntesis, porque en la normativa aplicable no se reconoce un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, sin que tampoco exista el turno fijo de noche cuya adscripción solicita el demandante durante el curso 2007-2008, dentro del centro y de la categoría a la que aquél pertenece, sino que todos los trabajadores de dicha categoría que voluntariamente (como el propio demandante) han elegido el régimen de turnos

## JURISPRUDENCIA · TC

rotativos de mañana, tarde y noche, van turnando en los correspondientes horarios. Esta Sentencia es confirmada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que, tras señalar que no se advierte la presencia de ningún indicio de la «discriminación por paternidad» que alega el recurrente, razona que ni el art. 36.3 LET ni el convenio colectivo aplicable ni norma alguna reconocen al recurrente un pretendido derecho a realizar su jornada laboral en horario nocturno. En fin, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo señala que la pretensión del recurrente carece de amparo legal, tanto si se aplica el art. 37.6 LET, como si se aplicase el art. 34.8 LET, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres; y añade que las alegaciones del recurrente en el trámite de inadmisión sobre la pretendida lesión del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) sólo cabe entenderlas con el propósito de cumplir el requisito de la invocación previa en la vía judicial para poder interponer posteriormente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pues bien, la reseñada fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo prescinde de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 por motivos familiares, y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

El hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo «no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado» (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6).

Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la

familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

En definitiva, la decisión de los órganos judiciales de validar la negativa de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León a reconocer al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).

7. Cuanto ha quedado expuesto conduce al otorgamiento del amparo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el trabajador recurrente acudió ante la jurisdicción laboral en demanda de reconocimiento del derecho a realizar su jornada en horario nocturno, para restablecer al recurrente en la efectividad de su derecho será necesario, con anulación de las resoluciones judiciales impugnadas, reponer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

## JURISPRUDENCIA · TC

**FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don X y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares (art. 14 CE).  
2.º Declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008, dictada en los autos núm. 529-2007, así como de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de julio de 2008, que desestima el recurso de suplicación núm. 660-2008, y del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2888-2008.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008, a fin de que por este órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado. Dada en Madrid, a catorce de marzo de dos mil once.

**Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 9145-2009.**

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia, discrepancia que se proyecta sobre el fallo de la misma.

1. Con carácter previo, estimo que procede hacer alguna reflexión sobre la naturaleza del presente recurso de amparo que pudiera tener consecuencias, al menos procesales, sobre el alcance del mismo.

La LOTC dispone que el recurso de amparo constitucional protege frente a las vulneraciones de derechos fundamentales originadas por «las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (art. 41.2). A partir de ello, la propia LOTC regula tres vías de acceso a la jurisdicción de amparo en sus arts. 42, 43 y 44, dependiendo de cuál sea la naturaleza legislativa, administrativa o judicial, respectivamente, del acto al que se imputa la lesión.

El presente recurso invocaba que el rechazo por parte de la Residencia de Educación Especial de Palencia, perteneciente a la Junta de Castilla y León, de la pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en el turno de noche supuso una discriminación sexual (art. 14 CE). La naturaleza del ente al que se atribuía esa lesión no cabe duda de que

es jurídico-pública. Sin embargo es también cierto que se trata de una decisión de la Administración adoptada en el ámbito del Derecho privado dada la naturaleza de la relación laboral que unía al recurrente con la Junta de Castilla y León. Ahora bien, esa naturaleza de la relación jurídica no comporta, sin más, que estemos ante un acto denunciado mediante el mecanismo del art. 44 LOTC, ya que no es ajeno a esta jurisdicción el tratamiento de estas vulneraciones como imputables a la Administración, en cuanto tal, aunque su conocimiento en la vía judicial previa, dadas las reglas procesales que organizan la jurisdicción ordinaria, haya correspondido al orden laboral y no al orden contencioso-administrativo (STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 3, por ejemplo). Ciertamente, sea cual sea la naturaleza jurídica del acto donde se sitúa el origen de la lesión, en todo caso se verá sometido a la vigencia de la Constitución y, con ello, de los derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1 CE), aunque esa naturaleza jurídica pueda no ser irrelevante para determinar el alcance del derecho fundamental ni, sobre todo, para la imputación procesal de la lesión, que, en un caso, comportará como sujeto pasivo a la propia Administración (art. 43 LOTC) y, en el otro, a los órganos judiciales que revisaron el correspondiente acto (art. 44 LOTC) dada la arraigada construcción de considerar mediata la lesión del particular en este segundo supuesto (STC 112/2010, de 16 de noviembre, entre otra muchas). La consecuencia más clara de dicha consideración es la repercusión procesal que ello tiene, pues en el primer caso la sentencia estimatoria conduciría a declarar la nulidad del acto administrativo, retrotrayendo hasta la emisión del mismo, y, en el otro, al momento de la decisión judicial, como en la presente Sentencia hace el fallo.

Advertida esta cuestión, no procede extenderse más al respecto, ya que de todas maneras, como he adelantado, la discrepancia que aquí sostengo alcanza a la *ratio decidendi* de la Sentencia y, con ello, a su fallo, que entiendo que debería haber sido desestimatorio por las razones que a continuación se exponen.

2. Mi principal discrepancia con la posición sostenida por la mayoría es la delimitación del derecho fundamental implicado en las resoluciones judiciales impugnadas. Estoy de acuerdo con la mayoría en que no puede existir lesión sobre el derecho invocado, discriminación por razón de sexo, ya que la denegación al recurrente de que fuera adscrito al horario nocturno no se fundamentaba en su condición de varón. Ahora bien, plantea muchas dudas la conclusión de que la decisión impugnada, en la medida en que pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del recurrente, es susceptible de ser analizada desde la perspectiva del derecho a la no discriminación pero en relación con las «circunstancias familiares».

Es preciso destacar que ésta es la primera ocasión en que el Tribunal utiliza como categoría discriminatoria las circuns-

## JURISPRUDENCIA · TC

tancias familiares. La determinación de una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente recogidas en el art. 14 CE, tal como ha reiterado este Tribunal, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). Pues bien, en el presente caso, la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del art. 14 CE. En realidad, tal como denunció el recurrente y parece reconocerse implícitamente por la propia posición de la mayoría, que cita en su favor la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, éste sería un supuesto, en su caso, de discriminación indirecta de la mujer, dado que se trata de una medida que contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer. Cuestión distinta es que esta perspectiva tenga que quedar al margen del análisis al no ser un derecho propio del recurrente sino de su esposa, aunque no quepa descartar tampoco un interés legítimo del recurrente para su defensa [art. 162.1 b) CE].

3. Mi segunda discrepancia se dirige a la conclusión alcanzada por la mayoría sobre la inexistencia de una debida ponderación de las circunstancias personales del recurrente tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Tal como aparece acreditado en las actuaciones y ha sido recogido en los antecedentes fácticos, la Junta de Castilla y León realizó una primera ponderación, explicando que no existía para el curso escolar 2007/2008, y según el calendario pactado con el personal, ningún turno de ayudante técnico educativo con horario nocturno, de lo que derivaba la imposibilidad de su adjudicación. Igualmente también se realizó una ponderación por parte del Juzgado de lo Social, que volvía a insistir en que el turno fijo de noche no existía dentro del centro y de la categoría a la que pertenecía el recurrente por no haber conformidad entre los trabajadores, por ser una mayoría los que tenían interés en realizar el turno en horario nocturno. Además, el órgano judicial, en contestación directa al argumento del recurrente sobre la necesidad de conciliación de su vida laboral con el cuidado de

los dos hijos menores, puso de manifiesto que el recurrente había optado por el horario rotatorio, en turnos de mañana, tarde y noche, a pesar de haber podido optar por el denominado horario «escolar», coincidente prácticamente en cuanto a su duración con el horario en que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos. Esto es, tanto en vía administrativa como en vía judicial aparece una justificación suficiente, concretada en que se ha hecho aplicación del contenido de una medida adoptada en ejecución del convenio, y en la que la perspectiva de las cargas familiares y la efectiva posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral fue valorada, aunque no de la manera pretendida por el recurrente, tomando en consideración aspectos e intereses legítimos que ya la doctrina de este Tribunal ha considerado que también es preciso valorar, como son las exigencias organizativas (por todas, STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6) y la eventual repercusión de la decisión en las expectativas de conciliación familiar y laboral de los otros trabajadores.

Por tanto, considero que, aplicando la doctrina patrocinada por la posición mayoritaria, debería haberse desestimado el recurso de amparo, pues si se imputa la lesión a los órganos judiciales, éstos han hecho suyo, reforzándolo, el razonamiento de la Administración empleadora, que, como se ha visto, es no sólo razonable, sino incluso respetuoso con las obligaciones familiares, intentando conciliar de la mejor forma posible para todos esas obligaciones y la organización del trabajo, al establecer tres turnos horarios, posibilitando la adscripción voluntaria no solo a un régimen de rotación, sino a un turno fijo en horario escolar coincidente con el horario en el que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos, para facilitar de ese modo la conciliación de la vida profesional con la familiar en caso de menores escolarizados.

4. Por último, es preciso llamar la atención sobre un aspecto que, en cierta medida, ya estaba presente en el Voto particular que formulé al ATC 1/2009, de 12 de enero: las dificultades que comporta para los órganos judiciales la ejecución de un fallo de estas características, porque parece reclamarles un excesivo intervencionismo que puede desembocar, en ciertos casos, en algo cercano al activismo judicial. En efecto, en este tipo de fallos, al órgano judicial no sólo se le obliga a ponderar –lo cual, como ya he expuesto, fue convenientemente hecho– sino a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones en materia organizativa que deben estar al margen de su actuación jurisdiccional, que ha de limitarse a un control externo de esas previsiones. Madrid, a quince de marzo de dos mil once.

## JURISPRUDENCIA · TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) 40/2011,  
DE 31 DE MARZO DE 2011<sup>205</sup>****(RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL ARTÍCULO 23 DE LA LEY  
1/1986, ELECTORAL DE ANDALUCÍA, EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY  
5/2005: VALIDEZ DEL PRECEPTO AUTONÓMICO RELATIVO A LAS CANDIDATURAS  
ELECTORALES EQUILIBRADAS POR SEXOS)****II. Fundamentos jurídicos**

1. El presente recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto el art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por el que se modifica el apartado 1 del art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía, impugnado por los Diputados recurrentes en cuanto consideran que el establecimiento de las denominadas «listas cremallera» para la presentación de candidaturas electorales al Parlamento de Andalucía supone la infracción de los arts. 6, 14, 20.1, 22.1, 23, 68.5, 81.1 y 149.1.1 de la Constitución.

2. Los recurrentes subrayan la circunstancia de que el legislador andaluz –a diferencia de otros legisladores autonómicos que han adoptado medidas de parecido tenor– no se ha cuidado de justificar explícitamente las razones que abonan la adopción de un modelo de composición de candidaturas como el aquí discutido, entendiendo los actores que, en todo caso, no puede justificarse una medida de protección o discriminación inversa que afecta al derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y a los principios de la democracia representativa. En su opinión la norma recurrida incurriría en dos órdenes de causas de inconstitucionalidad, competencial y sustantiva, íntimamente implicadas. De un lado, por infracción de la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.1 CE en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE). De otro, por contravención de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y de la prohibición constitucional de la definición por razón de sexo de categorías de elegibles (arts. 14, 23.2 y 68.5 CE), incurriéndose además en invasión de la esfera de libre actividad de los partidos políticos (art. 6 en relación con el art. 22.1 CE).

Por su parte, tanto el Parlamento como la Junta de Andalucía han defendido en sus respectivos escritos de alegaciones que con la medida impugnada pretende hacerse cierta y efectiva la igualdad de hombres y mujeres en el acceso a los cargos públicos representativos, dando así satisfacción al mandato de materialización de la igualdad formal ex art. 9.2 CE; un mandato que obliga a todos los poderes públicos –nacionales y autonómicos– y que para el poder público andaluz se especifica en el art. 12.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAAnd). El Parlamento y la Junta de

Andalucía coinciden asimismo en señalar que la desigualdad entre hombres y mujeres es hoy un dato evidente al que la Comunidad Autónoma de Andalucía ha querido hacer frente, en el ámbito de sus competencias (arts. 12.2 y 13.5 EAAnd), con el establecimiento de un requisito para la constitución de candidaturas que ni afecta a la disciplina del régimen electoral general reservado al Estado, ni precisa para su adopción la forma de ley orgánica, ni se traduce en la infracción del derecho de sufragio pasivo garantizado por el art. 23.2 CE, tratándose en todo caso de una medida de promoción de la igualdad que, por necesaria, adecuada y proporcional, cumple con todas las condiciones requeridas por la jurisprudencia. En fin, Parlamento y Gobierno descartan también que con la medida recurrida se afecte a la unidad del cuerpo electoral o se perjudiquen las libertades ideológicas, de expresión y de organización y funcionamiento de los partidos políticos.

3. Las cuestiones suscitadas en el presente recurso de inconstitucionalidad han sido abordadas de un lado y con carácter general en la STC 12/2008, de 29 de enero, a propósito del art. 44 bis de la Ley Orgánica del régimen electoral general, introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de otro, en supuesto más próximo al presente, en la STC 13/2009, de 19 de enero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. Consecuentemente, nos serviremos de la doctrina de estas Sentencias para resolver el presente recurso de inconstitucionalidad.

A tal fin resulta conveniente comenzar por reproducir art. 23.1 de la Ley electoral de Andalucía, en la redacción objeto de impugnación, el cual dice literalmente lo siguiente:

«La presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares.»

4. En un primer reproche de inconstitucionalidad sostienen los recurrentes que el precepto legal impugnado vulnera la

<sup>205</sup> Esta Sentencia ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 101, de 28 de abril de 2011, y puede consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/28/pdfs/BOE-A-2011-7629.pdf>.

## JURISPRUDENCIA · TC

competencia reservada al Estado en el art. 149.1.1 CE, en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE) y con la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE.

Tal cuestión fue abordada en la STC 13/2009, FFJJ 8 y 9. En ellos dejábamos constancia de que las Cortes Generales han ejercido la competencia que, en el ámbito electoral, atribuye al Estado el art. 149.1.1 CE en relación con el art. 23 CE y el art. 81.1 CE, mediante la promulgación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), norma que, como prescribe la propia LOREG en su disposición adicional primera.2, ha de aplicarse también a las elecciones a Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En tal medida, como dijimos en la STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3, recordábamos que la LOREG deviene así parámetro de la constitucionalidad de los preceptos autonómicos controvertidos en cuanto fija las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de sufragio, para lo cual es forzoso reconocer al legislador estatal un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional.

Pues bien, el Estado, en el ejercicio de su competencia ex arts. 149.1.1 CE y de acuerdo con el art. 81.1 CE, ha establecido las condiciones básicas que, con carácter general para el conjunto de los ciudadanos españoles, han de satisfacer las listas electorales en lo que hace, por lo que aquí importa, a la circunstancia del sexo de los candidatos. Y lo ha hecho con posterioridad a la interposición del presente recurso mediante la disposición adicional segunda.1, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduciendo en la Ley Orgánica de régimen electoral general el art. 44 bis, cuyo apartado 1, en lo que aquí interesa, tras imponer un porcentaje mínimo de representación de ambos sexos en las candidaturas electorales, dispone que en las elecciones a las Asambleas autonómicas «las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas». Este nuevo precepto se declara, en la disposición adicional primera.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de directa aplicación en las Comunidades Autónomas. Consecuentemente, y en aplicación de nuestra reiterada doctrina sobre la fiscalización procedente en los recursos de inconstitucionalidad, lo que nos corresponde hacer al enjuiciar el recurso planteado es dilucidar si en el momento de nuestro examen jurisdiccional la norma impugnada respeta los límites y condición a los que está sometida (STC 13/2009, FJ 8, y las en ella citadas).

Ello implica que, tal como sucedió en el caso abordado en de la STC 13/2009, el precepto ahora enjuiciado también resulta conforme a lo establecido por el legislador orgánico en ejercicio de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.1 CE, con arreglo al art. 81.1 CE, pues la regulación

establecida al efecto por la Comunidad Autónoma de Andalucía al amparo de su competencia ex art. 13.5 EAAnd. entonces vigente encuentra cobertura en la habilitación arbitrada por las Cortes Generales en orden a un eventual incremento autonómico de aquel mínimo común, aplicable con carácter general a todo tipo de elecciones, en los términos previstos por el art. 44 bis de la Ley Orgánica de régimen electoral general (STC 13/2009, FJ 8). Precepto introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina acerca del ius superveniens, resulta de aplicación al caso.

5. La segunda causa de inconstitucionalidad del precepto impugnado es, en opinión de los demandantes, la vulneración del principio de igualdad que implica hacer del sexo una condición de elegibilidad, lo que sería contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 14 CE) y al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

A fin de dar respuesta a esta queja también hemos de servirnos de la doctrina sentada en las Sentencias tantas veces citadas, en las que poníamos de manifiesto que la obligación legal de componer las listas de candidatos equilibrando el sexo de sus componentes no supone una restricción impuesta a los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, sino solamente a los partidos políticos, federaciones y coaliciones de partidos, así como a las agrupaciones de electores, únicos legitimados por la legislación electoral para presentar listas de candidatos y, consecuentemente, únicos afectados por la restricción normativamente impuesta. La pertenencia a un sexo no se erige por tanto en una condición de elegibilidad, razón por la cual el derecho de sufragio pasivo individual no resulta afectado por la previsión legal. (STC 12/2008, FJ 3).

Tal razonamiento es plenamente aplicable a la exigencia incorporada al precepto legal impugnado de que las listas electorales estén configuradas por candidatos de distinto sexo, alternando sucesivamente, pues tampoco la alternancia de puestos de la lista en razón del sexo del candidato y el equilibrio numérico que de ello se deriva afectan al derecho de sufragio pasivo sino tan sólo al margen reconocido a quienes tienen capacidad para presentar listas electorales, esto es, a los partidos políticos.

Si contemplamos ahora la posibilidad de que las candidaturas sean presentadas no por los partidos políticos sino también por agrupaciones de electores, tampoco la exigencia de paridad y alternancia de sexos en la configuración de las listas electorales conlleva el establecimiento de una nueva causa de inelegibilidad. Con relación a la reserva del 40 por 100 de los puestos electorales a favor de personas de cada sexo, en la STC 12/2008, FJ 7, rechazamos su pretendida inconstitucionalidad poniendo de manifiesto que pertenece al ámbito de libre disposición del legislador la configuración de los requisitos que ha de cumplir quien pretenda ejercitar el derecho de sufragio pasivo mediante agrupa-

## JURISPRUDENCIA • TC

ciones electorales. El primero de estos requisitos es el de concurrir integrado en una lista con otras personas, el cual no guarda relación con la capacidad electoral stricto sensu, como tampoco lo guarda la composición equilibrada de las listas electorales sin que por ello se traspase el ámbito de libertad de configuración del que dispone el legislador. Tal doctrina es trasladable a la composición paritaria y con alternancia de candidatos de uno y otro sexo que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento.

6. En íntima conexión con el anterior motivo de impugnación, los demandantes de amparo sostienen que la paridad y alternancia de sexos en las listas electorales fragmenta el conjunto de los elegibles sectorizándolos por razón del sexo en contra del criterio adoptado en el art. 68.5. CE, el cual atiende exclusivamente al concepto de ciudadanía, de modo que se vería también vulnerado el derecho de sufragio pasivo (at. 23.2 CE).

El reproche de inconstitucionalidad que ahora abordamos fue también rechazado en la STC 12/2008, FJ 9. Comenzamos entonces por recordar que, según la doctrina de este Tribunal, del mismo modo que del art. 23.2 CE no cabe inferir la exigencia de un determinado sistema electoral, o de un determinado mecanismo de atribución de los cargos representativos objeto de elección en función de los votos obtenidos (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 4), tampoco del art. 23.1 CE puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales. El contenido esencial del derecho de sufragio pasivo consiste en la garantía de «que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos» (SSTC 154/2003, de 17 de julio, y 185/1999, de 11 de octubre).

La aplicación de la anterior doctrina conduce ahora, al igual que en la STC 12/2008, FJ 9, a rechazar que el nuevo art. 23.1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 1/1986 altere la correlación entre la voluntad del cuerpo electoral manifestada mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y los candidatos que hayan obtenido la confianza de los electores y, en cuanto tales, deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos. Tan sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si la aplicación del criterio que plasma la norma se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales, lo que no es el caso.

Finalmente, siguiendo también la doctrina de la STC 12/2008, tampoco puede admitirse que medidas como la impugnada «quebreñen la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías», toda vez que «el principio de composición equilibra-

da de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo», debiendo señalarse que previsiones como la enjuiciada en este proceso «no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo.»

Por tanto, «las mismas razones que nos llevan a descartar que las previsiones legales controvertidas introduzcan una nueva causa de inelegibilidad limitativa del ejercicio del derecho de sufragio pasivo o establezcan un vínculo más estrecho entre electores y elegibles en función del sexo que compartan introduciendo una división inaceptable en la unidad del pueblo soberano, conducen directamente a descartar la existencia de la vulneración del art. 68.5 CE» (STC 12/2008, FJ 10).

7. Consideran los Diputados recurrentes que la norma impugnada, al imponer la paridad y la alternancia de personas de uno y otro sexo, es incompatible con la libertad de actuación de los partidos políticos (art. 6 en relación con el art. 22.1 CE) porque restringe la libertad de estos a la hora de configurar las listas electorales. En opinión de los recurrentes incluso se produciría la quiebra de la libertad ideológica y de defensa del propio pensamiento (art. 20 CE) en la medida en que no resultaría posible que un partido feminista presentara una lista integrada únicamente por mujeres.

También en este caso la doctrina sentada en nuestras SSTC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5; y 13/2009, de 19 de enero, FJ 11, nos permite dar respuesta a la cuestión ahora planteada. Recordábamos entonces «la naturaleza de los partidos políticos como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (STC 48/2003, de 12 de marzo) y su condición de cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el art. 9.2 CE, precepto éste que dota de legitimidad a las configuraciones legislativas del estatuto jurídico de los partidos, o de sus actividades con relevancia pública, orientadas a la realización efectiva de un principio tan fundamental del orden constitucional como es el de la igualdad (arts. 1.1 y 14 CE)». De lo que concluíamos que «exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE.» (STC 13/2009, FJ 11).

La aplicación de la anterior doctrina al enjuiciamiento del precepto impugnado conduce también a la desestimación del recurso en este punto, pues la medida legislativa incorporada al precepto legal impugnado se orienta también a la consecución de la igualdad real y efectiva de las mujeres y

## JURISPRUDENCIA · TC

los hombres en el ámbito de la representación política, en este caso autonómica. En efecto, el art. 23 de la Ley electoral de Andalucía no se limita a imponer un porcentaje mínimo del 40 por 100 de presencia en las candidaturas electorales para ambos sexos. Tampoco, al amparo de la facultad atribuida por el propio art. 44 bis 1 LOREG a los legisladores autonómicos en orden a la adopción de medidas suplementarias de promoción de la igualdad (una habilitación que, como adelantamos en la STC 12/2008, FJ 8, «en sí misma ... encuentra cobertura constitucional en el art. 9.2 CE»), se limita a elevar ese porcentaje, como en el caso resuelto por la STC 13/2009, hasta el 50 por 100 para el caso de las mujeres, sino que, como reconoce el representante procesal del Parlamento de Andalucía, ha apurado al máximo la incisividad de ese instrumento de promoción, instaurando una fórmula de presencia igualitaria y rigurosamente alternativa de ambos sexos en todas las candidaturas electorales a los comicios autonómicos. Mas aún con esa particularidad, el precepto en cuestión no incurre en inconstitucionalidad material.

En efecto, el legislador autonómico andaluz no ha condicionado la composición de las candidaturas con arreglo a «criterios diferenciadores determinantes de una dialéctica mayoría/minoría, como sucedería si se exigiera la presencia de un número o porcentaje de personas de determinada raza o de un cierto arco de edad, sino que el criterio atendido es aquél que en todo caso, de manera universal, divide a la sociedad en dos grupos cuantitativamente equilibrados. Y en virtud del art. 9.2 CE se persigue que ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana». (STC 12/2008, FJ 7). El legislador autonómico ha configurado, en definitiva, un sistema con arreglo al cual, a partir de la conjunción de sus preceptos con el art. 44 bis LOREG de directa aplicabilidad en los procesos electorales autonómicos, hombres y mujeres han de tener en las listas electorales, siempre y en todo caso, una presencia del 50 por 100, de manera que, a diferencia del caso examinado en la STC 13/2009, a los hombres no se les garantiza únicamente el 40 por 100 de los puestos. No estamos, por tanto, ante un tratamiento diferenciado de hombres y mujeres, sino ante una fórmula de paridad absoluta con la que se pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública (STC 13/2009, FJ 11). Se trata, en definitiva, de una medida legislativa formalmente neutra que se orienta a corregir el carácter minoritario de la presencia femenina en el ámbito de la representación política y a lograr en su seno la igualdad material entre hombres y mujeres. En tal sentido, aun sin la intensidad de las medidas de discriminación inversa propias del llamado «derecho desigual igualatorio», a paridad impuesta en la norma objeto de este recurso de inconstitucionalidad se dirige al cumplimiento del mandato de efectividad en la igualdad contenido en el art. 9.2 CE.

8. Consecuentemente, al igual que sucedía en los asuntos resueltos en las reiteradamente citadas SSTC 12/2008, FJ 5;

y 13/2009, FJ 11, hemos de recordar que, en sentido propio, la libertad de la que disponen los partidos políticos a la hora de configurar las listas electorales ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución implícita en la Constitución (art. 6 CE), que les confiere el legislador (expresamente apoderado por dicho artículo para efectuarla). Ahora bien, la libertad reconocida a los partidos políticos en este ámbito no es ni puede ser absoluta, de modo que el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha impuesto ciertas limitaciones –en relación a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que las candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas–, entre las que se encuentra la ahora analizada de componer las listas electorales alternando en ellas a candidatos de uno y otro sexo. Pues bien, esta limitación satisface las exigencias constitucionales, en primer lugar porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE); en segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición radicalmente igualitaria ente hombres y mujeres; y, finalmente, porque es inocuo para la actividad de los partidos políticos a quienes se dirige la norma, los cuales no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo. Y es que, en palabras de la repetida STC 12/2008, FJ 5, «[q]ue los partidos políticos, dada 'su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro' (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), coadyuven por imperativo legal –esto es, por mandato del legislador constitucionalmente habilitado para la definición acabada de su estatuto jurídico– a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional».

Por lo demás, tampoco en su conexión con el derecho de asociación –art. 22 CE– el precepto legal sometido a nuestro enjuiciamiento vulnera el art. 6 CE. Como ya pusimos de manifiesto «el mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de considerarse que, incluso desde la perspectiva de que son asociaciones políticas, constituye una limitación proporcionada y, por tanto, constitucionalmente legítima» (STC 12/2008, FJ 5).

Antes de concluir el análisis de este motivo de impugnación conviene advertir, al igual que lo hicimos en la STC 13/2009, FJ 11, por referencia al principio de igualdad, que la restricción a la libertad de los partidos políticos a la hora de componer las listas electorales que el precepto enjuiciado lleva consigo, encuentra su justificación en la remoción de la desigualdad que padecen las mujeres en el ámbito de

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA · TC

la representación política. Razón por la cual «sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada».

9. Para los diputados recurrentes la composición de las listas electorales con alternancia exacta de personas de ambos sexos vulnera la libertad de ideario de los partidos políticos porque impide la presentación por éstos de listas integradas sólo por personas de un solo sexo, lo que chocaría con la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 a) CE.

La cuestión ahora suscitada fue también resuelta en la STC 12/2008, FJ 6, al responder a la objeción de que el art. 44 bis LOREG impedía la presentación de listas electorales compuestas únicamente por mujeres, lo cual es de aplicación también a la interdicción de listas integradas sólo por hombres. Dijimos entonces que los partidos o idearios feministas no son constitucionalmente ilegítimos, pero que una vez que el legislador se decide a hacer efectivo el mandato de igualdad (art. 9.2 CE) en términos que, como ya hemos vis-

to, son constitucionalmente irreprochables, se convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio de su ideología mediante la presentación de listas integradas únicamente por mujeres (vale decir ahora, por personas de un mismo sexo), pues no es posible sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 5404-2005 promovido por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendiaco, en representación de otros sesenta y un Diputados, contra el art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por el que se modifica el art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado

## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL PRIMER TERCIO DEL AÑO 2011: LAS SENTENCIAS 24/2011, DE 14 DE MARZO, 26/2011, DE 14 DE MARZO Y 40/2011, DE 31 DE MARZO

El Tribunal Constitucional en dos recientes sentencias ha sentado una importante doctrina en materia de jornada laboral para el cuidado de hijos.

La STC 24/2011, de 14 de marzo, resuelve un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que había solicitado su adscripción al turno de mañana para el cuidado de su hija recién nacida. La demandante trabaja en la empresa desde 1992, con la categoría profesional de operadora y en un sistema de turnos rotatorios, realizando dicha petición para compatibilizar el trabajo con el cuidado de su trabajo. Su solicitud fue desestimada por la empresa e igualmente por el Juzgado de lo Social, que consideró que la actora no solicitaba una reducción de su jornada, sino un cambio de horario, con la adscripción a un turno fijo de mañana que no era el que tenía asignado, por lo que al cambiar a ella ese turno, se perjudicaría al resto de los trabajadores de la empresa.

Ante la desestimación recurre la trabajadora al Tribu-

nal Superior de Justicia (en adelante, TSJ), que vuelve a desestimar el recurso, indicando que efectivamente hay dos regulaciones jurídicas al momento de solicitar la actora el cambio de horario: en primer lugar, la reducción de jornada y, en segundo lugar, el cambio de horario para cuidado de menor. La primera se recoge en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores y la segunda en el 34.8 del mismo texto normativo. En este segundo caso, al momento de dictarse la sentencia, este cambio de horario exigía acuerdo con la empresa o pacto en convenio colectivo: la interpretación restrictiva de ese precepto lleva a considerar al TSJ que en ausencia de pacto en la práctica se impone la solución dada por la empresa.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo porque considera que, de no ser así, no se está facilitando la conciliación de la vida familiar y laboral a una trabajadora que, además, tiene una familia monoparental.

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA • TC

El Tribunal Constitucional considera que no es susceptible de amparo la demanda, porque el legislador ha considerado procedente imponer esa condición de negociación vía acuerdo o convenio colectivo y no puede, en este sentido, irse más allá de la voluntad del legislador. Arguye para ello la propia tramitación de la Ley Orgánica 3/2007, en la que se propuso una enmienda para hacer más flexible esa situación, dando a elegir el horario de trabajo en esos casos: la enmienda no prosperó, manteniéndose ese requisito de acuerdo o negociación colectiva, con lo que ha de estarse en definitiva a la voluntad del legislador.

En la STC 26/2011, de 14 de marzo, el recurrente presta sus servicios en la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con una categoría profesional de técnico educativo y un horario en turno rotativo, de 7.30 a 15 horas, de 22 a 7.30 h. y de 14.30 a 22 horas. Solicita el turno fijo de noche para poder compatibilizar su trabajo con la atención a sus dos hijos y se desestima su solicitud porque no existe turno fijo de noche. En el momento de dictarse la sentencia de instancia, rige la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida personal y familiar y el demandante invoca los arts. 14, 27 y 39.3 CE.

La resolución que resuelve el recurso de suplicación confirma la sentencia de instancia, entendiendo que el actor no tiene derecho a la modificación de su turno, a costa de un menor derecho de sus compañeros de trabajo. Recurrída en casación, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, determinando que el recurrente no tiene derecho a una fijación horaria salvo si se tratase de una reducción de jornada, en la que podría determinar, dentro de su jornada, los términos de la reducción. Si se aplicase la Ley Orgánica 3/2007, que ha sustituido a la Ley 39/1999, tampoco se obtendría un resultado diferente, dado que la modificación del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por esa norma de 2007, condiciona este horario a los términos establecidos en el convenio colectivo o pacto individual entre solicitante y empresa.

En la demanda de amparo, se alega que la empresa no ha ponderado adecuadamente los intereses en conflicto, limitándose a denegar al recurrente el turno de noche, sin valorar los efectos que esta denegación hayan podido producir en la conciliación: se entiende que tal lesión produce a su esposa una discriminación. En el proceso de amparo, la representación procesal de la Administración autonómica aduce que no existe turno fijo de noche, ni obligación legal de cre-

arlo *ad hoc* para el recurrente. El Ministerio Fiscal, después de clarificar que el derecho que se solicita sólo puede ser aplicado al hombre, sujeto de la relación laboral, y no a su esposa, solicita la concesión del amparo, porque entiende que no ha habido una ponderación de la dimensión constitucional del asunto planteado.

Es a ese razonamiento al que se suma el Tribunal Constitucional, que considera que debe otorgarse el amparo y declarar la nulidad de la sentencia de instancia, para que se haga esa ponderación. La Sentencia contiene un voto particular contrario al amparo con apoyo en los siguientes puntos: en primer lugar, porque no se aprecia discriminación por razón de sexo, al tratarse de un hombre el solicitante, lo que haría inaplicable el art. 14 en función del criterio de sexo, acudiéndose a una categoría discriminatoria por circunstancias familiares pero para el varón, sujeto que no ha sido precisamente discriminado históricamente. En segundo lugar, considera el discrepante, que se han ponderado adecuadamente los intereses en conflicto entre la solicitud del recurrente y la demandada, razonando suficientemente la denegación del derecho.

La Sentencia se dicta en marzo de 2011, pero no hace referencia a cuál es ahora la normativa de aplicación a los derechos de paternidad aprobados en el contexto europeo, y que forma ya parte del derecho interno de los Estados.

La tercera del bloque de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional respecto de la democracia paritaria es la Sentencia 40/2011, de 31 de marzo. Esta responde a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso frente al art. 23 de la Ley Electoral de Andalucía, en la redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de abril.

El precepto mencionado exige que en la presentación de las candidaturas, en el ámbito de aplicación de la ley, ocupen las personas de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. En el escrito de interposición del recurso, los diputados consideran que esta exigencia vulnera los artículos 6, 14, 20.1, 23, 68.5, 81.1, y 149.1 de la Constitución.

Los argumentos que utilizan los recurrentes son de tipo muy diverso. En primer lugar, si la finalidad de este precepto está en la promoción de la igualdad de sexos, no es posible afirmar que esa finalidad se pueda conseguir a través de esta medida. En segundo

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA · TC

lugar, es “extremadamente dudoso”, para los recurrentes, que sea necesaria esta medida dado que ni a nivel de Comunidades Autónomas ni del Estado, se detecta una participación política de las mujeres por debajo de la de los hombres. En tercer lugar, la proporcionalidad de la medida no está explicitada en la ley. Por tanto, de todo este razonamiento de los recurrentes se deduce que el legislador ha de ser neutral en cuanto al género.

Independientemente de la cuestión competencial, que también es invocada por los recurrentes, en los términos de que no le estaría permitido a las Comunidades Autónomas legislar en materias que serían objeto de legislación básica del Estado, como es la electoral, la argumentación más importante se contrae a la violación de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 23.2 de la Constitución, en cuanto se restringe el derecho a participar en los asuntos públicos, y en el art. 6 CE, en cuanto se restringe el derecho a presentar candidaturas.

Por su parte, la Junta de Andalucía se opone al recurso centrandó su oposición en relación con el art. 23.2 CE fundamentalmente, por entender que es el principal motivo de invocación. No viola el contenido esencial del derecho de representación política, el hecho de limitar las candidaturas electorales en razón del género, puesto que existen otras limitaciones de

edad, de habitantes o de otros criterios, justificadas igual que la de género, en limitaciones que el legislador considera adecuadas.

En cuanto a la infracción del principio de igualdad, dado que la regla incumbe tanto a hombres como a mujeres, no lesiona el principio de igualdad. Igualmente debe estimarse correcta la ley en cuanto a su respeto a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, dado que no invade las competencias de esa norma. En los mismos términos se expresa el Parlamento de Andalucía.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso en base a los mismos argumentos vertidos en las Sentencias 12/2008 y 13/2009, en las que habían validado constitucionalmente, tanto las candidaturas de representación equilibrada (60-40), como las de total paridad (50-50).

A esas legislaciones se suma ahora la alternancia en las candidaturas electorales, conocida como listas “cremallera”. El Tribunal Constitucional considera que tampoco en este caso se vulnera ningún derecho fundamental. No hay ahora ningún voto particular a esta sentencia, a diferencia de las anteriores, por lo que puede considerarse finalmente una doctrina consolidada. **(M<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).**